

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية: أصول الدين والشريعة

والحضارة الإسلامية

قسم: الشريعة والقانون

تخصص: أحوال شخصية

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية

قسنطينة

رقم التسجيل:

لرقم التسلسلي:

الولاية النيابية في

إنشاء الرابطة الزوجية

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:

محمد الأخضر مالكي

إعداد الطالبة:

سوسن بوفنارة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. سعاد سطحي	أستاذة التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	رئيسا
أ.د. محمد الأخضر مالكي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري	مشرفا ومقررا
د. حاتم باي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا
د. سمير جاب الله	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عضوا

السنة الجامعية: 1431-1432هـ / 2010-2011م

شكر و تقدير

لله الحمد و الشكر و المنة على أن يسر لي طريق العلم و وأنار لي درب المعرفة ، إلى أن وصلت إلى هذه المرحلة من دراستي و تعليمي ، و بفضل سبحانه و تعالى و عونه أتممت هذه المذكرة .

و عرفانا بالجميل أتقدم بالشكر الجزيل إلى :
الأستاذ المشرف :

، على توجيهاته و إرشاداته و نصائحه ومساندته لإنجاز هذه المذكرة ، و أصر على تقديم تحيات التقدير و الاحترام له سيم و أنه كان لي الأستاذ و المؤطر منذ مرحلة الليسانس ثم الكفاءة المهنية للمحاماة إلى المرحلة النظرية للماجستير فالمشرف الموجه في إنجازي لهذه المذكرة .

إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في تأطير دفعتي في العام النظري .
إلى كل عمال مكتبة و إدارة جامعة الأمير عبد القادر .

إلى كل من ساهم ؛من أساتذة و زملاء و أصدقاء و أقارب ؛و ساعد من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل ، سواء بالعلم أو بالنصيحة أو بالمساندة النفسية لي، و أخص بالذكر والداي اللذان طالما أخذوا بيدي إلى طريق العلم ، و والدتي - حمها الله- أستاذتي ، التي طالما استمعت إلي أقرأ لها ما كتبت و صححت لي ما ارتأت أنني فيه قد أخطأت .

إهداء

أهدي هذا العمل و ثمرة جهده إلى:
والدي العزيز الذي لولاه ما وجدت و ما أصبحت
، إلى أبي و نعم الأب هو، ما بخل علي بشيء و رباني
على حب العلم والتعلم ، و أنار لي دربي بتشجيعه لي
و مساندي ودفعي إلى النجاح و التفوق - حفظه الله و
رعاه لي و أتاه الصحة و العافية -

روح والدي الطاهرة ، قرة عيني و نبض قلبي و
حب حياتي و أحسن و أعز أساتذتي و توأم روحي، و
التي كانت تحمل نبراس الحب و الأخلاق و العلم
فأنارت به قلبي و دربي ، إلى أمي الغالية رحمها
الله كما ربتي صغيرة ، و غفر لها ذنبها صغيرا كان أو
كبيراً، و وسع عليها قبرها و جعله روضاً من رياض
الجنة، و أناره بنور القرآن الكريم مد بصرها، و
جعله أنيسها في وحشتها، و أدخلها فسيح جنانه هو
أرحم الراحمين، و رفعها في الدرجات و جعلها مع
أزواج الأنبياء و المرسلين، أمين يا رب العالمين.
زوجي الكريم ، الذي كان لي السند المتين في
دراستي و محني و آلمي، والذي وهبه الله لي فصار الأخ
و الصديق و الرفيق و الزميل و الشريك و الحبيب -
أدامه الله لي و أكرمه و حفظه -

ابني الذي سأرزق به، والذي جعلته يعاني من
ليلالي البيض التي قضيتها لإنجاز مذكرتي، أحمد الله
على أن رزقني به، و أسأله أن يحفظه و يجعله من
الذرية الصالحة .
كل أفراد عائلتي و عائلة زوجي ، كبيرهم و
صغيرهم .

كل الإخوة و الأصدقاء و الزملاء و أخص بالذكر
زملائي و زميلاتي بالدفعة .
إلى كل من يؤمن بأن شريعتنا السمحاء هي شريعة
الحق و أنها السبابة في كل الميادين، إليها ترجع
الأصول و لها يكون البقاء .

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، نحمده حمد الشاكرين ونثني كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه و نستعينه و نستعديه ، والصلاة والسلام على خير خلقه وصفوة عباده، خاتم الأنبياء والمرسلين ورسول الله للعالمين، سيدنا محمد ﷺ.

شرع الله ﷻ الزواج واعتبره ميثاقا غليظا ، فهو عهد يربط بين الرجل و المرأة رباط المودة والرحمة ، لقوله ﷻ : {ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم

والرحمة هما الرابطان الأساسيان بين الزوجين، فالأخوة و المحبة هما الرابطان الرئيسيان بين أفراد المجتمعات الإسلامية ، و أكثر ما يكرسها هو التعاون فيما بينهم لقوله ﷻ : { .

وقد عمل الشرع على عدم إكراه الناس، وإرهاقهم بما لا طاقة لهم عليه، فكما أباح سبلا عدّة لتسهيل الأمور عليهم كالتقصير في الصلاة عند السفر و الإفطار في رمضان عند المرض، أباح لهم أيضا على أساس التكافل و التعاون إنابة البعض منهم الذي تعسر عليه القيام بأمره ، غيره من إخوانه في الإسلام للقيام به مكانه. و من أجل الخصال أن يخصص الشخص وقته و جهده للقيام بتصرف لا تعود منفعته إليه بل إلى غيره.

ما كان الزواج من العقود التي حث عليها الإسلام ، لأن به تبنى الأسر و المجتمعات ، فمن أحسن صور التعاون تسهيل إبرام الميثاق الغليظ و إنشاء رابطة زوجية تسودها المودة و الرحمة ، ولما لا بنية من لم يستطع إبرامه. وستكون إذن الولاية النيابية هي مدار هذا البحث و الميثاق الغليظ هو محور دراسة هذه الولاية ،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري وضبط ذلك كله تحت عنوان :

الولاية النيابية في إنشاء الرابطة الزوجية

و الولاية هي تنفيذ القول أو الفعل أو المشيئة، و قد تكون على النفس فقط فتسمى ولاية قاصرة لقصورها على ذات الشخص نفسه، كما قد تكون على الغير فتسمى ولاية متعدية لتعديها من الولاية على النفس فقط إلى الغير أيضا، و من لا يملك القاصرة لا يمكنه ملك المتعدية. وللولاية المتعدية عدة أقسام:

- حيث تقسم إلى إجبارية و اختيارية : فإن كانت بتنفيذ القول أو الفعل أو المشيئة على الغير سواء شاء أو أبي هذا الأخير ، فتسمى ولاية إجبارية ، كما قد لا تكون كذلك فتسمى ولاية اختيارية .
- و تقسم إلى خاصة و عامة : فالخاصة هي ولاية النسب و الحكم، و العامة هي ولاية الدين و السلطنة.
- كما تقسم إلى أصلية و نيابية : و هو تقسيم من حيث أصل مشروعيتها ، فالولاية التي تثبت للأشخاص على أساس الشرع بالأبوة و التعصيب مثلا هي ولاية أصلية ، أما التي لا تثبت بسبب الشرع وإنما ينقلها من تثبت لهم شرعا إلى غيرهم حتى يمارسوها بدلا عنهم. هي ما يسمى بالولاية النيابية التي قد تكون في أي مجال من مجالات الحياة، و محل دراسة هذا البحث في مجال إبرام عقد النكاح.

والحقيقة أن فكرة النيابة بصفة عامة ظهرت بشكلها القانوني بصورة بسيطة في القانون الروماني ثم تطورت في القوانين الوضعية الحالية التي لم تغفلها، و هي الآن ظاهرة فيها بشكل نظرية متكاملة. أما الشريعة الإسلامية فقد أقرت بفكرة النيابة منذ بزوغها .

و ستم بإذن الله دراسة النيابة إذن في مجال إبرام عقد الزواج ، سواء من الناحية الفقهية أو القانونية مرورا بعدة نقاط و تفاصيل في هذا البحث الموسوم بـ:

الإشكالية:

إن الولاية النيابية مشروعة فقها و قانونا في الكثير من التصرفات و منها إنشاء الرابطة الزوجية، و سيدرس هذا البحث بمحاولة الإجابة عن الإشكالية الآتية : ما هي أحكام الولاية النيابية في إنشاء الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري؟ ويتفرع منها عدة تساؤلات تأتي في النقاط الآتية:

- ما هي أنواع الولاية النيابية المشروعة في إنشاء الرابطة الزوجية فقها و قانونا ؟
- ما مدى ملك أطراف عقد النكاح إنابة غيرهم في إبرامه؟ وما هي شروط النائب في عقد الزواج؟ و ما هي أحكام عقده؟

- إن كانت أفعال المكلف لا تخلو من أن تخالف في بعض الحالات أو في كثير منها المعهود عند عامة الناس، وقد يصاحب هذه المخالفة ضرر للغير، يتطلب رفعه وإصلاحه. فمن يتحمل إذن مسؤولية هذا الخطأ أو الضرر إذا وقعا في إطار الولاية النيابية هل هو الأصيل أو النائب؟
- ما مدى إلغاء الوكالة في النكاح في القانون الجزائري؟ وما هي أبعاد هذا الإلغاء؟ وما مدى إسهاب المشرع الجزائري في بيانه لأحكام الولاية النيابية بأنواعها في إنشاء الرابطة الزوجية؟

أهمية الموضوع:

يمكن شملها على كثيرها في نقاط:

- 1- للموضوع أهمية تتجلى في كونه يبرز حق أطراف عقد الزواج في إنابة غيرهم لإبرامه.
- 2- تتجلى أهميته أيضا في بيان أن الشرع لم يغفل أي جانب من جوانب الحياة الإنسانية، فنظم التعاملات بين الأفراد وبين السبل السليمة الواجب إتباعها في إطار هذه التعاملات، ومنها الإنابة في أدق تفاصيلها.
- 3- إن الباحثين في مجال النيابة قصروا دراستهم على الجانب المدني من الناحية القانونية، و لم يتطرقوا إلى جانب الأحوال الشخصية سيم عقد الزواج.
- 4- لباحثين في الولاية في النكاح قصروا دراساتهم على جانب واحد فقط و هو الولاية الأصلية فيه، و كان تطرقهم للولاية النيابية فيه مجرد إشارات دون تفصيل لا تفي بغرض بيان أحكام الولاية النيابية غي إنشاء الرابطة الزوجية.
- 5- إن للنيابة بشتى أنواعها مية واقعية لأن التعامل بها شائع بين الناس. و لها أهمية اجتماعية لأنها مظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي.

أسباب اختيار الموضوع:

- 1- إلقاء بعض الظلال على حقيقة كون الفقه الإسلامي هو المرجع الأساسي و الأول في شتى المجالات، سيم مجال النكاح و ما يتعلق به.
- 2- قلة الدراسات في موضوع النيابة بصفة عامة، و تقريبا انعدامها في الولاية النيابية لإنشاء عقد الزواج. مما يجعل أحكامها لا تزال غامضة و لربما مجهولة، توجب إذن تسليط الضوء عليها،

- خاصة أن الفقه الإسلامي كان سابقا في ذلك و تطرق إلى تفاصيل كثيرة في هذا الموضوع ، لكنها متفرقة توجب جمعها.
- 3- افتقار قانون الأسرة الجزائري للمواد الموضحة بصورة كاملة للولاية في الزواج بصفة عامة و للنيابة فيها بصفة خاصة.
- 4- وجود نقص و ثغرات عدة في المواد المتعلقة بالنيابة المذكورة في القانون المدني الجزائري.
- 5- عكس المشرع الجزائري تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذا الموضوع و إسهابهم في ذكر و بيان تفاصيله الدقيقة.
- 6- تضمن التعديل الأخير لقانون الأسرة (القانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984)، إلغاء للمادة 20 و هي المادة الوحيدة التي كانت تذكر الوكالة في الزواج كصورة من صور الإنابة فيه، مما أدى إلى خلق ثغرة أخرى في القانون مع بقاء تساؤل هل هذا يؤدي إلى عدم جوازها أو إلى تحكيم القانون المدني أو الفقه الإسلامي بكل اختلافاته و تشعباته حسب المادة 222 من قانون الأسرة.
- 7- عدم بيان أنواع الولاية النيابة الأخرى في قانون الأسرة بصفة واضحة و غموض أحكامها.

أهداف البحث:

ويمكن جملها في النقاط الآتية:

- 1- محاولة الإحاطة بتفاصيل الولاية النيابة في إنشاء الرابطة الزوجية فقها و قانونا و إلقاء الضوء عليها.
- 2- محاولة معرفة هل من سد للثغرات الموجود في قانون الأسرة الجزائري بتعديله الجديد؟.
- 3- معرفة مدى التوافق الشرعي والقانوني فيما يخص هذا الموضوع.
- 4- إبراز سمة السبق و التفوق للشريعة والفقه الإسلاميين، في بيان أحكام الولاية في النكاح سيم الولاية النيابة . و محاولة درء ثغرات القانون ببيان وجود سد لها في الفقه توجب الالتفات و العمل به
- 5- إبراز مدى تبني المشرع الجزائري لمسألة الولاية النيابة في إنشاء الرابطة الزوجية.

منهج الدراسة:

هذه الدراسة ومثيلاتها تعتمد مناهج عدة ومما اعتمدها:

1- المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء النصوص الشرعية وآراء الفقهاء فيما له علاقة بالفروع المطروحة لمعالجة البحث وذلك أساسا في المذاهب الفقهية الأربعة مع التطرق أحيانا إلى المذهب الظاهري و الزيدي و الإمامي في مواضع معينة لإثراء البحث، كما تمت الإشارة إلى آراء فقهية مستقلة لشذوذها أو نياتها بجديد. كما تم استقراء ما جاء في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل، وأحكام وقرارات الجهات القضائية ذات الصلة بالموضوع، وآراء شراح القانون في المجال.

2- المنهج التحليلي: وذلك بتتبع الآراء الفقهية أو القانونية بالتحليل، للوقوف على خفايا الرأي ما أمكن مما لا يظهر صراحة الموقف.

3- المنهج المقارن: وذلك بمقابلة كل الآراء الفقهية ببعضها للخروج إلى الرأي الراجح منها، وكذا مقابلة النصوص القانونية بتطبيقاتها القضائية للوصول إلى قصد المشرع منها مع الاستئناس ببعض القوانين العربية الأخرى، و مقابلة ما جاء أو ترجح في الجانب الفقهي مع ما جاء في قانون الأسرة أو تطبيقه، مع إمكانية إيعاز التطبيقات القضائية الحالية والنصوص التشريعية لمذهب من المذاهب الإسلامية، أو الوقوف على شذوذه إن وجد.

وكانت المقارنة بين الفقه و القانون بعض الأحيان تأتي في كل تفصيل على حدى بدءا بالفقه لسبقه و إكمالا بالقانون لنقصه، و في البعض الآخر تجمع المسائل فتدرس من الناحية الفقهية جملة و تفصيلا ثم يتم التطرق إلى الناحية القانونية، و ذلك حسب المسألة و المادة العلمية.

منهجية الدراسة:

ككل الدراسات ذات الطابع المقارن بين الشرع والفقه الإسلاميين من جهة، والقانون وفقهه من جهة ثانية، فإنها تتطلب أمورا حاولت قد المستطاع اعتمادها في بحثي:

1- إيعاز كل رأي فقهي إلى مذهبه واستخراجه من مضانه الأصلية به - كتب الفقه المعتمدة لكل مذهب-.

- 2- نسبة كل نص قانوني ما أمكن إلى التشريع الأحدث الذي أصدره.
- 3- وضع كل آية قرآنية بين زهرتين في المتن بخط مضخم و مغاير ، وعند التهميش أشرت إلى اسم السورة فالآية على هذا النحو: سورة: الآية.
- 4- كتابة الأحاديث النبوية بخط واضح مضخم و مغاير في المتن، ووضعه بين شولتين («...»)، مع تخريج الأحاديث في الهامش من مصادرها .
- 5- محاولة الترجمة لكل علم ورد اسمه في الرسالة ما أمكن، إلا ما استعصى عليّ البحث عنه، إلا أن الأصل عدم ترجمة العلم المذكور في المتن إذا كان في فقرة أو جملة ذكرت نقلا عن كتاب من أمهات الكتب. كما بينت كل علم مترجم بخط خاص.
- 6- التهميش للكتب لأول مرة يأخذ الترتيب الآتي: اسم المؤلف (إن كان له اسم مشهور أخذت به)، اسم المؤلف، دار النشر، بلد النشر، عدد الطبعة، سنة الطبع، المجلد إن وجد/ الجزء إن وجد/ الصفحة. في حين التهميش للكتاب في المرات الموالية اعتمدت فيها اسم المؤلف، اسم المؤلف، الجزء/الصفحة. دون ذكر عبارة مصدر أو مرجع سابق .
- 7- عند عدم وجود دار النشر رمزت له (دن). ، عدم وجود الطبعة (دط)، عدم وجود سنة الطبع (دت). رمزت للطبعة (ط)، وللمجلد (م)،
- 8- ولم أرمز للجزء و الصفحة بل أكتب الرقم مباشرة و بينهما "/" .
- 9- لبيان عنوان الكتاب جيدا و لإظهاره وضعت تحته خطا رفيعا ، حتى يكون التهميش أكثر وضوحا ، خاصة عند كثرة الكتب المذكورة فيه.
- 10- في الفهارس بينت الصفحة الأولى التي ذكر فيها: الآية ، الحديث ، الأثر أو العلم لا غير ، و ذلك دون بيان المواضيع الأخرى التي ذكروا فيها.

الدراسات السابقة:

بدراسة اعتمادها على ما سبق، كونها لا تنطلق من فراغ، إذ تستند إلى سابقاتها، كفكرة قد تدرس من جانب و تحمل من آخر .

وفي موضوع بحثي هذا وحسب اطلاعي، لم أقف على دراسة مستقلة اعتنت ببحث "الولاية النيابية في إنشاء الرابطة الزوجية" ، إذ اعتنت دراسات خاصة بالولاية في النكاح و تطرقت للولاية الأصلية بصفة خاصة دون النيابية أهمها رسالة ماجستير طبعت في كتاب بعنوان : "الولاية في النكاح" لعوض بن

رجاء العوفي .

واعنتت دراسات أخرى بأنواع النيابة أو بالوكالة بصفة خاصة ، لكن في الشق المدني دون غيره المتعلق بالنيابة في عقد النكاح.و من أهمها : الوكالة في الشريعة و القانون لمحمد رضا عبد الجبار العافي. وغير هذه الدراسات أخرى كثيرة تضمنت جزئيات تتكلم عن الولاية في النكاح عند شرح قانون الأسرة أو عند دراسة عقد الزواج و الولاية فيه.

صعوبات البحث:

كانت لدراسة هذا الموضوع عدة صعوبات نذكر أهمها باختصار:

- عدم تخصيص القانون الجزائري مواد لأحكام الولاية النيابة في عقد النكاح.
 - كل الدراسات التي تشرح قانون الأسرة الجزائري لا تقوم بمحاولة استخلاص و بيان أحكامه و التفصيل فيها، و سد ثغراته المفقود بتفسير ما هو موجود ، و إنما تكتفي بالرجوع مباشرة إلى الفقه الإسلامي و بيان أقوال الفقهاء فيه . مما جعلنا نعتد على تحليلنا الشخصي للقانون، الذي نسأل الله أن نكون على الأقل قاربنا الصواب فيه.
 - ندرة الدراسات المعاصرة في الموضوع في حد ذاته حتى من الناحية الفقهية .
 - تناثر حيثيات الموضوع في عدة مواضع في كتب الفقه الإسلامي، أحيانا في أحكام النكاح و أخرى في أحكام القاضي، و غيرها في أحكام الوصية و الإيضاء أو الوكالة أو حتى البيع.
- وسأحاول في تناول هذا الموضوع الولوج في ثناياه و جمعه ما تناثر منه بطريقة تفي غرض إيضاح ما تم إهماله أو نسيانه من طرف غيري، و بيان أحكام الولاية النيابة في إنشاء الرابطة الزوجية ، من الناحيتين الفقهية و القانونية في دراسة مقارنة بينهما بإتباع الخطة الآتية:

خطة البحث:

التمهيدي: التعريف بأنواع الولاية
النيابية ومدى مشروعيتها

: مفهوم الوكالة وبيان مشروعيتها
وأنواعها

المطلب الأول: مفهوم الوكالة وبيان مشروعيتها
:

: أنواع الولاية النيابة الأخرى
ومشروعيتها.

المطلب الأول: الولاية النيابة للوصي في عقد
:

المطلب الثاني: الولاية النيابة للقاضي في
:

شروطهم.

:

زواجها شروطه .

:

التوكيل.

والترجيح بيان

:

:

شروطه .

:

التوكيل

:

زواجه شروطه .

:

مواليه شروطه .

: شروط الولي بالولاية النيابة في

: الولي بالولاية النيابة و شروطه

المطلب الأول: الوكيل و الوصي في الزواج و شروطهم

المطلب الثاني : شروط اكتساب القاضي الولاية النيابية على الزواج :

بالولاية النيابية

المطلب الأول: كيفية إبرام عقد الزواج بالولاية النيابية

المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية وانتهائها

و الله ولي التوفيق

الفصل التمهيدي:

التعريف بأنواع الولاية النيابية

ومدى مشروعيتها

تمثل أنواع الولاية النيابية في: الوكالة، الإيضاء و ولاية القاضي التي تكون نيابية في ظروف معينة؛ وفيما يأتي من هذا الفصل بيان مفهوم كل نوع ومدى مشروعيتها فقها وقانونا سواء بصفة عامة كنظام معمول به أو بصفة خاصة في إبرام عقد الزواج وذلك في مبحثين:

أولهما: يخص للوكالة لأنها أكثر الأنواع تبادرا للأذهان عند ذكر عبارة الولاية النيابية ويتم فيه بيان مفهومها ومشروعيتها.

ثانيهما: يتم فيه توضيح مفهوم أنواع الولاية النيابية الأخرى والمتمثلة في الإيضاء وولاية القاضي النيابية ومن ثمة بيان مدى مشروعية كل نوع.

المبحث الأول:

مفهوم الوكالة وبيان مشروعيتها وأنواعها

كما هو جلي من عنوان هذا المبحث سيتم التطرق فيه إلى ثلاث نقاط: مفهوم الوكالة، مشروعية الوكالة وأنواع الوكالة، وستتم دراستها على النحو الآتي:

مطلب أول: يتم فيه بيان مفهوم الوكالة ومشروعيتها

ومطلب ثان: يتم فيه بيان أنواع الوكالة.

وستتم التطرق إلى بعض التفاصيل حتى وإن كانت متعلقة بالوكالة بصفة عامة في ظاهرها دون الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية بصفة خاصة، وذلك نظرا لكون "الوكالة" في حد ذاتها أبرز وأهم صور الولاية النيابية بصفة عامة في المعاملات ككل وبصفة خاصة في عقد الزواج، سيما وأن أول ما يتبادر إلى الأذهان عند سماع أو قراءة عبارة الولاية النيابية هي ولاية الوكيل.

المطلب الأول: مفهوم الوكالة وبيان مشروعيتها

سيتم في هذا المطلب بيان مفهوم الوكالة، وذلك بمناقشة عينة من تعاريف الفقهاء لها مع توضيح قيود كل تعريف، وبالتالي إبراز أركان الوكالة وذلك في فرع أول، ثم سيتم التطرق في فرع ثان إلى بيان مشروعية الوكالة في المعاملات بصفة عامة، وفي إنشاء الرابطة الزوجية بصفة خاصة.

الفرع الأول: تعريف الوكالة.

قبل التكلم عن تعريف الوكالة في اصطلاح الفقهاء والقانون توجب أولاً التطرق إلى دلالتها اللغوية، فإليك إذن بيانها:

الوَكَالَةُ أَوْ الْوَكِيلَةُ بفتح الواو وكسرها اسم مصدر الْوَكَيْلِ وَفِعْلُهُ التَّوَكَّلُ، وَوَكَيْلُ الرَّجُلِ الَّذِي يَقُومُ بِأَمْرِهِ، وَالْوَكِيلُ صِفَةٌ مِنْ صِفَاتِ اللَّهِ لِقَوْلِهِ ﷻ: ﴿أَلَا تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكِيلاً﴾¹.
وقيل هو الحافظ أو الكفيل، ويقال: وَكَّلَ اللَّهُ وَتَوَكَّلَ عَلَيْهِ وَاتَّكَلَ: اسْتَسَلَّمَ إِلَيْهِ وَوَكَّلَ إِلَيْهِ الْأَمْرَ سَلَّمَهُ، وَنَقُولُ وَكَّلْتُهُ إِلَى فُلَانٍ أَيْ أَلْجَأْتُهُ إِلَيْهِ وَاعْتَمَدْتَ فِيهِ عَلَيْهِ وَاسْتَكْفَيْتَ أَمْرِي. وَوَكَّلْتُهُ إِلَيْكَ أَكَلْتَهُ كَلَّةً: أَيْ فَوَضَيْتَهُ².

بعد بيان المعنى اللغوي للوكالة، سيتم فيما يأتي بيان ومناقشة مفهومها في اصطلاح الفقهاء في بند أول وفي القانون الجزائري في بند ثان، ثم نخلص إلى تعريف الوكالة في الواج في بند ثالث وذلك بناء على ما تمت دراسته في البندين الأول والثاني.

¹ - الإِسْرَاءُ : 02.

² - ينظر: • ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، دط، دت، 4909/6، 4910، (مادة وكل) • الفراهيدي أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق محمد مهدي الخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، لبنان، بيروت، ط1، 1988، 405/4، (مادة وكل). • ابن سيده علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق محمد علي النجار، جامعة الدول العربية، ط1، 1973، 106/7، 107، (مادة وكل).

البند الأول: تعريف الوكالة في اصطلاح الفقهاء.

لم يختلف الفقهاء في أن المعنى الاصطلاحي للوكالة هو: إنابة الغير في إجراء تصرف وإنما اختلفوا في تحديد المصطلحات التي توضح أبعاد هذه الإنابة بدقة، وفيما يأتي سرد ومناقشة لأهم تعاريف فقهاء المذاهب الأربعة للوكالة.

الفقرة الأولى: تعريف مذهبي الحنفية و المالكية.

أولاً: تعريف الحنفية.

عرف فقهاء هذا المذهب التوكيل على أنه: «إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف جائز معلوم»¹. ومعنى "تصرف جائز" هو أن يملك الموكّل الولاية على إجراء هذا التصرف، أمّا "معلوم" فيقصد به تعيين حدود الوكالة وإخراج التصرف المجهول منها². ومن بين ما يعاب على هذا التعريف، أنه لا يمنع دخول بعض التصرفات التي لا تقبل النيابة كأنواع معينة من العبادات البدنية مثل: الصلاة والوضوء لها. كما أنه يدخل تحت طائلته الايضاء³.

ثانياً: تعريف المالكية.

إن أشهر تعريف للوكالة عند المالكية هو تعريف العلامة الفقيه ابن عرفة⁴، والذي نقلته

¹ - ينظر: ● ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوطي، شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، بيروت، دط، دت، 500/7 ● ابن عابدين الدمشقي محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل عبد الموجود وعي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، 241/8.

² - محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، 1985، ص 37.

³ - سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1987، ص 87.

⁴ - هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره. وُلد سنة 716 هـ، تولى إمامة الجامع الأعظم سنة 750 هـ وقدم لخطابته سنة 772 وللفتوى سنة 773. من كتبه (المختصر الكبير - ط) في فقه المالكية، و (المختصر الشامل - خ) في التوحيد، و (مختصر الفرائض - خ) و (المبسوط) في الفقه سبعة مجلدات والمصادر متفقة على أن وفاته سنة 803. ◀ ينظر: ● الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002، 227/1.

معظم كتب المذهب، وقد عرفها على أنها: «نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته»¹ وبقوله "غير ذي إمرة ولا عبادة"، أخرج إنابة إمام الطاعة إماماً كان أو قاضياً أو صاحب صلاة؛ من تعريف الوكالة؛ كما أبعد مفهوم الوصية بقوله: «غير مشروط بموته»².

إلا أنه يعاب على هذا التعريف احتواءه ألفاظاً غامضة بعض الشيء تحتاج إلى بيان، ما يتناقض مع شروط التعريف، كما أنه يعرّف الوكالة بالإنابة استناداً لتفرقة المالكية بين الوكالة والإنابة على أساس أن النيابة أعم لكن الصحيح عندهم أن لهما المعنى نفسه³.

الفقرة الثانية: تعريف مذهبي الشافعية والحنابلة.

أولاً: تعريف الشافعية

عرّف أصحاب هذا المذهب الوكالة بعدة تعاريف متقاربة، اختير منها ما عرفها بأنها: «تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته»⁴. ويبين هذا التعريف كل أركان الوكالة حيث أن "تفويض" هي إشارة لوجود صيغة أما "شخص" فهو الموكل أي الأصيل و "الغير" هي إشارة إلى الوكيل، أما "ما له فعله" فهو الموكّل به الذي يجب أن يكون مُلكاً للوكيل، والذي قيّد بكونه مما يقبل حلول شخص مقام غيره للقيام به، وذلك بقوله "مما يقبل النيابة". إضافة إلى كل هذا تخرج الوصية من مفهوم الوكالة وذلك لوجود اشتراط إنجاز التصرف الموكّل به في حياة الأصيل - "ليفعله في حياته" -.

¹ - ينظر: ● محمد عليش، شرح منج الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، دط، دت، 351/3 ● الخرشى أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي، الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، دط، دت، مجلد 3/ 68/2.

² - محمد عليش، شرح منج الجليل، 351/3 ● الخرشى، الخرشى على مختصر خليل، م 68/2/3.

³ - وهذا هو المشهور عند المالكية أما على خلاف المشهور، وهو مذهب ابن رشد والقاضي عياض، فالنيابة عندهم مساوية للوكالة والصور التي أخرجها ابن عرفة من التعريف تسمى عندهم وكالة أيضاً. ◀ ينظر في هذا: ● الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992، 4/ 181.

⁴ - الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، دط، دت، 217/2.

ورغم شمول هذا التعريف كل أركان الوكالة إلا أنه يعاب عليه إطلاق التصرف الموكَّل به فيحتمل ذلك المعلوم والمجهول¹، إلى جانب وجود دور فيه لاستعمال لفظ "الإنابة" في تعريف الوكالة، والأصل في تبين مفاهيم الكلم عدم تعريف الشيء بنفسه.²

ثانياً: تعريف الحنابلة.

عرّف أصحاب هذا المذهب الوكالة بعدة تعاريف يُذكر منها التعريف الآتي:

« الوكالة هي استنابة جائر التصرف فيما وكل فيه مثله أي جائر التصرف فيما تدخله النيابة»³. "الإستنابة" هنا تكون في شكل صيغة يتم فيها التعبير عن الإرادة في التوكيل، أمّا قول "جائر التصرف" فيُقصد به الموكَّل وشرط امتلاكه أهلية التصرف الموكَّل به والولاية عليه، وقول "مثله" إشارة إلى الوكيل وشرط أن يكون هو الآخر مالكا أو أهلا للتصرف المتوكَّل فيه. أما عبارة "فيما تدخله النيابة" فهو قيد للتصرف الموكَّل به، حيث يخرج كل تصرف لا يقبل حلول شخص محل آخر فيه كالصلاة.

وبهذا يمكن القول أن تعريف الحنابلة يشمل كل أركان الوكالة، إلا أنه كسابقيه لا يسلم من جود نقائص به، وبالتالي لا يسلم من وجود اعتراضات عليها، أولها: دخول الوصية في مفهوم الوكالة، وثانيها: احتمال الجهالة في التصرف الموكَّل به، وثالثها: وجود دور في التعريف لاستعمال لفظ "استنابة".

و يجتمع إذن تعريف الحنابلة في الإيرادين الأخيرين مع تعريف المالكية والشافعية من جهة، ويشترك في شموله أركان الوكالة بوضوح وتفصيله أكثر لشروطها مع تعريف الشافعية من جهة أخرى.

¹ - محمد رضا عبد الجبار العوفي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 48.

² - لمراجعة الرد على الاعتراض ◀ ينظر : • العبادي أحمد بن قاسم، حاشية العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشية الشرواني، دار إحياء التراث العربي، دط، دت، 294/5. • البحريني سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البحريني على الخطيب، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1996، 456/3.

³ - البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، 1996، 184/2.

الفقرة الثالثة: تمييز الوكالة عن الإنابة ومحاولة الخلوص إلى تعريف فقهي

لها.

إن أهم ما يلاحظ عند سرد أبرز تعاريف الوكالة وبيان أهم ما ورد عليها من اعتراضات هو أن هناك تداخل بين مصطلح "نيابة" ومصطلح "وكالة"؛ مما أدى إلى قيام جدل حول صحة إدراج لفظ "نيابة" في تعريف الوكالة أم لا...، لذا سيتم أولاً بيان هذا الاختلاف قبل محاولة الخلوص إلى تعريف فقهي للوكالة.

أولاً: بيان الاختلاف في المساواة بين المصطلحي الوكالة والإنابة من عدمها.

الأصل هو تساوي لفظي: نيابة ووكالة في المعنى اللغوي، فكلاهما يفيد معنى:

«إقامة الغير مقام النفس في تصرف ما، وتفويض الأمر إليه»¹.

إلا أن هناك اختلاف في تساوي اللفظين في المعنى الاصطلاحي من عدمه، وهذا بيانه

باختصار:

▪ من يستعمل أو يجيز استعمال لفظ "نيابة" في تعريف الوكالة فهو يعتبر أنهما لفظان لا يستويان في المعنى وذلك من وجهين:

أولهما: أن النيابة أعم من الوكالة في المعنى²، حيث أن الوكالة هي: «جعل ذي أمر غير إمرة التصرف فيه لغيره»³ وذي الإمرة هو: إمام الصلاة والأمير، والقاضي⁴، ومن يدخل تحت طائفتهم من ذوي الولاية العامة. فعندهم لا يقال أن ولاية القاضي وكالة... بل هي نيابة.

¹ - ينظر: • أحمد الرضا، معجم متن اللغة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960، 567/5، 568، 809 • سعدي أبو الجيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1988، ص 387 • محمد رواس قلعجي، صادق حامد قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط2، 1988، ص 490، 509.

² - العبادي، حاشية العبادي على تحفة المحتاج، 294/5.

³ - ينظر: • الخطاب، مواهب الجليل، 181/5 • محمد عليش، منح الجليل، دار صادر، ط1، 351/3.

⁴ - المصادر نفسها.

أما النيابة فتشمل في معناها كل ما يدخل تحت طائلة الوكالة وإلى جانب ذلك تشمل

ولاية ذي الإمرة، ولهذا تعتبر أشمل من الوكالة في المعنى¹.

وإذا ذهب المالكية إلى إضافة "غير ذي إمرة" لبيان أن لفظ نيابة أعم من لفظ وكالة فقد ذهب صاحب تحفة المحتاج من الشافعية في ذلك، إلى إضافة لفظ "شرعا" لمصطلح "نيابة" عند تعريفه للوكالة² وتبعه في ذلك شارحي كتابه وذلك باعتبار أن كل ما هو "عبادة ونحوها" ليس مما يقبل النيابة شرعا³، ولا يدخل تحت طائلته، أو بالأحرى بتعبير المالكية يخرج عندهم من معنى النيابة شرعا ولاية ذي الإمرة من إمام صلاة (عبادة)، وقاضٍ (و نحوها).

ثانیهما: أنه في الوكالة يلحق حكم تصرف الوكيل بالأصيل كأنه هو الذي فعله، وهذا ما لا يكون في النيابة⁴.

❖ أما من يساوي بين الوكالة والنيابة في المعنى فهو يستعمل لفظ: نيابة في تعريف الوكالة، ويميز إطلاق لفظ وكالة على ولاية القاضي خلافا للرأي الأول⁵.

وعلى ما يبدو فإن ظاهر كلام أغلب الفقهاء يوحي بالتفرقة بين المصطلحين واعتبار النيابة أعم من الوكالة.

ثانيا: محاولة الخلوص إلى تعريف فقهي للوكالة.

بعد بيان الفرق بين مصطلحي: وكالة ونيابة فقها، وعلى ضوء ما تقدم من تعاريف الفقهاء للوكالة، يمكن الخلوص إلى صياغة تعريف لها، فيه شمول لقيود ما سبق ذكره من تعاريف مع اجتناب لما يرد عليها من اعتراضات، وأخذ بعين الاعتبار وجوب بيان الأركان الأربعة

¹ - ينظر: • الخطاب، مواهب الجليل، 181/5 • محمد عليش، منح الجليل، 351/3.

² - الوكالة هي: «تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه في حياته مما يقبل النيابة شرعا». • ينظر: ابن حجر الهيتمي شهاب الدين، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، دط، دت، 294/5.

³ - العبادي، حاشية العبادي على تحفة المحتاج، 294/5.

⁴ - محمد عليش، منح الجليل، 351/3.

⁵ - ومن بين من يساوي بين المصطلحين في المعنى: الفقيهين: القاضي عياض وابن رشد ◀ ينظر: • محمد عليش، المصدر

نفسه • الخطاب، مواهب الجليل، 181/5.

الوكالة¹. وعلى هذا يكون التعريف الفقهي للوكالة كما يأتي:

« هي إقامة شخص آخر مثله مقامه، فيما له فعله من تصرف معلوم، يقبل إحلال الغير محله فيه، ليفعله في حياته »

❖ محترزات هذا التعريف:

أ- يشمل هذا التعريف الأركان الأربعة للوكالة، هذا بيانها:

* "شخص": وهو الأصيل بمعنى الموكَّل؛ "آخر": بمعنى شخصا آخر غير الموكَّل وهو الوكيل؛ و "تصرف": هو محل الوكالة أو الموكَّل به؛ و أما "إقامة مقامه": هي صيغة الإيجاب والقبول التي تتم بين الموكَّل والوكيل لإتمام عقد الوكالة.

ب- ولهذا التعريف قيود تتمثل فيما يأتي:

*"فيما له فعله": الهاء ضمير يعود على الشخص الأصيل بمعنى الموكَّل، وقول فيما له فعله هو قيد يلزم أن يكون الموكَّل مالكا للتصرف الموكَّل فيه، وذلك بأن تكون له الولاية عليه من جهة والأهلية للقيام به من جهة أخرى. و أما "مثله": أي شخص آخر مثله والهاء ضمير متصل يعود دائما على الموكَّل، وهي إشارة إلى اشتراط أن يكون الوكيل أهلا للقيام بالتصرف الذي أوكل إليه، فإن لم يكن قادرا على القيام به لنفسه، فالأولى عدم جواز القيام به لغيره² قول: "تصرف معلوم": قيد يخرج الجهالة من التصرف الموكَّل به، ويوجب أن يكون موصوفا بالمعلومة، التي تجعل للوكالة حدودا ومعالم، يستطيع الوكيل على إثرها تنفيذ الوكالة والوفاء بها. وإضافة "يقبل إحلال الغير محله فيه": قيد للتصرف بأن يكون مما يقبل حلول شخص مقام آخر لإجرائه، وبذلك

¹ - * حسب رأي الجمهور القائل بوجود أربع أركان للوكالة كأي عقد ◀ ينظر: • للمالكية: الكشاوي أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 95، 15/2 • للشافعية: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 217/2 • للحنابلة: ابن تيمية فخر الدين أبو عبد الله، محمد بن أبي القاسم محمد بن الخضر بن علي بن عبد الله، بلغة الساغب وبغية الراغب، تحقيق بكر بن عبد الله بوزيد، دار العاصمة السعودية، الرياض، ط1، 1997، ص235، 236.

* أما الحنفية فيرون أن لعقد الوكالة ركن واحد يتمثل في الصيغة. ◀ ينظر: • ابن الهمام، فتح القدير، 7/ 500.

² - سيتم بيان وشرح شروط الموكل والوكيل لاحقا.

خرجت التصرفات التي لا تقبل ذلك كالصلاة¹. أمّا إضافة عبارة: "ليفعله في حياته": فالهاء في حياته ضمير متّصل يعود على الموكّل، وبهذا أُخرجت الوصية من مفهوم الوكالة. إنّ محاولة الإمام بكل قيود ومحتزات تعريفات الوكالة السابقة الذكر، والسعي وراء اجتناب كل ما ورد عليها من اعتراضات، كتفضيل استعمال عبارة "يقبل إحلال الغير محله فيه" بدلا من مصطلح "إنابة"، والحِرص على توفر شروط كل من الموكّل والوكيل والموكّل به، من شأنه إطالة هذا التعريف نوعا ما، وهذا ما قد يتنافى مع مقتضيات التعاريف. إلا أن ما يحمله مصطلح "وكالة" من قيود تتمثل في أركان وشروط توجب ذكرها، استلزام غض نظر على طوله تحقيقا لشموله.

البند الثاني: تعريف الوكالة في القانون المدني الجزائري.

عرف المشرع الجزائري الوكالة في المادة 571 من القانون المدني²، حيث جاء فيها:

« الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يُفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكّل وباسمه »

وكما هو واضح من التعريف، فإن مصطلح الوكالة مرادف لمصطلح الإنابة، في القانون الجزائري، حيث عرفهما المشرع بتعريف واحد، و فيما يأتي بيان محتزاته.

الفقرة الأولى: قيود هذا التعريف وما يرد عليه.

أولا : قيود التعريف.

* "عقد": بمعنى أن للوكالة عقد ولها أركانها المتمثلة في: الرضا، المحل والسبب. * "يُفوض": دلالة على الصيغة التي تتم بإيجاب وقبول تعبيرا عن رضا الطرفين وهو أول أركان العقد. * "شخص": هو أحد الأطراف وهو الموكّل؛ أما "شخصا آخر": هو الطرف الثاني بمعنى الوكيل.

¹ - تم استبدال: "مما يقبل النيابة" ب: "يقبل إحلال الغير محله فيه"، تفاديا للاعتراض القائل بمساواة النيابة للوكالة.

² - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

* "للقيام بعمل شيء": وهو الموكَّل به بمعنى موضوع أو محل الوكالة وهو ثاني أركان العقد و يكون هذا العمل "لحساب الموكَّل وباسمه": بمعنى أن الوكيل لا يقوم بالعمل الموكَّل به باسمه، بل باسم الموكَّل، لأن كل ما سبب على هذا العمل من حقوق وواجبات سيعود على الأصيل وهو الموكَّل لا الوكيل.

* أما سبب الوكالة وهو ثالث ركن للعقد فهو غالبا ما يكون عدم قدرة الموكَّل على القيام بالتصرف الموكَّل به لسبب ما، والهدف المنشود من إبرام عقد الوكالة هو تحصيل هذا التصرف بطريقة غير مباشرة.

ثانيا: ما يرد على هذا التعريف.

يرد على هذا التعريف عدة اعتراضات أهمها:

أ- استعمل المشرع الجزائري عبارة «عمل شيء» دلالة على محل أو موضوع العقد وهو الموكَّل به، حيث كان عليه استعمال مصطلح أكثر دقة وشمولا للتعبير عن المعنى المقصود في التعريف وهو مصطلح "تصرف قانوني"¹، أو إضافة "قانوني"² فيكون "عملا قانونيا" حيث توجب أن يكون التصرف أو العمل جائزا قانونا.

ب- أضاف المشرع في تعريفه للوكالة عبارة "لحساب الموكَّل وباسمه" وبهذا يكون قد عرفها بأثر من آثارها، وهو وقوع التصرف الموكَّل به باسم الأصيل و ثبوت كل ما ينتج عنه من حقوق

¹ - * التصرف هو كل قول أو فعل له أثر فقهي. ◀ ينظر: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيب، معجم لغة الفقهاء، ص 132.

* والتصرف القانوني هو تعبير عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين وينصب هذا التعبير عن الإرادة في شكل عقود تبادلية، أو منفردة. ◀ ينظر: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 85، ص 246 • إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 99، ص 320.

² - * العمل القانوني - acte juridique - هو :

أ- عمل يرجع إلى إظهار إرادة تتجه إلى إحداث آثار قانونية أو تغييرها أو إلى إنشاء التزامات .

ب- ما يرجع لإرادة الشخص مقرونة بإرادة طرف آخر -جانين- .

ج- ما يرجع لإرادة الشخص منفردة كالوصية و الوقف - جانب واحد-.

* وتشمل نظرية العمل القانوني عند بعض الفقهاء جميع فروع القانون ◀ ينظر : أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية - فرنسي - عربي - إنجليزي -، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط1، 1989، ص16، رقم 50 و ص 12، رقم 29.

وواجبات لحسابه، لا لحساب من قام به وهو الوكيل. وهذا ما يخالف مقتضى التعاريف المتمثل في الكشف عن ماهية الشيء لا عن آثاره¹.

ت- لم يُقيد المشرع الجزائري التصرف الموكَّل به بشرط أن يكون مما يقبل قيام شخص مقام آخر فيه، وبهذا تدخل تحت طائلة هذا التعريف الأعمال أو التصرفات التي لا تقبل الإنابة، كما مثال شخص مكان آخر أمام السلطات العسكرية لأداء الخدمة الوطنية بدلا منه.

ث- لم يشترط المشرع إنجاز التصرف في حياة الموكَّل، وبهذا تدخل الوصية في مفهوم الوكالة².

ج- لا يوجد في التعريف أي قيد، فيما يخص وجوب امتلاك الموكَّل أو الوكيل القيام بالتصرف الموكَّل به بنفسيهما، وذكره مهم سيما وأنه لم يتم ذكر ذلك في أي مادة أخرى من المواد الخاصة بأحكام الوكالة³. لكن يمكن القول أنه يرجع في هذا إلى القواعد العامة.

ح- إن المساواة بين الوكالة والإنابة أمر فيه نظر، لأن الأصل عدم ترادف معناهما القانوني.

الفقرة الثانية: التفرقة بين مصطلحي الوكالة والنيابة قانونا.

كما بيّنا الفرق بين النيابة والوكالة فقها، لوجود تداخل بين المصطلحين، سيتم في هذه الفقرة بيان الفرق بينهما قانونا، سيما وأن المشرع الجزائري قد ساوى بينهما في التعريف وذلك

¹ - * من بين القوانين الحاذية حذو المشرع الجزائري في استعمال أثر من آثار الوكالة في التعريف: القانون المدني السوري في مادته 665، والمصري في مادته 299 وكذلك الليبي في مادته 229 وتعليل ذلك هو محاولة التفرقة بين الوكالة كعقد من العقود وبين الإنابة كفكرة غالبا ما تجمع مع الوكالة في العمل مما أدى إلى الخلط بينهما، ففي حين أن الوكالة هي عقد تنفق فيه إرادتي الموكل والوكيل ومؤدى هذا الاتفاق التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل، بينما الإنابة تنبع من الإرادة المنفردة للأصيل والتي من شأنها إعطاء النائب صفة النيابة تمكنه القيام بتصرف قانوني تعود آثاره إلى الأصيل. ◀ ينظر: ● محمد رضا عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 55، 56.

² - لكن المشرع الجزائري تدارك الأمر فيما بعد بجعل موت الموكل سببا من أسباب انتهاء الوكالة. ينظر المادة 586 ق.م.ج، ورغم ذلك يبقى التعريف ناقصا.

³ - وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع المصري والسوري والليبي، فلم ينصوا على شروط الموكل أو الوكيل، عند معالجتهم موضوع الوكالة، فيرجع في ذلك إذن إلى القواعد العامة، أما المشرع العراقي فقد نص على شروط الوكيل والموكل في المادة 930 من القانون المدني العراقي، ◀ ينظر: ● محمد رضا عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 152، 155، 168، 169.

رغم فصله بينهما في بداية الأمر، حيث تطرق إلى مبادئ النيابة بصفة عامة عند وضعه للقواعد العامة للالتزامات¹، ثم وضع عقد الوكالة مع غيره من العقود المسماة².

وقد حرص المشرع الجزائري على عدم تكرار النصوص في الموضوعين، حيث خصّ المبادئ العامة بالنيابة، وركز في المواد المتعلقة بالوكالة على خصائصها منها: مصدرها وأثرها والعلاقة بين طرفيها؛ هذا مع التأكيد والإحالة إلى مبدأ النيابة بوجه عام³.

لكن - وكما تم ذكره آنفاً - ذهب المشرع الجزائري فيما بعد إلى المساواة بين مصطلحي: الوكالة والنيابة أو الإنابة حيث أعطاهما التعريف نفسه في المادة 571 من القانون المدني: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه...» وفي هذا الأمر نظر...⁴

فرغم أن الوكيل يعمل دائماً لحساب الموكل، إلا أن الوكالة قد تتصل بالنيابة، فتكون نيابة في القانون، إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكل، ويقدم عند انتهاء الوكالة حساباً للأصيل عما قام به، كما قد تكون منفصلة عن النيابة، فتصبح غير نيابية، وذلك عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصي⁴.

فغالبا ما تُضفي الوكالة صفة النيابة على الوكيل فتكون نيابية، لكنها في بعض الحالات لا تكون كذلك، كما في الاسم المستعار⁵ والوكيل بالعمولة⁶.

ويتضح من التعريف الوارد في المادة 571 ق.م.م السابقة الذكر أن المشرع الجزائري جعل لكل من الوكالة والإنابة مصدر واحد هو الاتفاق في حين أن النيابة في التشريعات المقارنة⁷، قد

¹ - ينظر المواد من 73 إلى 77 من القانون المدني الجزائري.

² - ينظر المواد من 571 إلى 589 من القانون المدني الجزائري.

³ - تنص المادة 585 ق.م.ج على أنه: «تطبق المواد من 74 إلى 77 الخاصة بالنيابة في علاقات الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل»

⁴ - محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات، دراسة مقارنة، دار المريخ، 1986، ص 340.

⁵ - * بمعنى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي. ◀ ينظر: • أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر و الاقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، 3/ 328.

⁶ - * الوكالة بالعمولة هي أحد صور التوكيل التجاري و فحواها أن شخصا هو الوكيل بالعمولة يعهد إليه القيام بأعمال تجارية لحساب شخص آخر هو الموكل، و الوكيل بالعمولة يعمل عادة باسمه الخاص و لحساب موكله، و هو يختلف عن الوكيل العادي الذي يعمل باسم موكله، هذا و يجوز للوكيل بالعمولة أن يعمل باسم موكله و أجر عمله هو العمولة. ◀ ينظر: • أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، ص60، رقم 249.

⁷ - ينظر مثلا: القانون المدني المصري، والسوري والليبي.

يكون مصدرها: الاتفاق أو القانون أو القضاء¹. وبهذا تكون صور النيابة كالآتي²:

أ- قد تكون نيابة اتفاقية، مصدرها العقد - عقد الوكالة - وهنا تجتمع الوكالة مع النيابة.

ب- قد تكون نيابة قانونية، إذا كان مصدرها القانون، كما في الولي، فالقانون هو الذي يحدد الأولياء.

ج- قد تكون نيابة قضائية، إذا كان مصدرها القضاء، كما في الوصي والقيّم فالسلطة القضائية هي التي تعينهما.

وفي صورتين الأخيرتين تكون هناك نيابة دون وكالة ولهذا يمكن القول أنه كان من الأفضل ألا يعرف المشرع الجائري كلاً من الوكالة والإنابة بالتعريف نفسه، فهو بذلك لا يفرق بين صور النيابة المذكورة أعلاه.

وفي نفس سياق مساواة المشرع الجزائري بين المصطلحين، أضاف في التعريف ما يأتي: "...للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، و قول: لحساب الموكل أمر صحيح لأن الوكيل يجب دائماً أن يعمل لحساب موكله، وذلك سواء كانت الوكالة نيابية أم لا، أمّا القول: " بأن يعمل الموكل باسم الوكيل" ففيه نظر، لأن عمل الوكيل باسم الموكل يعني أن الوكالة نيابية، واشتراط ذلك أو ذكره في التعريف، من شأنه أن يجعل الوكالة دائماً نيابية...! وهذا غير صحيح فكما تم ذكره آنفاً، في الاسم المستعار، يعمل الوكيل باسمه، الشخصي لكن يبقى دائماً لحساب الموكل ويعتبر دائماً وكيلاً له، وفي نفس الوقت غير نائب.

لهذا كان من الأفضل أن يحدو المشرع الجزائري حدو نظيره المصري الذي عرف الوكالة في المادة 299 من القانون المدني بأنها: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني، لحساب الموكل" فانتظم بذلك التعريف مع الوكالة إذا صحبتها النيابة حيث يعمل الوكيل باسم

¹ - بوحلاسة عمر، الوكالة في القانون الجزائري، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 4، ص 42.

² - نقلاً عن تميمش ل: السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، دون تاريخ، 190/1، تميمش رقم 1، خاص بالفقرة 73.

موكله، وكذلك إذا لم تصاحبها النيابة حيث يعمل الوكيل باسمه الشخصي ويبقى الوكيل في كلتا الحالتين يعمل لحساب الموكل¹.

الفقرة الثالثة: محاولة الخلوص إلى تعريف قانوني للوكالة.

أولا: تعريف الوكالة بصفة عامة.

بناء على ما تم عرضه، مما قد يرد على تعريف الوكالة المذكور في المادة 571 من القانون المدني الجزائري؛ من جهة؛ ومن تفرقة قانونية بين مصطلحي: "وكالة" و "إنابة" من جهة أخرى يمكن إذن محاولة الخلوص إلى تعريف قانوني للوكالة، يكون كالآتي: «هي عقد يقيم شخص في حياته بمقتضاه مقامه شخصا آخر، فيما له فعله من عمل قانوني يقبل ذلك».

❖ محترزات التعريف:

أ- أركان الوكالة.

*"عقد": يستلزم لإبرام كل عقد صيغة. و "شخص": تعبرا عن الموكّل وهو الطرف الأول في الصيغة. و "شخصا آخر": دلالة على الوكيل وهو الطرف الثاني في الصيغة. أما "تصرف": بمعنى الموكّل به وهو محل العقد.

ب- قيود التعريف.

*"ما له فعله": تعبرا على أنه يجب أن يكون الموكّل مالكا للتصرف الموكّل الأهلية والولاية الكاملتين للقيام به بنفسه. * "قانوني": دلالة على أنه يشترط في التصرف الموكّل به أن يكون جائزا قانونا. * "يقبل ذلك": بمعنى يقبل حلول الغير محل الأصيل في القيام به. * "في حياته": إخراج معنى الوصية من مفهوم الوكالة.

ثانيا: تعريف الوكالة في الزواج.

سرد فقهاء الشريعة الإسلامية أحكام الوكالة في الزواج، مباشرة دون تعريفها، ولعل ذلك يرجع إلى تفصيلهم في دلالتها بصفة عامة، واكتفائهم بذلك. وكذلك هو الحال بالنسبة للمشرع

¹ - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، 419/1.

الجزائري، فهو لم يتطرق إلى تعريف الوكالة في الزواج في قانون الأسرة¹، مثله مثل نظائره من المشرعين العرب الذين كان من المستطاع الإطلاع على قوانينهم المتضمنة أحكام الأسرة أو الأحوال الشخصية².

إلا أنه على ضوء ما تقدم ذكره من تعاريف للوكالة بصفة عامة، يمكن تعريف الوكالة في الزواج كالآتي:

« عقد بمقتضاه يقيم شخص له سلطة إبرام عقد الزواج، مقامه شخص آخر مثله، ليبرمه عنه في حياته»

❖ محترزات التعريف:

أ- "عقد": الوكالة كما جاء في المادة 571 ق.م.ج هي عقد وبالتالي لا تنم إلا بموجب صيغة.

ب- "شخص": وهو أحد أطراف الصيغة، أو العقد وهو الموكّل. "له سلطة إبرام عقد الزواج": وهذه إشارة إلى أنه يشترط في الموكّل أن يتمتع بالأهلية والولاية الكاملتين اللتان تخولان له مباشرة عقد الزواج الموكّل به بنفسه فيقع صحيحا. أما "شخص آخر": وهو الطرف الثاني في الصيغة أو العقد وهو الوكيل. ويكون "مثله": بمعنى أنه يشترط في الوكيل أن يكون مثل الموكّل في تمتعه بالأهلية والولاية اللتان تخولان له مباشرة عقد الزواج بنفسه فيقع صحيحا.

ت- "الموكّل به أو محل عقد الوكالة هو: إبرام عقد الزواج.

ز- "في حياته": وهو قيد يرمي إلى اشتراط تنفيذ الوكيل للوكالة والقيام بالتصرف الموكّل به وهو إبرام عقد الزواج في حياة الموكّل، وذلك لإخراج معنى الوصية من مفهوم الوكالة.

¹ - سواء: القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن أحكام قانون الأسرة المعدل و المتمم. أو القانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005. المصادق على الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة.

² - ينظر: قانون الأحوال الشخصية لكل من: تونس، سوريا، الأردن، مصر، ولبنان، وكذلك مدونة الأسرة للمملكة المغربية.

الفرع الثاني: مشروعية الوكالة في الزواج.

إن الوكالة بصفة عامة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، وفيما يأتي بيان ذلك باختصار.

البند الأول: أدلة مشروعية الوكالة في الفقه الإسلامي.

الفقرة الأولى: أدلة مشروعية الوكالة في الكتاب العزيز.

وهي عديدة نذكر منها ما يأتي:

أ- قوله ﷺ: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾¹ وقال ابن العربي² في هذه الآية: «وهذا يدل على صحة الوكالة وهو عقد نيابة، أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به، أو لعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره أو يترفه فيستنيب من يريجه»³.

ب- قوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾⁴ وقال ابن العربي في تفسير هذه الآية: "وهم الذين يُقَدَّمون لتحصيلها ويُوَكَّلون على جمعها"⁵.

¹ - الكهف: 19.

² - هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد اله بن أحمد المعافري الاشبيلي، المعروف بابن العربي، يكنى أبا بكر، يعتبر آخر علماء الأندلس، وختام حفاظها وأئمتها، ولد سنة 468هـ، درس الفقه والأصول على يد أبي بكر الطرطوشي وأبو حامد الطوسي، وأب بكر الشاسي، استقضى ببلده فنفع الله به أهلها لصرامته وشدته، أخذ القاضي عياض منه واستفاد، من مصنفاته: أحكام القرآن، المحصول في أصول الفقه، القواسم والعواصم وعارضة الأحوذى، توفي سنة 543هـ. ◀ ينظر: • بن خلكان أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط، دت، 296/4، 297، وينظر أيضا: • ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1329هـ، ص 281-284.

³ - ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الفكر، بيروت، دط، دت، م، 1228/3/2.

⁴ - التوبة: 60

⁵ - ابن العربي، أحكام القرآن، م1/2/961.

ج- قوله ﷺ: «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ

فَلْيُمِلْ وَيُهِ بِالْعَدْلِ»¹. والدلالة في هذه الآية هو كما ذكره الفقيه الشافعي المزني² رحمه الله حيث قال: «إذا أجاز أن يقوم بماله بتوصية أبيه بذلك إليه؛ وأبوه غير مالك؛ كان أن يقوم فيه بتوكيل مالكه أجوز... فللناس أن يوكلوا في أحوالهم وطلب حقوقهم وخصوصاتهم...»³.

ويمكن القول إن الأدلة المذكورة آنفاً وغيرها قد أُستند عليها في مشروعية الوكالة بصفة عامة، أما الوكالة في الزواج بصفة خاصة فقد وردت في مشروعيتها أدلة من السنة النبوية الشريفة، فيما يأتي بيان بعضها في البند الثاني من هذا الفرع.

الفقرة الثانية: أدلة مشروعيتها من السنة النبوية الشريفة.

تظافت مجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة في الدلالة على مشروعية الوكالة بصف عامة وبعض منها في الزواج بصفة خاصة، وهذا سرد لبعض منها في الآتي:

أولاً: الوكالة بصفة عامة

جاء في الصحيحين أن رسول الله ﷺ - قد بعث السعاة لجمع الصدقة أو الزكاة⁴ وذلك باعتبارهم جباة، أي عاملين على جمع الزكاة، فهم وكلاء بناء على ما مر في الاستدلال بالآية 60

¹ - البقرة: 282.

² - هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، أبو إبراهيم، ولد سنة 175هـ، حدث وكان صدوقاً عن الإمام الشافعي وابن معيد المصري، كان إماماً ورعاً زاهداً، مجاب الدعوة، مناظر، قال عنه الإمام الشافعي: لو ناظره الشيطان لغلبه، من مصنفاته: المسائل المعتبرة، الترغيب في العلم والمختصر والمنثور، وصنف كتاباً مفرداً على مذاهب "الجامع"، توفي سنة 264 هـ ◀ ينظر: • الأسنوي عبد الرحيم جمال الدين، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1987، ج1، ص 28 • ابن أبي حاتم الرازي أبو محمد عبد الرحمن، كتاب الجرح والتعديل. مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط1، 1952، المجلد1، القسم1، ص 204.

³ - المزني أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى، مختصر المزني، دار المعرفة، لبنان، دط، دت، 110/1.

⁴ - أخرجه: • البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق أحمد زهوة وأحمد عنابة، دار الكتاب العربي، لبنان، 2005، كتاب الأحكام، باب محاسبة الإمام عماله، 1455/4، حديث رقم: 7197 • مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، 1463/3، حديث رقم: 1832 و ما بعده.

من سورة التوبة¹.

وجاء في الصحيحين أيضا أنه ﷺ "استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب²، فقال: أكل تمر خيبر هكذا؟، فقال: لا والله يا رسول الله! أنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله - ﷺ -: فلا تفعل، بع الجمع³ بالدرهم ثم اتع بالدرهم جنيبا"⁴.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله - ﷺ -، وكّل الرجل في البيع والشراء⁵.

ثانيا: الوكالة في الزواج.

أما مما استدل به على مشروعية الوكالة في الزواج ما يأتي:

أ- ما روي عن رسول الله - ﷺ - أنه وكّل أبا رافع في تزويجه بميمونة. حيث بعته ورجلا من الأنصار فزوجه بها⁶.

ب- وتوكيله - ﷺ - لعمر بن أمية في تزويجه أم حبيبة وهي الحبشة⁷.

¹ - ينظر ص 17 من هذا البحث.

² - الخبيب هو تمر ليس بمختلط، وقال مالك هو الكبيس وقيل الطيب وقيل القوي. ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، هدي الساري مقدمة فتح الباري، تصحيح وإخراج محب الدين الخطيب، دار المعرفة، لبنان، ص 99.

³ - الجمع كل لون من التمر لا يعرف اسمه، وقيل هو التمر الذي يخرج من النوى، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 680/1، وهو التمر غير المرغوب فيه لردائه، ينظر: رضا عبد الجبار العوفي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 65.

⁴ - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الصرف والميزان، 2/455، 456، حديث رقم 2302 • مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، 3/1215، حديث رقم: 1593.

⁵ - العيني ابن أحمد بدر الدين أبو محمد محمود، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار الفكر، دط، دت، م، 6/12/131.

⁶ - أخرجه: الترميذي محمد بن عيسى أبو عيسى، صحيح الترميذي، المطبعة المصرية، الأزهر، مصر، ط 1، 1931، كتاب الحج، ما جاء في كراهية تزويج الحرم، 4/71. * صححه الألباني عن ميمونة نفسها، ينظر: الألباني محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط 2، 1985، 5/284، 283.

⁷ - داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبو داود، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، ط 1، 1952، كتاب النكاح، باب في الولي، 1/481. * ضعفه الألباني وقال أنه متروك ◀ ينظر: إرواء الغليل، 5/282.

و واضح من هذين الدليلين صحة مشروعية الوكالة في الزواج بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك.

الفقرة الثالثة: أدلة مشروعيها من الإجماع.

أجمع علماء الأمة، على جواز الوكالة في المعاملات بصفة عامة، ومنها النكاح؛ وذلك من غير تكبير ولا خلاف من أحد¹. بل قد ذهب فقهاء الشافعية² إلى القول بأن الوكالة في المعاملات بصفة عامة، مندوب إليها، لكونها صورة من صور التعاون المرعَّب فيه شرعاً، لقوله ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾³. وإذا كانت مندوب إليها في المعاملات، فإنها تكون كذلك في باب الزواج من باب أولى، لأنها تسهم في إنشاء الرابطة الزوجية ذات الميثاق الغليظ، كما أنه إذا اعتبر عقد الزواج عقد معاوضة، فتحوز فيه الوكالة قياساً على جوازها في عقود المعاوضات⁴. وعلى هذا يتضح أن الفقهاء مجمعون على أن الوكالة جائزة سواء أكانت في المعاملات أم في الزواج بصفة خاصة وهذا ما صرحوا به في كثير من مصادره⁵. ومتى كان إجماع على أمر فإنه يكون تشريعاً للمسلمين لكون الإجماع حجة شرعية⁶.

¹ - ينظر: • محمد عيش، شرح منح الجليل، 352/3 و 26/2 • ابن قدامي موقف الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1983، 201/5. • الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، دط، دت، 182/8 و 156/11. • النووي أبو يحيى زكريا بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دت، 524، 522/3.

² - ينظر: • الرملي شمس الدين محمد أب العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، 1984، 15/5 • البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 457، 456/3.

³ - المائة: 02

⁴ - ابن قدامي، المغني، 353/7.

⁵ - ينظر: • الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1986، 294/1. • محمد عيش، شرح منح الجليل، 26/2 • الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، كتاب الشعب، دم، دط، دت، 14/5، • المرادوي علاء الدين أبو سن علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1983، 82/8.

⁶ - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط 7، 1997، ص 182.

البند الثاني: مشروعية الوكالة في القانون.

عرف المشرع الجزائري، كما تم ذكره آنفا، الوكالة في المادة 571 من القانون المدني وخصص لها فصلا كاملا، أدرج فيه أحكامها. وهذا يعني ثبوت جواز ومشروعية الوكالة قانونا في المعاملات بصفة عامة.

أما عن الوكالة في الزواج بصفة خاصة، فقد ذكرها المشرع الجزائري في المادة 20 من قانون الأسرة رقم 84-11، حيث أجاز فيها توكيل الزوج غيره ليرم له عقد زواجه وهذا يعني جواز ومشروعية الوكالة في الزواج في ظل هذا القانون.

لكن رجع المشرع الجزائري ونص في المادة 18 من الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 84-11 والموافق عليه بالقانون رقم 05-09، على إلغاء عدة مواد من القانون نفسه، منها المادة 20 الناصية على الوكالة في الزواج، وجاء في عرض أسباب هذه المادة -بمعنى المادة 18-: " أن غرض هذا الإلغاء هو تحقيق انسجام مع التعديلات المتعلقة بالولاية...!!". لكن إذا كان إلغاء المادتين "12" و "63"² منسجم مع هذه التعديلات فليس هذا هو الحال بالنسبة إلى إلغاء المادة 20 المتعلقة بالوكالة في الزواج، فوجودها أو بالأحرى إبقاؤها لا يمس ولا يتعارض بأي حال من الأحوال مع الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في أحكام الولاية في الزواج، ولا يتنافى إطلاقا مع طبيعة مقتضيات التعديلات المكرسة لهذا الاتجاه، مما يجعل تسيب إلغاء المادة غير منطقي ولا يفني بغرض توضيح دوافعه.

وقد تطرقت مجلة الفكر البرلماني، المختصة بالقضايا والوثائق البرلمانية، والصادرة عن مجلس الدولة، إلى تعديل قانون الأسرة وحللت وناقشت مضمونه، أسبابه وأهدافه، وذلك في ركن الوثائق البرلمانية، تحت عنوان: - أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية و السياسية و القانونية - لكنها لم تذكر موضوع الوكالة أو إلغاءه، لا عند سرد مضمون التعديلات ولا في تعداد أسبابها وأهدافها. ومن بين ما ذكر من عوامل وأسباب لهذه التعديلات: اتساع دائرة الثغرات والنقائص،

¹ - تنص المادة 13 من قانون الأسرة رقم 84-11 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»

² - تنص المادة 63 من قانون الأسرة رقم 84-11 نعلى أنه: «في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأب بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني»

في أحكام قانون الأسرة رقم 84-11، مما يعطل فاعلية دور قضاء الأحوال الشخصية، وأما الأهداف فقد ذكر من بينها: إثراء وتطوير أحكام قانون الأسرة¹.

وبالتمعن، يلاحظ أن المشرع الجزائري، بإلغاء المادة 20 من قانون الأسرة -الناصة على الوكالة في الزواج-، قام بعكس مضمون ما تم ذكره سابقا، من مثاليين، عما جاء في مجلة الفكر البرلماني، من أسباب وعوامل، وكذا أهداف تعديلات هذا القانون، حيث أنه عوض أن يؤكد مشروعيتها، في الزواج، بإضافة مواد يثري من خلالها أحكامها قصد تدارك النقص الموجود على مستوى القانون رقم 84-11 - كما سيتم توضيحه فيما يأتي من الفصول في هذا البحث - ذهب إلى إلغاء المادة الوحيدة الدالة على مشروعيتها، وبالتالي إلى خلق ثغرة في القانون، ما يتنافى وما جاء من تحليل ومناقشة في مجلة الفكر البرلماني، وما يتنافى أيضا ومقتضيات التعديل² في حد ذاته، الذي من المفروض أن يكون أكثر شمولاً وتوضيحا من القانون المعدل.

وقد يقول قائل، بما أن إلغاء المادة 20، لم يأت في صياغة تفيد منع التوكيل في الزواج بصريح العبارة، كأن تنص المادة على أنه: «لا يجوز التوكيل في إبرام عقد الزواج» فلا يكون إذن هذا منعا للتوكيل فيه، بل خلقا لثغرة في القانون، وهذا من شأنه طرح عدة احتمالات فيما يخص مشروعية الوكالة في عقد الزواج، تحت ظل قانون الأسرة رقم 05-09، هذا بينما فيما يأتي:

الفقرة الأولى: مشروعية الوكالة في الزواج على أساس الأحكام العامة للقانون المدني.

يمكن القول إنه مادامت الوكالة منصوص عليها في المواد من 571 إلى 589 ق.م.ج فإن المشرع الجزائري ألغى المادة 20 من ق.أ.ج، لأنها على سبيل التكرار³ وبالتالي هذا الإلغاء لا

¹ - ينظر: ● مجلة الفكر البرلماني، المختصة في القضايا والوثائق البرلمانية، الصادرة عن مجلس الدولة، الجزائر، في جويلية 2005، العدد 9، ص 262-280.

² - التعديل لغة مصدره عدل، وعدل الشيء أقامه وسواه. ◀ ينظر: ● سعدي أبو الجيب، القاموس الفقهي، ص 244. ● محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيب، معجم الفقهاء، ص 135.

³ - العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 27.

يعني منع التوكيل في إبرام عقد الزواج، بل تظل الوكالة فيه مشروعة على أساس مواد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

وما يرد على هذا الرأي أو الاحتمال، أنه لا يمكن اعتبار المادة 20 تكرارا، لما جاء في القانون المدني، لأنها مجرد تأكيد لصحة الوكالة في الزواج، الذي يعتبر عقدا من نوع خاص لهذا تكون الوكالة فيه أيضا من نوع خاص، فللميثاق الغليظ مميزات قد لا تتلاءم مع الأحكام العامة للوكالة المذكورة أو الموضوعة للعقود بصفة عامة في القانون المدني.

ورغم أن تسبب الإلغاء على أنه على سبيل إلغاء تكرار غير كافٍ، يبقى احتمال مشروعية الوكالة قائما على أساس الأحكام العامة المذكورة في القانون المدني...! فهي تضم كل العقود التي تقبل إحلال الغير مقام النفس ومن بينها إذن عقد الزواج.

الفقرة الثانية: مشروعية الوكالة في الزواج على أساس المادة 222ق.أ.ج.

تنص المادة 222 من قانون الأسرة رقم 05-09 على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية» وبالتالي فإن كل أحكام الوكالة في الزواج تحال بهذه المادة إلى أحكام الفقه الإسلامي، والحقيقة أن هذا ما كان معمولا به، قبل إلغاء المادة 20ق.أ؛ كون أحكام الوكالة في الزواج لم تكن مفصلة في قانون الأسرة رقم 84-11. حيث كانت الوكالة في فك الرابطة الزوجية مشروعة رغم أنه لم تكن هناك مادة في قانون الأسرة رقم 84-11 تنص صراحة على جواز ذلك إلا أنه حسب المادة 222 من القانون نفسه، الوكالة في فك الرابطة الزوجية جائزة فقها وبالتالي تجوز قانونا.

إذن وبتطبيق المادة 222 ق.أ.ج، يمكن القول أنه بما أن الوكالة في الزواج جائزة في الفقه الإسلامي، فهي جائزة ومشروعة أيضا تحت ظل قانون الأسرة رقم 05-09. خاصة وأن الوكالة في فك الرابطة الزوجية معمول بها في ظل هذا القانون، سيم في حالات الطلاق بين الجزائريين المقيمين في الخارج. و ذلك دون استناد إلى أية مادة من مواد قانون الأسرة، وهذا ما يؤكد أن

مرجعية هذا الأمر تعود إلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة و بالتالي إلى تطبيق الفقه الإسلامي الذي يجيز الوكالة في الطلاق¹.

و الأولى بقاء مشروعية الوكالة في الزواج في ظل قانون الأسرة رقم 05-09 على أساس المادة 222 منه على أن تقوم على أساس مواد القانون المدني المتعلقة بالوكالة، حيث أن الخاص يقيد العام. إلا أن الإشكال يكمن في وجود خلاف بين الفقهاء والمذاهب في أحكامها، فكيف يتم الترجيح في ذلك، علما أن المشرع الجزائري لم يستند إلى مذهب معين - بصريح العبارة- في تعديله لقانون الأسرة، إضافة إلى أنه لم يأخذ بالرأي الراجح في كثير من المسائل -الولي، التعدد-، وهذا ما يُصعّب الأمر على قضاة الأحوال الشخصية -سيم وأن تكوينهم الفقهي فيه نقص أصلا- فهل لهم الأخذ بالرأي الراجح عند تطبيقهم لأحكام الوكالة في الزواج؟!

فيمكن القول إذن أن المشرع الجزائري ألغى الوكالة في الزواج حكما وأبقى عليها قضائيا وذلك بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي حسب المادة 222 ق.أ.ج.

الفقرة الثالثة: مشروعية الوكالة في الزواج على أساس المادة 11 من ق.أ.ج.

تنص المادة 11 ق.أ.ج رقم 05-09 في فقرتها الأولى على ما يأتي: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره» ألا يستشف من صياغة هذه المادة أنها تتضمن في معناها نوعا من الوكالة..؟! وأن الوكالة هي أصلا نوع من الولاية² حيث أن إمكانية المرأة في اختيار أي شخص ليكون وليا لها في عقد زواجها، من شأنها أن تخرج نوعا ما عن مفهوم الولاية الأصلية³، وتدخل في مفهوم الولاية بالتوكيل، حيث أن

¹ - هذا بغض النظر عن إختلاف أقوال الفقهاء في هذه المسألة و تفاصيلها.

² - ينظر: ● على علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 41 ◀ وينظر في الفقه الإسلامي: ● ابن الهمام، شرح فتح القدير، 305/3 .

³ - الولاية هي: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى" ◀ ينظر: ● الحصكفي محمد علاء الدين، شرح الدر المختار بشرح تنوير الأبصار، مطبعة صبيح وأولاده، مصر، دط، دت، 251/1

* وعرف الإمام ابن عرفة الولي على أنه: "من له على المرأة ملك أو أبوه أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام" ◀ ينظر: ● الرصاع أبو عبد الله محمد، شرح حدود ابن عرفة، المطبعة التونسية، تونس، ط1، ص158.

للمرأة الحق في توكيل غيرها ليعقد لها زواجها تماشيا مع المذهب الحنفي الذي يعتبر المشرع الجزائري، قد تنبه في تعديله لأحكام الولاية في الزواج سيما وأن ما جاء في المادة 11 ق.أ، يفيد أن إبرام عقد الزواج يتم بحضور الولي فقط، لا غير، بمعنى أنه لا سلطة له فيه، كما أن المشرع لم يعط للولي الشرعي، حق الاعتراض على زواج ابنته التي تبرمه من دونه.

كما أن المشرع قد نص في المادة 9 ق.أ. ج على أن: الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين¹، إلا أنه لم يبين كيفية التعبير عن الرضا، إذا كان شخصيا في مجلس العقد، أو بواسطة الولي أو الوكيل؟! كما ه الحال بالنسبة لقوانين عربية أخرى².

فإذا كان لها أن تختار وليها وكان له أن يعبر عن إرادتها في مجلس العقد، أفلا يكون ذلك توكيلا؟! و إن صح التوكيل في عقد الزواج من جهة المرأة أفلا يصح من جهة الرجل.

وعلى هذا فإن التسليم بأن المادة 11 ق.أ تتضمن في معناها نوعا من الوكالة، فهذا يعني مشروعيتها في الزواج في ظل قانون الأسرة رقم 05-09.

وعلى ما تم ذكره من احتمالات قد تقوم على أساسها مشروعية الوكالة في الزواج، في ظل قانون الأسرة رقم 05-09 يمكن أن نخلص إلى ما يأتي:

تبقى مشروعية الوكالة في الزواج قائمة في ظل قانون الأسرة رقم 05-09 على أساس المادة 222 منه لجوازها في الفقه الإسلامي دون خلاف، ويتم الرجوع إلى المواد المذكورة في القانون المدني والمتعلقة بالوكالة للفصل في الخلاف التي قد يقوم بين المذاهب في أحكامها؛ إضافة إلى أن الأولى تطبيق قواعدها المذكورة بصريح العبارة على أنها سارية على كل أنواع الوكالة دون استثناء، فلا يمكن تطبيق رأي فقهي قد يتنافى ومقتضيات أحكامها العامة المذكورة في القانون المدني. ونظرا للاتجاه الذي اتخذه المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة، بتبنيه للمذهب الحنفي من جهة وبمحاولته قمع كل أشكال التمييز ضد المرأة من جهة أخرى، فإن المادة 11 منه تؤكد جواز ومشروعية الوكالة في الزواج كحق للرجل والمرأة على السواء وذلك عكس ما كان معمولا به في قانون الأسرة رقم 84-11.

¹ - قانون الأسرة رقم 05-09.

² - ينظر: ● المواد 6، 7، 8 من قانون الأحوال الشخصية السوري - المرسوم التشريعي السوري رقم 59 الصادر في 1953/9/17 ● و المادة 17 من مدونة الأسرة للمملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة النصوص القانونية، العدد 01، سنة 2004، ص 21.

المطلب الثاني: أنواع الوكالة.

للوكالة عدة أنواع تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر بها إليها، فقد تكون من حيث محل تصرف الوكالة، أو من حيث حدودها أو تأقيتها أو من حيث لزومها من عدمه، وفيما يأتي بيان كل نوع أو تقسيم على حدى.

الفرع الأول: تقسيم الوكالة باعتبار محل تصرفها وحدودها

سيتم في بند أول من هذا الفرع بيان تقسيم الوكالة باعتبار محل تصرفها، بمعنى باعتبار عموم الموكل به من عدمه، ثم بيان تقسيمها باعتبار حدودها، في بند ثان، وذلك بالنظر إلى مدى القيود التي يضعها الموكل للوكيل في عقد الوكالة.

البند الأول: تقسيم الوكالة باعتبار محل تصرفها.

الوكالة بهذا الاعتبار نوعان: عامة وخاصة.

الفقرة الأولى: الوكالة العامة.

التوكيل العام يعني تفويض الموكل لوكيله صلاحية كاملة للتصرف في جميع أموره وحقوقه كيف شاء من غير استثناء ما فيه ضرر على الموكل¹، وصيغته -بمعنى التوكيل العام- أن يقول الموكل: " أنت وكيل في كل شيء " أو " وكلتك في كل قليل وكثير " وبهذا يبيع الوكيل للموكل ويشترى له، ويؤجر ويستأجر، ويهب ويوهب، ويبرم له عقود الزواج ويوقع الطلاق على زوجاته².

¹ - محمد رضا عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 212.

² - ابن قدامى، المغني، 5/ 211، 212.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الوكالة العامة.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في هذا النوع من الوكالة إلى ثلاثة آراء هذا بيانها باختصار:

- **الرأي الأول:** وهو للشافعية¹ والحنابلة² وبعض الزيدية³، الذين يقولون بعدم جواز الوكالة العامة لما فيها من غرر عظيم وخطر كبير على ملك الموكل، من هبة لأمواله وطلاق لنسائه، وتزويج بمهور باهظة.
- **الرأي الثاني:** وهو الرأي القائل بصحة الوكالة العامة التي يملك بها والكيل كل التصرفات حتى التبرع⁴، وبهذا قال ابن أبي ليلى⁵. وفي هذا السياق ذهب بعض الحنفية إلى أن الموكل إن قال: "أنت وكيل في كل ما تجوز فيه الوكالة"، فللكيل ملك الحفظ وكل التصرفات المالية و الأنكحة، إلا أنهم اختلفوا في الهبات والإعتاق والطلاق، والوقف، فذهب بعضهم إلى جواز الوكالة العامة فيهم لعموم اللفظ وذهب آخرون إلى اشتراط دليل سابقة كلام⁶. أما إن قال الموكل: "أنت وكيل في كل شيء" فقط، فيكون وكيلًا بحفظ المال، وهو التصرف "الأدنى"، لا غير، وهو الصحيح⁷.
- **الرأي الثالث:** والمعتمد فيه صحة الوكالة العامة، إلا أنها مخصصة بالعرف ومصالحة الموكل، فلا ينفذ ما هو ضرر عليه، وهو مذهب المالكية⁸

¹ - ينظر: ● الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 5/ 26، ● البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 3/ 460.

² - ابن قدامي، المغني، 5/ 211، 212.

³ - ابن المرتضى أحمد بن يحيى، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة دط، دت، 6/ 54، 56.

⁴ - ابن قدامي، المغني، 5/ 211.

⁵ - هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل: داود) ابن بلال الانصاري الكوفي: قاض، فقيه، من أصحاب الرأي. ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس. واستمر 33 سنة. له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره. مات بالكوفة (74 - 148 هـ = 693 - 765 م). ◀ ينظر: ● الزركلي، الأعلام، 6/ 189.

⁶ - ينظر: ● الشيخ النظام، الفتاوى الهندية، 3/ 565 ● الحصكفي، شرح الدر المختار، 2/ 181. ● قاضيخان فخر الدين حسن بن منصور الأورجندي الفرغاني، الفتاوى الخانية، بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 4، 1986، 2/ 3 ◀ وينظر أيضاً: ● ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1997، 7/ 236.

⁷ - ينظر: قاضيخان، المصدر نفسه.

⁸ - الخطاب، مواهب الجليل، 5/ 191.

والأصح عند الزيدية¹ وأما عند الحنفية، فقد استثنى الإمام أبو حنيفة من التوكيل العام: التبرعات والإعتاق والطلاق، وهو الأصح وعليه الفتوى² ويمكن القول أن جميعها قد تكون ضرباً من ضروب الإضرار بالموكل.

والحجة في هذا الرأي أن التوكيل العام كان من المفروض أن يجري على عمومته، لكن لما كانت العموميات كثيراً ما تخصص بألفاظ لا تذكر في ألفاظ العموم فتخصص بالعرف على بعض مسمياته فقط³.

وبهذا تُخصص الوكالة العامة بالعرف الصحيح سواء كان لفظي أو عملي فيؤخذ به في حمل معنى عموم لفظ التوكيل عند الناس وعملهم به، وتخصص بالعقل فيُدْرَأُ به الضرر الذي قد يلحق الموكل، وإن حصل فهو باطل.

وعلى العموم؛ فإن أصحاب هذا الرأي؛ وإن اختلفوا في الضار الذي يمثله تصرف الوكيل للموكل؛ بيد أنهم لم يعتبروا إبرام عقد زواج الموكل، ضرباً من ضروب الإضرار به⁴ وإن اعتمدنا رأي المالكية فإن كان في عرف مدينة ما لا يدخل إبرام عقد زواج الموكل في الوكالة العامة فيإبرام الوكيل عقد زواج موكله فيها يعد باطلاً، إلا أن الوكيل بالوكالة العامة لا يزوج بكر الموكل عند المالكية⁵.

¹ - السياغي شرف الدين الحسن بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح الحيمي الصناعي، الروض النضير في شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجليل، بيروت، دط، دت، 414/3.

² - ينظر: • ابن البزاز محمد بن محمد بن شهاب الكردي، الفتاوى البيزانية، بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ط4، 1986، 460/5. • ابن الهمام، شرح فتح القدير، 500/7.

³ - ينظر: • محمد رضا عبد الجبار العائني، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 215 • و عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 311، 313.

* ينظر في الفقه الإسلامي: ◀ للحنفية: • ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على تحرير الإمام الكمال بن الهمام في علم أصول الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1983، 282/1 ◀ ينظر للمالكية الذين يعتبرون العرف مخصص للعموم: • القراني شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مكة، ط1، 1344 هـ، ص 171-178 ◀ أما الزيدية فينظر: • السياغي، الروض النضير، 414/3.

⁴ - ينظر: ◀ للمالكية: • الخطاب، مواهب الجليل، 191/5 ◀ و للحنفية: • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 565/3 • وابن الهمام، شرح فتح القدير، 555/7 ◀ وينظر للزيدية: • السياغي، الروض النضير، 414/3.

⁵ - محمد عليش، شرح منح الجليل، 361/2.

ويرجح قول أصحاب هذا الرأي في تصحيح الوكالة العامة بتخصيصها ؛ إلا أنه من الأفض عدم حصر الاستثناءات، و ترك تقدير الضرر إلى القاضي¹ ؛ وهذا أفضل؛ وبه يدخل إبرام عقد الزواج بالوكالة العامة في حالات معينة في دائرة الإضرار بالموكل ك: غلاء المهر أو عيب في الزوجة، أو تزويج أبنكار الموكل.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الوكالة العامة.

نحى المشرع الجزائري منحى أصحاب الرأي الثالث حيث نص في المادة 573 من القانون المدني على ما يأتي:

« الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للتوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية» .

بمعنى أن المشرع أجاز الوكالة العامة إلا أنه خصصها، ولم يعتبر المعرف أو المصلحة كمعيارين لتخصيصها، كما هو الحال بالنسبة للرأي الفقهي الثالث، المذكور آنفاً، إنما جعلها أي الوكالة العامة، منصبة في تصرفات من نوع واحد، وهي إبرام العقود الإدارية، وقد حصر هذه الأخيرة في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تنص على ما يأتي: "يعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق، ووفاء الديون، وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف، وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله".

والملاحظ أن هذه الفقرة تتقارب نوعاً ما في معناها مع رأي الحنفية القائل بثبوت الوكالة العامة في حفظ المال لا غير إذا قال الموكل: "أنت وكيل في كل شيء".

ولا يدخل إنشاء الرابطة الزوجية فيما حصره المشرع الجزائري من عقود إدارية، للتوكيل إبرامها على أساس الوكالة العامة، وبذلك يكون الوكيل بالوكالة العامة وكيلاً "وفي الانكاح قانوناً" عكس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، سواء أصحاب الرأي الثاني أو الثالث.

¹ - محمد عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 216.

الفقرة الثانية: الوكالة الخاصة.

الأصل في الوكالة أن تكون خاصة¹، وهي التي لا يفوض فيها الموكل الرأي للوكيل² في محل التصرف ونوعه، حيث لا تجوز فيها لهذا الأخير -الوكيل- تعدي ما أذن له الموكل فعله³. والحقيقة أن الكتب الفقهية المطلّعة عليها، لم تعرف بشكل مباشر الوكالة الخاصة، وإنما يمكن من خلالها الخلوص إلى التعريف الآتي:

« **الوكالة الخاصة هي الوكالة التي يكون فيها التصرف الموكل به معلوم ومخصص بذاته ومعين الحدود** ».

والوكالة في إبرام عقد الزواج تعد وكالة خاصة، حيث أنها تضع الوكيل في دائرة محددة من التصرف، وهو إبرام عقد الزواج، ولا يجوز له القيام بتصرف آخر سواه⁴.

وقد أوجبت الفقرة الأولى من المادة 574 ق.م.ج، أن تكون الوكالة خاصة في حيز الأعمال الإدارية ومن بينها؛ كما تم ذكره آنفاً؛ عقد الزواج وهذا ما أكدته المادة 20 من القانون الأسرة رقم: 11-24 التي كانت تنص على ما يأتي: « **يجوز أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة** » بمعنى أن المشرع الجزائري كان قد اشترط بصراحة أن يكون التفويض أو التوكيل في الزواج بوكالة خاصة. وحتى إن كان ذلك غير مشروط في الفقه الإسلامي، فإنه لا يمكن قانوناً أن يتم إبرام عقد الزواج بوكالة عامة على أساس المادة 222 ق.أ.ج، لأن هذا مخالف للأحكام العامة للوكالة، المذكورة في القانون المدني، حيث أنه يبقى اشتراط وكالة خاصة لإبرام عقد الزواج قائماً في ظل قانون الأسرة رقم 05-09، على أساس المادة 574 ق.م.ج، لأن عقد الزواج لا يعتبر، دائماً من الأعمال الإدارية المذكورة في المادة 573 ق.م.ج، التي أجاز المشرع الجزائري إبرامها بالوكالة العامة.

¹ - الحصكفي، شرح الدر المختار، 189/2.

² - الكاساني علاء الدين بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، 56/6.

³ - محمد عlish، شرح منح الجليل، 303/3.

⁴ - أحمد حمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط1، 1981، ص 28، 29.

وتجدر الإشارة إلى أن الوكالة تعتبر خاصة حتى وإن استعمل الموكل فيها ألفاظا عامة¹ ك: "وكلتك بإبرام جميع زيجاتي" فرغم عموم اللفظ، يعتبر هذا التوكيل خاصا، من حيث تحديده نوع التصرف في إبرام عقد الزواج.

البند الثاني: تفسير الوكالة من حيث حدودها.

تقسم الوكالة الخاصة بهذا الاعتبار إلى قسمين: مطلقة ومقيدة.

و الوكالة المطلقة هي التي لا يذكر فيها الموكل أي قيد من القيود التي قد ترد على التصرف محل الوكالة، وعلى هذا تكون الوكالة في الزواج مطلقة، إذا تمت دون ذكر لامرأة معينة بذاتها، أو صفاتها أو أسرتها، ودون ذكر أو تحديد لمقدار المهر، إلى غير ذلك من القيود التي يملك الموكل وضعها لوكيله في إبرام عقد زواجه، سواء كان طالب الزواج رجلا أم امرأة².

أما الوكالة المقيدة فهي التي يضع فيها الموكل حدودا لما وكل فيه غيره، من تصرفات خاصة³، وقد يقيد الموكل وكالته في إبرام عقد الزواج بتعيينه لوكيله المرأة المراد الزواج بها بعينها أو أوصافها أو بشروط معينة فيها أو بأن يحدد مقدار المهر، أو بتعيين الاثنين معا بمعنى المرأة والمهر.

¹ - محمد رضا عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 216.

² - ينظر: إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1999، ص 63. • إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مركز الخدمات المتحدة للطباعة والتفسير والتذهيب، المغرب، الدار البيضاء، ط1، 1993، ص 92. • محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت، ص 132.

³ - ينظر: محمد رضا عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 219 • وأحمد حمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، ص 29.

* وقد ينظر إلى التخصيص في الوكالة على أنه تقييد، وتشبه بذلك الوكالة الخاصة الوكالة المقيدة، كما جاء في مفهوم وشرح الوكالة الخاصة في كتاب: تحفة الفقهاء. ◀ ينظر: علاء الدين السمرقندي محمد بن أحمد بن أبي أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط2، 93، 232/3، 233.

* وقد ينظر إلى أن التقييد يكون في كيفية التصرف، أما التخصيص فيكون في نوع التصرف وبهذا يختلف التخصيص عن التقييد. ◀ ينظر: أحمد حمد، المصدر نفسه.

الفقرة الأولى: أحكام الوكالة المطلقة والمقيدة في الفقه الإسلامي.

أولاً: مدى سريان إطلاق الوكالة في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى سريان إطلاق الوكالة وفي مدى إطلاق تصرف الوكيل، وانقسموا إلى ثلاث فرق هذا بياهم

■ **الفريق الأول:** وهو مذهب الجمهور، من الصاحبان من الحنفية¹، والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ والزيدية⁵، وقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الوكالة المطلقة لا تسري على إطلاقها وإنما هي مقيدة بالعرف ومصلحة الموكل، فرغم إطلاقها توجب على الوكيل عمل واختيار الأحظ لموكله، عند تزويجه، ومعيار ذلك الكفاءة، وهي مطلوبة في الرجال بالنسبة للنساء أكثر، إلا أنها مستحسنة للرجال في النساء أيضاً⁶. فرغم أنه من العرف زواج الرجل بالكفاءة وغير الكفاءة له، لكن المندوب شرعا الزواج بالأكفاء، لقوله ﷺ: «**تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم**»⁷ والغالب إذن في التوكيل إنكاح من

¹ - ينظر: • السرخسي شمس الدين، المبسوط، تحقيق خليل الميس، دار المعرفة، لبنان، دط، دت، 117/19، 119.
• الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق على شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، 2/ 135.
² - ابن رشد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، قدمه له السيد سابق، دار الكتب الحديثة، دم، دط، دت، 347/2.
³ - الرملي، نهاية المحتاج، 6/ 244، 245، 26/5، 27.
⁴ - ينظر: • البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 190/2 • ابن تيمية، بلغة الساغب، ص 237.
⁵ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 6/ 54، 55.
⁶ - ينظر: • المرغاني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1990، 221/1 • البابرقي أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مع شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، بيروت، دط، دت، 3/ 313، 314 • وينظر: الشيراملسي، أبو ضياء نور الدين علي بن علي، حاشية أبو ضياء المراملسي، بمامش نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأخيرة، 1984، 244، 243/16.
⁷ - أخرجه: ابن ماجه الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، دط، دت، كتاب النكاح، باب الأكفاء، 633/1، رقم الحديث 1968، قال فيه أبو حاتم: ليس بالقوي والحديث الذي رواه لا أصل له عن الثقات وقال الدارقطني متروك.

من يكافئ¹، فإن كانت ممن لا يليق به لا تلزمه² فالقصد من الاستعانة بالكفاءة
تحصيل المناسب³.

وعلى الوكيل أيضا مراعاة مصلحة الموكل - سواء كان رجلا أم امرأة- في تحديد المهر،
حتى لا يكون فيه تعابن - مغالاة أو شح -، وأحسن قيد له في ذلك هو الأخذ بمهر المثل
المتعارف عليه في ذلك المكان والزمان، فالإطلاق محمول على الوسط، والمراد بالوسط مهر المثل؛
وإن لم يكن فيتوقف ذلك على رضا الموكل إن كان متضررا⁴.

■ **الفريق الثاني:** وهو مذهب الإمام أبو حنيفة الذي يأخذ بإطلاق لفظ الوكالة، دون
تقييده بالعرف أو مصلحة الموكل بشرط انعدام التهمة، فإن أمره أن يزوجه امرأة فزوجه
عمياء أو مجنونة جاز، أما إن كانت هناك تهمة، كأن يزوجه ابنته أو أمته فالتهمة عنده.
دليل تقييد المطلق⁵.

هذا إذا كان الوكيل من جهة الزوج أما إن كان من جهة الزوجة، فيتقيد بالكفاءة
على الصحيح في المذهب، وفي رواية عن أبي حنيفة، وذلك لأن المرأة تعبر بغير الكفاءة
عنده خلافا للرجل -وقيل أن هذا قول الصحابان- وأما إن زوجها وكيلها بكفاءة به
عيب فهو جائز عنده لإطلاق اللفظ بشرط انتفاء التهمة دائما⁶.

وكذلك هو الحال بالنسبة لإطلاق مقدار المهر، فالأصل عنده -رحمه الله- أن
المطلق فيه يجري على إطلاقه فحتى وإن زاد على مهر مثلها جاز⁷.

¹ - السرخسي، المبسوط، 117/19.

² - الزرقاني عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، دط، دت، 184/3.

³ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، 314/3.

⁴ - ينظر: ◀ للحنفية: • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 303/1 • السرخسي، المبسوط، 117/19 ◀ للمالكية: • الخرشي،
الخرشي على مختصر خليل، م 256/1/1 • مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، مصر، دط، دت،
68/6 ◀ وللشافعية: • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 228/3 • الشيراملسي، حاشية أبو ضياء الشيراملسي، 6/243،
244. ◀ وللحنابلة: • ابن قدامي، المغني، 7/18، 19، 20.

⁵ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 303/1 • السرخسي، المبسوط، 118/19.

⁶ - الزيلعي، تبين الحقائق، 135/2 • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 133/1 • السرخسي، المبسوط، 118/19، 119.

⁷ - السرخسي، المصدر نفسه، ص 117.

■ **الفريق الثالث:** وهم الظاهرية الذين منعوا الوكالة المطلقة في النكاح التي لا تسمية فيها للمنكح أو المنكوحه، لأن ذلك إلزام حكم لا يلزم قط، واستدلوا في هذا¹ بقوله ﷺ:

﴿وَأَنْ تَكْسِبُ كُلَّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾².

وقد رجح المعاصرون الرأي الأول تطبيقاً للقاعدة المقررة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" ولأن إطلاق الموكل وكالته، لا يعني بالضرورة رضاه بوقوع الضرر عليه، وقد أصاب المعاصرون في ترجيحهم هذا لأن ذلك أقرب إلى المنطق من جهة وإلى ما قد تطيب إليه نفس الموكل من جهة أخرى، فحتى وإن كان إطلاق في التوكيل بالنكاح، يبقى المقصود هو الزواج من امرأة مكافئة وسليمة من العيوب وبالمهر المتعارف عليه³.

والحقيقة أنه يمكن القول أن الأصل في تقييد الوكالة المطلقة بالعرف والكفاءة ومهر المثل،

هو تطبيق للقاعدة الفقهية: «لا ضرر ولا ضرار»⁴ المبنية على حديث شريف للنبي ﷺ⁵ والحديث له مكانة عظيمة في التشريع الإسلامي، حيث اعتبره الفقهاء من بين الأحاديث التي يدور عليها الفقه⁶، فلهذا التقييد درء لضرر قد صيب الموكل إن حملنا الوكالة على إطلاقها.

¹ - ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ، 245/8.

² - الأنعام: 164.

³ - ينظر: ● محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 218 ● وأحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1982، ص 177 ● ومحمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين الفقه والمذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، ط2، 1977، ص 313.

⁴ - ينظر: ● ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993، ص 85 ● و علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، دمشق، ط2، 1991، ص 39.

⁵ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 784/2، رقم الحديث 2341.

* قال النووي «حديث حسن وله طرق وشواهد يقوي بعضها بعضاً» وهو حديث حسن الإسناد على شرط مسلم ولم يخرج به أنظر: ● ابن رجب الحنبلي زين الدين، جامع العلوم الحكم، دار الفكر، بيروت ط1، 2004، ص 313.

* و صححه الألباني ◀ ينظر: ● إرواء الغليل، 245/5.

⁶ - الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 40/4.

ثانياً: مدى سريان تقييد الوكالة في الفقه الإسلامي

الأصل عدم جواز مخالفة الوكيل، الحدود التي رسمها له الموكل في الوكالة المقيدة إلا بإجازة¹، حيث لا يملك التصرف إلا فيما يقتضيه التصرف الموكل به أو فيما يعتبر من تبعاته سواء من حيث العرف - كما تم بيانه في الوكالة المطلقة - أو من حيث النطق الصريح بالقيود التي يضعها الموكل، وهذا تطبيقاً لقوله -ﷺ-: « لا ضرر ولا ضرار »² ولقوله أيضاً: « الدين النصيحة » قلنا: يا رسول الله لمن؟، قال: « لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة »³ وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل⁴، بيد أنه ليس المطلق المخالف يوجب الخيار⁵. حيث اتفق الفقهاء على جواز المخالفة التي فيها مصلحة ومنفعة للموكل⁶، كما لو وكله في نكاح امرأة على أن يكون أمرها بيدها، ولم يشترط ذلك الوكيل عند إبرام العقد، فجاز النكاح، ولو كان ذلك فيه مخالفة لما أمر به الموكل، لأنه لا ضرر في هذه المخالفة على الموكل بل هي منفعة، وإن كان الموكل امرأة ولم تشترط أنه يكون أمرها بيدها لكن الوكيل اشترط، جاز ذلك لأنه لا ضرر فيه عليها بل منفعة لها⁷؛ أو كأن يوكله في تزويجه بعمياء فيزوجه بصيرة⁸ أو كما لو قال الموكل زوجها بخمر، فزوجه بألف درهم، وكان ذلك نقد البلد ومهر المثل صح⁹.

¹ - ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، 3/313. • الخرخشي، الخرخشي على مختصر خليل، م/75/2/3.

² - سبق تخريجه.

³ - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب قوله -صلى الله عليه وسلم- "الدين النصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"، 1/26، حديث رقم: 43. • مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة، 1/74، حديث رقم: 55.

⁴ - النووي أبو يحيى زكريا بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، دط، دت، 14/109، 110.

⁵ - الخرخشي، الخرخشي على مختصر خليل، م/75/2/3.

⁶ - ينظر: للحنفية: ابن الهمام، شرح فتح القدير، 3/313. ◀ للمالكية: مالك، المدونة، 10/77. • الخرخشي، المصدر نفسه • محمد عليش، شرح منح الخليل، 3/369. • النووي، المجموع، 14/144، 119.

⁷ - السرخسي، المبسوط، 19/124.

⁸ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، 3/313.

⁹ - النووي، روضة الطالبين، 5/601، 602.

وتطبيقاً لمبدأ جواز المخالفة التي فيها مصلحة للموكل، يمكن القول أن الموكل لا يخير إن زوجه الوكيل بمهر أقل مما سماه له إن كان رجلاً، أما إن كانت امرأة فهي لا تخير إن زوجها بمهر أكثر مما سمته له، لأنه في كلتا الحالتين تعتبر هذه المخالفة منفعة ومصلحة للموكل.

وما يؤكد صحة هذه المخالفة في المهر - في المثالين الآنفى الذكر - هو القياس على صحتها في البيع والشراء¹. حيث يتحقق فيهما المصلحة والمنفعة للموكل، وتحصيل الأخط له و هذا هو المغزى. فالأصل أن الوكيل إذا خالف إلى خير أو كان خلافه كلاً خلاف نفذ عقده² وبمفهوم المخالفة إن خالف إلى شر لم ينفذ.

وخلافاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، منع ابن حزم³ مخالفة قيود الوكيل مطلقاً⁴ وقد

استدل في ذلك بقوله ﷺ : ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁵ وبقوله أيضاً: ﴿فَمَنْ

¹ - وذلك لقياس الفقهاء بعض أحكام النكاح على أحكام البيع خاصة فيما يخص الثمن والمهر لكونهما عوضاً في كلا العقدين ◀ ينظر: • السرخسي، المسبوط، 64/5 - 66، 71. • مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 4/70، 81. • الماوردي، الحاوي الكبير، 12/6، 8، 122، 163. • البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 196، 197/2. • المرادوي، الانصاف، 311/8.

² - ينظر: • ابن نجيم، البحر الرائق، 248/3. • ابن الهمام، شرح فتح القدير، 313/3.

³ - هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد: عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام. كان في الأندلس، وكثير ينتسبون إلى مذهبه، يقال لهم "الحزمية". ولد بقرطبة وكانت له ولاية من رئاسة الوزارة وتدير المملكة، فزهد بها وانصرف إلى العلم والتأليف، فكان من صدور الباحثين فقيها حافظاً يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، بعيداً عن المصانعة. وانتقد كثيراً من العلماء والفقهاء، فأجمعوا على تضليله وحذروا سلاطينهم من فتنته، فأقصته الملوك وطاردته، فرحل إلى بادية ليلة (من بلاد الأندلس) فتوفي فيها. روى عن ابنه الفضل أنه اجتمع عنده بخط أبيه من تأليفه نحو 400 مجلد، تشمل على قريب من ثمانين ألف ورقة. وكان يقال: لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان. أشهر مصنفاته "الفصل في الملل والأهواء والنحل" و"المحلى" و"جمهرة الأنساب" وغيرهم. (384 - 456 هـ = 994 - 1064 م). • الزركلي، الأعلام، 254، 255/4.

⁴ - ابن حزم، المحلى، 245/8.

⁵ - البقرة: 190.

اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ¹
فوجب بهذا عنده، الالتزام بقيود الموكل².

الفقرة الثانية: أحكام الوكالة المطلقة والمقيدة في القانون الجزائري.

أجاز المشرع الجزائري تقييد الوكالة في المادة 587 ق.م.ج حيث نصت على أنه :
«يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي وكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك...»
بمعنى أنه يجوز تقييد الوكالة عند أو بعد إبرام العقد، ويطل كل شرط أو اتفاق يمنع ذلك، ويمكن القول أن جواز تقييد الوكالة بعد إبرامها يفيد جواز إبرامها مطلقة ابتداءً.

أولاً: مدى سريان تقييد الوكالة في القانون الجزائري

كما هو الحال بالنسبة إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن الأصل في القانون الجزائري عدم جواز تجاوز الوكيل الحدود التي رسمها له موكله، حيث نصت المادة 575 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أن: «الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة».
وجاءت الفقرة الثانية من نفس المادة باستثناء عن هذا الأصل حيث نصت على ما يأتي: « لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالاً، بتجاوزه حدود الوكالة». إذن يشترط لجواز مخالفة الوكيل حدود الوكالة ثلاثة شروط:

أولها: تعذر إخطار الموكل بالتجاوز سلفاً.

ثانيها: أن يكون التجاوز في حدود ما كان سيغلب الظن على موافقة الموكل له.

ثالثها: أن يخطر الموكل بالتجاوز حالاً.

¹ - البقرة: 194.

² - وقد رد على المستدلين بحديث الشاة في جواز المخالفة إلى خير، بأنهما خبران منقطعان لا يصحان. ◀ ينظر: ابن حزم، المحلى، 245/8.

وبالنسبة للشرط الثاني، فمن المنطقي ألا يوافق الموكل إلا على ما يرى فيه مصلحة له بمعنى أنه شرط يوافق ما قال به جمهور الفقهاء من جواز مخالفة الوكيل الحدود المرسومة له فيما فيه خير ومصلحة للموكل، وبهذا تسري على المخالفة في المهر أحكام الفقه الإسلامي، فإن كان فيه زيادة، فهو جائز في حق المرأة دون الرجل، والعكس صحيح، أما فيما يخص تقييد شخص الزوج أو الزوجة فبدون شك لا تجوز أي مخالفة له.

ثانياً: مدى سريان إطلاق الوكالة في القانون الجزائري.

مادامت الوكالة المطلقة جائزة قانوناً - كما تم بيانه آنفاً - فهل تجوز إذن كل تصرفات الوكيل التامة في إطارها دون استثناء؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تكون في نقطتين:

أولهما: أن المشرع الجزائري أخذ بمعايير معينة فيما يخص جواز مخالفة الوكيل لحدود الوكالة المقيدة وذلك لتحصيل الأفضل للموكل وهذه المعايير أولى بالتطبيق في الوكالة المطلقة لأن الإطلاق من شأنه فتح أبواب الإضرار بالموكل، فهو مقيد بمعيار مصلحة الموكل التي يحددها كل من المنطق والعقل سواء كان ذلك فيما يخص المهر أو فيما يخص تحصيل الكفاء.

ثانيهما: نص المشرع الجزائري في المادة 576 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي» ويشترط بذل عناية الرجل العادي في كل تصرفات الوكيل، سواء كانت الوكالة مطلقة أو مقيدة، ويمكن القول أن المنطق والعقل هما معياران أساسيان لتحديد العناية العادية - كما تم ذكره في أول نقطة - ويضاف إليهما العرف كمعيار ثالث، حيث يحدد هذا الأخير مثل: أقصى مقدار للمهر أو مهر مثل في مكان وزمان إبرام عقد الزواج، الذي قد يدفعه الرجل العادي المذكور في المادة.

وبهذه المعايير يكون القانون موافقاً و متماشياً مع رأي جمهور الفقهاء في مدى سريان إطلاق الوكالة.

لكن لما كان عقد الزواج ذو أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمع ككل، ولما كان لميول النفوس المختلفة دوراً هاماً في الزواج وفي اختيار الأزواج، أستحسن تقييد الوكالة في النكاح بتعيين ذوات الأزواج. ولما كان وقع حل الرابطة الزوجية - كيفما كان - ثقیل وغليظ على الأنفس

والنفوس، أصبحت تسمية المنكوحة والمنكوح أمراً ضرورياً و يرقى ليكون إنزامياً وبذلك يغلق باب الخلافات في هذا الشأن وهذا ما يوافق مذهب الظاهرية ويرجحه والله أعلم...
أما فيما يخص تحديد المهر، فلا بأس أن يترك على إطلاقه لسهولة حل الخلاف فيه بتعيين مهر المثل في ذلك الزمان والمكان، إلا أنه يستحب تحديد مقداره اجتناباً لأي خلاف.
وتجدر الإشارة إلى أن الأصل في كل ما سبق ذكره هو تحصيل الأخط والأفضل للموكل، واجتناب الإضرار به تطبيقاً لقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"¹.

الفرع الثاني: تقسيم الوكالة باعتبار تأقيتها ولزومها.

سيتم في هذا الفرع بيان أقسام الوكالة، باعتبار تأقيتها في بند أول، ثم باعتبار لزومها من عدمه في بند ثان، مع توضيح أحكام كل نوع فقها وقانوناً.

البند الأول: تقسيم الوكالة باعتبار تأقيتها.

الوكالة بهذا الاعتبار نوعان: مؤقتة وغير مؤقتة، والوكالة المؤقتة هي التي يقيد الموكل قيامها وانتهائها بفترة زمنية، ويستعمل لذلك لفظي: «من والى» كأدوات للتوقيت، حتى يحدد بها إما قيام الوكالة أو انتهائها أو الاثنين معا².

¹ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 85.

² - * ويستعمل الموكل لتقييد الوكالة بزمن لفظ «من» وذلك في حالتين:

أ- أن يضيف الوكالة إلى الحال كقوله: «وكلتك من الآن في تزويجي» وفي هذه الحالة الوكالة منجزة لا توقيت فيها لعدم ذكر نهاية لها.

ب- أن يضيف الوكالة إلى وقت مستقبل كأن يقول: «أنت وكيلتي في زواجي من أول الشهر القادم» وهذه الوكالة مضافة إلى مستقبل وليست مؤقتة.

* كما يستعمل الموكل لتقييد انتهاء الوكالة لفظ «إلى» كقوله: «وكلتك إلى نهاية الشهر الحالي في تزويجي بفلانة وبمهر كذا» وهي وكالة مؤقتة تبدأ من الشهر حين التوكيل وتنتهي بنهاية الشهر.

* ويستعمل الموكل لتقييد بداية ونهاية الوكالة لفظي: «من» و«إلى» ويكون في هذا حالتين:

أ- أن تضاف الوكالة إلى الحال فيقول الموكل: «وكلتك في تزويجي من اليوم إلى نهاية الشهر» فهذه وكالة مؤقتة.

ب- أن تضاف الوكالة إلى وقت مستقبل لم يأت بعد كقول الموكل: «وكلتك في تزويجي من بداية الشهر القادم إلى نهايته»، فهي إذن وكالة مضافة إلى مستقبل وفي نفس الوقت مؤقتة.

وكما يصح المطلق لصحة المقيد ، يصح غير المؤقت لصحة المؤقت، والأصل في الوكالة عدم تأقيتها ، وتكون غير مؤقتة ما دام العقد خالياً من تحديد مدة معينة تنتهي بانتهائها
الوكالة¹ ، كقول الموكل: "وكلتك في تزويجي بفلانة وبمهر كذا " وفي هذه الحالة تنتهي الوكالة بانتهاء الوكيل من تنفيذها² بمعنى بإبرامه عقد زواج موكله.
لكن ما مدى صحة الوكالة المؤقتة من جهة وما مدى استمرار قيام الوكالة غير المؤقتة من جهة أخرى؟، وذلك في كل من الفقه والقانون. وفيما يأتي بيان ذلك في فقرتين.

الفقرة الأولى: أحكام أنواع الوكالة باعتبار تأقيتها في الفقه الإسلامي.

أولاً: الوكالة المؤقتة.

تصح الوكالة المؤقتة باتفاق الجمهور من مالكية³ وشافعية⁴ وحنابلة⁵ وزيدية⁶ وبموجبها يتصرف الوكيل خلال الفترة الزمنية التي يحددها الموكل وليس بعدها لأنه بإنقضائها تنقضي الوكالة⁷.

- كما لا يستعمل الموكل أيًا من الحرفين كقوله: «وكلتك في تزويجي في شهر ماي» فالوكالة هنا مؤقتة.

◀ ينظر في كل هذا: ● محمد رضا عبد الجبار العوني، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 221. ● أحمد حمد، النيابة في الشريعة والقانون، ص 30.

¹ - محمد رضا عبد الجبار العاني، المرجع السابق، ص 219.

² - ينظر: ● ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 278/8، 279. ● ابن المرتضى، البحر الزخار، 64/6.

³ - ينظر: ● الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دت، دم، 456/3 ● علي أحمد الصعيدي العدوي، حاشية علي العدوي، بهامش الخرشني على مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت، م 73/2/3.

⁴ - ينظر: ● النووي، روضة الطالبين، 536/3. ● الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 223/2.

⁵ - ينظر: ● البهوتي منصور إدريس أبو يونس، كشاف القناع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003، م 1693/5/3. ● المرداوي، الإنصاف، 355/5.

⁶ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 55/6.

⁷ - ينظر: ● النووي، المجموع، 118/14 ● ابن المرتضى، المصدر نفسه، ص 59. ● محمد عيش، شرح منح الجليل، 367/3.

وقد اتفق كل من الشافعية¹ والزيدية² على جواز إنجاز الوكالة وتعليق التصرف على شرط مستقبل كأن يقول الموكل: «وكلتك الآن على أن تزوجني بفلانة وبمهر كذا، الأسبوع القادم» ففي هذه الحالة الوكالة قائمة حالا، لكن التصرف الموكل به أو بتنفيذه معلق إلى الأسبوع القادم³.

أما الحنفية فلا يرون توقيت التوكيل بنفس منظار جمهور الفقهاء، إذ بالتمعن فيما جاء في مصادرهم، فيما يخص الوكالة المؤقتة، يمكن القول أنهم أجازوا بلا خلاف الوكالة المضافة إلى مستقبل، فإن قال الموكل: «زوجني غدا» فهو ليس وكيلًا قبل ولم يجز اليوم⁴ وهذه وكالة مضافة إلى مستقبل وليست مؤقتة.

وخلافا للحنفية، اتفق الشافعية على فساد الوكالة المضافة إلى مستقبل، لكنهم اختلفوا في نفاذ تصرف الوكيل فيها، بين مجيزين له قياسا على الوصية حيث ينفذ التصرف عند وجود الشرط وصحة الإذن فيه رغم فساد الوصاية، و بين مانعين لنفاذ تصرف الوكيل فيها و ذلك على أساس التفرقة بين الوصاية التي تقبل الجهالة والوكالة التي لا تقبلها وهو الأصح في المذهب⁵ و يوافقهم عليه الزيدية⁶.

أما الوكالة المقيدة بزمن من حيث قيامها وانتهائها. كقول الموكل «زوجني اليوم» فللحنفية روايتان:

* الأولى: جوازها وعدم بقائها إلى الغد وهو الصحيح في فتاوى قاضيخان⁷ وهذا ما يوافق رأي الجمهور من الفقهاء.

¹ - النووي، روضة الطالبين، 536/3.

² - ابن المرتضى، البحر الزخار، 55/6.

³ - ينظر: النووي، المجموع، 10/14. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 223/2.

⁴ - ينظر: قاضيخان، فتاوى قاضيخان، 5/3. الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 567/3.

⁵ - ينظر: النووي، المجموع، 108/14. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 223/2.

⁶ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 55/6.

⁷ - ينظر: قاضيخان، فتاوى قاضيخان، 5/3. الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 567/3.

* **و الثانية:** جوازها مع بقائها إلى الغد لأن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت، إلا إذا دل دليل عليه¹، وبهذا فإن الوكالة لا تنقضي بانقضاء المدة المحددة، فالوكيل إلى عشرة أيام هو وكيل في الأيام العشر وبعدها، وهذه الرواية هي الأصح في كل من شرح الدر المختار² والفتاوى البزازية³ وهي رواية تخالف رأي الجمهور الذي يعتبر أقرب إلى المنطق، فما نفع تقييد الوكالة بالوقت إن كان لا يؤخذ به، ولما التفرقة إذن بين المؤقتة وغير المؤقتة، وأما عن شرط أن يدل دليل على التأقيت، فالأرجح أن لا يذكر التأقيت ولا يحدد عبثا بل بقصد، وهذا أكبر دليل عليه... والله أعلم....

ثانيا: الوكالة غير المؤقتة.

إذا صحت الوكالة غير المؤقتة - كما تم بيانه آنفا - فما مدى قيامها إذا تراخى الوكيل في قبوله لها أو تنفيذها؟

ذهب جمهور الفقهاء من: الحنفية⁴ والأصح في الظاهر عند الشافعية⁵ وعند الحنابلة⁶ والزيدية والزيدية⁷ إلى عدم إبطال الوكالة غير المؤقتة إذا تراخى الوكيل سواء في قبولها أو تنفيذها، وذلك لأن وكلاء الرسول - ﷺ - كان قبولهم لوكالته بفعالهم متراخيا عن التوكيل⁸ ولأن الوكالة إذن بالتصرف، وهو قائم ما لم يرجع عنه صاحبه⁹.

¹ - قاضيخان، المصدر نفسه.

² - الحصكفي، 188/2.

³ - ابن البزاز، 461/5.

⁴ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 560/3.

⁵ - النووي، المجموع، 105/14، 106.

⁶ - ينظر: ابن قدامي، المغني، 209/5. • البهوتي، كشف القناع، م 1693/5/3.

⁷ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 55/6.

⁸ - ابن قدامي، المغني، 209/4.

⁹ - ينظر: ابن قدامي، المصدر نفسه. • الماوردي، الحاوي الكبير، 183/8.

أما المالكية، فلهم في القبول المتراخي رأي آخر، حيث يقول المازري¹ بالرجوع إلى العادة في ما إذا كان لفظ الوكالة يستدعي الجواب على الفور أم لا² أما عن التراخي في التنفيذ فهناك قولان:

أولهما: أن على الحاكم أن يبعث إلى الموكل ليسأله أهو على وكالته أم لا؟ وأما إن كان غائبا، فهي باقية، وهو قول سحنون³.

وثانيها: أنها تسقط بالتراخي عن تنفيذها ستة أشهر وهو قول ابن عرفة و قال غيره من الفقهاء في الوكالة على الانكاح أنها لا تسقط إلا بتوكيل ثان، بالتراخي عن تنفيذها ستة أشهر، و ذلك إن سقط منها لفظ يدل على دوامها واستمرارها⁴ ، وهذا رأي يجمع بين قول المازري⁵ في

¹ - هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبد الله: محدث، من فقهاء المالكية. نسبته إلى مازر بجزيرة صقلية، توفي بالمهدية. له (المعلم بفوائد مسلم) في الحديث، وهو ما علق به علي صحيح مسلم وقيده تلاميذه. ومن كتبه (التلقين) في الفروع، و (الكشف والأنباء) في الرد على الأحياء للغزالي، و (إيضاح المحصول في الأصول) (453 - 536 هـ = 1061 - 1141 م). ينظر: • الزركلي، الأعلام، 6/277.

² - محمد عليش، شرح منح الجليل، 3/258، 359.

³ - هو محمد بن عبد السلام (سحنون) بن سعيد بن حبيب التنوخي، أبو عبد الله: فقيه مالكي مناظر، كثير التصانيف. من أهل القيروان. لم يكن في عصره أحد أجمع لفنون العلم منه. رحل إلى المشرق سنة 235 هـ وتوفي بالساحل، ونقل إلى القيروان فدفن فيها. كان كريم اليد، وجيها عند الملوك، عالي الهمة. من كتبه (آداب المعلمين) رسالة، صدرت بترجمة حسنة له، من إنشاء حسن حسني عبد الوهاب، و (أجوبة محمد بن سحنون) في الفقه، و (الرسالة السحنونية) رسالة في فقه المالكية، و (الجامع) في فنون العلم والفقه. (202 - 256 هـ = 817 - 870 م). الزركلي، الأعلام، 6/205.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل، 5/181، 182.

⁵ - هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبد الله: محدث، من فقهاء المالكية. نسبته إلى (مازر) (Mazzara) بجزيرة صقلية، ووفاته بالمهدية. له (المعلم بفوائد مسلم - خ) في الحديث، وهو ما علق به علي صحيح مسلم، حين قراءته عليه سنة 499 وقيده تلاميذه. فمنه ما هو بحكاية لفظه وأكثره بمعناه. انظر مخطوطته في خزانة الرباط (94 أوقاف) وهي جيدة كتبت سنة 629 ومن كتبه (التلقين - خ) في الفروع، و (الكشف والانباء) في الرد على الأحياء للغزالي، و (إيضاح المحصول في الأصول) وكتب في الأدب. وصنف حسن حسني عبد الوهاب: (الإمام المازري - ط) في سيرته، وتسلسل السند العلمي بإفريقية، من لدن العهد العربي إلى القرن الثامن للهجرة (2). (453 - 536 هـ = 1061 - 1141 م). ◀ ينظر: • الزركلي، الأعلام، 6/277.

التراخي في القبول وقول ابن عرفة في التراخي في التنفيذ، وهذا الجمع أقرب إلى الصواب والله أعلم... وقد جاء أن بعض شيوخ المالكية¹ قد استكثر إمساك الوكالة ستة أشهر ونحوها. و رغم هذا الاختلاف عند المالكية في تحديد مدة الانعزال بطول التوكيل، إلا أن جمهور فقهاءهم على غرار باقي المذاهب، أجمع على أن الوكالة غير المؤقتة تسقط بطول زمن وعدم التنفيذ.

الفقرة الثانية: أحكام أنواع الوكالة باعتبارها تأقيتها قانونا.

أجاز المشرع الجزائري تأقيت الوكالة، وجعل نفاذه أحد أسباب انتهائها، حيث نصت المادة 586 ق.م.ج على أنه: « تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة... » وبهذا يوافق المشرع الجزائري رأي الجمهور، حيث يتصرف الوكيل خلال المدة المحددة وليس بعدها، لانقضاء الوكالة قانونا بانقضاء أجلها².

هذا ولم تنص أي مادة من المواد المتعلقة بالوكالة على انتهاء التوكيل بطول زمن وعدم التنفيذ، بمعنى أن الوكالة غير المؤقتة تبقى قائمة، حتى وإن طالت مدتها ما لم تنفذ ما لم يثبت احد أسباب انتهائها، المذكورة في المادة 586 ق.م.ج.

وبهذا يعتبر القانون موافقا لرأي الجمهور، والحقيقة أنه كان من الأحسن أن ينحو المشرع منحى المذهب المالكي في هذه المسألة، وذلك بتحديد مدة زمنية تسقط بها الوكالة غير المؤقتة عند طول زمن وعدم تنفيذها، أو على الأقل وضع إجراء يتبعه القاضي يتأكد به من بقاء الموكل على وكالته وذلك من باب الاحتياط وهو أحفظ لمصلحة الموكل، وذلك في كل أنواع العقود

¹ - وقد جاء في "مواهب الجليل" أن لعل بعض الشيوخ الغرناطي، ◀ أنظر: • الخطاب، 182/5.

² - حصر المشرع اللبناني أسباب انتهاء الوكالة في المادتين 808، 809 مع، وجاء في قرار محكمة التمييز مدني، أن التعويض يبقى قائما مهما تقادم عليه الزمن ولا يسقط إلا للأسباب المنصوص عليها في المادة 808 م.ع ثم جاء في قرار رقم 188 استثناء من هذا الأصل وهو أن يتعلق طلب الوكيل بتسجيل حق عيني، فعلى الوكيل هنا أن يبرز وكالة لا يرجع تاريخها إلى أكثر من 5 سنوات، ومبرر ذلك افتراض رجوع الموكل عن وكالته بانقضاء هذه المدة، ثم صدر قرار محكمة التمييز يؤكد ذلك وهذا ما استقر عليه الاجتهاد في قرارات كثيرة . ◀ ينظر: • مروان كركي، العقود المسماة، دم، ط2، 1993، ص 370، 371 .

- وإذا كان هذا الاستثناء من الأصل بسبب أهمية الحقوق العينية، فيمكن القول أن عقد الزواج أيضا ذو أهمية كبيرة، ومن الأحسن أن يصبح هذا الاستثناء قاعدة عامة في كل أنواع العقود.

ومنها عقد الزواج، فرما يكون الأصيل قد اعتبر الوكالة قد سقطت بطول زمن وعدم تنفيذ أو سهى عن إخطار الوكيل بالعزل.

البند الثاني: تفسير الوكالة باعتبار لزومها.

والوكالة بهذا الاعتبار نوعان: لازمة وغير لازمة¹.

الفقرة الأولى: تفسير الوكالة باعتبار لزومها في الفقه الإسلامي.

أولاً: الوكالة غير اللازمة.

الأصل في الوكالة؛ كما يعبر عنها الفقهاء؛ أنها عقد جائز من الجانبين، بمعنى غير لازم ولكل من الوكيل والموكل إنهاؤها بأن يعزل الموكل الوكيل، لمصلحة ارتأها، أو بأن يعتزل الوكيل الوكالة لسبب ما².

¹ - جاء في "البحر الزخار" أن العقود التي يباشرها الأشخاص من حيث اللزوم وعدمه أنواع:

أ - عقود لازمة لطرفي العقد، فلا يجوز لأي منهما فسخها، إلا برضا الآخر، ومنها البيع والإجارة والحوالة.

ب - عقود غير لازمة لأي من الطرفين وفيها يجوز لأي منهما فسخها والخروج منها متى شاء، ومن بين هذه العقود: الوكالة والشركة والرهن قبل القبض.

ج - عقود لازمة لأحد الطرفين فقط ومنها الضمان والرهن بعد القبض.

◀ ينظر: • ابن المرتضى، 64/6.

* وقد قسم الدكتور عبد الرزاق السنهوري العقود باعتبار اللزوم، إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد فقط، وذلك عند تقسيمه العقود إلى عقود تبرع وعقود معاوضة حيث صنف الوكالة على أنها عقد تبرع.

◀ ينظر: • الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، 162/1.

* أما المشرع الجزائري فقد ذكر أنواع الالتزام في المواد 55، 56 ق.م.ج ولم يرد فيها العقود غير الملزمة للجانبين.

² - ينظر: • للحنفية: • الزيلعي، تبين الحقائق، 287/4. • للمالكية: • الخطاب، مواهب الجليل، 187/5،

188. • للشافعية: • البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 462/3. • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 231/2،

232. • للحنابلة: • ابن قدامي شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر محمد بن احمد، الشرح الكبير، بمامش

المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1983، 213/5.

ثانيا: الوكالة اللازمة.

اللزوم طارئ على الوكالة بوجود ما يوجب لزومها، ومقتضى الوكالة اللازمة عدم استطاعة طرفيها إنائها متى شاءا إلا بقبول من تمه الوكالة¹ وهذا يعني أن الوكالة تصبح لازمة إذا تعلق بها حق الغير² والحقيقة أن هذا صعب التطبيق فيما يخص الوكالة في عقد الزواج...

الفقرة الثانية: تفسير الوكالة باعتبار لزومها قانونا.

قد اعتبر المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 581 ق.م.ج أن الوكالة بصفة عامة عقدا تبرعيا³. وهذا يعني أنها ليست عقدا ملزما، وهذا ما أكدته المواد: 587، 588 من القانون نفسه، حيث نصت على جواز عزل الموكل وكيله أو تنازل الوكيل عن الوكالة في أي وقت، وكما هو الحال بالنسبة للفقهاء الإسلاميين استثنى المشرع الجزائري من هذا الأصل أن تكون الوكالة لصالح أجنبي⁴ بمعنى أن يتعلق بها حق الغير، فيسبب هذا التنازل ضررا له، إلا إذا كان ذلك لأسباب جدية، إضافة إلى شرط إمهال الموكل وقتا كافيا ليستخدم ما يلزمه لصيانة مصالحه⁵.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 581 ق.م.ج، على جواز الاتفاق صراحة أو ضمينا على جعل الوكالة لازمة. ثم تطرق المشرع في الفقرة الثانية من المادة 581 ق.م.ج إلى الاتفاق على أجر للوكالة، وجعل الاختلاف في قدره راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي، لكن هل يفهم من هذا أن المشرع الجزائري قد اعتبر الاتفاق على جعل الوكالة بأجر من باب جعلها لازمة؟

¹ - محمد رضا عبد الجبار العوني، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 222.

² - الخطاب، مواهب الجليل، 187/5.

³ - عقد التبرع هو ما يطلق عليه بالفرنسية le contrat a titre gratuit وقد سمته المادة 1105 من القانون المدني الفرنسي le contrat de bienfaisance فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه كالوديعة بدون

أجر. ◀ ينظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، ص 17.

⁴ - ينظر: الفقرة 2 من المادة 588 منق.م.ج

⁵ - بالنظر إلى الفقرة 2 من المادة 588 ق.م.ج نجد غموضا، يفسره نص نفس الفقرة بالفرنسية الذي يشترط إلى جانب إمهال مدة للموكل أن تكون أسباب التنازل جدية.

أما رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة فهو باختصار كالآتي:

ذهب كل من الحنفية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى القول بعدم لزوم عقد الوكالة مطلقاً سواء كانت بأجر أم لا، وكذلك المالكية في قول على أصل عدم لزومتها؛ إلا أن الشافعية جعلوها لازمة إذا كانت بلفظ الإجارة واجتمعت شرائط هذه الأخيرة فيها⁴، وإن لم يكن كذلك فالأصل الأخذ بطبيعة العقود والوكالة عقد جائز⁵. كما اعتبرها المالكية في قول آخر لازمة للطرفين بمجرد العقد إذا كانت على وجه الإجارة ولازمة على الجاعل بعد الشروع إذا كانت على وجه الجعل⁶.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 37/6، 38.

² - الرملي، نهاية المحتاج، 52/5.

³ - المقدسي، العدة شرح العمدة، ص 214.

⁴ - ينظر: الرملي، نهاية المحتاج، 52/5. النووي، روضة الطالبين، 560/3.

* واعتبر الأستاذ: "محمد رضا عبد الجبار العافي" تسمية الإجارة وكالة في هذه الصورة تجاوزاً لأن عقد العقد باسم

الإجارة واجتماع شرائطها ما يجعلها إجارة صحيحة لازمة. ◀ ينظر: الوكالة في الشريعة والقانون، ص 223.

⁵ - الرملي، نهاية المحتاج، 52/5.

⁶ - الخرشني، حاشية الخرشني، 86/3.

* الجعل ما يجعل على عمل من أجر. ◀ ينظر: سعدي أو الحبيب، القاموس الفقهي، ص 63.

* و الأجر فهو الثواب والمكافأة عوض العمل. ◀ ينظر: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيب، معجم لغة

الفقهاء، ص 43.

المبحث الثاني :

أنواع الولاية النيابة الأخرى ومشروعيتها.

بعد أن تم في مبحث أول بيان مفهوم الوكالة وأنواعها ومدى مشروعيتها كصورة أولى من صور الولاية النيابة سيتم في هذا المبحث بيان مفهوم باقي الصور المتمثلة في: الإيضاء وولاية القاضي النيابة وذلك على النحو الآتي:

مطلب الأول: يتم فيه بيان مفهوم الإيضاء وبيان مشروعيته فقها وقانونا .

ومطلب ثان: تتم فيه دراسة مفهوم القاضي والقضاء وبيان مشروعية ولايته ومن ثمة تبيان شروط تولي القضاء .

المطلب الأول: الولاية النيابية للوصي في عقد

الزواج.

سيتم في هذا المطلب بيان مفهوم الوصي عبر تحديد مفهوم الإيضاء ثم التفرقة بين المصطلحات التي قد تتشابه مفاهيمها؛ وهذا في فرع أول؛ ثم في فرع ثان بيان مشروعية الإيضاء ثم صيغته وخصائصه.

الفرع الأول: مفهوم الإيضاء و تمييزه عما يشابهه من

مصطلحات

سيتم في هذا الفرع بيان معنى الإيضاء لغة و اصطلاحا في بند أول ، ثم تمييز في بند ثان مصطلح الإيضاء عن غيره من المصطلحات التي قد تلتقي معه في المعنى .

البند الأول: مفهوم الإيضاء.

يقسم هذا البند لدراسته إلى فقرتين، يتم في أولهما بيان التعريف اللغوي لكل من الإيضاء و الوصية ، وفي ثانيهما بيان المفهوم الاصطلاحي لهم.

الفقرة الأولى: تعريف الإيضاء لغتياً:

نقول أوصى الرجل و وصّاه توصية عهد إليه و الاسم الوصاة و الوصاية و الوصية ما أوصيت به و هو الموصى به أيضا . و يوصيكم الله أي يفرض عليكم.

¹ - ينظر: • ابن منظور، لسان العرب، 6/4853. • الفيروز آبادي مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، ط3، 1301 هـ، 4/392 (فصل الواو، باب الواو والياء) • إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دط، دت، 2/999، 1000. (باب الواو) • و سعدي ابو الجيب، القاموس الفقهي، ص 381. • محمد رواس القلعجي، حامد قنيب، معجم لغة الفقهاء ص 503، 504.

و الموصى الذي يوصي، و الوصي هو الموصى له، و نقول للأنتى وصي أيضا و جمعهما جميعا أوصياء. والوصاية هي الولاية على القاصر والوصي هو من عهدت إليه الوصاية ليقوم على شؤون الصغير .

وصى له و إليه بشيء : جعله له، و وصى إليه : عهد إليه و جعله وصيه يتصرف في أمر عياله و ماله بعد موته . و سميت وصية لاتصالها بأمر الميت.

الفقرة الثانية: تعريف الإيصاء اصطلاحا .

لا يوجد فرق بين الوصية و الوصاية أو الإيصاء عند اللغويين ، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية فرّقوا بين المصطلحين ، فرغم أنهما يدخلان في معنى الوصايا¹ إلا أن الفقهاء يستعملون لفظ "الوصية" في التملك المضاف إلى ما بعد الموت. أما لفظ "الإيصاء" فيستعملونه في جعل الإنسان غيره وصياً على من يلي أمره بعد موته . و على هذا يقال : " أوصى له " أي بمال و "أوصى إليه " بمعنى جعله وصيا في أمره بعد موته²، فالوصية عند الفقهاء تنقسم إلى³:

- وصية نيابة عن الموصي كالإيصاء على الأطفال و على قبض الديون و تفرقة التركة
- وصية في حدود ثلث المال لشخص ما.

و المعنى المنشود دراسته في هذا البحث هو "الولاية النيابية للوصي في الزواج"، و التي يعبر عنها إذن بلفظ "الوصاية" أو "الإيصاء"؛ على أساس التفرقة بين المصطلحين المذكورة آنفا؛ و للتقارب اللفظي بين "وصية" و "وصاية" و صعوبة التمييزهما مما قد يؤدي إلى الخلط بينهما، يفضل إذن استعمال لفظ "إيصاء" عن "وصاية".

و جاء في تكملة فتح القدير أن الإيصاء هو: "كلمة موضوعة في الشرع لطلب شخص من غيره ليفعل شيئا بعد مماته فقط"⁴ و الشخص المطلوب منه هذا الفعل هو الموصى إليه و

¹ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 335/10، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 38/3، 39.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 496/4، الخطيب الشربيني، المصدر نفسه، 36/3.

³ - العدوي علي الصعيدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، مطبعة علي الصبيحي و أولاده، مصر، دط، دت، 195/2.

⁴ - قاضي زاده أفندي بن قودر شمس الدين أحمد، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار المعروف ب: تكملة فتح القدير، دار

الفكر، ط2، بيروت، 411/10.

يسمى أيضا "الوصي" ¹ - ونقول إليه و ليس له - . و عرفه الحنابلة بأنه : " الأمر بالتصرف بعد الموت " ² .

و ذهب الأستاذ صاحب كتاب " المفصل " إلى تعريف الإيضاء بأنه : " جعل الشخص غيره وصيا بعد موته ليقوم بما يعهد إليه من أمر النظر في شؤون أولاده أو أمواله أو تنفيذ وصاياها أو غير ذلك " ³ .

و يمكن القول أن استعمال كلمة مشتقة من "وصى" لتعريف الإيضاء ، قد يتنافى و مقتضيات بيان مفاهيم الكلمات و المصطلحات ، لذا يفضل تفادي ذلك . و يمكن من خلال ما سبق ذكره الخلوص إلى تعريف اصطلاحي للإيضاء ، فيكون كالاتي : " الإيضاء هو أن يعهد شخص ما الى غيره النظر في بعض أو كل شؤونه من بعده " .

البند الثاني: التمييز بين الإيضاء والوكالة وما يشابههما .

كل من الوصاية أو الإيضاء و الوكالة هي صور من الولاية النيابة حيث يقوم فيها النائب و هو : الوصي أو الوكيل أو الكفيل بنيابة الأصيل فيما أنيب إليه عادة من تصرف والممثل في إبرام عقد الزواج في إطار هذا البحث؛ وقد شرع أساسا هذا النوع من الأنظمة لحماية القاصر بتولي أموره بالولاية على النفس أو المال أو عليهما معا ، و قد تلتبس هذه الأنظمة بعضها ببعض لتشابهها . لذلك سنحاول في هذا البند التمييز بينها وذلك انطلاقا من نظام الوصاية إلى باقي الأنظمة، حتى يظهر في الأخير الفرق بينهم جميعا وذلك وفقا للترتيب الآتي : بداية بالولاية و الوكالة ومرورا بالتقديم المذكور في قانون الأسرة على أنه نوع من أنواع النيابة الشرعية، وختاما بالكفالة .

¹ -ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، 335/10.

² -البهوتي، كشف القناع، م3/6/2121.

³ -عبد الكريم زيدان، 403 / 10.

الفقرة الأولى: تمييز الوصاية والإيضاء عن الولاية والتقدير.

أولاً: تمييز الوصاية والإيضاء عن الولاية.

لقد عُرِفَت الولاية بأنها قيام شخص مقام آخر في تصرف ما، وهي نوعان: اختيارية وإجبارية ويعتبر فيها الولي النائب الممثل الشرعي للقاصر، فالولاية هي نوع من أنواع النيابة الشرعية كالوصاية، فيقوم في ظلها الولي مقام المولى عليه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود وأفعال¹ وأهم الفوارق الموجودة بين الولاية والوصاية هي بصفة عامة نفسها الموجودة ما بين الولاية و الوكالة، لكن سنذكرها انطلاقاً من الوصاية؛ وهي باختصار ما يأتي:

أ- من حيث المصدر²

- تستمد الولاية شرعيتها من الشرع مباشرة. وتكون بتفويض من الشارع لشخص بذاته لا يفارقه، وليس لهذا الشخص حق التنازل، ومثال ذلك ولاية الأب فولايته ثابتة بسبب الولادة، وهذه الأخيرة أمر ذاتي لا يمكن التنصل منه.
- أما الوصاية أو الإيضاء فهما مكتسبان، يستمدان قوتهما من الولاية الذاتية أي بواسطة، فالأصيل فيها هو المالك للولاية عن الشرع مباشرة، ويكتسب الوصي صفة النائب عن الموصي بعقد، خلافاً عن الولي.

ب- من حيث الموضوع.

- عادة ما تكون الولاية ثابتة على النفس و المال، أما الوصاية فهي على المال فقط، وأما الإيضاء فقد يكون على النفس فقط أو عليهما معاً، أو على شيء ما بالتحديد. فالولاية أعم...

ت- من حيث التقييد و الإطلاق.

- الولي يمارس على المولى عليه - كالقاصر - ولايتين: ولاية على النفس وولاية على المال بإطلاق؛ و نعني بالإطلاق انعدام أي تقييد من أي شخص، و هذا لا يعني انعدام تقييد الشرع، بل للولي قيود شرعية تضبط ولايته على القاصر أو المحجور عليه.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام -، دار الفكر، مطبعة طربين، دمشق، ط10، 1968، 2/ 817 .

² - شهبون عبد الكريم، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، دط، دت، ص66 .

■ أما الوصي فمقيد بأمرين : أولهما الشرع بطبيعة الحال ، و ثانيهما بحدود يرسمها له الوصي و هو الأصيل و الذي قد يكون الولي الشرعي كما قد يكون القاضي ، وقد يكون وصيا على المال فقط أو على الزواج فقط أو على أي أمر مخصص دون غيره عكس الولي .

ث- من حيث لزومها وإمكانية التنازل عنها أو إسقاطها.

■ الولاية إلزامية لا تقبل التنازل عنها ، لأنها تفويض من الشارع عكس الوصاية¹ ، فهي تقبل التنازل بشروط سيأتي ذكرها ، فهي اختيارية كأصل .

■ الولاية لا تقبل الإسقاط أو العزل ، فإذا تم ذلك قد يكون مؤقتا لتوافر دواعي معينة يزول العزل بزوالها، أما عزل أو إسقاط الوصي أبدي لا عودة فيه إلى الوصاية إلا لضرورة موجبة² .

ثانيا: تمييز الوصاية والإيضاء عن التقديم .

أ- من حيث المهام.

■ المقدم هو من يطلق عليه في الفقه الإسلامي اسم القيم³ ومعناه المتولي أو الناظر و هو الشخص الذي ينصبه القاضي للقاصر أو للحمل أو المحجور عليه لتدبير شؤونهم المالية لعدم وجود ولي أو وصي يقوم برعايتهما⁴ ، ولا يتولى المقدم إلا الجانب المالي عكس الوصي الذي قد يكون موضوع وصايته غير مالي كإبرام عقد زواج مثلا .

ب- من حيث المصدر أو الأصيل.

■ المحكمة هي التي تعين المقدم في قانون الأسرة الجزائري، في حالة عدم وجود ولي أو وصي يتولى إدارة أموال المجنون أو المعتوه أو السفهيه أو ذي الغفلة ، بناء على طلب

¹ - حماد نزيه، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1994، ص59.

² - الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها على الذهب المالكي، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء المغرب، 1996، ص460.

³ - كان القانون الجزائري القديم : لسنة 1957 المتعلق بالولاية والوصاية والحجر يستعمل مصطلح القوامة، والقيم على مال القاصر، أما بعد صدور قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري استعمل اصطلاح القيم . ◀ ينظر: • محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 104 .

⁴ - ينظر: شهوبن عبد الكرم، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ص71، و حماد نزيه، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، ص12، 13.

أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة¹ . و يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه حسب نص المادة 100 من قانون الأسرة. أما الوصي فقد يكون مختارا من الولي كما قد يكون معيناً من القاضي.

ت- التقييد و الإطلاق.

■ وصي الأب مثلا هو أقل تقييدا من القيم ، لأنه يستمد ولايته من الأب مباشرة ، فله تقريبا نفس الصلاحيات ، إلا في حالة استثناءات واردة على تصرفاته أو في حالة تخصيص الوصية أو الإيصاء². عكس القيم حيث تكون تصرفاته مقيدة ابتداء من الجهة التي عينته.

الفقرة الثانية: تميز الوصاية والإيصاء عن الكفالة والوكالة.

أولا : تميز الوصاية عن الكفالة.

أ- من حيث المهام و تقييدها.

■ طبقا لنص المادة 116 من قانون الأسرة تعطي الكفالة للكافل لجميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان على الطفل ، حيث أنها عرفتها بأنها التزام برعاية القاصر و تربيته رعاية أبيه³ فالكافل إذن يعد في مرتبة الأب وعلى ذلك تكون له الولاية على النفس والمال معا⁴ و ليس هذا هو الحال بالنسبة للوصي فقد يكون محل وصايته مالا فقط ، أو العكس زواجا فقط، أو القيام بعمل معين و بهذا فإن الكفيل أقل تقييدا من الوصي.

ب- من حيث الأصيل.

■ الأصيل في عقد الكفالة هو القاضي لأن الأصيل أن الولاية تعود إليه في اللقيط و اليتيم الذي لا أهل له عكس الوصي الذي قد يكون الأصيل في عقد الإيصاء هو الموصي و

¹ - بلحاج العربي ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص6 .

² -الرفعي عبد السلام، الولاية على المال، ص 277 .

³ -تنص المادة 116 على أن: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي " .

⁴ - آيث ملويا الحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط1، 2005، ص 617

هو الولي الشرعي للموصى عليه ، وكذلك هو الحال بالنسبة للأصيل في عقد الوصاية كأصل، إلا إذا كان معيناً من طرف القاضي لاعتنائه بالشؤون المالية للقاصر.

ثانياً: تمييز الإيصاء عن الوكالة.

أ- من حيث وقت تنفيذ العقد.

■ الإيصاء والوكالة وجهان للنيابة عن الغير ، فمعناهما أن ينيب شخص ما الغير ليقوم مقامه في تصرف ما ، لكن الفرق الجوهرى بينهما هو أن النائب في الوكالة ينفذ هذا التصرف في حياة الموكل ، أما في الإيصاء فينفذه بعد موت الموصي. و عليه فإن مهام الوصي تبدأ عند موت الموصي؛ فإن لم يعزله في حياته فهو لا يستطيع عزله أو إعادة رسم حدود الوصاية أو الإيصاء عند بدءه تنفيذ الوصية بعد مماته ، بينما مهام الموكل تنتهي عند موت موكله و للموكل عزله و تقييد وكالته في حياته .

ب- من حيث الأصيل و المصدر.

■ كما أن هناك اختلاف بينهما في المصدر ، حيث أن الوكيل يستمد ولايته من الموكل الذي قد يكون : الأب أو الزوج أو الزوجة ، أما الوصي يستمد ولايته من أقامه، و قد يكون الولي و هو الأب أو القاضي. وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض المصرية الوصاية نيابة قانونية عكس الوكالة التي تعتبر نيابة اتفاقية ، فالنائب فيها يستمد سلطته من إرادة الأصيل بموجب عقد ، أما الوصي فيستمد سلطته من القانون¹؛ و على هذا يمكن اعتبار أن الوصاية تحدد بالشرع فهو الذي يقيد صلاحية الوصي في إطلاق تصرفاته إضافة إلى ما قد يقيد به الموصي، أما الوكالة فتحدد بحدود العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين .

لكن عادة ما هذا يخص كله الوصاية لا الإيصاء أو بمعنى آخر يخص الوصي على المال المعين من طرف القاضي، دون الوصي على الواج، حيث أن هذا الأخير يستمد صلاحياته من عقد يتم بينه و بين الموصي و يحدد له هذا الأخير صلاحيته و يرسم له قيودها.

¹ - ينظر :● معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 6، 1995، 1519/3، 1518.● والسعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، عين مليلة، ط 1، 2004، 145/1.

الفرع الثاني : مشروعية الإيصال وخصائصه.

البند الأول : مشروعية الإيصال.

سيتم في هذا البند بيان أدلة ثبوت الإيصال و الوصية بصفة عامة شرعا و قانونا في فقرة أولى ، ثم أدلة ثبوت الإيصال في النكاح في فقرة ثانية .

الفقرة الأولى : أدلة ثبوت الإيصال شرعا .

أولا: من القرآن الكريم.

الحقيقة انه لا توجد آية معينة بذاتها تدل على مشروعية الوصاية أو الإيصال ، إنما هناك آيات في القرآن الكريم فسّرت على أنها موجهة لأولياء اليتامى و منهم الأوصياء ، نذكر منها:

أ- قوله ﷻ : ﴿ وَيُخَشِّ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ

وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾¹ و في هذه الآية أقوال : أحدها : أنه أمر للأوصياء بأن

يخشوا الله تعالى أو يخافوا على أولادهم فيفعلوا مع اليتامى ما يجبون أن يفعل بصغارهم الضعاف بعد وفاتهم وقالت طائفة: المراد جميع الناس، أمرهم باتقاء الله في الأيتام وأولاد الناس، وإن لم يكونوا في حجورهم².

¹-النساء: 9.

²- ينظر : • الألو سي شهاب الدين السيد محمود، روح المعاني في تفسير العظيم و السبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 212، 213/4 • القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين هشام سمير البخاري، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003 ، 51/5 • الطبري أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة الأوفست، 1980، 183/4م.

ب- قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فُلْيَمَلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾¹. ومعنى فليمل عليه هو متولي أمره من والد ووصي وقيم و وكيل².

ت- قوله ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾³، و جاء في الجامع لأحكام القرآن أن الأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس فهي تتناول الولاية فيما إليهم من الأمانات في قسمة الأموال و ردّ الظلمات والعدل في الحكومات. وتتناول من دونهم من الناس في حفظ الودائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك⁴. و الوصي مؤتمن على الموصى به كما على الوصي والكفيل حفظ مال اليتيم والتمشير له، كذلك عليه حفظه في بدنه⁵.

ث- كما يُعد الإيضاء من باب معونة المسلم أيضا و هو مندوب لقوله ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾⁶.

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة.

جاء في صحيح البخاري عن سهل بن سعد عن النبي ﷺ قال: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى".⁷ أوليس قيام الوصي بشؤون الموصى عليه من باب الكفالة....

¹ - البقرة: 282.

² - الخطيب الشريبي، السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، دم، دط، دت، 1/178.

³ - النساء: 58.

⁴ - القرطبي، 5/256، 4/18.

⁵ - المصدر نفسه، 5/39.

⁶ - المائدة: 2.

⁷ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب اللعان، 3/1113، حديث رقم: 5304.

ثالثاً: من الإجماع.

إن الإيصاء بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً ، جائز شرعاً حيث جاء في المنهاج : " و يسن الإيصاء بقضاء الدين و تنفيذ الوصايا و النظر في أمر الأطفال " ¹ ، و تعليقا على هذا القول قال صاحب "مغني المحتاج" : " و هذا بالإجماع و إتباعاً للسلف بل قال الأذرعى ² : يظهر انه يجب على الآباء الوصية - أي الإيصاء - في أمر الأطفال ، إذا لم يكن لهم جدّ أهل للولاية.... " ³.

كانت هذا تلخيص جد و جيز لمشروعية الوصاية و الإيصاء بصفة عامة ، أما فيما يخص ثبوت الإيصاء شرعاً في الزواج فسيأتي بيانه في مقام آخر من هذا البحث.

رابعاً : في القانون الجزائري.

أفرد المشرع الجزائري للوصاية الفصل الثالث من الكتاب الثاني من قانون الأسرة المنظم لأحكام النيابة الشرعية، و بين أحكامها في سبع مواد و ذلك من المادة 92 إلى غاية المادة 98، إلى جانب هذا - و كما تم ذكره آنفاً فيما يخص مشروعية الكفالة في القانون الجزائري - تنص المادة 44 من القانون المدني على انه : "يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون".

¹ - النووي، متن المنهاج، دار الفكر، دط، دت، 73/3.

² - هو أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد الواحد، أبو العباس، شهاب الدين الأذرعى: فقيه شافعي، ولد بأذرعاع الشام، وتفقه بالقاهرة، وولي نيابة القضاء بحلب، وراسل السبكي بالمسائل (الحلييات) وهي في مجلد، وجمعت (فتاويه - خ) في رسالة، وله (جمع التوسط والفتح، بين الروضة والشرح) عشرون مجلداً، منه الثالث مخطوط، بخطه، ناقص الآخر، في الظاهرية بدمشق، وشرح المنهاج شرحين أحدهما (غنية المحتاج) والثاني (قوت المحتاج). وعاد إلى القاهرة سنة 772 ثم استقر في حلب إلى أن توفي. وكان لطيف العشرة، كثير الانشاد للشعر، وله نظم قليل. (708 - 783 هـ = 1308 - 1381 م). ينظر :
● الزركلي، الأعلام، 1/119.

³ - الخطيب الشربيني، 73/3، 74.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في مشروعيتها الإيصاء في النكاح.

أولا: فريق المجيزين مطلقا.

وهو مذهب المالكية¹ و اختيار الإمام أحمد بن حنبل². و رواية عن الإمام أبي حنيفة في أب

الصغيرين³، و استدلوا على رأيهم بما يأتي⁴ :

أ- أنها ولاية ثابتة له شرعا ، و له أن يستنيب فيها في حياته و كذلك بعدها ، فكما تصح وكالته يصح إيصاؤه.

ب- تجوز وصيته في النكاح قياسا على جوازها في المال.

ثانيا: فريق المجيزين بشرط انعدام العصبية.

ذهب أصحاب هذا الفريق إلى القول بجواز الإيصاء في الزواج بشرط انعدام العصبية التي تلي زواج المرأة ، فأما إن وجدت فلا، وهو مذهب الزيدية⁵ و رواية عن الإمام أحمد⁶. حيث أن تولي الوصي الزواج مع وجود العصبية فيه إسقاط لحقهم، كما أن الوصي لا يدخل في مسمى الولي المذكور في حديث: "لا نكاح إلا بولي"⁷.

¹ - ينظر: ابن جزوي، محمد، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1988، 222، مالك، المدونة، 146/2، ابن رشد، بداية المجتهد، 10/2، الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، 177، 178/3.

² - وهو قول الحسن و حماد بن ابي سلمان ينظر: ابن قدامي، المغني، 58/5، الماوردي، الإنصاف، 85/8.

³ - الأستروشيبي، جامع أحكام الصغار، 217/1.

⁴ - ابن قدامي، المغني، 354/7، النووي، كشف القناع، 58/5، المقدسي ابن المفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ، 40/7.

⁵ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 46/4.

⁶ - إختارها: أبو عبد الله الحسن بن حامد، ينظر: ابن قدامي، المغني، 354/7، المرادوي، الإنصاف، 86/8، الماوردي، الحاوي الكبير، 852/8.

⁷ - الشافعي، الأم، 19، 20/5.

ثالثاً : فريق المانعين .

- و هو مذهب الحنفية¹ و الشافعية² و الظاهرية³ و إحدى الروايات عن الإمام أحمد.⁴ و يستدل هذا الفريق في قولهم هذا بعدة أدلة نذكر أهمها فيما يأتي :
- أ- الوصي أجنبي عن المرأة و لا يسمى وليا ، فهو إذن لا يدخل في مع معنى أدلة إثبات الولاية من أحاديث شتى⁵ .
- ب- ولاية النكاح تنتقل شرعا بعد موت الموصي إلى غيره من الأولياء ، لهذا لا يجوز أن يوصي بها إلى الغير⁶ .
- ت- ولاية الموصي قد انقطعت بموته ، وانتقلت إلى من يستحقها شرعا، ففي نقلها إلى أجنبي إسقاط لحق مستحقها ، وتمليك ممن لا يملك⁷ .

البند الثاني : صيغة الإيصال و خصائصها .

بما أنه لم يخصص الفقهاء في كتبهم المطلع عليها كتابا لكفالة اليتيم أو اللقيط، و بالتالي لم يبينوا لا صيغتها و لا خصائصها، إلا أننا سنحاول باختصار التطرق إليها قياسا على الإيصال تارة و تطبيقا للمنطق و المبادئ العامة تارة أخرى و كذلك استنادا لما جاء في القانون .

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، 3/153، • الزيلعي، تبيين الحقائق، 2/126.

² - الشافعي، الأم، 5/20، 19، • النووي، روضة الطالبين، 6/315.

³ - ابن حزم، المحلى، 9/464.

⁴ - ابن قدامى، المغني، 5/58، • الماردؤي، الإنصاف، 8/85.

⁵ - الحصص، أحكام القرآن، 2/345، • ابن المرتضى، البحر الزخار، 4/55.

⁶ - ابن قدامى، المغني، 7/354، • ابن مفلح، المبدع، 7/41.

⁷ - الحصص، أحكام القرآن، 2/345، • ابن قدامى، المغني، 7/354، • النووي، التكملة الثانية للمجموع، 15/400.

الفقرة الأولى: صيغة الإيصال.

أولاً: إيجاب الإيصال.

الإيصال عقد بين الموصي و الوصي ، و بالتالي هو يبرم ككل العقود بصيغة إيجاب و قبول بينهما، وتأتي صيغته بكل لفظ يدل على تفويض الأمر للموصي بعد وفاة الموصي ، ولا تشترط ألفاظ مخصوصة.

ويرى المالكية أن الإيجاب هو الصيغة الدالة على تفويض الأمر للموصي بعد موت الأب نحو : وصيت إليك ، وفوضت إليك أمر أموال وأولادي ، أو أقمتمك مقامي ونحو ذلك¹ وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية كالإشارة وظاهره² فهي إذن كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة³.

ولفظ الإيجاب عند الشافعية أيضا "أوصيت إليك" أو "فوضت إليك" و"كأقمتمك مقامي في أمر أولادي". كما تنعقد بلفظ الولاية وتكفي إشارة الأخرس وكتابته، وكذا معتقل اللسان بأن أشار بالوصية برأسه أو بقوله أن نعم بعد قراءة كتاب الوصية عليه ويشترط القبول لانعقاد الإيصال⁴.

▪ تعليق و تقييد الإيصال:

أ- في الفقه الإسلامي :

ويمكن للموجب أن يعلق الوصاية بزمن معين أو يحدد شرطا لتمام الوصاية، فقد أجمع الفقهاء على جواز توقيت الوصاية أو تعليقها على شرط، ما لم يكن مخالفا لمقتضيات الشرع أو

¹ - القراني شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق محمد بو حبة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، 163/7 .

² - الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، م4/8/192، 169.

³ - الخطاب، مواهب الجليل، 366/6.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، 106، 107/6.

لمصلحة المولى عليه¹ ، حيث يجوز في الإيصاء التوقيت كـ "أوصيت إليك سنة" ، أو " إلى بلوغ ابني" ، ويجوز التعليق كـ "إذا مت فقد أوصيت إليك"² ، وكذلك إن قال : "أوصيت إليك فإذا كبر ابني كان وصيي" ، صح لذلك وإذا كبر ابنه صار وصيه - ويسمى الوصي المنتظر - ومثله لو قال: "أوصيت إليك فإذا تاب ابني من فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصيي" ، صحت الوصية إليه ويصير وصيا عند وجود هذه الشروط³ .

وعلى الشافعية و الحنابلة جواز التأقيت والتعليق، كما لو قال : أوصيت إليه سنة ، ثم إلى فلان، بكون الإيصاء كالإمارة⁴ . كما أجاز المالكية التوقيت والتعليق على شرط ، كأن يحدد له وقتا معيناً ، أو ليقدم فلان فيعزل بمضي الوقت أو بمجرد قدوم فلان أو يقول فلانة وصيتي إلا أن تتزوج فتستمر إلى تزوجها فيصح ذلك⁵ .

أما الحنفية فذهبوا إلى القول بأنه إن قال الموصي: "أوصيت إليك على أن تزوج ابنتي أو أوصى إلى فلان" وشرط أن لا يخرج من الوصاية وإن خان وترك حفظ الأمانة فالإيصاء جائز والشرط باطل⁶ . و عللوا جواز توقيت و تعليق الإيصاء لأنه توكيل أو إثبات ولاية وكلاهما قابل للتوقيت كما يصح أيضا تعليق الوصاية على شرط لأنها وكالة⁷ .

ب- في القانون الجزائري:

أما في القانون فلم ينص المشرع الجزائري صراحة على توقيت الوصية بزمن لكن تجدر الملاحظة إلى انه قد نص في الفقرة الثالثة من المادة 96 من قانون الأسرة على أنه: "تنتهي مهمة

¹ - ينظر : ◀ للحنفية : • ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9 ◀ للمالكية : • الدسوقي، حاشية الدسوقي، 531/4

• المواق، التاج و الإكليل لشرح مختصر خليل بhamش مواهب الجليل، دار الفكر، ط3، 1992، 389،388/6 ◀ للشافعية : • الرملي، المصدر نفسه • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 77/3 ◀ للحنابلة : • البهوتي، كشاف القناع،

م3/2180/6/3 • ابن قدامي، المغني، 572/6 • المرادوي، الإنصاف، 291،292/7 .

² - ينظر: • الرملي، المصدر نفسه • البهوتي، المصدر نفسه • ابن قدامي، المصدر نفسه.

³ - ينظر : • ابن قدامي، الشرح الكبير، 582/6 • البهوتي، المصدر نفسه.

⁴ - ينظر: ◀ للحنابلة: • ابن قدامي، المصدر نفسه • البهوتي، المصدر نفسه، ص2180 • المرادوي، الإنصاف، 292/7 ◀

للشافعية: • الرملي، نهاية المحتاج، 106/6 • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 77/3 .

⁵ - ينظر: • الدسوقي، حاشية الدسوقي، 531/4 • المواق، التاج و الإكليل، 388/6، 389.

⁶ - الشبلي شهاب الدين أحمد، حاشية الشبلي على تبين الحقائق، بhamش تبين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الأوفست، ط2، 133/4.

⁷ - ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9 .

الوصي 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها"، و قد تعتبر قيام الوصي بمهمة محددة و انتهاء وصيته بانتهاء عمله نوع من أنواع التوقيت¹. كما أنه يمكن القول بجواز توقيت الإيصاء على الأرجح لأمرين: أولهما: قياسا على جواز تأقيت الوكالة قانونا و ثانيهما: لإمكانية قيام الإيصاء فترة يكون فيها الموصي عليه قاصرا و تنتهي إذن ببلوغه فيكون الإيصاء مؤقتا.

وأما فيما يخص تعليق الوصاية - و من ثمة الإيصاء - على شرط، فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه المسألة أيضا، و لهذا علينا الرجوع لقواعد الفقه الإسلامي، و ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، و بما أن الفقهاء يجمعون على جواز تعليقها على شرط، فيجوز إذن أن يعلق الموصي الوصاية على شرط، أو اشتراط بعض الشروط ونهي عن أمور أخرى، و يكون هذا الشرط صحيحا جائزا تماشيا مع حكمة إقامة الآباء الأوصياء لتدبير شؤون أولادهم و حمايتهم، ما لم تكن هذه الشروط مخالفة للنظام العام والآداب العامة والقانون و خاصة متنافية مع مصالح القاصر. هذا من جهة و من جهة أخرى قياسا على وصي القاضي المالي المقيد بشروط معينة يجوز تقييد الإيصاء أيضا على غير الأمور المالية من باب أولى...²

ثانيا: القبول في الإيصاء

من الإشكالات التي تثار هو حالة عدم تطابق الإيجاب و القبول أو بالأحرى تأخر وقت القبول أو العدول عنه سواء في حياة الموصي أو بعد وفاته ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسائل هذا بيان ذلك باختصار:

¹ - حيث تنتهي مهمة الوصي المؤقت بعودة الولاية للولي بعد وقفها أو بعد عدول المحكمة عن قرار وقف الوصي، أو زوال الظروف المؤقتة التي كانت تحول بين الوصي وبين أدائه لواجباته، ووصي الخصومة وصايتها مؤقتة بدعوى معينة يباشرها أو بإجراء قانوني تتخذه، وتنتهي مهمته بالفصل نهائيا في الدعوى، فكلهم إذن يشتركون في صفة التوقيت.

◀ ينظر: • حمدي كمال، الولاية على المال، مطبعة أطلس، القاهرة، 1987، ص 91، 92.

² - ينظر المواد 94، 97، 98 من قانون الأسرة الجزائري.

أ- مذهب الحنفية¹ :

يجوز عند الأحناف أيضا أن يكون القبول في الإيصاء متراجيا ، لذلك فالقبول عندهم قد يكون أثناء حياة الموصي أو بعد وفاته . و لا يخلو حال الوصي عندهم من ثلاث : - إما أن يقبل في حياة الموصي - وإما أن يرد - وإما أن يسكت :

- فإذا قبل في حياة الموصي و استمر عليه وعلم الموصي بقبوله حتى مات الموصي لزمته الوصاية ، فلا يخرج منها ، إلا إذا نص على شرط يجوز ذلك لأن الموصي مات وهو معتمد عليه .

- ولو ردها في حياة الموصي بعد قبوله جاز ، فلا تلزمه الوصاية بعد موت الموصي فيمكنه أن يوصي إلى غيره ، وإن كان الرد بغير علم الموصي بعدما قبل بعلمه فلا يصح ، لأنه تغيير من الوصي .

- وأما في حالة ما إذا سكت الموصي إليه، ففي هذه الحالة يكون مخيرا بين أمرين : الأول ، أن يقبل الوصاية ، وبالتالي يتقيد بأحكامها، والثاني : أن يردها في حينها لا يلزم بشيء ، لأن التغيير يكون منتفيا .

ب- مذهب المالكية² :

جاء في شرح مختصر خليل للخرشي أن للوصي : عزل نفسه في حياة الموصي ، ولو قبل بعدهما ، وإن أبي القبول بعد الموت فلا قبول له بعد ، يعني أن الوصي له أن يعزل نفسه عن الوصية في حياة الموصي و لو قبل لا بعدهما - المراد بالعزل الرّد- ، وله رد ذلك إن لم يقبل وليس للوصي أن يعزل نفسه عن الوصية بعد موت الموصي والقبول ، بل حتى في حياة الموصي في رأي لأنها هبة لمنافعه و نظره للأطفال حتى البلوغ و الرشد ، و الواهب لا يرجع في هبته³ وسواء كان القبول قبل الموت أو بعده ، إلا أن يطرأ عجز ، وإن أبي الوصي من قبول الوصية بعد موت الموصي فليس له أن يقبل لأنه بعد إبايته صار كالأجنبي .

و بالتالي يمكن القول إن الإشكال لا يثور عند المالكية حول متى توجب أو صح القبول في الوصية فسواء كان قبل موت الموصي أو بعده ، هو جائز صحيح وأيضا لا إشكال في حالة

¹ - ينظر : المرغيناني، الهداية، 610/4 • ابن نجيم، البحر الرائق، 307،308/9 • السرخسي، المبسوط، 23/28، 24 • الزيلعي، تبين الحقائق، 206/6، 207.

² - ينظر : • الحرشي، م، 194/2/4 • والقراي، الذخيرة، 168/7. الدسوقي، حاشية الدسوقي، 535/4.

³ - وهو قول لأشهب ◀ ينظر: • القراي، الذخيرة، 168/7.

ما إذا رد لعذر أو عجز، ولكن يثور في حال ما إذا اتخذ الوصي موقفا في حياة الموصي، و أراد تغييره بعد موته فهو غير جائز عندهم، وكذلك هو الحال إذا اتخذ بعد موته فليس له تغييره إلا إذا كان ذلك لعجز منه.

ت- مذهب الشافعية:

جاء في "مغنى المحتاج": "و لا يصح قبول الإيضاء ولا رده في حياته، أي في حياة الموصي في الأصح، لأنه لم يدخل وقت التصرف كالوصية له بالمال، فلو قبل في حياته ثم رد بعد وفاته لغا أو رد في حياته ثم قبل بعد وفاته صح. والثاني يصح القبول والرد كالوكالة"¹. ومن خلال هذا يمكن القول أن للشافعية رأيين رأي بعدم صحة القبول إلا بعد الموت و رأي بصحة القبول في الحياة كالوكالة، ويصح عندهم القبول في حياة الموصي على التراخي لأنه عقد تصرف أشبه بالوكالة².

ج- مذهب الحنابلة:

ويصح عند الحنابلة قبول الوصي الوصاية في حياة الموصي، لأنه إذن في التصرف فصح قبوله كالوكالة، كما يصح عندهم أيضا القبول بعد موت الموصي، ولو تصرف بما يدل على قبوله الوصاية قام ذلك مقام اللفظ³.

و قد صاحب "المفصل" زيدان قول الحنفية، فيجوز للوصي أن يرد الوصاية في حياة الموصي ويعلمه، فإن ردها بعد موت الموصي وكان قد علم بالإيضاء فلا يصح رده الإيضاء إلا بحكم من القاضي، وبعد أن يجد القاضي الكفاء الأمين للوصاية⁴.

ح- قانون الأسرة:

لا توجد أي مادة في قانون الأسرة تنص صراحة على التراخي و حكمه في القانون و لا على الوقت الذي توجب صدور القبول فيه - قبل موت الموصي أو بعده- إلا انه و بالرجوع إلى الأحكام العامة المذكورة في القانون المدني الجزائري نجد أن الفورية ليست مشروطة في القبول بصفة عامة، إلا أن عدم القبول الفوري يحل الموجب من إيجابه، غير أن العقد يتم إذا لم يوجد

¹ - الخطيب الشربيني، 77/3.

² - الرملي، نهاية المحتاج، 106/107/6.

³ - البهوتي، كشف القناع، م/3/2181.

⁴ - عبد الكريم زيدان، 416/1.

ما يدل على رجوع الموجب عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول و صدر هذا الأخير بتراخ قبل انقضاء المجلس¹ . و على هذا يمكن القول أنه توجب على الموصى إليه أن يصرح بقبوله وقت مجلس العقد و لا يكون ذلك إلا في حياة الموصي و ليس بعده.

كما نصت المادة 9 من قانون الأسرة على أنه : " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضه." وبما أن الوصاية لا تتم إلا بالتراضي، تطبيقاً للقواعد العامة ، و ذلك بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى إليه، و هذا الأخير حر في قبول الوصاية، ويجب أن يكون عقد الوصاية مكتوباً في ورقة رسمية أو عرفية، و لا يمكن أن يكون إلا في حياة الموصي و يجب عرضه بعد وفاة الأب على القاضي الذي يبت فيه بالقبول أو بالرفض فإن قبلها تثبت الوصاية . و بالتالي لا يجوز قانوناً التراخي في قبول الوصية إلى ما بعد وفاة الموصي.

إلا انه يمكن ألا يعلم الموصى إليه بالوصية إلا بعد موت الموصي ، في هذه الحالة يجوز على الأرجح له قبولها في ذلك الحين و تثبيتها أمام القاضي.

الفقرة الثانية: خصائص الإيصال.

أولاً: مدى اختيارية الإيصال

إن الإيصال تصرف جائز شرعاً، ويكون مستحباً، وهو قرينة مندوبة لفعل الصحابة رضي الله عنهم² ولأنه معونة للمسلم فيدخل تحت قوله ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾³ وقوله ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾⁴ ، وقوله ﷺ: " أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين وأشار بإصبعه السبابة والوسطى"⁵.

¹ - ينظر الفقرة الأولى و الثانية من المادة 64 من القانون المدني الجزائري .

² - البهوتي، كشف القناع، م/3/2178.

³ - النحل: 90 .

⁴ - المائدة: 02 .

⁵ - سبق تخرجه.

و اتفق جمهور الفقهاء على أن عقد الإيصاء عقد غير لازم من حيث إنشائه¹ ، بحيث يمكن للوصي أن يرد الوصاية مادام الوصي حيا -هذا على اختلاف بين المذاهب في مدى إمكانية الرد ، و إمكانية القبول في حياة الموصي أو بعد موته كما سبق بيانه آنفا - . و فيما يأتي بيان أقوال الفقهاء في مدى اختيارية عقد الإيصاء من جهة الوصي :

▪ أقوال فقهاء المذاهب الأربعة :
أ- القول باختيارية الإيصاء مطلقا :

للوصي عند الحنابلة مطلق الحرية في عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز ، في حياة الموصي وبعد موته ، بحضوره وفي غيبته لأنه متصرف بإذن² .

ب - القول بتقييد اختيارية الإيصاء:

1- قيد وجود حاكم :

ذهب الشافعية إلى إمكانية رد الوصي الإيصاء بعد موت الموصي حتى و إن قبلها في حياته ، حيث جاء في مغني المحتاج : " فلو قبل في حياته ثم رد بعد وفاته لغا أو رد في حياته ثم قبل بعد وفاته صح " ³ و هذا كأصل ، لكن يلزمه إعلام الحاكم فوراً⁴ . و هذا ما ذهب إليه الإمام أحمد في رواية له حيث يجوز عنده عزل الوصي نفسه بشرط أن يوجد حاكماً ، لأن العزل تضييع للأمانة وإبطال لحق المسلم⁵ .

كما ذهب الحنفية إلى أنه إذا بلغ الوصي خبر الوصاية بعد موت الموصي وتصرف بما يدل على قبوله فلا يصح رده إلا عند الحاكم، لأنه كالوكيل لا يمكنه عزل نفسه، وأما إذا لم يقبل بعد وفاة الموصي فهو على الخيار إما أن يقبل أو لا يقبل⁶ .

¹ - ينظر : ◀ للحنفية : الكاساني، بدائع الصنائع، 378/7 ◀ للمالكية : الدردير، الشرح الكبير، 405/4

◀ للشافعية : ◀ الهيثمي، تحفة المحتاج، 94/7 ◀ للحنابلة : ابن قدامي، الشرح الكبير، 51/8 .

² - ينظر : ◀ ابن قدامي، المغني، 574/6 ◀ البهوتي، كشف القناع، م/3، 2181/6.

³ - الخطيب الشربيني، 77/3.

⁴ - الهيثمي، تحفة المحتاج، 94/7.

⁵ - ينظر : ◀ ابن قدامي، المغني، 574 /6 ◀ البهوتي، كشف القناع، م/3، 2181/6.

⁶ - ينظر : السمرقندي، تحفة الفقهاء، 218، 217 /3 .

2- قيد مجانية الإيصاء :

يمنتع الوصي عن عزل نفسه للزوم الإيصاء عند الشافعية في حالتين ¹ :

أولهما : إذا كان الإيصاء إجارة بعوض .

وثانيهما: إذا خاف ضياع المال و الأولاد ، لكنها في هذه الحالة أيضا لا تلزمه

بجانا.

3- قيد حياة الموصي و علمه بالعزل:

ذهب فقهاء الحنفية ² و المالكية ³ و رواية ثالثة عن الإمام أحمد ⁴ ، إلى القول أن الوصي عندهم متبرع ابتداء بالعمل ، فإذا قبل الوصاية وتخلى عنها في حياة الموصي وبعد علمه عند الحنفية فله ذلك متى شاء ، أما إن تخلى عنها بعد موته ، أو في حياته دون علمه لم يعزل ويلزمه الإيصاء ، فلا يجوز خروج الوصي من الإيصاء بعد موت الموصي ، و علل الحنفية ذلك بأنه إضرار والضرر مدفوع ⁵ . أما المالكية فقد ذهب فقهاؤها إلى قياس الإيصاء على الهبة التي لا رجوع فيها عندهم، وقالوا بأنه لو كان الوصي قد قبل الإيصاء بعد موت الموصي فله أن يتخلى عنها إذا لم يكن أهلا لها، ويمكنه أن يتخلى عنها أيضا بعذر ⁶ .

و في جعل عزل الوصي نفسه بعد موت الموصي غير جائز ، إن قبل في حياته ، صورة من صور إلزامية العقد .

▪ من ترجيحات المعاصرين :

يرى عبد الكريم زيدان أن الرأي الراجح هو قول الحنفية، فيجوز للموصى إليه أن يرد الوصاية في حياة الموصي وبعلمه ، فإن ردها بعد موت الموصي وكان قد علم بالإيصاء فلا يصح رده إلا بحكم من القاضي ، ولكن يشترط ذلك بعد أن يجد القاضي شخصا أميناً للوصاية ⁷ .

¹ - الخطيب الشربيني، حماية المحتاج، 108/6.

² - ينظر: ● السمرقندي، تحفة الفقهاء، 217، 218/3 ● السرخسي، المبسوط، 23/28 ● ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9

³ - ينظر: ● عليش، منح الجليل، 694/4 ● النفراوي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت، 1216/3 .

⁴ - ينظر: ● ابن قدامي، المغني، 574/6 .

⁵ - ينظر: ● السرخسي، المبسوط، 23/28 ● ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9 .

⁶ - النفراوي، الفواكه الدواني، 1216/3 .

⁷ - عبد الكريم زيدان، المفصل، 416/10 .

▪ موقف القانون الجزائري :

أما في قانون الجزائري فما دامت الوصاية عقد فلا بد من تراضٍ بين المتعاقدين -أي تطابق الإيجاب والقبول- كما في الوكالة، كما انه من الناحية التطبيقية، يعين الوصي بناء على عقد (اتفاق) مكتوب أمام الموثق بحضور شاهدين، وكل شخص تكون له الحرية في قبول أو رفض الوصاية. حيث أن المشرع الجزائري لم يجعل الوصاية أمراً وجوبياً على الوصي، لا في قبولها و حتى بعد قيامها، وهذا ما نصت عليه المادة 96 ق.أ في فقرتها الرابعة حيث جاء فيها: "تنتهي مهمة الوصي: ... بقبول عذره في التخلي عن مهمته"، و بالتالي حتى وإن قبل الوصي الإيضاء فهو يمكنه الرجوع فيه بتقديم عذر لكن يشترط قبوله من القاضي.

ثانياً: مدى تبرعية عقد الإيضاء

الأصل أن عمل الوصي - كما تم ذكره سابقاً - يدخل في إطار التكافل والتضامن الاجتماعيين ويدخل في أمور الخير والبر، و الهدف من تعيينه هو إعانة العاجز أو القاصر في تدبير شؤونهما، و قيامه بذلك يكون احتساباً لوجه الله تعالى، لان الوصاية و الإيضاء من أعمال الحسبة، لا يبتغي القائم بهما أجراً ولا ثوباً إلا من عند الله، لكن ماذا لو كان هذا الوصي فقيراً هل يأخذ من مال الموصى عليه؟

أ- موقف الفقه الإسلامي :

ورد في النص على الأكل من مال اليتيم بالمعروف في الكتاب والسنة:

جاء في الكتاب العزيز قوله ﷺ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ

فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾¹. جاء في التفسير الكبير فيما

يخص هذه الآية أن العلماء اختلفوا في أن الوصي هل له أن ينتفع بمال اليتيم إلى ثلاثة أقوال² :

- 1- أن له أن يأخذ بقدر ما يحتاج إليه من مال اليتيم وبقدر أجر عمله .
- 2- أن له أن يأخذ بقدر ما يحتاج إليه من مال اليتيم قرضاً وإذا اسر قضاة .
- 3- لا يأخذ على سبيل القرض ولا على سبيل الابتداء سواء كان غنياً أو فقيراً .

¹ - النساء: 06 .

² - الرازي أبو بكر، التفسير الكبير ومفتاح الغيب، دارالفكر، دط، دت، م 197، 198/9/5 .

ومن السنة النبوية قول النبي ﷺ: "لما جاءه رجل فقال: لا أجد شيئاً وليس لي مال ولي يتيم له مال قال له ﷺ: "كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأمل مالا" ¹.

وبناء على فحوى النصين الذي يأذن بالأكل من مال اليتيم بالنسبة للفقير، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز أكل الوصي من مال الموصى عليه و أخذ أجره على عمله على أن الوصي المستحق لأجر المثل هو الوصي الفقير ²، و حدد الحنفية ³ والشافعية ⁴ أجره و مقدار ما يأكله بأجر المثل كما ذهب الشافعية إلى أن للوصي الأجنبي أخذ أجره عمله، فإن كانت لا تكفيه أخذ قدر كفايته بشرط الضمان؛ و إن كان الوصي جداً أو أما فقيراً فنفقته على الطفل بالمعروف، دون إذن حاكم ⁵، و ذهب الحنفية إلى جواز استعماله دابته لقضاء حاجة الموصى عليه و في رأي بإذن من القاضي ⁶، و اعتبر المالكية عمل و خدمة الوصي أساس استحقاقه الأجر و معيار مقدار ما يأكله من مال الموصى عليه - اليتيم - ⁷، و أجازوا الحنابلة تحديد الوصي أو الحاكم للموصى إليه جعلاً معلوماً كالوكالة ⁸.

أما الظاهرية فهم يمنعون أخذ الوصي أجره من مال اليتيم أو الأكل منه كأصل، حيث جاء في كتاب المحلى ⁹: "ولا يحل للوصي أن يأكل من مال من في نظره مطارفة، لكن إن

¹ - رواه كل من: • أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء فيما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، 103/2. • النسائي أبو عبد الرحمن بن شعيب علي بن حجر، سنن النسائي، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، دت، كتاب الوصايا، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، 256/6. • ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب قوله "ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف"، 907/2، حديث رقم: 2717.

* قال الألباني أنه حديث ◀ حسن ينظر: • إرواء الغليل، 277/5.

² - ينظر: ◀ للحنفية: • ابن نجيم، البحر الرائق، 328/9 ◀ و للمالكية: • ابن جزى محمد، القوانين الفقهية، ص 327 ◀ و للحنابلة: • ابن قدامي، المغني، 574/6.

³ - ينظر: • ابن نجيم، المصدر نفسه • ابن عبد السلام أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق محمود الشنيطي، دار المعارف، بيروت، 158/2.

⁴ - ابن نجيم، المصدر نفسه.

⁵ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 78، 79/3.

⁶ - ابن نجيم، البحر الرائق، 328/9.

⁷ - الخطاب، مواهب الجليل، 399/6.

⁸ - ينظر: • ابن قدامي، المغني، 574/6 • البهوتي، كشف القناع، م 2182/6/3.

⁹ - ابن حزم، المحلى، 325/8.

احتاج استأجره له الحاكم بأجرة مثل عمله لقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾¹ ... فإن

ذكروا قول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾² قلنا: قد قال بعض السلف: إن

هذا الأكل المأمور به إنما هو في مال نفسه، لا في مال اليتيم وهو الأظهر؛ لأن الله ﷻ يقول:

﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا﴾³، فهي

حرام أشد التحريم إلا على سبيل الأجرة أو البيع للذين أباحهما الله تعالى..

وقد جاء في تفسير قوله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ

بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴ أن الله تعالى أمر الغني بالإمساك وأباح للوصي الفقير أن يأكل من مال وليه

بالمعروف⁵ وهذا هو الأصل، لكن الزمن غير أحوال الناس وأصبح أغلبهم لا يعمل

إلا بأجر سواء منهم الغني أو الفقير⁶، والحقيقة أن محمد راشد رضا⁷

7

قد أصاب بترجيحه في تفسيره⁸ ما جاء في تفسير الطبري، أن الأمة مجمعة على أن مال اليتيم

ليس مالا للولي فليس له أن يأكل منه شيئاً ولكن له أن يستقرض منه عند الحاجة كما يستقرض

¹ - الأنعام: 152 .

² - النساء: 06 .

³ - النساء: 10 .

⁴ - النساء: 06 .

⁵ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 41/5 .

⁶ - أحمد الحصري، الولاية-الوصاية-الطلاق في الفقه الإسلامي لأحوال الشخصية، دار الخيل، بيروت، ط1992، 2، 142

⁷ - هو محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني، البغدادي الأصل،

الحسيني النسب: صاحب مجلة (المنار) وأحد رجال الإصلاح الإسلامي. من الكتاب، العلماء بالحديث والأدب والتاريخ

والتفسير. ولد ونشأ في القلمون وتعلم فيها وفي طرابلس. وتنسك، ونظم الشعر في صباه، وكتب في بعض الصحف، ثم رحل

إلى مصر سنة 1315 هـ فلزم الشيخ محمد عبده وتلمذ له. وكان قد اتصل به قبل ذلك في بيروت. ثم أصدر مجلة (المنار)

لبث آرائه في الإصلاح الديني والاجتماعي. وأصبح مرجع الفتيا، في التأليف بين الشريعة والاضاع العصرية الجديدة. بعد أن

انتقل من بلد إلى آخر استقر بمصر إلى أن توفي فجأة في (سيارة) كان راجعا بها من السويس إلى القاهرة. ودفن بالقاهرة. أشهر

آثاره مجلة (المنار) أصدر منها 34 مجلدا، و (تفسير القرآن الكريم) اثنا عشر مجلدا منه، ولم يكمل. (1282 - 1354 هـ =

1865 - 1935 م)، الزركلي، الأعلام، 6/126.

⁸ - رضا محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، ط2، 390/4 .

له، وأن يؤاجر نفسه لليتيم بأجرة معلومة إذا كان اليتيم محتاجا إلى ذلك كما يستأجر له غيره من الأجراء غير مخصوص بها حال غنى ولا حال فقر¹. وما هذا ما يتوافق و قول عائشة -رضي الله عنها- في هذه الآية² :

" نزلت في والي اليتيم أن يصيب من ماله إذا كان محتاجا بقدر ما له بالمعروف."

أ- موقف المشرع الجزائري :

أما بالنسبة للقانون الجزائري فلم يتطرق المشرع إلى مسألة الأجر على الوصاية رغم أهميتها وهذا عكس التشريعات العربية الأخرى³. و نظرا لهذا الفراغ توجب الرجوع لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية. ومن خلال استقراء ما جاء في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الأخرى في هذه المسألة، نجد أن الوصي يستحق أجرا مقابل وصايته⁴، لأن الوصاية من أعمال التبرع وتتطلب جهدا وتفردا⁵، وتقرير هذه الأجرة رعاية رعاية لمصلحة القاصر، لكن هذا يعود لرئيس المحكمة أو قاضي الولاية أو القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وبالتالي فيمكن للوصي أن يقدم طلبا إلى رئيس المحكمة ليقرر له أجرا نظير وصايته. وما قد يرجح جواز الإيضاء بأجر هو قياس ذلك على جواز الوكالة بأجر.

¹ - الطبري، جامع البيان، م 175 /4/3.

² - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم و ما يأكل منه بالمعروف . 564/2، حديث رقم : 2765 .

³ - نصت المادة 264 من القانون رقم 70/07 - وهو بمثابة مدونة الأسرة المغربية- على انه: " يمكن للوصي أو للمقدم المطالبة بأجرته عن أعباء النيابة الشرعية تحددها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها"، وقد جاء في شرح مدونة الأسرة المغربية ما يلي: "يجوز للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن يحدد أجرة الوصي أو المقدم بالمعروف ويسري العمل بها ابتداء من تاريخ طلبها ولما يستقبل من الأعمال التي يقوم بها لصالح القاصر لأن سببها طلب الوصي أو المقدم لا عن القاضي".

* لقد نص قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952 في المادة (46) منه على مايلي: ((تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تعيين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة على عمل معين)) .

◀ ينظر : البناء كمال صالح، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، 1982، ص 41 .

⁴ - رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2002، ص 447.

⁵ - جاء في التعليق على هذه المادة أن الوصاية تكون بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة أن تعين له أجرا بناء على طلب الوصي فمنحه أجرا أو مكافأة على عمل معين وغني عن البيان أن المكافأة لا تمنح إلا للأوصياء غير الماجورين الذين جد لهم أثناء الوصاية أعمال غير متوقعة، أو أعمال تتطلب تفردا وجهدا يبديه الوصي وهذا حتى يمكنه تبرير هذه المكافأة ◀ انظر : البناء، أحكام الولاية على المال، ص 41 .

ثالثاً: مدى قبول الإيصاء التخصيص والتعميم.

يقصد بالتخصيص تقييد الموصى به بأمر معين بالذات ، أما تعميم الإيصاء هو جعل الوصي وصياً في كل شيء ، و فيما يأتي بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة باختصار:

أ- تعميم الإيصاء:

ذهب جمهور الفقهاء من حنفية¹ و مالكية² و شافعية³ و حنابلة⁴ إلى صحة تعميم الإيصاء أو بالأحرى محله، كأن يقول الموصي مثلاً: " أنت وصيي في أمور أطفالي أو في كل ودائعي "، فيصح إيصاؤه ، ويكون وصياً في كل الأمور إن قال: " أنت وصيي في كل أموري من بعدي".

و يرى المالكية بأن إطلاق لفظ الوصية " كأوصيت إليك" يتناول نوعي الولاية ، الولاية على المال والولاية على النفس فالأولى بالتنمية والحفظ والتصرف والثانية بتزويج الصغار بإذنهن والكبار بأمرهن وكل فيه لأنه لا عرف يحمل عليه⁵.

وذهب الشافعية إلى أنه يشترط بيان ما يوصي فيه عندهم. كما قيد أصحاب هذا المذهب الإيصاء بالعرف الذي لا يذكر فيه التصرف حيث يأتي بصيغة: "أوصيت إليك أو أقمته في أموري" و حصروا الإيصاء في التصرف في المال وحفظه اعتماداً على العرف⁶. فتعميم الإيصاء يصح عندهم لتقييده بمصلحة الغير عكس تعميم الوكالة الذي قد يلحق ضرراً بالموكل قد لا يستدركه⁷؛ وقد اعتبر الشافعية أنه لو قال الموصي: " أوصيت إليك فقط " لغا لأنه لا عرف يحمل عليه⁸.

¹ - ينظر: • ابن عابدين، رد المحتار، 409/10 • السرخسي، المسوط، 26/28.

² - ينظر: • العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب، 195/2 • الدسوقي، حاشية الدسوقي، 530/4.

³ - ينظر: • الهيثمي، تحفة المحتاج، 91/7 • قلوبوي و عميرة، حاشيتا قلوبوي و عميرة، المكتبة التوفيقية، مصر، د، دت، 272، 273/3.

⁴ - قياساً على جواز تخصيص الإيصاء عندهم حيث جاء في كتاب المغني: "وإذا وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره" ◀ ينظر: • ابن قدامي، المغني، 6591/6.

⁵ - المواق، التاج والإكليل، 388/6.

⁶ - ينظر: • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 77/3.

⁷ - الهيثمي، تحفة المحتاج، 17/6.

⁸ - ينظر: • الهيثمي، المصدر نفسه، 91/7 • قلوبوي و عميرة، حاشيتا قلوبوي و عميرة، 276، 275/3.

ب- تخصيص الإيصاء:

ذهب جمهور الفقهاء من مالكية¹ و شافعية² و حنابلة³ إلى جواز تخصيص الإيصاء بالإيصاء بأمر معين بذاته دون غيره، بأن يقول الموصي مثلاً: " فلان وصي في قضاء ديني أو تنفيذ وصيتي أو التصرف في مال أطفالي "، و إذا وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره، و لا يتعداه فإن تعداه لم ينفذ.

أما الحنفية⁴ فيرون انه إذا أوصى شخص إلى رجل بماله فهو وصي في ماله وولده وسائر وسائر أسبابه، بمعنى أنه وصي في كل شيء حتى و إن خصص الموصي الإيصاء بذكره لأمر معين، فعندهم لا يقصد الموصي بهذا التخصيص تنفيذ ولايته بما سمي، وإنما سمي نوعاً؛ لأن ذلك كان أهم عنده والإنسان في مثل هذا يذكر الأهم، كما عللوا رأيهم هذا بعدة أمور تمثلت فيما يأتي:

- الوصي قائم مقام الأب عند عدمه .

-الإيصاء يتم بقوله أوصيت إليك مطلقاً، ولما صح الإيصاء مطلقاً فهو إثبات للولاية بطريق الخلافة، و الدليل عليه أن ولايته بعد زوال ولاية الموصي بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة. - لما كان تفويض الوصي يبدأ سريانه بعد زوال ولاية الموصي وعجزه عن النظر كان جوازه لحاجته، والحاجة تتجدد في كل وقت فالموصي عند الإيصاء لا يعرف حقيقة الحاجة و نوعها و كمها إلى النائب بعده فلو لم يثبت للوصي حق التصرف في جميع الأنواع تضرر الموصى لهم.

ج- موقف المشرع الجزائري :

جاء في المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري، أن للوصي نفس سلطات الولي، و الحقيقة أن للولي سلطة عامة لكنها مقيدة بما يأتي⁵:

- تصرفه مقيد بتصرف الرجل الحريص.

- يستأذن القاضي في تصرفات معينة بالذات .

¹ - ينظر: ● الدردير، الشرح الكبير، 4/451 ● العدوي، حاشية العدوي على كفاية لطالب، 2/195 ● الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4/530.

² - ينظر: ● الهيثمي، تحفة المحتاج، 7/91 ● الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/77.

³ - ينظر: ● ابن قدامي، الشرح الكبير، 6/591 ● البهوتي، كشف القناع، م3/2183.

⁴ - ينظر: ● السرخسي، المبسوط، 28/26. ● ابن عابدين، رد المختار، 10/409.

⁵ - ينظر المواد: 88، 89، 90 من قانون الأسرة الجزائري.

- مصلحة القاصر.

و عليه يجوز الإيلاء العام لكن بقيد ، أما بالنسبة الى تخصيص الإيلاء فتتص الفقرة الثالثة من المادة 96 من قانون الأسرة على أنه : " تنتهي مهمة الوصي بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها " و عليه يجوز تخصيص الإيلاء و توجب إحترامه و عدم تخطيه ، و في نفس الوقت يستحسن فتح باب إختراق هذا التخصيص بإذن من القاضي في حالات معينة و ذلك لحفظ مصالح القاصر.

المطلب الثاني : الولاية النيابة للقاضي في عقد

الزواج

تنتقل ولاية التزويج، ممن لهم الولاية الخاصة في ذلك (كالأب، الجد والأخوة...) إلى من له الولاية العامة؛ وهو إمام المسلمين العام الذي له الأمر والولاية على الكافة، إذ هو الأمين على رعاية مصالحهم بمقتضى شريعة الله - وقد يكون السلطان- الذي يطلق عليه ألقاب : الإمام والأمير وولي الأمر- ويقوم مقامه نائبه أو القاضي أو من يفوض إليه أمور الأنكحة، كما يطلق لفظ الحاكم على كل من السلطان والقاضي. لهذا نجد الفقهاء رحمهم الله في أمهات الكتب¹ يقولون بانتقالها تارة إلى السلطان وتارة إلى الحاكم وتارة أخرى إلى القاضي؛ وفيما يأتي بيان مفهوم ولي الأمر و القضاء و القاضي في فرع أول و بيان مشروعية القضاء في فرع ثان.

الفرع الأول : بيان مفهوم ولي الأمر و القضاء .

سيتم في هذا الفرع توضيح معنى ولي الأمر ومفهوم القضاء و التمييز بينهما.

البند الأول : بيان مفهوم ولي الأمر .

وسيتم بيان معناه اللغوي في فقرة أولى و معناه الاصطلاحي في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى : معنى ولي الأمر لغتياً.

"ولي الأمر" ليست كلمة واحد بل هي عبارة مركبة من كلمتين : "ولي" و "أمر" لذا فبيان معناه اللغوي يوجب بيان معنى كل لفظ على حدى :

¹ - ينظر : ◀ للحنفية : ابن الهمام، فتح القدير، 287/3 • ابن نجيم، البحر الرائق، 219/3 • الزعيلي، تبين الحقائق، 126/2 ◀ للمالكية: الدردير، الشرح الكبير، 225/2 • الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 176/3. ◀ للشافعية : الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 153/3. • النووي، روضة الطالبين، 404/5، 405 ◀ للحنابلة : المرادوي، الإنصاف، 81/8. • ابن قدامي، المغني، 351/7.

أولا: كلمة ولي لغة.

لكلمة " ولي " في اللغة عدة معان نذكر منها أنها قد تفيد:

- أ- النصر: فيقال هم على ولاية بمعنى هم مجتمعون على نصرته¹.
- ب- القرب: فيقال جلس مما يليني يعني يقارني².
- ت- السيادة والسلطان والولاية: الولاية بكسر الواو من الإمارة والسلطان³.

ثانيا: لفظ الأمر في اللغة .

كما هو الحال بالنسبة لكلمة " ولي " تعددت المعاني اللغوية لكلمة " أمر " ، أهمها :

- أ- الحال و الشأن و قد يعني الطلب كذلك وجمعه أوامر⁴.
 - ب- المشاورة: فيقال تأمروا على الأمر أجمعوا آراءهم عليه كما قد تعني الإمارة: أمر فلان بالضم بمعنى صار أميرا⁵.
- و بتركيب المعنيين يمكن القول أن " ولي الأمر " قد يفيد: " سيد الشأن " أو " السيد المستشار في الشؤون و الأحوال " أو " سيد الأمراء و سلطانهم ".

الفقرة الثانية: " ولي الأمر " في الاصطلاح.

اختلف الفقهاء في تحديد من هو ولي الأمر عند تفسيرهم لآية: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾⁶ ، و انقسموا إلى قطبين يقول أصحاب القطب

¹ - ابن منظور، لسان العرب، 4920/6.

² - ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، 1979، 141/6.

³ - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 393/4، (فصل الواو، باب الواو و الباء).

⁴ - ينظر: ● إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، 55/1. ● الفومي أحمد بن

محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية ، بيروت، دط، دت، 29، 30/1.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، 127، 128/1.

⁶ - النساء : 59.

الأول: أن أولي الأمر هم العلماء و أهل الفقه¹ ، وذهب أصحاب **القطب الثاني** إلى حصرها في الأمراء الحكّام² . كما أن هناك من قال بان أولي الأمر هم أصحاب النبي ﷺ - وحصرهم قول آخر في أبي بكر و عمر - رضي الله عنهما³ .

ثم جاء **قطب ثالث** جمع بين الرأيين الأولين وذهب إلى القول بأن "أولوا الأمر" هم العلماء و الفقهاء و الأمراء جميعا و يختار من بين ما قيل في هذه المسألة ، قول صاحب تفسير التحرير و التنوير حيث جاء في تفسيره : " إن أولي الأمر يعني ذويه ، و هم أصحاب الأمر و المتولون له ، و الأمر هو الشأن أي ما يهتم به من الأحوال و الشؤون ، فأولوا الأمر من الأمة و من القوم هم الذين يسند إليهم تدبير شؤونهم ، و يعتمدون في ذلك عليهم ، فيصير الأمر كأنه من خصائصهم ، و لما أمر الله بطاعة أولي الأمر علمنا أن أولي الأمر في نظر الشريعة طائفة معينة ، و هم قدوة الأمة و أمناؤها، فعلمنا أن تلك الصفة تثبت لهم بطرق شرعية ، و طريق ثبوت هذه الصفة لهم إما الولاية المسندة من الخليفة و نحوه أو من جماعات المسلمين، إذا لم يكن لهم سلطان ، و أما صفات الكمال التي تجعلهم محل إقتداء الأمة بهم ، هي الإسلام و العلم ، و العدالة ، فأولوا الأمر هنا هم ما عدا الرسول من الخليفة إلى والي الحسبة ن و من قواد الجيوش ن و من فقهاء الصحابة و المجتهدين إلى أهل العلم ، و أولوا العلم هم الذين يطلق عليهم أيضا أهل الحل و العقد " ⁴ .

وقد تشمله بهذا المعنى كلمة " أولوا الأمر " القاضي و ذلك من باين : أولهما أن أوامر و أحكامه لازمة وثانيها أنه نائب السلطان أو الرئيس ، و يمكن القول أيضا أن القاضي يدخل تحت طائفة أهل الحل و العقد ، بل هو الآن المكلف بحل و عقد أمور الناس الكثيرة التي صار من المستحيل رفعها جميعا إلى السلطان أو الرئيس.

¹ - ينظر: ● الطبري، جامع البيان 94،95/5 ● ابن العربي، أحكام القرآن، م 452/1/1 ● ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدم له: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجليل، بيروت، 1973، 239،240/2.

² - ينظر: ● الجصاص، أحكام القرآن، 177،178،179/3 ● الطبري، المصدر نفسه، 89/5

³ - ينظر: ● القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 259،260/5.

⁴ - ابن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، 98/5

البند الثاني: بيان معنى القضاء والقاضي.

وسيتم بيان معناه اللغوي في فقرة أولى و معناه الاصطلاحي في فقرة ثانية

الفقرة الأولى: تعريف القضاء لغته.

للقضاء في اللغة ثلاثة معانٍ¹:

أولهما: يفيد الإحكام و الإتقان : حيث يقال : من قضى الأمر فقد أحكمه و أتقنه لقوله **﴿قَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنٍ﴾**²، بمعنى أحكم خلقهن .

ثانيهما: يفيد معنى الإنهاء : فقضاء الأمر يعني الفراغ منه ، فنقول : قضى حاجته و قضى عليه بمعنى قتله ، و من قضى نجه فقد مات ، لقوله **﴿لَا تَقْضُ الْوَعْدَ﴾**³ . و كقوله **﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَوَالٍ مَقْطُوعٌ مُصْبِحِينَ﴾**⁴ أي أبلغناه ذلك.

ثالثهما: يفيد الحكم و الإنفاذ و الإلزام : لقوله **﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾**⁵ أي اصنع و احكم . و يسمى من يُحْكَمُ الأحكام و ينفذها قاضيا، كما تسمى المنية قضاء لأنه أمر ينفذ في الإنسان، و يقال أستقضي فلان بمعنى صير قاضيا .
و الحقيقة أنه يمكن القول أن القاضي يلم بكل هذه المعاني، حيث أنه هو الذي يحكم و حكمه إلزامي و نافذ، وليس له ذلك إلا لأنه يتقن أمور ما يقضي فيه.

¹ - ينظر : • أبو الحسين زكريا، معجم مقاييس اللغة، 99،100/5 • ابن منظور، لسان العرب، 565/5،

3665. • الزيلعي، تبين الحقائق، 175/4 • ابن عابدين، الدر المختار، 20/8.

² - فصلت : 12

³ - الأحزاب : 23

⁴ - الحجر : 66

⁵ - طه : 72.

الفقرة الثانية: تعريف القضاء والقاضي في اصطلاح الفقهاء .

تطرق الفقهاء في كتبهم إلى تعريف القضاء دون القاضي، لكن بمجرد تحديد مفهوم القضاء يسهل وصول معنى القاضي إلى الأذهان، و عليه سيتم سرد تعاريف المذاهب للقضاء في نقطة أولى ثم اختيار أو الخلوص إلى تعريف للقضاء ومن ثمة استنتاج تعريف القاضي على أساسها في نقطة ثانية.

أولاً: تعاريف الفقهاء للقضاء

- أ- مذهب الحنفية: عرفوا القضاء على انه: " قول ملزم يصدر عن ولاية عامة " ¹ و على أنه: " فصل الخصومات و قطع المنازعات " ²
- ب- مذهب المالكية: قالوا عن القضاء أنه: " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام " ³
- ت- مذهب الشافعية: عرف أصحاب هذا المذهب القضاء على أنه: " إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه، بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه " ⁴
- ث- مذهب الحنابلة: أما الحنابلة فقد قالوا بأن: " القضاء شرعا هو الإلزام " ⁵ و كذلك كذلك: " فصل الخصومات " ⁶

ثانياً: التعريف المختار للقضاء و بيان مفهوم القاضي .

على إثر ما تم سرده من تعاريف للفقهاء للقضاء يمكن القول أن خصائص القضاء و قيود تعريفه تدور حول ما يأتي:

¹ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 306/3

² - ينظر: • ابن عابدين، رد الحنار، 20/8 • الزيلعي، تبين الحقائق، 175/4.

³ - العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، 293/2.

⁴ - الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 372/4.

⁵ - ينظر: • المرادوي، الإنصاف، 154/11 • البهوتي، كشف القناع، م3185/9/5.

⁶ - البهوتي، المصدر نفسه .

- أ- قول يظهر حكما شرعيا في واقعة ما .
ب- يصدر عن سلطة أو ولاية عامة .
ت- مبني على أحكام الشرع .
ث- ذو طبيعة إلزامية تنفيذية عكس ما يصدر عن المفتي .
ج- يهدف إلى فصل الخصومات و إعطاء لكل ذي حق حقه .
وعليه يمكن تعريف القضاء على انه:

"قول إلزامي يصدر عن سلطة أو ولاية عامة، يظهر حكما شرعيا في واقعة ما "

وبما أن السلطة أو الولاية العامة المصدرة للقضاء هو القاضي فيمكن استنتاج تعريف له من تعريف القضاء فيكون كالآتي :

"القاضي هو السلطة أو الولاية العامة التي تصدر أقوالا إلزامية تظهر بها أحكاما شرعية في وقائع ما "

والحقيقة أن ما يجمع الآن بين ولي الأمر من : سلطان و أمير و حاكم و إمام ، هو سلطة القضاء التي أصبحت مستقلة عن الولاية العامة منذ عهد الخليفة الثاني سيدنا عمر بن الخطاب¹ -رضي الله عنه- وهي الآن أكثر استقلالاً على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ومن بين الأمور التي فوضت إلى القاضي قديما وحاضرا، أمور الأُنكحة² وطبعا ولاية رفع المظالم؛ لذلك حدد عنوان المطلب بـ **سلطة القاضي في إبرام عقد الزواج**، وكذلك هو الحال فيما سيأتي في دراستنا لهذا المطلب، فكلما تعلق الأمر بانتقال ولاية التزويج إلى السلطان أو الحاكم أو الإمام، فسأذكرها بمصطلح القاضي حتى في آراء الفقهاء وذلك تماشيا مع الواقع المعاش والنظام الحالي.

¹ - محمد المرز، الأبحاث السامية في الحاكم الإسلامية، مطبعة كزيماديس، تطوان، 1951، ص 115، 116.

² - سليمان محمد الطحاوي، السلطات الثلاث، دار الفكر العربي، ط6، 1996، ص 428 .

الفقرة الثالثة: تعريف القضاء في القانون .

عُرف القاضي في معجم المصطلحات القانونية على انه: " أساس السلطة القضائية التي تضمن إصدار الأحكام لقمع المخالفات و فصل المنازعات التي تقوم بشأن تطبيق القواعد القانونية " ¹ و عليه فالقضاء هو السلطة المصدرة للأحكام الإلزامية الفاصلة في المنازعات و القائمة للمخالفات و المجسدة للعدالة وهذه السلطة متمثلة في القاضي الذي يعتبر نواة له، وهو يخضع على سبيل الترتيب ؛ عند إصداره لهذه الأحكام ؛ للقانون بلفظ نصوصه و فحواها ، ثم الشريعة الإسلامية ، ثم العرف ثم القانون الطبيعي و قواعد العدالة ².

البند الثاني: مدى مشروعية ولاية القاضي في الزواج:

كما تم بيانه آنفا سلطة القاضي و ولايته امتداد للولاية العامة لولي الأمر ، و إن قلنا عامة فهي تعم كافة مجالات الحياة و ميادينها ، و منها أمور الأنكحة ، لذا سيتم في فقرة أولى من هذا البند بيان مصدر مشروعية القضاء و ولايته بصفة عامة كأصل ، ثم بيان أدلة مشروعية ولايته على الأنكحة في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: مشروعية القضاء و ولاية القاضي كأصل.

يستمد القضاء و ولايته مشروعيتها من الكتاب العزيز و السنة النبوية ن و كذا من الإجماع و العقل ، وفيما يأتي ذكر لهذه الأدلة باختصار :

أولا : الأدلة من الكتاب العزيز .

نزلت عدت آيات من القرآن الكريم محدثة بالقضاء و الأمر بالعدل و الإقسط فيه نذكر

منها :

¹ - ينظر :● أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، ص119 ● إبراهيم نجار، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 1998، ص169.

² - ينظر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري .

أ- قوله ﷺ: ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾¹.

ب- قوله ﷺ: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾².

ت- قوله ﷺ: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾³.

ثانيا : الأدلة من السنة النبوية .

تولى عليه رسول الله ﷺ القضاء و حكم بين الناس فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه رضي الله عنهما قضى باليمين على المدعى عليه⁴ ، كما ولى رضي الله عنهما - الصحابة رضي الله عنهم القضاء ، فقد عين عليا - رضي الله عنه - مثلا قاضيا على اليمن⁵ .

و قد قال رضي الله عنهما - في القضاء و متوليه : " إن المقسطين عند الله على منابر من نور على

يمين الرحمن عز وجل ، وكلتا يديه يمين ، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا " ⁶ .

¹ - ص: 26

² - النساء : 65

³ - المائدة : 42

⁴ - أخرجه : البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب يخلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين و لا يصرف من موضع إلى غيره، 538/2، حديث رقم : 2673 .

• مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، 1336/3، حديث رقم: 7111.

⁵ - أخرجه : أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، 270/2.

* صححه الألباني ◀ ينظر : إرواء الغليل، 226/8.

⁶ - أخرجه : مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الأمير العادل، 1458/3، حديث رقم : 1827.

ثالثاً: الأدلة من الآثار والإجماع والعقل.

إن وجود المجتمعات و الأمم من شأنه خلق علاقات بين الأفراد ، قد تنشأ عنها خلافات و نزاعات فتوجب وجود من ينصف المظلوم و يرد الحقوق و يفصل النزاعات ، ولا يكون ذلك إلا لمن له الولاية العامة ، و المتمثل الآن فيمن له ولاية القضاء ، و التي بها يدرأ الظلم و الفساد¹ ، و لهذا نجد من آثار الصحابة أن تولى الخلفاء الراشدون الأربعة ، و من بعدهم أئمة المسلمين من التابعين و تابعيهم القضاء و نصّب الخلفاء كل في عهده المؤتمنون من أهل العلم قضاة² ، ولهذا أيضاً أجمع فقهاء الأمة على مشروعية القضاء و ولايته³.

الفقرة الثانية: أدلة ثبوت ولاية القاضي في النكاح .

زيادة عما تم ذكره من أدلة عن مشروعية القضاء وولاية القاضي بصفة عامة ، توجد من الأحاديث النبوية الشريفة ما يثبت مشروعية ولاية القاضي في النكاح بصفة خاصة، هذا ذكر للبعض منها باختصار:

أ- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال ﷺ: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها

باطل، باطل، باطل، فإذا دخل بها فالمر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان

ولي من لا ولي له»⁴ .

¹ - ينظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و القانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، 1999

، 58/1 • و محمد حمد الغرابية، نظام القضاء في الإسلام، دار الحامد، عمان، 2004، ص 49 • قاسم القنونوي، أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمن الكبيسي، دار الوفاء للطباعة و النشر، السعودية، ط 2، 1987، ص 228 .

² - ينظر: ابن أبي الدم الحموي، أدب القضاء، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1982، 25/2، 24.

³ - ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، علق عليه جمال مرعشي، دار عالم الكتاب، الرياض، 2004 12/1 • الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، دط، دت، 304/2.

⁴ - أخرجه: • الترميذي، صحيح الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، 13/5 • أبو داود، سنن أبو داود، كتاب النكاح، باب الولي، 1/480، 481/1 • ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 1/605، حديث رقم 1878. * صححه الألباني: ◀ ينظر: إرواء الغليل، 235/6.

ب- عن سهل بن سعد قال أنه ﷺ - قال لمن طلب التزويج فمن امرأة وهبت نفسها إليه ﷺ « زوجناكما بما معك من القرآن »¹ و ممن استدل به الإمام البخاري حيث كانت إحدى تراجمه عليه: "باب السلطان ولي".

ت- حديث أم حبيبة رضي الله عنها: أن النجاشي زوجها النبي ﷺ - وهي عنده بأرض الحبشة. والنجاشي هو أمير البلد وسلطانها.

ث- قول سيدنا عمر رضي الله عنه: « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذو الرأي من أهلها، والسلطان »².

وقد جاء في المدونة عند الاستشهاد بهذا الحديث الأخير أن القاضي سلطان³ ويملك السلطان بطبيعة الحال سلطة القضاء التي يدخل تحت طائلته كما ذكر سابقا ولاية دفع المظالم وكذا أمور التزويج.

■ هذا وتجدر الإشارة إلى إن القضاء و توليه فرض كفاية على الصالحين له القدرين عليه فإن امتنعوا كلهم أثموا . ويكون مكروها إذا وجد من يصلح للقضاء أفضل منه ويكون حراما على من علم أنه عاجز عن القضاء والإنصاف والعدل ، وهذا يجب عليه الامتناع⁴.

¹ - أخرجه: البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، 457/2، حديث رقم: 2310. مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك، بلفظ ملكتها، 1040/2، حديث رقم: 1425.

² - مالك بن أنس، الموطأ، منشورات دار الأفق الجديدة، ط2، 1985، كتاب النكاح، باب استئذان البكر و الأُم في أنفسهما، ص 434، حديث رقم 5. * قال الألباني أن رجاله ثقات لكنه منقطع ◀ ينظر: إرواء الغليل، 250/6.

³ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 22/4.

⁴ - ينظر: ◀ للحنفية • ابن عابدين، حاشية الدر المختار، 42، 43/8 • السمرقندي، تحفة الفقهاء، 169/3 ◀ للمالكية • العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، 294/2 ◀ للشافعية • الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 372/4 ◀ للحنابلة • المرادوي، الإنصاف، 11 / 154.

الفرع الثاني : شروط تولي القضاء.

للقاضي مكانة ذات وزن ثقيل في كافة شؤون الناس، و ذلك لرجوع معظم – إن لم نقل كل – خصوماتهم و نزاعاتهم إليه من جهة، و لإناطة حماية القصر و العاجزين و إعطاء كل ذي حق حقه به من جهة أخرى، لذا توجب لتولي منصب القضاء توفر شروط معينة سواء في الفقه أو في القانون هذا ببيانها باختصار:

البند الأول : شروط القاضي في الفقه الإسلامي.

هناك شروط متفق عليها و أخرى غير متفق عليها

الفقرة الأولى : الشروط المتفق عليها

أ- شروط العقل و البلوغ و الحرية:

اتفق الفقهاء على انه يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون: عقلا بالغا حرا ، وأن يكون سميعا بصيرا ناطقا ، لأن الأصم لا يسمع الخصوم والأعمى لا يفرق بين المدعي والمدعى عليه، والأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ، أما سلامة باقي أعضاء الجسم فليست واجبة إنما مستحبة ، فيحوز تولي المقعد الذي لا يمشي ، أو من قطعت أطرافه أو كان أعرجا¹.

ب- شرط التفقه و الاجتهاد

قال الفقهاء بوجود أن يكون فقيها مجتهدا² ، فيعرف من الكتاب والسنة عامة الأحكام وخصائصها ، والناسخ والمنسوخ منها ، ويعرف من السنة المتواتر ، والمتصل والمرسل وأخبار الآحاد ، وحال الرواة من حيث القوة أو الضعف ، ويكون متمكنا من اللغة العربية ويعرف أقوال

¹ - ينظر :●البهوتي، كشاف القناع،م5/3194/9 ● الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 3/306.

² - ينظر : ◀ للحنفية :●ابن عابدين، رد المحتار، 8/38 ◀ للمالكية :●العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب، 2/294 ● أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر بيروت، دط، دت، 2/305 ◀ للشافعية:●الشربيني، مغني المحتاج، 4/376 ● الشيرازي، المهذب 2/290 ◀ للحنابلة:●ابن قدامي، المغني، 11/380 ●المرداوي، الإنصاف، 11/200 .

الصحابة ومن بعدهم إجماعا واختلافا وقياسا¹. ولا يكون ذلك إلا إذا تمتع القاضي بالفطنة التي يعلم بها ما يرد به الصحيح فاسدا وما يرد به الفاسد صحيحا ، وبعده عن السهو و الغلط² ، فلا يخدع بأقوال الخصوم ، وبأن يكون له من الفراسة ما يفهم به مراد المتخاصمين³ . ولما كان اجتماع كل هذه الشروط أمر نادر -خاصة في زماننا- ، أجاز الفقهاء تولية المقلد القضاء ، لمنع تعطل الأحكام و حدوث الفتن والنزاعات بين الناس⁴ .

الفقرة الثانية: الشروط المختلف فيها .

أ- شرط الإسلام و العدالة .

اشتراط جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة الإسلام و العدالة وخالفهم في ذلك الحنفية⁵ الذين أجازوا تولية الكافر ليحكم بين أهل الذمة ، واحتجوا بقوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يُوَلِّهِمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾⁶ ، وكذلك تولى الفاسق القضاء ، لأنه لو اعتبر شرط العدالة لانسد باب القضاء كما قالوا . أما الذي طبق عليه الحد في القذف فلا يجوز توليته القضاء لأنه لا تقبل شهادته⁷ ، واستدل جمهور الفقهاء في اشتراط العدالة في القاضي بأن وظيفته تتضمن النظر على اليتامى والأوقاف ، والفاسق لا يؤتمن على ذلك ، كما أن الفاسق مردود الشهادة فأولى أن يتولى القضاء بين الناس⁸ .

¹ - ينظر: ◀ للحنفية: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 3/311 ◀ للمالكية: ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1413هـ/1992، ص497 ◀ للشافعية: الشريبي، مغني المحتاج، 4/376 .

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/21 .

³ - محمود الشريبي، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، 1999، ص31 .

⁴ - ينظر: ◀ السمرقندي، تحفة الفقهاء، 3/370 ◀ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/22 .

⁵ - ابن عابدين، رد المحتار، 8/44، 24 .

⁶ - المائة : 51 .

⁷ - ينظر: ◀ ابن عابدين، المصدر نفسه، 8/25 ◀ الزيلعي، تبين الحقائق، 4/176، 175 .

⁸ - انظر نفس المراجع الفقهية السابقة، وأنظر: ◀ محمود عايش متولي، ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003، ص11 .

ب- شرط الذكوة.

اشترط الجمهور الذكوة لتولي القضاء¹ ، لقوله ﷺ حين علم أن ابنة كسرى هي التي خلفته في الحكم : « لَنْ يَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمْرَهُمْ امْرَأَةٌ »² ، وقال صاحب سبل السلام شرح بلوغ المرام أن في هذا الحديث دليلا على عدم جواز تولية المرأة شيئا من الأحكام العامة بين المسلمين³ ، كما أنه أنه من الواجب على القاضي مجالسة العلماء والفقهاء والشهود والخصوم ، وذلك يمنع على المرأة خشية الفتنة ، ولأن النبي ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده لم يولوا جميعهم المرأة على القضاء و خالف الحنفية الجمهور⁴ حيث أجازوا تولي المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص لجواز شهادتها شهادتها فيما دون ذلك .

وبالإضافة إلى كل الشروط السابق ذكرها ، فإنه لا يكون قضاء القاضي واجب التنفيذ وملزما للخصوم ، إلا إذا تم تنصيبه وتوليه من طرف الإمام أو الحاكم العام للدولة ذلك أنه صاحب الحق الأصلي في القضاء لكنه ينيب غيره ليتولاه مكانه⁵ .

البند الثاني: شروط القاضي في القانون .

هناك شروط توجب توفرها من الناحية القانونية لتولي القضاء هذا بيانا باختصار :

الفقرة الأولى: شروط الجنسية والإسلام والسن .

أ- الجنسية:

يشترط أن يكون القاضي حاملا الجنسية الجزائرية أصلية أو مكتسبة وفقا للمادة 37 من القانون الأساسي للقضاء غير أنه يجوز قبول المترشحين الأجانب بناء على قرار من وزير العدل

¹ - ينظر : البهوتي، كشف القناع، م3194/9/5.

² - أخرجه : البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه و سلم الى كسرى و قيصر، 893/3، حديث رقم : 2310.

³ -الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبيل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط4، 1960، 123/4.

⁴ - المرغيناني، الهداية، 118/3.

⁵ - ينظر : ابن فرحون، تبصرة الحكام، 22/1، 23 • نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، ط2، 1982، ص 117 .

بعد استشارة وزير الخارجية¹.

ب- الإسلام:

لم ينص المشرع الجزائري على شرط الإسلام في القاضي، وربما يعود ذلك إلى أغلبية سكان الجزائر تدين بالإسلام، غير أنه كان من الواجب النص عليه، خاصة وأنه سمح لمكتسبي الجنسية الجزائرية وللأجانب - الذين قد يدينون بغير الإسلام - بتولي القضاء كما مر سابقا².

ت- السن:

يشترط في المترشح لمسابقة القضاء، أن لا تتجاوز سنه خمسا وثلاثين (35) سنة يوم إجراء المسابقة³.

الفقرة الثانية: شروط القدرة والكفاءة البدنية والعقلية وحسن السيرة.

أ- و يشترط في القاضي قانونا أن يكون عاقلا، سليم الحواس بمعنى أن يكون متكلماً سميعاً بصيراً ليتمكن من أداء وظيفته على أكمل وجه⁴.

ب- حسن السيرة والسلوك: من أهم الشروط الواجب توفرها في المترشح لدخول المدرسة العليا للقضاء أن يكون حسن الخلق، وغير مسبوق في جريمة من الجرائم التي تحرمه من حقوقه المدنية والوطنية⁵، كما يجب على القاضي بعد تنصيبه في مهامه أن

¹ - المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 مؤرخ في 15 رجب عام 1426 الموافق 20 أوت سنة 2005 يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2005.

² - قضت في هذا الشأن محكمة الإسكندرية الابتدائية في الدعوى رقم 42 لسنة 1967 بأنه: "إذا صدر الحكم من قاض غير مسلم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أحد المتخاصمين مسلماً فإن هذا الحكم يكون باطلاً يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً لأن القواعد القانونية المعمول بها في مصر تركت أمر الفصل في النزاع في الأحوال الشخصية للمسلمين إلى من يعتقد دينهم من القضاة وينتسب إليه، ولأن الإجماع منعقد بين فقهاء المسلمين لأن القضاء من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم شرعاً ◀ ينظر: ● محمود الشربيني، القضاء في الإسلام، ص 19.

³ - المادة 1/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء

⁴ - المادة 4/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء، ◀ وانظر: ● نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 55 وما بعدها.

⁵ - المادة 5/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء.

يلتزم بسلوك يحفظ شرف المهنة ، ويتجنب الشبهات وكل ما يضر بجياده واستقلالته¹ . ويشترط حسن السيرة والسلوك في القاضي للاستمرار في وظيفته نهائيا² .

الفقرة الثالثة: شطا المؤهل العلمي و التنصيب .

أ- المؤهل العلمي:

يشترط في القاضي أن يكون حاملا لشهادة المدرسة العليا للقضاء والتي يتحصل عليها بعد ثلاث سنوات من التكوين القاعدي³ ، ويشترط للالتحاق بهذه المدرسة إجراء مسابقة وطنية تشمل اختبارات كتابية للقبول الأولى واختبارات للقبول النهائي⁴ . ويشترط للترشح لمسابقة القضاء أن يكون المترشح قد تابع ثمانية سداسيات من التعليم العالي المتوج بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقل أو شهادة تعادلها⁵ ، كما يمكن وبصفة استثنائية تعيين مستشاري المحكمة العليا ومجلس الدولة في حالات مذكورة على سبيل الحصر.

ب- التنصيب:

ينصب القضاة بموجب مرسوم رئاسي بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء ، وبناء على اقتراح من وزير العدل ، كما يلزمون قبل تعيينهم وتولي وظائفهم بأداء اليمين⁶ .

¹ - المادة 7 و 23 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء .

² - المادة 63 و 65 من القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء .

³ - المواد 32-33 و 35 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء .

⁴ - وهذا منعت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303

⁵ - المادة 38 من القانون الأساسي للقضاء والمادة 2/28 من المرسوم التنفيذي رقم 05-303، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء .

⁶ - المادة 3 و 4 من القانون الأساسي للقضاء .

الفصل الأول:

مالكو الإنابة في عقد الزواج و شروطهم.

المقصود بمالكي الإنابة في إبرام عقد الزواج هو الطرف الذي تصدر منه عبارة التوكيل في عقد الوكالة وعبارة الإيضاء في عقد الإيضاء¹.

وحسب ما تم الإطلاع عليه من أقوال الفقهاء في هذا الشأن يمكن تلخيص القاعدة الفقهية العامة فيمن يملك التوكيل فيما يأتي: « كل من يصح تصرفه في أمر صح توكيله لغيره فيه »².

فمن لا يملك أمراً كيف له أن يوكله لغيره؟³ وكذلك هي القاعدة القانونية في هذا الشأن⁴؛ و يمكن قياس أمر من يملك الإيضاء على هذه

¹ - عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 135.

² - على اختلاف في الألفاظ بين الفقهاء ◀ ينظر: للحنفية: • ابن الهمام، شرح فتح القدير، 512/7 • الموصلي بن المودود عبد الله بن محمود بن محمود أبي الفضل مجد الدين، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دت، م 53/3/1 ◀ ينظر للمالكية: • ابن جزئي، قوانين الأحكام الشرعية، ص 333. ◀ ينظر للشافعية: • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 217/2 • النووي، روضة الطالبين، 530/3. ◀ ينظر للحنابلة: • ابن قدامي، المغني، 202/5. ◀ وينظر: • أحمد أحمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، ص 39.

³ - وأساس مباشرة الشخص بنفسه العقد هو ملكه الولاية القاصرة، وتوكيله غيره هو أن تصبح للغير على ذلك العقد ولاية متعدية، وهذه الأخيرة فرع عن الولاية القاصرة. فما دام الأصل غير موجود ينعدم الفرع.

⁴ - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط 1، ص 84، ص 87.

القاعدة ؛ فالأصل أنه: كل من يصح تصرفه في أمر صحت إنابته لغيره فيه والحقيقة أنه لا يصح تصرف شخص ما إلا بملكه لأمرين¹:

أولهما: ملك أهلية التصرف التي من شأنها أن تجعله تصرفا معتدًا به شرعا .

ثانيهما: ملك الولاية على التصرف الموكل فيه .

والأصل في العقود أن يكون أصحاب الشأن هم أطرافها ، وبالنظر إلى عقد الزواج نجد أن أطرافه هما : الزوج والزوجة ، عند كمال الأهلية ، وأما إذا كان أحدهما أو كلاهما ناقصا فللولي مباشرة العقد . هذا إضافة إلى مباشرته عقد المرأة ولو كانت بالغة عاقلة عند القائلين ، بعدم جواز مباشرتها له بنفسها . على ما سبق ذكره وتطبيقا للقاعدة العامة للإنابة، توجب لدراسة هذا الفصل تقسيمه إلى مبحثين:

مبحث أول: يتم فيه بيان مدى ملك المرأة الإنابة في عقد زواجها و

شروطه

مبحث ثان: يتم فيه بيان مدى ملك الزوج و الولي الإنابة في الزواج و

شروطه.

¹ - رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، ص135.

المبحث الأول:

ملك المرأة الإنابة في عقد زواجها و شروطه .

اختلف الفقهاء في مسألة ملك المرأة كاملة الأهلية بمعنى البالغة العاقلة الراشدة¹ التوكيل في عقد زواجها، والحقيقة أنه امتداد لأصل اختلافهم في مسألة جواز عبارتها في النكاح ومباشرتها له، سواء كان ذلك لها أو لغيرها²؛ و ستم دراسة هذا المبحث إذن في مطلبين :

مطلب أول: يتم فيه بيان مدى ملك الزوجة التوكيل فقها .

مطلب ثان: يتم الترجيح فيه بين أقوال الفقهاء و بيان موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة .

¹ - لا يتم ذكر شرط الحرية لانعدام الرق في هذا العصر .

² - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، 1/214، 213 • ابن جزوي، قوانين الأحكام الشرعية، ص203. • الشافعي، الأم، 11/5. • ابن قدامي، المغني، 7/337، 338.

المطلب الأول : مدى ملك الزوجة التوكيل.

انقسم الفقهاء في مسألة ملك الزوجة توكيل الغير في زواجها إلى عدة فرق ، يمكن تحديدهم في قطبين : قطب المجيزين وقطب المانعين. وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يبين في كل منهما أقوال كل قطب على حدى، مع تطبيق القاعدة العامة لمن يملك التوكيل على تفاصيل أقوالهم.

الفرع الأول: مذهب المجيزين.

و المقصود بالمجيزين من يصح عندهم للمرأة كاملة الأهلية إبرام عقد زواجها بنفسها، ويمكن تقسيم أصحاب هذا المذهب إلى فريقين فريق يجيز لها ذلك دون قيد، وآخر يقيد ذلك بشرط.

البند الأول : فريق المجيزين بإطلاق.

وهو مذهب الحنفية¹، حيث أن عبارة المرأة كاملة الأهلية معتبرة عندهم و تجوز مباشرتها عقد الزواج، لها ولغيرها، وعليه وتطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل يصح عندهم توكيلها غيرها ليبرم لها عقد زواجها²؛ واستدلوا في هذا على ما جاء في الكتاب والسنة والإجماع، وفيما يأتي ذكر لأهمها :

¹ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، 255/3 • السرخسي، المبسوط، 10/5 • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية ، 1/ 287. رغم اتفاق جمهور الحنفية حول هذه المسألة، إلا أن هناك عدة روايات فيما يخص اشتراط كفاءة الزوج، انجر عنها اختلاف في حكم عقد الزواج في حد ذاته، وفي هذا سبغ (7) روايات، أحسن وأجاد الفقيه ابن الهمام تحريرها وترتيبها في كتابه: شرح فتح القدير، ولمن أراد التفصيل في هذا يرجع إليه ◀ ينظر: 255/3، 256.

² - المرغيناني، الهداية، 220/1 • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 1/ 295.

الفقرة الأولى: أدلتهم من القرآن الكريم.

-الدليل الأول: قوله ﷺ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمُ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾¹. وتدلل هذه الآية عند أصحاب هذا الرأي على جواز عقد المرأة نكاحها بنفسها بغير ولي أو إذن منه، وذلك من وجهين²:

أحدهما: أن العقد في هذه الآية مضاف إلى المرأة من غير شرط الولي أو اشتراط إذنه.

وثانيهما: نهي عز وجل عن العضل³ إذا تراضى الزوجان.

وأجيب عن هذا بأن المراد بنكاحهن، ما يعقده لهن أولياؤهن لا ما يعقدهن بأنفسهن وأن النكاح أضيف إليهن لأنهن محله⁴، وأما عن نهي الأولياء عن العضل فهو إثبات لحقهم في الولاية⁵.

-الدليل الثاني: قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾⁶.

¹-البقرة: 232.

²-الخصاص، أحكام القرآن، 100/2 • الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2 • ابن الهمام، شرح فتح القدير، 3/ 258.

³-سيتم بيان مفهوم العضل وأحكامه في الفصل الثاني من هذا البحث بإذن الله.

⁴-الرازي، التفسير الكبير، م/3/ 120، 121.

⁵-الصنعاني محمد بن إسماعيل الكحلاني، سبيل السلام شرح بلوغ المرام مع جمع أدلة الأحكام، راجعه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، دار العلوم، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1960، 120/3.

⁶-البقرة: 234.

و لهم أن في قوله عز وجل: «فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف» من الدلائل القوية لجواز فعلها في نفسها، بمعنى عقد قرائنها من غير اشتراط الولي أو إذنه¹.
وَدَّ على هذا الاستدلال بأن المقصود ب: -فعلن بأنفسهن- يحصل بالتطيب والتحلي والتكحل للخطاب بعد انتهاء العدة، وكذلك يصح اختيار الكفء الذي ترضاه زوجها لها و على وليها إيجابتها في ذلك وعقد قرائنها به².

-الدليل الثالث: قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾³.
وقد أضيف عقد الزواج إلى المرأة في قوله تعالى: «حتى تنكح زوجا غيره» وفي هذا دليل على صحة عقدها لنفسها من غير اشتراط للولي، لا قبل بالإذن ولا بعد بالإجازة، لأن التراجع نسب إليهما من غير ذكر الولي⁴.

وأجيب عن الاستدلال بهذه الآية بأن المراد بنكاحها ما يعقده لها وليها لا ما تعقده هي بنفسها، كما أن المراد بقوله: «حتى تنكح زوجا غيره» فالمقصود منه الوطء لا العقد⁵.

-الدليل الرابع: قول ﷺ: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁶. وقال أصحاب هذا الفريق أن في هذه الآية الكريمة دليل على

¹ - الجصاص، أحكام القرآن، 2/ 101.

² - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، وزارة التعليم العالي، المدينة المنورة، ط1، 2002، 1/161.

³ - البقرة: 230.

⁴ - ينظر في هذا المعنى: الكاساني، بدائع الصنائع، 2/248 • الجصاص، أحكام القرآن، 2/101 • الألويسي، روح المعاني، 2/141.

⁵ - ابن كثير عماد الدين، أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس للطباعة والنشر و التوزيع، دم ط3، 1981، 1/491.

⁶ - الأحزاب: 50.

على انعقاد النكاح بعبارة المرأة، وقيل أنها نص في ذلك¹، لأن المرأة إن لم تملك تزويج نفسها لم تملك هبتها بغير أمر مالك إنكاحها².

ومن بين ماردٍ به على هذا الاستدلال: أن النكاح بغير ولي من خصائص النبي -صلى الله عليه وسلم- وهو المشهور عند: المالكية³ و الشافعية⁴ و الحنابلة⁵ والمقصود بالهبة هنا، هو هو إسقاط المهر⁶.

و على العموم يمكن القول أن وجه الدلالة في الآيات التي استند إليها أصحاب هذا الرأي يدور بين أمرين:

أحدهما: أن الخطاب موجه إلى المرأة في البعض منها.

ثانيهما: أن عقد النكاح مضاف إلى المرأة في البعض الآخر.

الفقرة الثانية: أحدهم من السنة الشريفة.

-الدليل الأول: حديث ابن عباس -رضي الله عنه- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: « الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»⁷.

ووجه الدلالة بهذا الحديث أن الأيم هو اسم لامرأة لا زوج لها، بكرا كانت أم ثيبا وقد جعلها -صلى الله عليه وسلم- أحق بنفسها من وليها، ولن يكون ذلك إلا إذا صح تزويج نفسها من غير إذن هو

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2.

² - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 165 /1.

³ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، 163/3.

⁴ - الشافعي، الأم، 52/5.

⁵ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 6/3.

⁶ - لقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 210، 211/14 • ابن العربي، أحكام القرآن، م 1564/3/2.

⁷ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، 1037/2، حديث رقم: 1421.

ليس له الحق في منعها العقد على نفسها¹.

وقد أجب عن هذا الاستدلال بأن المراد بلفظ الأيم في هذا الحديث هو: الثيب، لأن استعماله فيها أشهر ذكراً من جهة، ولأن بعض الروايات في هذا الحديث جاءت بلفظ «الثيب» مكان «الأيم» إضافة إلى أن هذا أصح لأن فيه مقابلة بين الثيب والبكر²، كما أن الجمع بين الأحاديث مآله أن معنى الأيم هو الثيب ومعنى أنها أحق بنفسها من وليها، هو أن لا يزوجه إلا برضاها.

وقد بين كتاب "شرح النووي على مسلم" أقوال الفقهاء في هذه المسألة و اختلافهم فيها حيث جاء فيه ما يأتي: " اختلف العلماء في المراد بالأيم هنا مع اتفاق أهل اللغة على أنها تطلق على امرأة لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة بكرا كانت أو ثيباً قاله إبراهيم الحري و إسماعيل القاضي وغيرهما و الأيم في اللغة العزوبة ورجل أيم وامرأة أيم و حكى أبو عبيد أنه أيمه أيضاً قال القاضي ثم اختلف العلماء في المراد بها هنا فقال علماء الحجاز والفقهاء كافة المراد الثيب واستدلوا بأنه جاء مفسراً في الرواية الأخرى بالثيب كما ذكرناه وبأنها جعلت مقابلة للبكر وبأن أكثر استعمالها في اللغة للثيب وقال الكوفيون وزفر الأيم هنا كل امرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً كما هو مقتضاه في اللغة قالوا فكل امرأة بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها النكاح صحيح وبه قال الشعبي والزهرى قالوا وليس الولي من أركان صحة النكاح بل من تمامه وقال الأوزاعي و أبو يوسف ومحمد تتوقف صحة النكاح على إجازة الولي قال القاضي

¹ -السرخسي، المسبوط، 12/5 • الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2 • ابن الهمام، فتح القدير، 3/ 259. • الزيلعي جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، نصب الراية لأحاديث الهداية، حققه محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، ط1، 1997، 182، 193/3 • الجصاص، أحكام القرآن، 102/2 • ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي أبو الفضل، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، لبنان، دط، 192/9.

² -العسقلاني، مصدر نفسه • النووي أبو الحسن أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، شرح النووي على مسلم، دار إحياء التراث، بيروت، 203/9، 1392، العظيم آبادي محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، حققه عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط2، 1968، 124/6 • المباركفوري أبو العلا محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، 205/4 • السندي نور الدين بن عبد الهادي أبو الحسن، حاشية السندي على النسائي، حققه عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986، 84/6 • الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ، 164/3.

واختلفوا أيضا في قوله -ﷺ- أحق من وليها هل هي أحق بالإذن فقط أو بالإذن والعقد على نفسها فعند الجمهور بالإذن فقط وعند هؤلاء بهما جميعا وقوله -ﷺ- أحق بنفسها يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق من وليها في كل شيء من عقد وغيره كما قاله أبو حنيفة وداود ويحتمل أنها أحق بالرضا أي لا تزوج حتى تنطق بالإذن بخلاف البكر ولكن لما صح قوله -ﷺ- لا نكاح إلا بولي مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعين الاحتمال الثاني وأعلم أن لفظة أحق هنا للمشاركة معناه أن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها حقا وحقها أوكد من حقه...¹

-الدليل الثاني: ما روي عن ابن عباس -رضي الله عنه- أن رسول الله -ﷺ- قال: «ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها»²، فقوله -ﷺ- «ليس للولي مع الثيب أمر» هو نص فيه إسقاط لاعتبار الولي في عقد الزواج وإثبات حق المرأة في إبرامه بنفسها³.

و يمكن تلخيص أهم مارد به على الاستدلال بهذا الحديث في نقطتين:

- أ- أخطأ راويه في متنه وإسناده وأصله هو حديث: «الأيام أحق بنفسها من وليها»⁴ وإرجاعه إلى الحديث السابق من شأنه أن يجعله يأخذ نفس التفسير والرد.
- ب- إن الجمع بينه وبين ما جاء في باقي الأحاديث يجعل مآل تفسيره إلى اشتراط الولي

¹ - النووي، شرح النووي على مسلم، 203، 204/9.

² - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، دط، دت، كتاب النكاح، باب في الثيب، 638/1، حديث رقم 2100، وهذا لفظه • النسائي أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، المجتبى من السنن، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 2، 1986، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، 85/6، حديث رقم: 3263. • البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة، دار الباز، مكة المكرمة، 1994، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الثيب، 118/7، حديث رقم 13458. و جاء فيه أن النيسابوري قال أن راويه قد أخطأ فيه.

³ - الجصاص، أحكام القرآن، 102/2 • الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2 • السرخسي، المبسوط، 2، 12/5.

⁴ - الزيلعي، نصب الراية، 3 / 193، 194 • ابن حجر العسقلاني أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الراعي الكبير، دار الكتب العلمية، ط1، 1989، 348/3.

في النكاح، ومنعه من إكراه من في ولايته¹.

-الدليل الثالث: ما رواه عبد الله بن بريدة عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: «جاءت فتاة إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله إن أبي -ونعم الأب هو- زوجني ابن أخيه، ليرفع به خسيسته، فجعل الأمر إليها، فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيئاً»².

واستند أصحاب هذا المذهب إلى ما قالته هذه الفتاة للاستدلال على أن أمر النكاح يعود إلى النساء دون أوليائهن، وأن مباشرتهن له ليس حقاً ثابتاً لهن، بل هو مستحب مراعاة للحياء و الأدب³، وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بعدة ردود أهمها:

أ- أن هذا الحديث مرسل⁴.

ب- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- خيرها لعدم كفاءة الزوج، «ليرفع به خسيسته»⁵.

ج- أن هذا الحديث يوجب منع الإكراه في التزويج، فيما إذا جُمع مع باقي الأحاديث فهذه الفتاة جاءت تستطلع حق النساء في أنفسهن، إذا أكوهن على الزواج، أينفذ عليهن أم لا؟⁶.

¹ - الصنعاني، سبل السلام، 229، 230/3 • العظيم آبادي، عون المعبود، 127/6.

² - النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب البكر يزوجه أبوها و هي كارهة، 86/6، حديث رقم: 3269. • الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، علق عليه مجدي بن منصور بن سيد الشورى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، 163/3، وقال الدارقطني هذه كلها مراسيل عبد الله بن بريدة لم يسمع من عائشة شيئاً • البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الآباء الأبيكار، 118 / 7، حديث رقم: 13454، وقال أن: وهذا مرسل بن بريدة لم يسمع من عائشة رضي الله عنها • ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته و هي كارهة، 602/1، حديث رقم: 1874، وقال أن إسناده صحيح.

³ - السرخسي، الميسوط، 13/5 • ابن الهمام، فتح القدير، 263/3.

⁴ - الدارقطني، سنن الدارقطني، 163/3 • البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، 118/7.

⁵ - البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، 117/7.

⁶ - الصنعاني، سبل السلام، 123/3.

و تعليقا على ما جاء في هذا الحديث يمكن القول أنه إن صح، فإن كانت مباشرة عقود الزواج حقا خالصا للأولياء، لما توقفت هذه الأخيرة على إجازة النساء.

-الدليل الرابع: عن أم سلمة -رضي الله عنها- أنه: «لما انقضت عدتها بعث إليها أبو بكر يخطبها عليه فلم تزوجه فبعث إليها رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب يخطبها عليه فقالت أخبر رسول الله ﷺ إني امرأة غيري وإني امرأة مصيبة وليس أحد من أوليائي شاهد فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فقال: «ارجع إليها فقل لها أما قولك إني امرأة غيري فسأدعو الله لك فيذهب غيرتك، وأما قولك إني امرأة مصيبة فستكفين صبيانك، وأما قولك أن ليس أحد من أوليائي شاهد فليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك.» فقالت لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم فزوجه»¹.

واستند أصحاب هذا المذهب إلى أن رسول الله -ﷺ- خطب أم سلمة إلى نفسها للاستدلال على أن الأمر بيدها هي دون أوليائها، ولما ملك ذلك استطاع ابنها عمر تزويجها بوكالة منها، لا بثبوت الولاية له²، لأنه كان يومئذ طفلا صغيرا غير بالغ، ولا ولاية لطفل³.

¹ - النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه، 81/6، حديث رقم: 3254، و هذا لفظه • البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب النكاح، باب الابن يزوجه إذا كان عصبه لها بغير البنوة، 131/7، حديث رقم: 13530.

* و جاء في المستدرک على الصحيحين : هذا حديث صحيح الإسناد قال ابن عمر بن أبي سلمة الذي لم يسمه حماد ابن سلمة في هذا الحديث سماه غيره سعيد بن عمر بن أبي سلمة ولم يخرجاه . ◀ ينظر: • الحاكم النيسابوري محمد بن عبدالله أبو عبدالله، المستدرک على الصحيحين، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، 17/4.

² - ينظر في هذا المعنى: الطحاوي أبو جعفر أحمد بن محمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له محمد زهري النجار و محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ط1، 1994، 12/3.

³ - اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا ولاية للصبي ◀ ينظر: • الكاساني، بدائع الصنائع، 20/6 • ابن قدامي، المغني، 347، 348/7 • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 151/3.

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بعدة أجوبة أهمها: جهالة الراوي¹، و أن هناك أربع روايات فيمن تولى نكاح أم سلمة بالنبي -ﷺ-:

* أولهم: ابنها عمر بن أبي سلمة².

* ثانيهم: ابنها سلمة بن أبي سلمة وهو أسن من أخيه عمر، وساغ ذلك لأن أبوه ابن عمها³.

* ثالثهم: عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وهو المخاطب في هذا الحديث، إذ هو الذي كان سفيرا بينهما، وصح ذلك لأنه من عصبتها إذ يلتقي بها في جدها «كعب بن لؤي»⁴.

* رابعهم: وليها رسول الله -ﷺ- بولاية السلطنة أو بخصوصية له⁵، لما صح عنه -ﷺ-:

«ما من مؤمن إلا وأنا أولى الناس به في الدنيا والآخرة...»⁶ ولأن الزواج به -ﷺ- هو شرف وغبطة للمرأة وأهلها.

* أن نكاحه -ﷺ- لا يحتاج إلى ولي⁷.

-الدليل الخامس: استدلال أصحاب هذا الفريق بـخبر ميمونة أم المؤمنين -رضي الله عنها- أنها

جعلت أمرها إلى العباس -رضي الله عنه- فزوجها منه عليه الصلاة والسلام⁸، وإن صح فهو دليل صريح على أن الأمر في النكاح بيد المرأة ولها توكيل غيرها فيه.

¹ - الألباني، إرواء الغليل، 220/6 • ابن حزم، المحلى، 457/9 • الذهبي محمد بن أحمد أبو عبد الله بن عثمان، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البحوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دط، دت، 534/4.

² - البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، 131/7.

³ - ابن كثير أبو الفداء إسماعيل، البداية والنهاية، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1988، 104/4 • العسقلاني أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق علي محمد البحوي، دار الجيل، بيروت، 1992، 224/8 • الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993، 408/3.

⁴ - ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ط1، 1934، 36/1، الهيثمي، تحفة المحتاج، 248/7.

⁵ - الطحوي، شرح معاني الآثار، 11/3.

⁶ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم، 115/6. حديث رقم: 4781

⁷ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 151/3. ابن العربي، أحكام القرآن، م2/1562/3.

⁸ - النسائي، سنن النسائي الكبرى، كتاب النكاح، باب الرخصة في نكاح المحرم، 88/6، حديث رقم، 3273.

ولقد رد على هذا الاستدلال بعدة اعتراضات أهمها: أن زواج النبي -ﷺ- لا يحتاج إلى ولي¹؛ كما يحتمل أن يكون هذا قبل إبطال النكاح بدون ولي².

-الدليل السادس: عن سهل بن سعد الساعدي -رضي الله عنه- قال: «أن رسول الله -ﷺ- جاءته امرأة فقالت له: «يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: «يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة»، فقال رسول الله -ﷺ- «هل عندك شيء تصدقها إياه؟»، فقال: «ما عندي إلا إزارى هذا» فقال رسول الله -ﷺ-: «إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئا» فقال: «ما أجد شيئا» فقال: «التمس ولو خاتما من حديد»، فالتمس فلم يجد شيئا، قال له رسول الله -ﷺ-: «هل معك من القرآن شيئا؟»، فقال: «نعم، معي سورة كذا وسورة كذا» -سور سماها-، فقال له رسول الله -ﷺ-: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»³.

و استند أصحاب هذا المذهب في تزويجه -ﷺ- لهذه المرأة دون أن يسأل أها ولي أم لا؟ للاستدلال بعدم اشتراط الولي في النكاح⁴. وأجيب على هذا أنه ليس هناك خبر لوجود ولي لها أصلا، كما أنه يستدل به لثبوت ولاية الإمامة⁵.
والحقيقة أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك وجه استدلال آخر بهذا الحديث يتمثل في أن المرأة إن ملكت هبة نفسها فالأحرى أن تملك تزويج نفسها والله أعلم... ويمكن القول أن أدلة هذا الفريق من السنة معظمها ليس من الأحاديث الصحاح سوى اثنين: خبر ميمونة التي جعلت أمرها إلى العباس وحديث الأيم أحق بنفسها. و أحسنهم حجة هو الدليل الثالث الذي جعل فيه رسول الله -ﷺ- أمر العقد الذي أبرمه الأب في يد البنت لكنه ليس من الصحاح.

¹ - الأحمدي، تحفة الأحوذى، 55/9، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 105، 156/9.

² - ابن حزم، المحلى، 458/9.

³ - سبق ترجمته، ينظر ص 80.

⁴ - الجصاص، أحكام القرآن، 102/2.

⁵ - ابن حزم، المحلى، 458/9 • الشوكاني، نيل الأوطار، 194/6.

الفقرة الثالثة: أدلتهم من الآثار المروية عن الصحابة.

أهم ما استدل به أصحاب هذا الرأي من آثار مروية عن الصحابة - رضي الله عنهم - ما يأتي:

- **الدليل الأول:** ما روي عن علي - رضي الله عنه - أن امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إليه - رضي الله عنه - فأجاز النكاح¹، وفي هذا دليل صريح على جواز مباشرة المرأة عقد الزواج². ورد على الاستدلال بهذا الأثر على أنه مختلف في إسناده و متنه³.

- **الدليل الثاني:** الأثر المشهور عن عائشة - رضي الله عنها - «أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: أو مثلي يصنع هذا به، ويقنات عليه، فكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت أرد أمراً قضيته. ففرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً»⁴.

واستدل أصحاب هذا الرأي بهذا الأثر للقول بصحة وجواز النكاح بدون ولي وبما فعلت خالفت ما روت من حديث يستدل به في اشتراط الولي⁵.

ورد على هذا القول بأن تزويجها لبنت أخيها كان بتمهيدها أسباب الزواج لا عقده، وأما مباشرة العقد فقد قام به غيرها من الأولياء⁶. والحقيقة أن هذان الأثران إن صحا فهما قويا الدلالة على جواز مباشرة المرأة عقد الزواج.

¹ - البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 112/7، حديث رقم: 13426.

² - السرخسي، المبسوط، 10/5.

³ - البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، 112/7.

⁴ - البيهقي، المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 112/7، حديث رقم: 13431.

⁵ - الطحاوي، شرح معاني الآثار، 8/3.

⁶ - المزني، مختصر المزني، ص 166 • ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 186/9 • الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 180/3.

الفقرة الاربعة: أدلهم من العقل.

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أن للمرأة البالغة العاقلة تزويج نفسها لأنه تصرف من خالص حقها، صحيح كصحة تصرفها في مالها¹، ما دام قد اتفق الفقهاء على جواز قيام الرجل بعقد نكاحه إذا كان جائز التصرف في ماله، ولما كانت المرأة البالغة العاقلة جائزة التصرف في مالها، جاز لها عقد نكاحها بنفسها².

البند الثاني: فريق المجيزين بقيد.

هناك أقوال منفردة لبعض الفقهاء تجيز للمرأة كاملة الأهلية مباشرة عقد زواجها بنفسها وذلك كاستثناء من أصل عدم الجواز، متوقف على توفر ما اعتبره كل فقيه شرط لازماً لثبوت هذا الحكم، وفيما يأتي تلخيص لأهم هذه الأقوال، مع تطبيق القاعدة العامة لمالكي التوكيل في كل رأي.

الفقرة الأولى: بشرط إذن الولي.

جاء في كتاب المغني أنه³: «عن الإمام أحمد -رحمه الله-: لها تزويج أمتها، وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح، فتخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها، وتزويج غيرها بالوكالة» وهو مذهب محمد بن الحسن، وقول ابن سيرين. و عليه ما دام قد تخرج -حسب قول المغني- من قول الإمام أحمد أن للمرأة تزويج نفسها بإذن وليها، فتطبيقاً للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل، للمرأة التي أذن لها وليها توكيل غيرها ليبرم لها عقد زواجها.

وإن صح ما جاء من قول عن الإمام أحمد وما تخرج منه، فهو يوافق رأي الفقيه أبو ثور⁴ - رحمه الله- والذي قال هو الآخر بصحة مباشرة المرأة المأذون لها عقد زواجها دون غيرها غير

¹ - ابن الهمام، فتح القدير، 260/3 الجصاص، أحكام القرآن، 103/2.

² - الجصاص، المصدر نفسه، 103/2.

³ - ابن قدامي، المغني، 7 / 338.

⁴ - هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أبو ثور: الفقيه صاحب الإمام الشافعي. قال ابن حبان: كان أحد أئمة الدنيا فقها وعلماء وورعاً وفضلاً، صنف الكتب وفرع على السنن، وذب عنها، يتكلم في الرأي فيخطئ ويصيب. مات

المأذون لها¹، وقد استدل في ذلك بقوله - عليه السلام -: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فإن اشتجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له»²، وبالتالي فللمأذونة عنده أن توكل غيرها ليبرم لها عقد زواجها. وتعقب بان إذن الولي لا يصح إلا لمن ينوب عنه والمرأة لا تنوب عنه في ذلك لأن الحق لها ولو إذن لها في انكاح نفسها صارت كمن إذن لها في البيع من نفسها ولا يصح³. كما أن ما جاء من أحاديث أخرى يقوي عدم جواز ذلك خاصة وأن الغالب أن المرأة لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها⁴. والحقيقة أن في هذا الحديث دلالة على جواز إذن الولي بعقده أو عقد موكله⁵.

بيغداد شيخنا. وقال ابن عبد البر: له مصنفات كثيرة منها كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي وذكر مذهبه في ذلك وهو أكثر ميلا إلى الشافعي في هذا الكتاب وفي كتبه كلها (000 - 240 هـ = 000 - 854 م). ينظر: الزركلي، الأعلام 38/1.

¹ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 187/9 • النووي، شرح النووي، 205/9 • والشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، ومصطفى محمد الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دط، دت، 212/7 • الصنعاني، سبل السلام، 117/3.

² - الترميذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترميذي، دار الفكر، دط، دت، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، 281/2. وهذا لفظه، و قال فيه: هذا حديث حسن • أبو داود، سنن أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، 634/1، حديث رقم: 2083. * وقال الحاكم النيسابوري في هذا الحديث أنه صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه. ◀ ينظر: المستدرک علی الصحیحین، 253/2.

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 187، 188/9.

⁴ - ينظر في هذا المعنى: ابن قدامي، المغني، 339/7 • البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع على متن الإقناع، حققه أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، 51/5.

⁵ - الصنعاني، سبل السلام، 118/3 • حسن خان محمد الصديق، الروضة الندية، تعليق أحمد شاكر، دار ابن تيمية، البليدة الجزائر، دط، دت، 13/2 • الخطابي أبو سليمان، معالم السنن، مع مختصر المزني، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة المحمدية السعودية، دط، دت، 28/3.

الفقرة الثانية: بشط إجازة الولي.

أجاز أصحاب هذا الرأي تزويج المرأة نفسها دون اشتراط إذن الولي، لكن يبقى العقد موقوفا على إجلته، وهو قول بعض الزيدية¹ و الأوزاعي² ورواية عن محمد بن الحسن³.
و على هذا وتطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل فللمرأة كاملة الأهلية أن توكل غيرها ليبرم لها عقد زواجها، لكن يبقى العقد موقوفا على إجازة الولي، فإن أجازته صح وإلا بطل.
ولعل الأثر المشهور عن عائشة -رضي الله عنهما- عندما زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير، أفضل حجة لمن قال بجعل العقد موقوفا على إجازة الولي، وذلك لجعل عائشة -رضي الله عنهما- الأمر في يد عبد الرحمن، هذا والله أعلم.

الفقرة الثالثة: بشط الثبوت.

و هو قول يفرق بين البكر والثيب؛ وهو مذهب الظاهرية؛ حيث جاء في كتاب المحلى: «أما الثيب فتتكح من شاءت وإن كره الأب...»⁴، كما جاء فيه أيضا: «... وأما من جعل للثيب والبكر إذا بلغت أن تنكح ما شاءت وإن كره أبوها ومن جعل للأب أن ينكحها وإن كرهت

¹ - السياغي، الروض النضير، 21/4.

² - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 9/187.

هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو: إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، وأحد الكتاب المتسلسلين. ولد في بعلبك، ونشأ في البقاع، وسكن بيروت وتوفي بها. كان الأوزاعي عظيم الشأن بالشام، له كتاب (السنن) في الفقه، و(المسائل) ويقدر ما سئل عنه بسبعين ألف مسألة أجاب عليها كلها (88 - 157 هـ = 707 - 774 م).
• الزركلي، الأعلام، 3/320.

³ - السرخسي، المبسوط، 5/11، 10.

* وتجدر الإشارة إلى أن هذه الرواية عن محمد بن الحسن تتفق مع المفتى به في مذهب الحنفية، في جواز مباشرة المرأة عقد زواجها وفي اشتراط الكفاءة في الزوج وجعلها حقا للولي، إلا أن الفرق بينهما هو أن المفتى به هو وقوع عقدها صحيحا مع قيام حق الأولياء في الاعتراض، إلا أن مذهب محمد بن الحسن هو أنه يقع موقوفا على إجازة الولي فإن لم يجزه بطل سواء كان الزوج كفو أم لا، وللقاضي تجديده إذا ثبتت كفاءة الزوج، وهناك رواية عن محمد بن الحسن تقول برجوعه عن هذا القول إلى ظاهر المفتى به في المذهب. ◀ ينظر في كل هذا: ابن الهمام، فتح القدير، 3/256 • السرخسي، المبسوط، 5/10.

⁴ - ابن حزم، المحلى، 9/459.

فكلاهما خطأ بين للأثر الثابت الذي ذكرناه آنفا، قول رسول الله ﷺ: «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها»¹ ففرق عليه الصلاة والسلام بين الثيب والبكر، فجعل للثيب أنها أحق بنفسها من وليها، فوجب بذلك أنه لا أمر للأب في إنكاحها وأنها أحق بنفسها منه ومن غيره وجعل البكر بخلاف ذلك...»².

و بناء على هذا وتطبيقا لقاعدة العامة لمن يملك التوكيل يمكن القول أنه يجوز للبالغ الثيب عند الظاهرية أن توكل غيرها ليعقد لها زواجها.

الفرع الثاني: مذهب المازنيين.

وهو مذهب الجمهور من: مالكية³ وشافعية⁴ وحنابلة⁵ و زيدية⁶، فالأصل عندهم اشتراط الولي في عقد الزواج وعدم صحة مباشرة المرأة له حتى وإن كانت كاملة الأهلية - عاقلة، بالغة، راشدة- لأن عبارتها لا تصلح لإنشاء العقد، وذلك سواء أذن لها وليها أم لم يأذن، وسواء كانت ثيبا أم بكرا⁷ وتطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل يتخرج من هذا أن المرأة كاملة الأهلية لا تملك عند أصحاب هذا الرأي توكيل غيرها ليبرم لها عقد زواجها⁸.

و لأصحاب هذا الرأي عدة أدلة من الكتاب العزيز والسنة النبوية الشريفة ومن المعقول، نذكر أهمها فيما يأتي:

¹ - مسلم ، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، 1037/2، حديث رقم:1421.

² - ابن حزم، المحلى، 459/9.

³ - ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية، ص203، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 205/2.

⁴ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 147 • الشافعي، الأم، 11/5 • النووي، المجموع، 16/ 146.

⁵ - ابن قدامى، المغني، 6/366، 339، 338 • البهوتي، كشف القناع، 5/51.

⁶ -السياعي، الروض النضير ، 4/17 و ما بعدها.

⁷ -الشافعي، الأم ، 5/11 • النووي، المجموع، 16/150 • ابن جزى، القوانين الفقهية ،ص203 • ابن قدامى، المغني 7/337 و ما بعدها • البهوتي، كشف القناع،5/51.

⁸ - ابن قدامى ،المصدر نفسه • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 217.

البند الأول: أدلهم من الكتاب العزيز .

-الدليل الأول: قوله ﷺ: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾¹. واستدل أصحاب هذا الرأي بأن الخطاب في هذه الآية موجه للأولياء، ولو كان أمر النساء بأيديهن لما خاطب المولى ﷺ أوليائهن².

و قالوا في استدلالهم بها: أنه لو جاز للمرأة تزويج نفسها لما كان لعضل الولي تأثيراً³ وقال الشافعي في هذه الآية «هذه الآية لأبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح بنفسها»⁴.

ومن بين أهم ما ورد من اعتراضات على الاستدلال بهذه الآية الكريمة هو: أن الخطاب فيها ليس موجهاً للأولياء، بل للأزواج المطلقين؛ وحتى إن صح افتراض أنه موجه للأولياء، فهذا لا يعني إثبات حقهم فيما نهيوا عنه، لأن النهي يمنع أن يكون لهم الحق فيما نهيوا عنه، فيفهم منه أنه ليس على الأولياء سبيل على ما يلونه⁵.

-الدليل الثاني: قوله ﷺ: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾⁶. وتعتبر هذه الآية عند بعض المفسرين دليل بالنص على أن «لا نكاح إلا بولي»⁷. ووجه الاستدلال بها، أنه قد علم تحريم نكاح المشركين المسلمات، فالأمر للأولياء دال أنه ليس للمرأة ولاية في النكاح⁸.

¹-البقرة: 232.

²-الصنعاني، سبيل السلام، 3/ 120.

³-الخصاص، أحكام القرآن، 1/ 100.

⁴-الشافعي، الأم، 5/ 11.

⁵-ابن رشد، بداية المجتهد، 2/ 8 • الخصاص، أحكام القرآن، 1/ 100 • الرازي، التفسير الكبير، 3/ 220-222.

⁶-البقرة: 221.

⁷-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 3/ 72 • ابن العربي، أحكام القرآن، 1/ 158.

⁸-الصنعاني، سبيل السلام، 3/ 120.

وقد أطل صاحب كتاب -بداية المجتهد ونهاية المقتصد- من المالكية في الكلام عن منع صحة الاستدلال بهذه الآية، فهو يعتبر أن الخطاب أحرى أن يكون موجها لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين من أن يكون موجها للأولياء، وله أن على من احتج بها بيان أن الخطاب فيها أظهر أن يكون في الأولياء منه في أولى الأمر¹. والحقيقة أن هذا الكلام يعتبر منطقياً.

-الدليل الثالث: قوله ﷺ: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾².

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله أمر الأسياد بإنكاح عبيدهم وإمائهم و أمر الأولياء بإنكاح الحرائر³؛ و لما كان الخطاب في هذه الآية بصيغة الأمر، فدل على أن الأولياء هم المكلفون بتزويجهم⁴.

ورد على الاستدلال بهذه الآية، بأن الخطاب فيها موجه لجميع الأمة على تيسير أسباب الزواج لطالبيه، وليس المراد بالإنكاح فيها إجراء عقد الزواج⁵.

-الدليل الرابع: قول ﷺ: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾⁶.

¹ - ابن رشد، بداية المجتهد، 11/2.

² - النور: 32.

³ - ابن تيمية أحمد، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف، المغرب، دط، دت، 32/132.

⁴ - ابن العربي، أحكام القرآن، م 1376/3/2، 1377 • القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 12/239 • ابن حزم، المحلى، 451/9، محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق، بهامش الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مكة، ط1، 1344، 3/171.

⁵ - الآلوسي، روح المعاني، 18/148 • الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981، 2/337.

⁶ - البقرة: 237.

وقد ذهب جمع المفسرين على أن المراد من قوله **حَجَّالًا**: « أن يعفو الذي بيده عقدة

النكاح » هو إما الزوج وإما الولي، واستقر أصحاب هذا المذهب من مانعين للمرأة من مباشرة عقد نكاحها بنفسها على ما ذهب إليه المفسرون من أن المقصود هنا هو الولي لا الزوج واستدلوا بهذه الآية لمنع المرأة من مباشرة عقد زواجها بنفسها لاشتراط الولي في النكاح¹. و ذهب الفريق الآخر إلى القول بأن المراد بمن له عقدة النكاح هو الزوج.²

و إن صح تفسير هذه الآية فيمكن القول أنها الدليل الأكثر بياناً ووضوحاً وصراحة من القرآن على اشتراط الولي في عقد النكاح ومنع المرأة من مباشرته. هذا مع التحفظ فيما يخص من له الحق في العفو أو التنازل عن الفريضة أو بالأحرى الصداق، فالأصل أنه حق للمرأة و ملك لها لا لوليها ، و بالتالي هي الوحيدة التي لها الحق في التنازل عنه أو لا ، وليس لأحد أن يهب حق إنسان من غير إذنه. لهذا فتفسير الآية على أنها خطاب للأولياء فيه نظر.

-الدليل الخامس: قوله **عَلَيْكَ**: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ بِأَهْلِيكَ إِنْ أَرَادُوا مُشْرَكَتَكَ فَإِنَّمَا لِيُضِلَّ النَّاسَ سَبِيلًا ﴾ قال النبي صلى الله عليه وسلم: « ما من نكاح إلا فيه شفاعة لوليها »

ثَمَانِي حَجَجَ ³. وتزويج صالح ابنته لموسى **الْكَبِيرِ**، هو دليل على أن أمر النكاح يرجع إلى الأولياء من الرجال ولاحظ للمرأة فيه⁴. و يمكن القول من جهة أخرى أن موسى عليه السلام عرض أحد ابنتيه للوواج لا غير.

¹-ابن العربي، أحكام القرآن، م 221/1/1 • القرائي، الفروق، 3/ 138-140 • الرازي، التفسير الكبير، م 155/6/3 • ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 1/513، 512 • الشوكاني محمد بن علي بن محمد، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، دط، دت، 1/254 • الجصاص، أحكام القرآن، 2/153 • الآلوسي، روح المعاني، 2/154، 155.

²-السرخسي، الميسوط، 6/63 • الكاساني، بدائع الصنائع، 2/290.

³-القصص: 27

⁴-ابن العربي، أحكام القرآن، م 1476/3/2.

البند الثاني: أدلهم من السنة النبوية الشريفة.

جاءت أدلة هذا المذهب من السنة النبوية الشريفة في صيغ صريحة واضحة الدلالة على ما يقولون به، وعمدة هذه الأدلة وأشهرها حديث: «لا نكاح إلا بولي»¹، ولعل أفضل ما يختار فيما قيل للاستدلال بهذا الحديث هو قول صاحب كتاب: "نيل الأوطار"؛ حيث جاء فيه: «هذا نفي يتوجه إلى الذات الشرعية، لأن الذات موجودة - أعني صور العقد بدون ولي - ليست بشرعية أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب إلى المجيزين إلى الذات فيكون النكاح بغير ولي باطلا كما هو مصرح به في حديث عائشة - رضي الله عنها-»².

و قد أجاب من لا يشترط الولي في عقد الزواج عن الاستدلال بهذا الحديث بعدد من الإجابات والاعتراضات، هذا ببيانها باختصار:

- أ- **أول اعتراض:** هو متعلق بصحة الحديث، حيث اضطراب إسناده بين الرفع و الإرسال و الوصل و الانقطاع³. و قد رد المستدلون بهذا الحديث بتبيينهم صحته وإثباتها على عدة أوجه، يتعذر استيفائها في مثل هذه البحوث الفقهية.
- ب- **ثاني اعتراض:** أن المنفي في هذا الحديث هو الكمال والاستحباب، لا صحة النكاح بدون ولي⁴. و قد على هذا القول صاحب كتاب: "معالم السنن" بأن هذا التأويل أنه فاسد وقال: «... لأن العموم يأتي على أصله جوازا أو كمالا، والنفي في المعاملات يوجب الفساد، لأن ليس لها إلا جهة واحدة، وليس كالعبادات والقرب التي لها جهتان من جواز ناقص و كامل...»⁵

¹-الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، 2/280 • أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الولي، 1/635، حديث رقم: 2085.

²- الشوكاني، نيل الأوطار، 6/135.

³-ابن الهمام، فتح القدير، 3/259 • الطحاوي، شرح المعاني، 3/8، 9.

⁴-المباركفوري، تحفة الأحوذى، 4/191 • عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 1/106.

⁵- الخطابي، معالم السنن، 3/29.

- ت - سئل راوي الحديث عنه فأنكره و لهذا ضعف الحديث¹.
- ث - عملت عائشة رضي الله عنها بعكس هذا الحديث الذي روته حيث زوجت بنت أخيها و هو غائب².
- ج - إن لفظ «الولي» مجمل حيث أنه يكون أقرب العصابة إلى المرأة، كما يحتمل أن يكون من توليه المرأة من الرجال قريبا كان أو بعيدا، كما يحتمل أن يكون: والد الصغير أو الصغيرة أو مولى الأمة، و المرأة ولي نفسها كما الرجل ولي نفسه و وجود هذه الاحتمالات ينفي صرف الحكم إلى بعضها دون البعض إلا بدليل³.
- وقد أجيب عن هذا القول بأن من يعقد لنفسه لا يسمى وليا، فالولي من يلي على غيره⁴، كما أنه يستدل بأحاديث أخرى لدعم صرف حكم الولي إلى أقرب العصابة، وهي أحاديث تؤكد صحة الاستدلال به لاشتراط الولي في النكاح ومنع المرأة من مباشرته⁵، وفيما يأتي بيانها:

الفقرة الأولى: حديث عائشة - رضي الله عنها - .

أن النبي - ﷺ - قال: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»⁶.

وهذا الحديث شاهد قوي لحديث «لا نكاح إلا بولي» وقد جاء بصيغة من صيغ العموم وهو لفظ «أبما» مفهوم يشمل كل امرأة: صغيرة أم كبيرة، بكر أو ثيبا، دون تخصيص كما أن في هذا

¹ - و هو الزهري ◀ ينظر : الترميذي ، سنن الترميذي ، 283/2 . البيهقي ، سنن البيهقي ، 105/7 .

² - سبق تخريجه .

³ - الطحاوي ، شرح معاني الآثار ، 10/3 • الحصاص ، أحكام القرآن ، 103/2 .

⁴ - الخطابي ، معالم السنن ، 30/3 .

⁵ - العظيم آبادي ، عون المعبود ، 98 /6 • المباركفوري ، تحفة الأحوذى ، 206 /4 • الصنعاني ، سبل السلام ، 117 /3 .

⁶ - سبق تخريجه

الحديث مبالغة في تأكيد بطلان إنكاح المرأة نفسها دون وليها، وفي أن لوليها حق ولاية إنكاحها.¹

و من بين أهم الاعتراضات التي وردت على الاستدلال بهذا الحديث ما يلي:

أ- إنكار الحديث من طرف راويه² وهو الزهري³، حيث سؤل عنه فلم يعرفه⁴.

ب- الطعن في عدالة من واه عن الزهري بأن له مناكير⁵.

ج- عملت عائشة بخلاف ما روته في هذا الحديث، حيث زوجت -رضي الله عنها- بنت أخيها وهو غائب⁶.

د- يدل مفهوم هذا الحديث على صحة زواج المرأة بإذن وليها، لأنه جاء في رواية: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها»⁷.

هـ- يُحمل هذا الحديث على اشتراط الولي في زواج الأمة لا الحرة لأنه جاء في بعض الروايات بلفظ «... بغير إذن موالها...»⁸.

¹ - الخطابي، معالم السنن، 3/ 26 • الصنعاني، سبل السلام، 3/ 118 • الشوكاني، نيل الأوطار، 6/ 136 • المناوي محمد عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ضبطه وصححه احمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، 186/3.

² - المباركفوري، تحفة الأحوذى، 4/ 193.

³ - محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، من بنى زهرة بن كلاب، من قريش، أبو بكر: أول من دون الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء. تابعي، من أهل المدينة. كان يحفظ ألفين ومئتي حديث، نصفها مسند. وعن أبي الزناد: كنا نظوف مع الزهري ومعه اللواح والصحف ويكتب كل ما يسمع. نزل الشام واستقر بها. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله: عليكم بآبن شهاب فانكم لا تجدون أحدا أعلم بالسنة الماضية منه. قال ابن الجزرى: مات بشغب، آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين (58 - 124 هـ = 678 - 742 م). • الزركلي، الأعلام، 7/ 97.

⁴ - الطحاوي، شرح معاني الآثار، 3/ 8 • ابن حزم، المحلى، 9/ 452.

⁵ - وهو سليمان بن موسى الأسدي أبو أيوب الأشدق ◀ ينظر: • الذهبي، ميزان الاعتدال، 2/ 225 • ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، 4/ 227.

⁶ - الطحاوي، شرح معاني، 3/ 8 • السرخسي، المبسوط، 5/ 12.

⁷ - وهو ما ذهب إليه أبو ثور كما تم بيانه آنفا.

⁸ - الحصص، أحكام القرآن، 2/ 103.

الفقرة الثانية: قوله عليه الصلاة والسلام.

«لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»¹، وهذا حديث صريح الدلالة في منع المرأة من مباشرة عقد الزواج مطلقاً، سواء كان ذلك بالولاية أو الوكالة وسواء أذن الولي أم لم يأذن². و اعترض على الاستدلال بهذا الحديث في أمرين: أولهما: اتهام راويه بالفسق والكذب³.

ثانيهما: أن الصحيح وقف هذا الحديث. لكن هل هذا يعني وقفه في كله أو في بعضه؟⁴. والصحيح كما جاء في كتاب: "إرواء الغليل" وقفه في جملة: «فإن الزانية هي التي تنكح نفسها»⁵.

الفقرة الثالثة: عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته.

«أن النكاح في الجاهلية كان على أربع أنحاء:

منها: نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل موليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها.

¹ - ابن ماجه، سنن بن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 1/ 606، حديث رقم: 1882. و هذا لفظه. وجاء فيه أن في إسناده جميل بن الحسين العتكى . و قال فيه عبدان : إنه فاسق يكذب. • البيهقي ، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 7/ 110، حديث رقم : 13413 .

² - الصنعاني، سبل السلام، 3/ 120.

³ - ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، حققه مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة، الرياض، السعودية، ط7، 2004، 1/ 563، 562. • ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، 2/ 113. • ابن ماجه ، سنن بنماجه، 1/ 606.

⁴ - الشوكاني، نيل الأوطار، 6/ 135. • البيهقي، سنن البيهقي، 7/ 110.

⁵ - الألباني، إرواء الغليل، 6/ 248، 149.

ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمئنها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها، إذا أحب وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع.

ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت، ومر ليل بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم قد عرفتم الذي كان من أمركم، وقد ولدت وهو ابنك يا فلان، تسمي من أحببت باسمه فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع به الرجل.

ونكاح رابع يجتمع الرهط الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع من جاءها وهن البغايا، كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها و دعوا لهم القافة ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون قالت لحقته به ودُعِي ابنه لا يمتنع من ذلك.

فلما بعث محمد -صلى الله عليه وسلم- بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم¹»

وما يستدل به من هذا الحديث أن رسول الله -ﷺ- أقر بالنكاح الذي يعتبر فيه الولي، وهدم ما سواه من الأنكحة التي كانت تسري في الجاهلية، مما يعزز اشتراط الولي في النكاح².

¹ - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، 15/7. حديث رقم: 5127

² - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 185، 186/9 • الصنعاني، سبل السلام، 3/ 120.

البند الثالث: أدلتهم من الآثار المروية عن الصحابة.

استدل أصحاب هذا الرأي بعدة آثار مروية عن الصحابة - رضي الله عنهم - نذكر أهمها فيما يأتي:

أولاً: عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عنه أنه قال: « أيما امرأة لم ينكحها الولي أو الولاة فنكاحها باطل »¹.

ثانياً: وعن عبد الرحمن بن سعيد بن عمير أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - رد نكاح امرأة نكحت بغير ولي².

ثالثاً: وعن نافع قال: ولي عمر ابنته حفصة ماله وبناته ونكاحهن فكانت حفصة إذا أرادت أن تزوج امرأة أمرت أخاها عبد الله فزوج³.

رابعاً: وعن عكرمة بن خالد قال: جمعت الطريق ركبا فجعلت امرأة ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها، فعلم بذلك عمر فجلد الناكح والمنكح⁴.

البند الرابع: أدلتهم من المعقول.

و يختار فيما قيل كدليل من المعقول لاشتراط الولي في عقد الزواج ومنع المرأة من مباشرته بنفسها ، قول القرافي⁵ عند تفريقه بين قاعدتي الحجر على النساء في الأبضاع وعدم الحجر

¹ - البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 111/7، حديث رقم: 13415.

² - البيهقي، المصدر نفسه، حديث رقم: 13416 • ابن حزم، المحلى، 9/ 454 • الألباني، إرواء الغليل، 6/ 249.

³ - الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، بيروت ، لبنان، ط6، 1972، 1/200.

⁴ - البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 111/7، حديث رقم: 13417 • الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، 3/158.

⁵ - هو أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي (939 - 1008 هـ = 1533 - 1600 م): من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (الحملة المحاورة لقبور الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة. له مصنفات جليلة في الفقه والأصول. • الزركلي، الأعلام، 1/95.

عليهن في الأموال، وذكر الفرق في ثلاث وجوه يرى أنها فروق عظيمة بين القاعدتين¹. نختصرها فيما يأتي:

أولاً: إن الإبضاع أشد خطراً وأعظم قدراً، لذا لا تفوض إلا لكامل العقل ينظر في مصالحها عكس الأموال فهي خسيصة.

ثانياً: أمور النكاح تتصل بالهوى، الذي من شأنه أن يغطي على عقل المرأة لضعفه هذا ما لا يقع عادة في المال لذا حجر عليها على الإطلاق في الزواج.

ثالثاً: المفسدة الحاصلة بسبب النكاح تُحصل ضرراً للمرأة، ويتعدى إلى الأولياء بالعار والفضيحة، عكس المفسدة الحاصلة بسبب المال فهي لا تكاد تتعدى المرأة وليس فيها من العار والفضيحة ما في النكاح.

¹ - القراني، الفروق، 3/ 136، 137 و تحذيتها 3/170، 171.

المطلب الثاني: المناقشة والترجيح و بيان موقفه

المشرع الجزائري.

سيتم في هذا المطلب مناقشة أدلة كل فريق ومحاولة الترجيح بينهم في فرع أول ثم بيان موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة في فرع ثان.

الفرع الأول: المناقشة و الترجيح بين المذاهب.

ستتم مناقشة الأدلة في ثلاثة بنود ، في أولها الأدلة من القرآن الكريم ، و في ثانيها : الأدلة من السنة النبوية الشريفة ، و في ثالثها: الأدلة من الآثار و العقل.

البند الأول: الأدلة من القرآن الكريم

الفقرة الأولى: فريق المجيزين.

استدل فريق المجيزين -إجازة مطلقة- بعدة آيات من القرآن الكريم، يدور وجه الدلالة فيها حول أمرين: أولهما: أن الخطاب فيها موجه إلى المرأة، وثانيهما: أن عقد النكاح مضاف إلى المرأة فيها. وقد أتت معظم اعتراضات الفريق الثاني متمحوة حول أن المجيزين قد أخطوا في تأويلهم إلى من وجه الخطاب في الآيات، فهي لم تكن للمرأة بل للأولياء.

الفقرة الثانية: فريق المانعين.

استدل فريق المانعين بعدديد من الآيات القرآنية لإثبات رأيه، ومن الواضح أن فيهن وجه دلالة مشترك وهو أن الخطاب موجه لأولياء النساء دونهن ، ما يعبره أصحاب هذا الرأي دليل صريح صحيح على اشتراط الولي في النكاح؛ لأنه لو كان أمر النساء بأيديهن لما خاطب الله عز وجل أولياءهن من دونهن.

و تمحورت معظم ردود الفريق المجتزين حول أن الخطاب في الآيات التي استدلت بها المانعون ليس موجه للأولياء، وإنما هو موجه للأزواج في البعض منها ولعامّة المسلمين في البعض الآخر.

الفقرة الثالثة: محاولة الترجيح.

إن تأويل الخطاب في الآيات التي استند إليها فريق المجتزين، بأنه موجه إلى النساء وأن عقدة النكاح مضافة إليهن، هو صحيح وأقرب إلى المنطق عند قراءتها وفهمها من أن تفسر كما ذهب إليه المانعون في اعتبار الخطاب فيها موجه إلى الأولياء. فما ذهب إليه فريق المجتزين في تأويلهم أقرب إلى الصواب، ووجه الاستدلال بها لإثبات رأيهم جلي.

أما ما استدلت به فريق المانعين من آيات بتأويل أن الخطاب فيها موجه للأولياء فهو غير واضح ولا جلي، بل لا بد من بيان قوي لما يقولون به، حيث أنه يستبعد فيها ذلك المفهوم لأنها توحى بغيره وفيما يأتي بيان ذلك باختصار:

أ- بالنسبة للآية 232 في سورة البقرة، والتي تمنع الأولياء من عضل من هن في ولايتهم و الأخرى تفسرها كما فسرها المجتزين بأن النهي فيها يوجب منع أن يكون لهم حق فيما نهيوا عنه.

ب- بالنسبة للدليل الثاني الآية رقم 221 من سورة البقرة والدليل الثالث الآية 237 من سورة البقرة، يؤول الخطاب بأنه موجه إلى كافة المسلمين وليس للأولياء بالتحديد إلا بدليل وتبيين.

ج- بالنسبة للدليل الرابع: الآية 27 من سورة القصص، والتي يزوج فيها صالح ابنته لموسى -عليه السلام- فالأولى أن تكون دليل على جواز أن يعرض الرجل موليته على الرجل الصالح، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأعراف أقرت أنه عادة ما يعقد الولي والرجال النكاح وليس النساء.

د- الدليل الخامس، الآية 32 من سورة النور، كيف يفسر أن من بيده عقد النكاح هو الولي؟! فكيف يعفو الولي عن نصف الصداق وهو أصلا ليس حقا له بل حق للمرأة؟! الأصل أنه لا يعفو بل يبلغ في مجلس الرجال أن صاحبة الأمر وهي الطواف في النكاح قد عفت عن حقها.

وبناء على ما تم بيانه وذكره يمكن القول أن أدلة المجيزين من القرآن مرجحة على أدلة المانعين، خاصة وأنه حتى لو اعتبرنا أن الخطاب في كل الآيات المستدل بها موجه للأولياء فهذا لا يعني بالضرورة المنع القاطع للمرأة من مباشرة عقد نكاحها بنفسها.

البند الثاني: بالنسبة للأدلة من السنة.

الفقرة الأولى: فريق المجيزين.

من بين ما استدلوا به من أحاديث حديثين صحيحين فقط وهما: حديث « الأيم أحق بنفسها من وليها ... » وحديث المرأة التي وهبت نفسها إلى النبي - ﷺ -. وبالنسبة لأولهما فوجه الدلالة فيه لا يكون قويا إذا صحت روايته بلفظ « الأيم » وذلك باعتبار أنها المرأة التي لا زوج لها والتي قد تكون بكرا أو ثيبا، وإلا فإن جمعه مع حديث: « ليس للولي مع الثيب أمر... » يوجب التفرقة بين الثيب والبكر في الحكم وليس جواز المرأة مباشرة عقد زواجها على الإطلاق.

أما عن حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي - ﷺ - فهو ذو حجة قوية حيث أنه مادامت المرأة تملك هبة نفسها فالأحرى والأولى أن تملك تزويج نفسها. وما يدعم هذا هو جمعه مع حديث من جاءت تشتكي للرسول - ﷺ - أباهما الذي زوجها ابن عمها ليرفع به خسيسته، فكيف يجعل النبي - ﷺ - أمر ما صنع أبوها بيدها إن شاءت أجازت نكاحه وإلا فسخ، إن لم تكن أصلا تملك أمر نكاحها؟ فمن لا تملك التصرف في أمر لا تملك إجازته أو إبطاله!..

الفقرة الثانية: فريق المانعين.

لم يخرج الإمامين البخاري و مسلم أي حديث من الأحاديث التي استدلت بها فريق المانعين ، ماعدا حديث واحد هو حديث عائشة عم كان من أنكحة في الجاهلية أبطلها رسول الله - ﷺ - و ما يلاحظ هو أن معظم باقي الأحاديث التي استدلتوا بها، إن صحت واضحة الدلالة على وجوب الولي في عقد الزواج، والحقيقة أنه من الصعب محاولة تأويلها بغير ذلك، لصراحتها في اللفظ والمعنى. خاصة عمدتها و هو حديث : " لا نكاح إلا بولي " .

ويستثنى من هذا الحديث الذي روته عائشة -رضي الله عنها- عن النبي -ﷺ- أنه أبطل كل أنواع الأنكحة الفاسدة التي كانت في الجاهلية، ولم يبق إلا على ما هو نكاح الناس اليوم، وهو أن يخطب الرجل إلى الرجل موليته فيصدقها ثم ينكحها، وهذا لا يثبت منع المرأة من مباشرة عقد زواجها بنفسها فليس فيه إلا بيان للإجراء المتبع عرفا لإبرام عقد زواج صحيح، فغالبا وعادة ما تخطب المرأة من وليها ويبرم الرجال عقود الزواج. و من جهة أخرى لا يمكن أن يقارن عقد زواج أبرمته امرأة بالغة عاقلة راشدة وتتوفر فيه كل شروط النكاح بباقي الأنكحة المذكورة في الحديث ولا أن يأخذ حكمهم.

الفقرة الثالثة: الترجيح.

صحيح أن أدلة المانعين -من السنة- ترجح لأنها أكثر صراحة في اللفظ والمعنى لاشتراط الولي في النكاح، إلا أنه لا يمكن تجاهل أمرين:

أولهما: أن في حديثي: من وهبت نفسها لرسول الله -ﷺ- ومن جاءته تشكي أبها تزويجه لها بابن عمها، دلالة كبيرة وواضحة على أن للمرأة في أمر نكاحها قول وقرار.

ثانيهما: أن عائشة -رضي الله عنها- قد عملت بخلاف ما روت عن حديث « لا نكاح إلا بولي » وهذا ما قد يتيح مجالا لتأويل آخر له. و إن قيل أنها فقط مهدت لزواج بنت أخيها و اختارت لها الزوج ثم عينت من يعقد ، فالحقيقة أنها إن كانت أهلا لاختيار الزوج فهذا هو بيت القصيد و ما يريده الفقهاء هو تجنب الاختيار الخطأ ، أما عن مباشرة العقد فكيف لأم المؤمنين مجالسة الرجال؟ هذا من جهة ، و من جهة أخرى على أي أساس لها توكيل أو تعيين رجل لإبرام العقد إن لم تكن أصلا تملك هذا التصرف بنفسها؟

البند الثالث: الأدلة من آثار والعقل.

الفقرة الأولى: الأدلة من الآثار.

لم يتم ذكر كل الآثار إلا أنه يمكن القول أن أثر تزويج عائشة -رضي الله عنها- بنت أخيها في غيابها ، هو عمل بخلاف ما روت -كما سبق ذكره- وهو قد يوجب جواز إبرام عقد الزواج

دون ولي، ويوحى بأن حديث «لا نكاح إلا بولي» جاء لاستحباب الولي في العقد لا غير، كما يمكن أن يقصد به ولي الصغار أو الأيا مى غير الحرائر.

وأما أمر تمهيد عائشة -رضي الله عنها- للزواج وعدم إبرامه بنفسها فهو ليس لمنع قيام النساء بذلك، بل هي تماشيا مع العرف، فلا يعقل أن تدخل أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- مجالس الرجال لإبرام عقد زواج بنت أخيها، لذا فقد أبرمه غيرها من الرجال.

وما جاء من آثار عن عمر -رضي الله عنه- أنه ولي حفصة أمور أمواله ونكاح بناته ، فإن دل على أمر فهو يدل على أن عقل وحكمة النساء جعلت لرأيهن في زواج البنات قدرا عظيما، وأمر حفصة أخاها أن يبرم العقد فهو لعدم دخول النساء مجالس الرجال كما هو الحال في أثر عائشة -رضي الله عنها- وهذا ما يؤكد صحة تفسيره على ذلك النحو، حيث نعود إلى نفس التعليق الذي ذكر في الترجيح بين الأدلة من السنة.

أما عن الآثار الأخرى المروية عن عمر -رضي الله عنه- ، فإن صحت فهي ذات دلالة صريحة على منعه لإبرام عقد الزواج بدون ولي ، ما لم يكن إبطاله لتلك الزيجات لأسباب أخرى كعدم كفاءة الزوج أو لصغر سن من زوجته أمها ..

الفقرة الثانية: الأدلة من المعقول.

إن دليل المانع من المعقول لاشتراط الولي في عقد الزواج ذو وجهة نظر صحيحة. إلا أنه يمكن القول أنه من الأخرى الاستدلال به لاستحباب عدم مباشرة المرأة عقد الزواج بنفسها ، لا منعها من ذلك منعا باتا، و ذلك تماشيا مع العرف، و هو لحثها على جعل عقد زواجها بيد وليها الذي عادة ما يكون الأب، و ذلك من باب الطاعة و التقدير ، و لأنه غالبا ما يكون أدرى منها بمصلحتها ، لمخالطته الرجال و مجالسهم...

أما دليل المجوزين من المعقول، فهو قويب إلى المنطق، فعبارة المرأة البالغة العاقلة الراشدة تصلح لإنشاء كافة العقود من بيع و إجارة و غيرها، لأنها تتمتع بأهلية الأداء الكاملة لذلك. و عقد النكاح من جملة هذه العقود التي تلزم لإبرامها أهلية الأداء الكاملة¹، و ما دامت تتوفر فيها

¹ - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة ، 455/6.

فيصح منها عقدها له، و ما دامت الأنوثة لا توجب عليها الحجر في الأموال فلا توجهه عليها في الزواج أيضا. لكن نعود إلى فريق المانعين.

و بالرجوع إلى الواقع يمكن القول أن رشد المرأة في أمور النكاح هو أمر نسبي قد يختلف من امرأة إلى أخرى ، حسب تعليمها أو الظروف التي ترعرعت فيها ، أو المحيط التي تعيش فيه و لأنه لا يمكن وضع قواعد فقهية متغيرة حسب الظروف، حيث توجب وضع قاعدة عامة سارية على الجميع، و لدرء المفسد و الأضرار ، يشترط الولي لجميع النساء أيا كانت درجة وعيهن.

الفرع الثاني: ملك المرأة كاملة الأهلية التوكيل في زواجها في القانون .

يقسم هذا الفرع لدراسته إلى بندين ، يتم بيان ملك المرأة كاملة الأهلية التوكيل في زواجها في ظل قانون الأسرة 84-11 في بند أول، وفي ظل قانون الأسرة 05-09 في بند ثان.

البند الأول: في قانون الأسرة رقم 84-11 .

الفقرة الأولى: قراءة في المواد: 7، 10، 11 ثم 20.

حدد المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة رقم 84-11 أهلية الزواج بـ 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة ، ثم بين في المادة 9 من نفس القانون الأركان التي ينعقد بها الزواج حيث نصت على أنه : « يتم عقد الزواج ، برضا الزوجين ، و بولي الزوجة و شاهدين و صدق » ، و تلتها المادة 10 بتبيان كيفية التعبير عن الرضا حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه : « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ».

و في نفس الوقت نصت المادة 11 من نفس القانون على أنه: « يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ». مما يفيد أن الولي هو الذي يباشر عقد زواج المرأة و هو الذي يقوم بصيغة الإيجاب و القبول عنها ، لكن هل يكون هذا على سبيل الوكالة ؟ .

بالنظر إلى ما ورد في المذكرة التوضيحية لقانون الأسرة رقم 84-11 نجد ما يأتي: «الترتيبات الخاصة بمختلف أشكال الوصاية تمثل وجها من وجوه العناية المعطاة من التشريع لحماية العاجزين الناتجة عن إحدى أسباب الضياع و نقص القدرة ، و كذلك للمصلحة بالنسبة للذين لا يتحملون الضرورة»¹. إذن فتولى الولي زواج المرأة ليس على سبيل الوكالة لكن يتبادر إلى الأذهان تساؤل : إذا كان المشرع الجزائري يصنف المرأة مع العاجزين و القصر فلما يحدد لها سن تكتمل فيه أهليتها للزواج ما دامت ستبقى محجورا عليها حتى و إن بلغتة ؟.

فالأصل عند تحديد سن تكتمل فيه الأهلية ، أنه عند بلوغ الشخص هذه السن مع تمتعه بكامل قواه العقلية - كما جاء في المادة 40 من القانون المدني- يعتبر كامل الأهلية و له مباشرة كل حقوقه المدنية و منها إبرامه عقد زواجه بنفسه و كذلك التوكيل فيه .

لكن وجود نص المادة 11 من قانون الأسرة رقم 84-11 يُعَدُّ المرأة من أهليتها² ، و يمنعها من ممارسة حقها في إبرام عقد زواجها و كذلك التوكيل فيه ، و هذا ما كرسته المادة 20 من نفس القانون حيث نصت على أنه: «يصح أن ينوب عن الزوج وكيل في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة». و عليه أعطى المشرع الجزائري حق التوكيل في إبرام النكاح للرجل كامل الأهلية دون المرأة، و ذلك لملكه فعل ذلك بنفسه دونها .

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه جاء في كتاب: "قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء" ما يأتي: «هناك اختلاف بين النصين العربي و الفرنسي للمادة 20 ، بحيث أن النص الفرنسي يجمع في الحكم بين الزوجين ، أي الرجل و المرأة»³ . و بالرجوع إلى النص بالفرنسية نجد:

¹ - نقلا عن : لوعيل محمد أمين ، المركز القانوني للمرأة ، دار هومه ، الجزائر، 2004، ص 54 .

² - و قد سار الاجتهاد القضائي مع هذا الموقف من جعل المرأة معدومة الأهلية ، حيث ذهب إلى رفض طلب التطلاق المقدم من الوجة قبل دخولها إلا بإذن وليها ، و ذلك في القرار الصادر في 1987/11/09 حيث جاء فيه : "حيث أن الزوجة طلبت بنفسها تطليقها و الحال أنها لا زالت تحت ولاية من زوجها الذي له سلطة الإيجار عليها فالدخول الذي يكون لها به المطالبة شخصيا بالتطليق لم يثبت ، و قبول دعواها و تطليقها يتعارض مع سلطة الإيجار التي جعلها المشرع بيد الولي للحبر المسؤول عن إتمام الزواج بخبرته ، أو تحمل نتائج عدم اهتمامه" . ◀ ينظر: • المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد 3 ، ص 72 .

³ - كما نصت في قرارها الصادر في 1988/11/2 أنه حين ترفض الزوجة الدخول فوليها هو الذي يطالب بإلزامها بالدخول و أن بقيت مصرة على ذلك و لم يتم الزواج فالولي هو الذي يتحمل نتيجة الدخول ◀ ينظر: • المجلة القضائية، العدد 2 ، لسنة 1992 ، ص 53 • لوعيل محمد أمين ، المركز القانوني للمرأة ، ص 48 ، 49 • الغوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004، ص 43 .

« Le future conjoint »، و نعي كلمة conjoint بالفرنسية L'époux و معناها الزوج و بإضافة كلمة Future فيقصد بها الخاطب أو زوج المستقبل و إذا كان المشرع يقصد الزوجين أو الخطيبين معا لجاءت المادة بصيغة: les futures conjoints¹. إلا إذا كان المعنى الذي قصده صاحب الكتاب هو أن كلمة conjoint في مفردا تفيد المذكر و المؤنث فتصلح وكالة الرجل و المرأة على أساس الصيغة بالفرنسية...

الفقرة الثانية: قراءة في المواد: 4، 9، 11، 12، 13.

بالرجوع إلى نصوص المواد 9، 11 و 12 بالفرنسية؛ مع كل تحفظ حيث أن الأصل هو النص بالعربية، إلا أن من مصادر تقسيم القاعدة القانونية الرجوع إلى النصوص بالفرنسية²؛ نجد ما يأتي:

تنص المادة 9 من القانون 84-11 المتضمن أحكام الأسرة ما يأتي:

«le mariage est contracté par le consentement des futures conjoints , **la présence du tuteur matrimonial** et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot»

و معنى : la présence du tuteur، هو: حضور الوالي .

و تنص المادة 10 من نفس القانون على أنه: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا». و ليس الرضا المقصود هنا هو رضا الزوجين حسب المادة 9 من قانون الأسرة - سواء النص بالفرنسية أو العربية - ، و بما أنه بالإيجاب و القبول تبرم العقود ، فإن المرأة إذن هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها في قانون الأسرة 84-11. و ما يدعم هذا التفسير، نص المادة 4 من نفس القانون: « الزواج هو عقد يتم

¹ Les Dictionnaires Le petit Robert 1 , les D1 le Robert , France , 1992 , P 366-

◀ و ينظر : سهيل إدريس و جبور عبد النور ، المنهل قاموس فرنسي عربي ، دار الآداب و دار العلم للملايين ، بيروت ، 1987 ، ص 236.

² - الإستعانة بالصياغة بالفرنسية هي طريق من الطرق الداخلية في تفسير القاعدة القانونية خاصة في ظل القوانين التي احتلتها فرنسا ومنها الجزائر و لبنان، فنجد النصوص بالفرنسية أدق في صياغتها من العربية رغم أن النص العربي هو النص الرسمي. ◀ ينظر : توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري-، د.م.ج، 99، ص924.

بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي»، بمعنى أنه ليس بين رجل و ولي امرأة، فالمرأة طرف في عقد الزواج لا محله ، حسب قانون الأسرة 84-11.

لكن ما يحدث إشكالا هو نص المادة 11 من نفس القانون، و التي نصت في فقرتها الأولى على أنه: « يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له » و هذه المادة توحى بأن الولي هو الذي يباشر العقد لا هي ، بيد أنه بالرجوع إلى النص بالفرنسية لنفس المادة نجد ما يأتي :

«la conclusion du mariage pour la femme incombe a son tuteur matrimonial qui est soit son père , soit l'un de ses proches parents»

و بالرجوع إلى معنى كلمة **Incombe**¹ نجد أن فعلها **incomber** يفيد معنى: توجب و تحتم و عبارة: « **ce travail lui incombe** » تعنى : هذا العمل مفروض عليه². فهل تولي عقد زواج المرأة مفروض على الولي على سبيل الواجب و الحتم؟.

و بالرجوع إلى المادة الموالية و هي المادة 12 من نفس القانون قد تتضح الصورة حيث تنص المادة بالعربية :

« لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها ، و إذا 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».

ألا يبدو أن فحوى المادة 12 يفسر جعل ولاية التزويج على سبيل الحتم، الواجب و الفرض على الولي كما جاء في النص بالفرنسية للمادة 11 من نفس القانون؟ حيث أنه لا يُمنع الشخص عن المنع إلا إذا كان هذا الأخير صورة معاكسة لواجب عليه ، بمعنى أن منع الولي موليته الزواج هو صورة معاكسة لأصل وجوب تزويجها أو وجوب قبوله لزواجها و الاستثناء هو: رفضه ذلك لأن فيه ضرا لها ، و عليه بيان ذلك و إثباته أمام القاضي الذي يملك السلطة التقديرية في ذلك ، هذا و تجدر الإشارة إلى أن كلمة : « يمنع » أقوى في المعنى من كلمة « لا يجوز » .

1- incomber : peser , en parlent de charge d'obligation. voire : • dictionnaire du français, Hachette , France 1995 ; p573.C'est a vous qu'il incombe de faire cette démarche : appartenir, revenir, Devoir .Voire : le petit Robert 1 ; même édition ; p980

² - سهيل إدريس و جبور عبد النور ، المنهل ، ص 236.

و ما يزيد الصورة وضوحا نص المادة 12 من نفس القانون بالفرنسية حيث جاء فيها :
« le tuteur matrimonial (waly) ne peut **empêcher** la personne placée sous sa tutelle de **contracter mariage** si elle le désire et si celui-ci lui est profitable En cas **d'opposition** le juge peut autoriser le mariage..»

إن قول¹ **contracter mariage** يفيد معنى « إبرام عقد الزواج»، أما المعنى الأدق لكلمة «**empêcher**» فهو: «منع»²، وكلمة **opposition**³ هو: «الاعتراض». و عليه فالترجمة الصحيحة للنص بالفرنسية إلى العربية تكون كالاتي⁴:

«يمنع الولي من منع من في ولايته من إبرام عقد زواجها إن رغبت فيه و كان أصلح لها ، و في حالة الاعتراض للقاضي أن يأذن بالزواج مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون».

و جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة بالفرنسية :

«Toute fois , le père peut **s'opposer** au mariage de sa fille vierge si tel **est l'intérêt de la fille**».

و الترجمة الصحيحة لها: «إلا أنه للأب أن يعترض على زواج ابنته البكر إذا كان في هذا الاعتراض مصلحة للبت».

إن تحديد المصطلح و التفرقة بين المنع و الاعتراض أمران ضروريان، لأن المنع هو أن تحرم الشيء من أمرٍ بنفسك، أما الاعتراض هو أن تُعرب عن الرأي في إنكار قول أو فعل أو إنكار صحته⁵، كذلك هناك فرق بين إعطاء صلاحية المنع و إعطاء صلاحية الاعتراض. حيث أن

¹ - Contracer: وقع عقدا ، أبرم ، تعاقد مع . ◀ ينظر : سهيل إدريس ، جبور عبد النور ، المنهل ، ص 244

² - سهيل إدريس ، جبور عبد النور، المنهل، ص 378.

³ - معارضة **opposition au mariage** : معارضة في الزواج . ◀ ينظر: سهيل إدريس ، جبور عبد النور، المنهل ، ص 718.

⁴ - **Empêcher** * : المنع : يفيد معنى عاق، منع : حال، و هو أن تحول بين الرجل و بين الشيء الذي يريد ◀ ينظر :
• ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1993، 158/1، مادة منع.
* **opposition** : الاعتراض هي أن يعرب المرء عن إرادته للحيلولة دون إتمام عمل قانوني كالاعتراض عن الحكم القانوني فهو يفيد: طلب إبطاله أو عدم تنفيذه . ◀ ينظر: • أحمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات القانونية ، فرنسي ، عربي ، إنجليزي ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، دار الكتاب اللبناني بيروت ، ط 1 ، سنة 1989 ، ص 172 ، رقم 693
• جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية و القانونية، الشركة العالمية للكتاب، ط1، بيروت سنة 1996، ص 58.

⁵ - محمد رواس قلنجي ، حامد صادق قنيب ، معجم لغة الفقهاء ، ص 464 و 85.

صلاحية المنع تعطي الولي حق منع الزواج بنفسه ؛ أما صلاحية الاعتراض فتوجب عليه التوجه إلى القاضي ذو السلطة التقديرية في الأمر ، و هذا أقرب إلى فحوى نص المادة 12 من قانون الأسرة رقم 84-11 . و هذا موافق لمذهب الحنفية.¹

و عليه يمكن القول -مع كل تحفظ حيث أن الأصل هو النص بالعربية- أنه حسب المواد: 04 ، 09 ، 10 ، 11 ، و 12 من قانون الأسرة 84-11 ، و استنادا لما تم شرحه آنفا تملك المرأة العاقلة غير المحجور عليها و البالغة السن القانونية للزواج -18 سنة- حسب المادة 40 من القانون المدني، أن تباشر عقد زواجها بنفسها و بالتالي أن توكل فيه
بيد أن الاتجاه الذي سارت فيه المحكمة العليا في اجتهاداتها ، قد يُعد هذا التفسير أو الاحتمال ، حيث أنها اعتبرت المرأة و لو بلغت 18 سنة و هي متمتعة بكامل قواها العقلية قاصر ، لا تستطيع حتى طلب تطليقها قبل الدخول إلا بإذن وليها و فرضت عليها السلطة أو الولاية الإجبارية لأبيها عليها

و في هذا الشأن تجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات لا تتناسب مع فحوى نص المادة 13 من قانون الأسرة رقم 84-11 التي تنص على أنه: « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها ». هل المقصود بكلمة: «الزواج» المذكورة في هذه المادة هو العقد فقط و إبرامه أم حتى تنفيذ العقد بالدخول؟ فإن كان المقصود هو إبرام العقد فقط، فيمكن القول أنه لا يوجد تناقض بين ما ذهب إليه المحكمة العليا من قرارات و ما تنص عليه المادة 13 ؛ أما إن كان المقصود هو الاثنان معا ؛ و هو الأرجح لأن الهدف من عدم الإجبار منشود في الدخول و ما بعده و ليس في إبرام العقد فحسب؛ فما قضت به المحكمة العليا من قرارات بإجبار الولي للبكر كاملة الأهلية في الدخول يتناقض مع نص المادة 13 ، إلا إذا كان المقصود في هذه المادة الفتاة القاصر...؟ وعلى الأرجح أن هذا هو الأصح.

و القاصر هو الشخص الذي لم يبلغ السن القانوني لاكتمال الأهلية² و هي في الزواج 18 سنة حسب المادة 7 ق أ. يُعقل أن تجبر البكر البالغ العاقل التي اكتملت السن القانوني للزواج و أن يُمنع جبر القاصر و يشترط موافقتها لتزويجها...؟ لم يقل مذهب و لا فقيه بهذا

¹ - المرغناي، الهداية ، 392/2

² - ينظر هامش : السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، 1 / 277.

الرأي في الفقه الإسلامي و حتى من منع تزويج الصغار فقد منعه مطلقا¹. إنه من المنطقي أن يقصد بما جاء في المادة 13 كل من المرأة البالغة و القاصر ، و هذا هو الأصح و هو أكثر انسجاما مع ما تم بيانه سابقا فيما يخص ما ذهبت إليه المحكمة العليا.

نعود إذن وبغض النظر عن أقوال الفقهاء في هذه المسألة واستنادا إلى ما تم من قراءات في النصوص القانونية فقط إلى القول بأنه حسب المواد 04 ، 09 ، 10 ، 11 ، 12 و 13 من قانون الأسرة 84-11 تملك المرأة كاملة الأهلية إبرام عقد زواجها بنفسها و بالتالي التوكيل فيه .

بحثا في مسألة: «مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج» ذهب صاحب رسالة ماجستير بهذا

العنوان إلى القول بأن: «الولاية في الزواج على المرأة ، قد تكون بمثابة توكيل منها للولي بحيث أن عقد الزواج يقبل الإنابة...»² و قد يصح هذا الاحتمال ، استنادا إلى ما تم التطرق إليه آنفا لكن يمكن القول أن المشرع ربما حصر حق توكيل المرأة الغير في عقد زواجها في الولي دون غيره و تثبت هذه الوكالة تلقائيا بحكم القانون تماشيا مع العرف...وقد ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد في هذه المسألة إلى ما يأتي: «رضا الفتاة لا يكفي وحده بل لابد من تدعيمه برضا الولي وموافقته حتى يتمكن من ممارسة إبرام عقد الزواج نيابة عنها في الحالات التي يمنعها العرف و الحياء من حضور مجلس العقد.» هل يقصد هنا أن الولي وكيل كما جاء في بحث الماجستير السابق الذكر؟ خاصة أنه عند ذكره لصيغة الزواج قال: " ويجيبه الولي أو وكيل الزوجة...و يرد مثل الزوجة.. " ³ إذن للمرأة التوكيل في قانون الأسرة 84-11، وربما الولي هو مجرد ممثل ، أو ليس هذا مذهب هو ما يقول به مذهب الحنفية ؟

زبدة هذا النقاش و ما أثير فيه من مسائل هي أن المشرع الجزائري في تشريعه لقانون الأسرة رقم 84-11 لم يوفق في إيجاد توازن بين ضرورة توفر أهلية المرأة لمباشرة عقد زواجها و وجود ولي. كما أنه لم يضبط مصطلحات مواده ولم يوازن بين النصوص بالفرنسية و العربية و لا يخفى أنه توجب أن تكون المصطلحات القانونية دقيقة ، و أن عدم ضبطها من شأنه أن يخلق ثغرات و تناقضات في القانون .

¹ - عبدو أحمد، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج - بحث ماجستير - كلية الحقوق ، الجزائر العاصمة ، 2000، نقلا عن:

العوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ص 33.

² - لوعيل محمد أمين ، المركز القانوني للمرأة ، ص 51.

³ - الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة ، ط2، 1989، ص 117، 120.

و بالرجوع إلى ما كان معمولاً به من الناحية التطبيقية أو بالأحرى ما كان سائداً في الأذهان و تم السير على نحوه ، هو أن المرأة كاملة الأهلية القانونية لا تملك مباشرة عقد زواجها قانوناً ولا التوكيل فيه و أن لوليها مباشرته ، و هذا ما تؤكد المادة 20 من نفس القانون . هذا مع كل تحفظ حول هذا الاتجاه لما أثير من مسائل آنفاً بشأنه، و يطرح تساؤل: هل طبق قانون الأسرة رقم 84-11 تطبيقاً صحيحاً...؟ .

البند الثاني: في قانون الأسرة رقم 05-09.

الفقرة الأولى: أهلية المرأة و مسألة الولاية عليها

بعد أن عدّل قانون الأسرة بالقانون رقم 05-09 ، أصبح موقف المشرع الجزائري فيما يخص أهلية المرأة في الزواج و مسألة الولاية عليها فيه أكثر وضوحاً ، و ذلك تبعاً لما جاء في تعديلات المواد : 04 ، 09 ، 10 ، 11 و 13 حيث جاءت على النحو الآتي :

1- عدّلت المادة 4 التي تُعرف عقد الزواج و أضيفت إليها كلمة «رضائي» بمعنى «عقد رضائي»¹، و ذلك تأكيداً لكون رضا الزوجين هو نواة و أساس الزواج، و أن حصوله بإيجاب و قبول كما جاء في المادة 10 من نفس القانون يبرم عقد النكاح .

2- عدّلت المادة 9 فأصبحت تنص على ما يأتي: «يُعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين» و هذا تكريس لما جاء في تعديل المادة 4 ، من أن عقد الزواج عقد رضائي: و أكدت أن الرضا يُتبادل بين الزوج و الزوجة لا الزوج و الولي.

3- عدّلت المادة 11 فأصبحت تنص على ما يأتي:

«تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له».

¹ -العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده الإيجاب و القبول بين العاقدين ◀ ينظر أحمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات القانونية ، ص 14 ، رقم 39.

إذن تأكيداً لما جاء في المادتين 4 و 9 ، وفق المشرع الجزائري بهذه المادة بين الفتاة القاصر التي لم تبلغ السن القانونية للزواج وبين المرأة كاملة الأهلية ، و جعل الولي هو الذي يبرم عقد القاصرة دون كاملة الأهلية التي أعطاهما الحق في مباشرة العقد بنفسها .

4- تأكيداً لفحوى تعديل المادة 11 عدلت المادة 13 التي كانت تنص على ما يأتي: « لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقته» و أضيف لها كلمة « قاصرة». وهذا ما يتوافق مع ما تم التوصل إليه آنفاً عند محاولة تفسير التضارب الحاصل بين المادة 13 من قانون الأسرة 84-11 و قرارات المحكمة العليا.

الفقرة الثانية: تأثير تعديل قانون الأسرة في ملك المرأة التوكيل في

زواجها.

وبناء على هذا و تطبيقاً للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل قانوناً¹ فمن المفروض أن تملك المرأة كاملة الأهلية توكيل الغير في إبرام عقد زواجها في ظل قانون الأسرة رقم 05-09 وبالتالي كان من المنطقي أن تُعدّل في نفس سياق تعديل المواد 04 ، 09 و 11 المادة 20 من نفس القانون حيث تصبح كالاتي : « يصح أو يجوز- أن ينوب الزوج أو الزوجة وكيل في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة ».

إلا أنه و للأسف الشديد لم يحدث هذا التعديل، و ما يفاجئ أكثر هو أن المادة 20 أُلغيت تماماً... لكن هل الأصل في إلغاء هذه المادة هو إلغاء الوكالة و منع التوكيل في الزواج مطلقاً؟ أم هذا إلغاء لأحد المواد التي توحى بالتمييز ضد المرأة؟ حيث جاء في عرض الأسباب في نص المشروع التمهيدي لقانون الأسرة ما يأتي:

« تقترح هذه المادة إلغاء المواد 12، 13 ، 63 المتعلقة بالولاية والمادة 20 التي تنص على الزواج بالوكالة بغرض تحقيق الانسجام مع التعديلات المقترحة...». صراحة لا يتجلى أي انسجام بين هذه وتلك، سوى أن هذه المواد بالإضافة للمواد : 38 و 39-الملغاة هي الأخرى- ، يتبين فيها تمييز بين الرجل والمرأة ، ومن أهم و أول أسباب تعديل قانون الأسرة 84-11 بالقانون 05-09

¹ - السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، 86/1 .

حسب ما جاء في مجلة الفكر البرلماني هو شجب هذا النوع من التمييز¹ ، و ذلك تطبيقا وتنفيذا لما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادقت عليها الجزائر وبالتدقيق المواد الآتية:

■ تنص المادة 15 في بنديها الأول و الثاني و الثالث على ما يأتي²:

«1- تمنح الدول الأطراف المرأة المساواة مع الرجل أمام القانون .

2- تمنح الدول الأطراف المرأة أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل في الشؤون المدنية، ونفس فرص ممارسة تلك الأهلية وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملها على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات المتبعة في المحاكم و الهيئات القضائية.

3- توافق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي لها أثر

قانوني يستهدف تقييد الأهلية القانونية باطللة و لاغية .»

■ تنص المادة 16 في فقرتها: «أ» و «ب» من البند الأول على ما يأتي:

«1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة:

أ- نفس الحق في عقد الزواج .

ب- نفس الحق في اختيار الزوج و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر.»

ألا يبدو جليا أن تعديل المواد 4، 7، 9، 11 و 13 و إلغاء المادة 12³، ليس إلا تطبيقا

¹ - من مجالات اختصاص البرلمان : العمل جاهدا لدعم حقوق المرأة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضدها ، بما في ذلك إعادة النظر في المنظومات الوطنية القانونية و القضائية و السياسية لتجديدها و تطويرها و تكييفها مع الضوابط و المعايير الدولية ، و آخر ما ينجر عنه حاليا مراجعة قانون الأسرة. ينظر: • مجلة الفكر البرلماني، ص 188 ، و الصفحة 22 من هذا البحث .

² - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة : اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18/12/1979 بمقتضى القرار 180/34 ، تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول 1981 طبقا للمادة 1/27.

³ - * التأكيد أن الزواج عقد رضائي و ضمان رضاها بتعديل المواد 4 ، 9 ، 13 ،

* المساواة بين الرجل و المرأة في أهلية الزواج في المادة 7.

* تحرير المرأة من قيد الولاية بتعديل المادة 11.

صريحاً و واضحاً للمادتين 15 و 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة¹ ؟
وبما أن المادة 20 من قانون الأسرة رقم 84-11 كانت تكريسا للمواد المعدلة حيث يتجلى فيها إعطاء الرجل حق التوكيل في زواجه دون المرأة، ملكه مباشرة ذلك بنفسه، فنتعبر إذن مادة من المواد التي تشكل تمييزاً ضد المرأة ، و إلغاؤها ليس إلا تطبيقاً للفقرات : «أ»، «و» من المادة 2 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث تنص على الآتي :
«تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة و توافق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة و دون إبطاء سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة و تحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي :
أ- تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى ..
و- اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو إلغاء القوانين و الأنظمة و الأعراف و الممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة»
إضافة إلى كل هذا ألا توحى المادة 11 من القانون 05-09 في عبارتها: « بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره». أنه قد يكون هذا الحضور على سبيل التوكيل وإلا فما معناه إذن حضور وليها؟ إن كان بهدف شهادته زواجها فلا يعقل ذلك لاشتراط وجود شاهدين غيره أصلاً . و إن كان بهدف تخفيف وقع تغيير المادة وعدم إلغاء الولي تماماً فالحقيقة أن عبارة: «حضور الولي» كانت موجودة سابقاً ، في النص بالفرنسية للمادة 9 من قانون الأسرة 84-11 - كما تم بيانه في مناقشة قانون الأسرة المعدل - . خاصة و أنه من الناحية التطبيقية الصيغة تكون بين الزوجين و الولي يبين حضوره و يثبت بتوقيعه . وعلى ما يبدو هذا ليس تغييراً في الاتجاه بل توضيحاً له و تدقيقاً لمصطلحاته ومواده ، تنسيقاً مع ما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ؛ لهذا قد يفسر هذا الحضور الذي تختاره بمثابة توكيل منها...
هذا مع ملاحظة أن "أو" قد تفيد الترتيب كما قد تفيد الخيار، فإن كانت تفيد الترتيب فرمما الحضور جاء لإعطاء حق الاعتراض للولي، و لا يأتي من رتب بعده إلا لأسباب وجيهة كما أن لاشتراط الحضور بهذه الطريقة وزن ، وهذا أفضل من أن تكون "أو" على سبيل الاختيار لكن توجب تنظيم ذلك

¹ - إلغاء المواد : 63 ، 38 و 39 هو تطبيق واضح للفقرات : ج ، د ، هـ ، و للبيد الأول من المادة 16 من الاتفاقية

و بناء على كل هذا نخلص إلى ما يأتي:

- 1- إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة رقم 84-11 لا يهدف إلى إلغاء أو منع الوكالة في الزواج بل إلى شجب أحد مظاهر التمييز ضد المرأة .
- 2- الوكالة في الزواج قائمة على: أساس ما يأتي:
 - أ- الزواج عقد رضائي يقبل النيابة فيه .
 - ب- تجوز الوكالة في الزواج في القانون 05-09 تطبيقا للمادة 222 منه لأنها جائزة في الفقه الإسلامي.
 - ج- الوكالة في الزواج صحيحة في ظل القانون 05-09 وأحكامها العامة منظمة في القانون المدني.
- 3- تملك المرأة البالغة سن الرشد و المتمتعة بكامل قواها العقلية إبرام عقد زواجها بنفسها. وعليه و تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل تملك المرأة كاملة الأهلية حسب المادة 7 من قانون الأسرة 05-09 والمادة 40 من القانون المدني التوكيل في عقد زواجها كما تشاء تحت ظل قانون الأسرة رقم 05-09.

المبحث الثاني :

مدى ملك الزوج و الولي الإنابة في عقد الزواج

و شروطه.

إن القول بملك الزوج الإنابة في عقد الزواج يقصد به التوكيل فقط، حيث لا يملك هذا الأخير أن يوصي غيره ليزوجه بعد موته، عكس الولي حيث يقصد بملكه الإنابة ملكه التوكيل و الإيضاء معا . فما مدى ملك الرجل كامل الأهلية التوكيل في زواجه؟ و ما مدى اشتراط كمال الأهلية في ذلك؟ و ما مدى ملك الولي التوكيل في عقد زواج مواليه و كذلك الإيضاء فيه؟ وهل يملك كل الأولياء الإنابة في عقد زواج من في ولايته؟

سيتم بيان هذا كله في مطلبين يتناول في أولهما مدى ملك الزوج التوكيل في عقد زواجه و شروطه، و في ثانيهما مدى ملك الولي الإنابة في عقد زواج مواليه و شروطه.

المطلب الأول : مدى ملك الرجل التوكيل في زواجه و

شروطه .

إن الرجل كامل الأهلية ، هو الرجل البالغ العاقل الراشد فقها ¹ ، أما قانونا فهو البالغ سن الرشد القانوني وهو متمتع بكامل قواه العقلية ². و الرجل البالغ العاقل الذي تخلو أهليته من أي عارض من عوارض الأهلية، يعتبر أهلا لتوجيه الخطاب إليه وتكليفه بجميع التكليفات الشرعية، و تقع جميع عقود تصرفاته صحيحة ³ ومن بينها إبرام عقد زواجه. وعلى هذا الأساس لا يذكر الرجل البالغ العاقل عند تعداد المولى عليهم في الزواج. وعلى هذا وتطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل، يتفق الفقهاء على صحة توكيل الرجل كامل الأهلية غيره ليبرم له عقد زواجه ⁴ ولا خلاف في ذلك خاصة وأن رسول الله - ﷺ - وكل أبا رافع في تزويجه بميمونة ⁵ .

و سيتم بيان مدى ملك الرجل التوكيل في زواجه و شروطه في فرعين ، وذلك بتبيين موقف الفقه الإسلامي في أولهما و موقف القانون الجزائري في ثانيهما .

¹ - عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه، ص 98 .

² - ينظر المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

³ - عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه، ص 98، 99 .

⁴ - حتى وان لم يكن هذا الاتفاق بصريح العبارة كما هو الحال عند فقهاء المالكية ◀ ينظر: عبد الكريم زيدان، المفصل، 387/6-481.

⁵ - سبق تخريجهما

◀ ينظر : للشافعية : • الهيثمي ، تحفة المحتاج ، 294/5 ، للحنابلة • المرادوي ، الإنصاف ، 85/8 . للحنفية : • ابن نجيم المصري ، البحر الرائق ، 146/3 . للمالكية • محمد عيش ، منح الجليل ، 26/3 .

الفرع الأول : ملك الرجل ناقص الأهلية التوكيل في زواجه

فتحا.

البند الأول: مدى اشتراط البلوغ و العقل لملك الزوج التوكيل فيها .

الفقرة الأولى: مدى اشتراط البلوغ

تنقسم مرحلة ما قبل البلوغ إلى قسمين: مرحلة الجنين ثم الانفصال إلى التمييز ومرحلة التمييز إلى البلوغ. أما الأولى فيعتبر فيها الصبي غير مميز يتمتع فيها بأهلية الوجوب و هي أهلية وجوب الحقوق المشروعة له و عليه، دون أهلية الأداء التي تعطيه صلاحية المطالبة بالأداء بالقول أو بالفعل، و لانعدام هذه الأهلية عند الصبي غير المميز لا يترتب على أقواله أو أفعاله أي أثر. فعقوده و كل تصرفاته القولية أو الفعلية باطلة¹.

أما الصبي المميز فهو الذي يفهم الخطاب و يحسن رد الجواب حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى² و يبدأ سن التمييز في السابعة و ينتهي بالبلوغ³. و بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء في مسألة مدى صحة تصرفات الصبي المميز و منها إبرامه عقد زواجه، يمكن القول أنهم انقسموا إلى أربعة فرق: فريق المانعين مطلقا، فريق المجيزين مطلقا، فريق المجيزين بشرط إذن الولي، و أخيرا فريق المجيزين في القبول دون الإيجاب.

أولا: فريق المانعين مطلقا .

و هو فريق الشافعية⁴ و الظاهرية⁵. فلا صحة لعقد المميز نكاح نفسه عندهم أذن له وليه أم لم يأذن، و هو بذلك لا يملك توكيل الغير فيه و ذلك لأن الصبا يسلب العبارة و الولاية

¹ - عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه، ص 92 - 98.

² - الدردير، الشرح الكبير، 4/2.

³ - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 97.

⁴ - النووي، المجموع، 131/16 • النووي، روضة الطالبين، 10/3.

⁵ - ابن حزم، المحلى، 322/7، 323/8.

إلا ما يُستثنى من عبارات و غيرها¹؛ لذا يشترط البلوغ لصحة التصرفات² . و دليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم - : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق »³ .

ثانيا : فريق المميزين بشرط إذن الولي .

و هو مذهب الحنيفة⁴ و المالكية⁵ و قول للزيدية⁶ و هؤلاء لم يشترطوا البلوغ في الموكل، بل تصح وكالة الصبي المميز عندهم ، فقد علل الحنيفة ذلك بأن الصبي العاقل له عبارة صحيحة ، إلا أنه لقصر نظره احتاج إلى انضمام رأي وليه إليه ليحصل بذلك تمام النظر له⁷ . و ذهب فقهاءهم إلى أن وكالة المميز لا تخلو من ثلاث⁸ :

- 1- أن يوكل في أمر ضار له ضررا محضا كتوكيل في هبة و صدقة من ماله ، فإنه لا يجوز منه و بالتالي الأولى عدم جوازه من موكله ، حيث لا يملك التوكيل في ذلك .
- 2- أن يوكل في أمر نافع له نفعاً محضاً كتوكيل في قبول هبة، فهو جائز كجواز صدوره منه.
- 3- أن يوكل في أمر دائر بين النفع و الضرر كتوكيل في البيع فإن كان مأذونا بالتجارة جاز له التوكيل فيه ، و إلا فهو ينعقد موقوفاً على إجازة وليه .

¹ - الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج، 166/2.

² - ابن حزم، المحلى، 322/7، 322/8.

³ - النسائي، سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، 156/6، حديث رقم: 3432. وهو لفظه و قال فيه أنه حديث صحيح. • البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الصيام، باب الصبي لا يلزمه فرض الصوم حتى يبلغ ولا المجنون حتى يفيق، 269/4، حديث رقم: 8091.

⁴ - السرخسي، المبسوط، 45/19 • الكاساني، بدائع الصنائع، 20/6.

⁵ - الدردير، الشرح الكبير، 241/2 • القرافي، الفروق، 101/3.

⁶ - ابن المظني، البحر لأخار، 58/6.

⁷ - السرخسي، المبسوط، 21، 22/25 • الكاساني، بدائع الصنائع، 233/2 • أحمد البخاري علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، 362، 363/4.

⁸ - الكاساني، المصدر نفسه، 20/6 • السرخسي، المصدر نفسه ، 21، 22/25.

و يمكن اعتبار إبرام عقد الزواج من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر و عليه فهو تصرف موقوف على إذن الولي أو إجازته¹، و بالتالي فللصبي المميز عند الحنفية التوكيل في زواجه إذا أذن له وليه و أجاز وكالته. وكذلك إذن هو الحال عند المالكية² و في قول للزيدية³ فتجوز وكالة الصبي المميز عندهم في زواجه إذا أذن له وليه أو أجازته و إلا فلا .

ثالثا : فريق المميزين في القبول دون الإيجاب .

و هو رأي للحنابلة ، حيث يجوز عندهم و يصح قبول الصبي المميز نكاحه بإذن وليه⁴ و كذلك وكالته فيه⁵ ، و إن لم يأذن وليه فلا يصح قياسا على عدم تصحيحهم تصرفاته بغير إذن وليه في البيوع⁶. أما إيجابه فلا يصح منه و من باب أولى لا يصح من وكيله لأنه لا يملك التوكيل فيه⁷ ، و مرّد ذلك على ما يبدو أنه تصرف يشترط فيه البلوغ و الله أعلم ...

رابعا : فريق المميزين مطلقا⁸

و هي رواية عن الإمام أحمد - رحمه الله - و عنده إذا بلغ الصبي عشرا زوج و تزوج ، و ظاهر هذه الرواية أن يصح هذا بدون إذن ولي، و وجه الدلالة في ذلك كما قال صاحب "المغني" في توجيهه عدم اشتراط البلوغ في الولي - و عليها القياس - : « لأنه يصح بيعه و وصيته في طلاقه فثبت له الولاية كالبالغ ». و عليه فللصبي المميز البالغ عشرا الولاية على نفسه فله تزويجها، و من ثمة التوكيل في زواجه دون توقف على إذن وليه .

¹ - السرخسي، المصدر نفسه • أحمد البخاري، كشف الأسرار، 4/363، 362.

² - الدردير، الشرح الكبير، 2/241 • القرافي، الفروق، 3/101.

³ - ابن المرتضى، البحر لأخبار، 6/58.

⁴ - البهوتي، كشف القناع، 5/46 • المرداوي، الانصاف، 2/181.

⁵ - ابن قدامي، المغني، 7/358.

⁶ - البهوتي، كشف القناع، 3/173.

⁷ - المصدر نفسه، 3/540.

⁸ - ابن قدامي، المغني، 7/356 • ومعه الشرح الكبير، ص426.

كانت هذه أقوال الفقهاء في مدى اشتراط البلوغ لملك الرجل التوكيل في زواجه ، و نختتمها بقول "ابن قيم" ¹ رحمه الله : « لم يقيم دليل شرعي على إهدار أقوال الصبي بالكيفية ، بل الأدلة الشرعية تقتضي اعتبار أقواله في الجملة » ².

الفقرة الثانية: مدى اشتراط العقل

لا شك أن العقل هو مناط التكليف و الأهلية للتصرف، فتصرفات فاقد العقل خالية من الإرادة و القصد الصحيحين، لهذا يعتبر المجنون و من في حكمه من معتوه و مغمى عليه غير مكلف شرعا ³. كما يدل على ذلك قوله -ﷺ-: « رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق » ⁴.

و صرح الحنفية ⁵ بجواز توكيل المجنون جنونا متقطعا في حال إفاقته إن كان وقت إفاقته معلوما. بينما ذهب المالكية إلى الحجر على المجنون أيا كان نوع جنونه ⁶. ومن الأسباب الأخرى التي قد يزول بها العقل غير الجنون السكر ، و هو ما يجعل الشخص غير عالم بما صدر عنه ، فإن سكر الشخص بطريق محرم فكل تصرفاته تقع صحيحة

¹ - هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين: من أركان الإصلاح الاسلامي، وأحد كبار العلماء. مولده ووفاته في دمشق. تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شئ من أقواله، بل ينتصر له في جميع ما يصدر عنه. وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه، وسجن معه في قلعة دمشق. وألف تصانيف كثيرة منها: (إعلام الموقعين) و (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) و (شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل). و (أحكام أهل الذمة). (691 - 751 هـ = 1292 - 1350 م). ◀ ينظر: الزركلي، الأعلام، 6/55.

² - محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ، أحكام أهل الذمة، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط2، 2002م، 8/2.

³ - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح ، 436/1 • محمد عبد الجبار العافي، الوكالة في الشريعة و القانون ، 136.

⁴ - سبق تحريجه.

⁵ - الشيخ نظام ،الفتاوى الهندية، 561/3، وذلك لأن تصرفاته وقت إفاقته تعتبر صحيحة عندهم ◀ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4/55.

⁶ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م3/5/290.

ومنها النكاح و الوكالة فيه و ذلك عند جمهور الفقهاء من : حنفية¹ و شافعية² و حنابلة في إحدى الروايتين وهي التي استقر عليها المذهب³. و فرق المالكية ؛ في رواية عن مالك ؛ بين تصرفات السكران، حيث أزهوه الطلاق والعق و القود من الجراح والقتل، ولم يلزوه النكاح و البيع⁴، و عليه لا تلزمه الوكالة في النكاح .
و ذهب فريق من المالكية⁵ و رواية ثانية للحنابلة⁶ إلى عدم صحة كل تصرفات السكران مطلقاً لأنه فاقد للعقل و لا قصد له ؛ و منها الزواج و الوكالة في فيه.

البند الثاني: مدى اشتراط الرشد⁷ وعدم الحجز لملك الزوج التوكيل

فتها.

الفقرة الأولى: مدى اشتراط الرشد.

يشترط في الموكل ألا يكون سفيهاً وذلك في أموره المالية ، لعدم صحة مباشرته ذلك بنفسه فبوكيله أولى⁸ .

والسّفه لغة هو : خفة الحلم ونقيضه و أصله الخفّة والحركة⁹ . وأما اصطلاحاً : فقد عرفه الفقهاء بعدة تعاريف، من أحسنها تعريف صاحب "العناية" حيث قال : « السّفه خفة

¹ - ابن نجيم، الأشباه و النظائر، ص 310.

² - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه و النظائر في فروع و قواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ص 219، 218.

³ - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد لابن القيم، 57/4.

⁴ - ابن رشد، بداية المجتهد ، 86/2.

⁵ - المصدر نفسه.

⁶ - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد، 58/4.

⁷ - الرشد عند جمهور الفقهاء حنفية ومالكية وحنابلة هو صلاح في المال ، بمعنى معرفة وجوده كسبه واستثماره وعدم تبذيره ، ◀ ينظر للحنفية : • السرخسي، المبسوط، 157/24 ◀ ينظر للمالكية : • ابن رشد ، بداية المجتهد ، 320/2. ◀ ينظر للحنابلة : • ابن قدامي ، المغني، 522/4 .

⁸ - عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون ، ص 141 .

⁹ - ابن منظور : لسان العرب، ص 2032

تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع و العقل ، مع قيام العقل ، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل و الشرع»¹ .
واختلف جمهور الفقهاء في وكالة السفية في نكاحه بغير إذن وليه إلى أربعة مذاهب وذلك بناء على اختلافهم حول صحة نكاح السفية بنفسه و عدمه² .
وتجدر الإشارة إلى أن الأصل في هذا الخلاف ، هو خلاف حول الحجر³ على مال السفية من عدمه ، حيث قال بعدم الحجر أبو حنيفة⁴ والظاهرية⁵ ، وخالفهم في ذلك جمهور جمهور الفقهاء من مالكية⁶ وشافعية⁷ وحنابلة⁸ ، ورغم اتفاق الجمهور على الحجر على السفية في ماله، اختلفوا في صحة تزويج نفسه بغير إذن وليه⁹ ، وبالتالي في صحة توكيله غيره لتزويجه بغير إذنه أيضا ، وفيما يلي بيان ذلك باختصار :

أولا : المجيزين مطلقا .

و هو مذهب القائلين بصحة توكيل السفية في زواجه مطلقا، وهو رأي كل من لا يرى حجرا على السفية في حاله ك : أبي حنيفة و الصحابين في ظاهر قول الهداية¹⁰ وهو قول

¹ - الباري، شرح العناية على الهداية مع تكملة فتح القدير، 259/3 .

² - ولا يدخل في هذا البحث السفية المهملة و هو غير المحجور عليه لان تصدر تصرفاته .

³ - الحجر لغة هو المنع ينظر : ابن العربي، لسان العرب، 782/2-مادة حجر- . الحجر شرعا هو : " منع الإنسان من التصرف في ماله " . ◀ ينظر : البهوتي ، كشاف القناع ، 187/3 .

⁴ - السرخسي، المبسوط، 157/24 .

⁵ - ابن حزم ، المحلى ، 278/8 .

⁶ - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص325 • ابن رشد، بداية المجتهد، 318/2 .

⁷ - البهوتي، كشاف القناع ، 527/3 .

⁸ - المصدر نفسه، 367/528، 172، 6/3 .

⁹ - و يعود ذلك إلى اختلاف وجهة نظر كل فريق في تكييف عقد الزواج إن كان من التصرفات غير المالية أو غير المالية .

◀ ينظر : الخرشى، الخرشى على مختصر خليل، م201/3/2 • الحصني، كفاية الأختيار، المكتبة العصرية، بيروت، صيدا، ط4، 1988، 90/2 • ابن قدامى ، المغني، 528/4 .

¹⁰ - المرغني، الهداية، 315، 316/3، صاحب تكملة فتح القدير على اتفاقهم على هذا الرأي ◀ ينظر : قاضي زاده أفندي، نتائج الأفكار ، 259/9 .

الظاهرية أيضا¹. وقيد الحنفية زواجه بمهر المثل لأنه من ضرورات النكاح وما زاد عليه فهو باطل².

وتطبيقا للقاعدة العامة لمالكي التوكيل، يمكن القول أنه يجوز عند أصحاب هذا المذهب للسفيه أن يوكل غيره ليبرم له عقد زواجه دون اشتراط لإذن وليه، لكن مع تقييد ذلك بمهر المثل.

ثانيا : مذهب المحيزين بشرط الإذن.

ترويح السفيه نفسه بغير إذن وليه عند أصحاب هذا المذهب باطل؛ وهو مذهب الشافعية؛ وقيده بعضهم بشرط ألا ينته حاله إلى خوف العنت ، وإلا فيصح نكاحه ، كالمراة المعضولة التي تعذر عليها مراجعة السلطان³. ولا يجوز عند أصحاب هذا المذهب للسفيه المأذون المأذون بالزواج أن يوكل فيه، و ذلك لأن الإذن لا يرفع الحجر إلا على التصرف الذي صدر لأجله و هو النكاح، و لا يتعداه إلى تصرف آخر هو الوكالة⁴.

وعليه لا يجوز عندهم توكيل السفيه غيره ليزوجه إلا بإذن وليه لعدم ملكه ذلك بنفسه. و ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أنه على السفيه المأذون له بالزواج أن يتقيد بما عينه له وليه فيما يخص المرأة أو المهر ، و إن لم يعين له - وفيه قولان صحة زواجه في قول وهو الأصح، و عدم صحته في قول آخر لأنه رفع للحجر- و توجب عليه التقييد بمن تليق به و بمهر المثل⁵. وعليه فوكيل السفيه المأذون مقيد بما هو مقيد به موكله.

¹ - ينظر : ابن حزم ، المحلى، 278/8، وما بعدها .

² - مرغاني ، الهداية، 3/ 317. • قاضي زاده، تكملة فتح القدير ، 259/9 .

³ - النووي ، روضة الطالبين، 441/5، 440.

⁴ - الهيثمي، تحفة المحتاج، 291/7.

⁵ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 169/4-170. إلا أنه لو عين له المرأة و المهر و كان مقدار ما عينه أكثر من مهر مثلها بطل الإذن و لم يصح النكاح.

ثالثاً: مذهب المجيزين بشرط الإجازة.

وهو مذهب المالكية ، ويصح عندهم تزويج السفية نفسه بغير إذن إذا أجاز الولي العقد فإن لم يجزه فسخ ، ويتعين أن يكون في هذا الفسخ المصلحة¹ .
وعليه يصح للسفيه أن يوكل غيره ليبرم عقد زواجه ابتداءً، لكنه مقيد بإجازة الولي انتهاءً
عكس مذهب الشافعية الذي يشترط إذن الولي ابتداءً.

رابعاً : مذهب المجيزين بشرط الحاجة .

وهو مذهب الحنابلة، ويصح عندهم تزويج السفية نفسه بدون إذن وليه، إن كان محتاجاً إلى النكاح ، أمّا إن لم يكن محتاجاً فلا يصح ، وهو الصحيح في المذهب² . وحجتهم في هذا هو أن عقد الزواج عقد غير مالي³ .
وعليه يصح توكيل السفية غيره ليبرم له عقد زواجه ؛ بدون إذن وليه ابتداءً و بدون اشتراط إجازته انتهاءً؛ إن كان محتاجاً إلى النكاح. ولا تصح لا الوكالة ولا عقد الزواج إن لم تتوفر هذه الحاجة .

خامساً: آراء المعاصرين .

من المعاصرين من يرجح عدم جواز تزويج السفية نفسه بغير إذن وليه ، فمصلحته ومصلحة الغير تقتضي منعه إساءة التصرف في ماله ، ولعقد الزواج جانب مالي، والمتمثل في المهر ونفقات الزفاف من جهة ، ونفقات الزوجة وبيت الزوجية ومن ثم الأولاد من جهة أخرى⁴ .
ويرى البعض الآخر أن للسفيه عبارة صحيحة في النكاح وهو لا يمنع منها ما لم يقيم دليل على ذلك ، خاصة وأن عقد الزواج عقد غير مالي ، وأمّا جانبه المالي ، فهو غير مقصود

¹ - الخرشبي ، الخرشبي على مختصر خليل ، م 201/3/2 • الدردير أحمد أبو البركات، الشرح الكبير بحامش حاشية الدسوقي، المطبعة الكبرى ، مصر، ط3، 1318 هـ، 217/2.

² - المرادوي، الانصاف، 334/5 .

³ - ابن قدامى، المغني، 528/4 .

⁴ - محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون، ص 143 .

لذاته و إنما يلزم المهر في النكاح كما يلزم كله أو نصفه في الطلاق ، وقد قال المانعون للسفيه بالنكاح بنفسه بصحة طلاقه ، فوجب إذن القول بصحة نكاحه أيضا ¹.

إن الإشكال يقع في الزاوية المنظور بها إلى عقد الزواج ، لتكييفه كتصرف مالي أو غير مالي. و قد ذهب جمهور الفقهاء ² إلى جواز كل تصرفات السفيه غير المالية لأنه غير محجور عليه فيها. و بالتالي فهو إذن يملك التوكيل فيها كالطلاق و الخلع ...

ويمكن القول أنه حتى و إن لم نُكَيَّف عقد الزواج على أنه من التصرفات المالية ، إلا أنه لا يمكن تجاهل جانبه المالي عند وبعد إبرامه ، لهذا يفضل تقييد جواز عقد السفيه زواجه بنفسه ومن ثم توكيله فيه بما يأتي :

- مهر المثل .

- إجازة الولي ، أو القاضي .

- إرجاع السلطة التقديرية للقاضي في حالة وقوع خلاف بين السفيه المحجور عليه و وليه ، سواء قبل إبرام العقد وذلك برفض الولي الإذن للسفيه بالزواج أو تزويجه ، أو بعد إبرام العقد وعدم إجازة الولي له و طلبه إبطاله .

و الحقيقة - كما ذكر آنفا- أن الإشكال يقع في الزاوية المنظور بها إلى عقد الزواج ، لتكييفه كتصرف مالي و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز كل تصرفات السفيه الغير المالية كالطلاق و الخلع، لأنه غير محجور عليه فيها ، وبالتالي فهو إذن يملك التوكيل فيها ³. و تكييف عقد الزواج كتصرف غير مالي كما ذهب إليه الحنابلة ⁴ يجيز تصرف السفيه و توكيله فيه.

¹ - عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح ، 367،368/1 .

² - ينظر للحنفية : السرخسي ، المبسوط ، 157/24 . للمالكية: الخطاب ، مواهب الجليل ، 121،122/5 . للشافعية: الرملي ، نهایة المحتاج ، 15/5 • للحنابلة : ابن قدامي ، المغني ، 72،73/5 . للزيدية : ابن المرتضى ، البحر الزخار ، 57/5 .

³ - ينظر للحنفية: • السرخسي، المصدر نفسه • ينظر للمالكية: الخطاب ، المصدر نفسه ، 121،122/3 • ينظر للشافعية: الرملي ، المصدر نفسه ، 15 /3 • ينظر للحنابلة: ابن قدامي ، المصدر نفسه، 528/4 • ينظر للزيدية: ابن المرتضى ، المصدر نفسه ، 58/4 .

⁴ - ابن قدامي ، المغني ، 528/4 .

الفقرة الثانية: مدى اشتراط عدم الحرج.

الأصل عند جمهور الفقهاء¹؛ غير الحنفية² و الظاهرية³ كما في السفية؛ أنهم يحجرون على الموكل في التصرفات التي تؤول إلى نقص في أمواله كالهبة و البيع، إن كان محجورا عليه بدين، لكن يرفع هذا الحجر إذا أجاز الغرماء هذه التصرفات لأن الحجر حق لهم، و بناء على هذا لا تصح وكالة المفلس المحجور عليه في التصرفات التي تؤدي إلى نقص في أموال إلا بإجازة الغرماء. أما فيما يخص عقد الزواج و بالتالي التوكيل فهذه هي أقوال الفقهاء فيهما:

أولا: مذهب الحنفية و الظاهرية .

تجوز كل تصرفات المدين عند أبي حنيفة و الظاهرية لأنه لا يحجر عليه عندهم، لذا يجوز توكيله في كل تصرفاته و منها عقد زواجه⁴.

أما عند الصاحبين من الحنفية فيجوز عندهم زواج المدين المفلس بمهر المثل، وبالتالي وكالته فيه، حيث جاء في "الهداية" ما يأتي: « و ينفق على المفلس من ماله على زوجته وولده الصغار و ذي أرحامه ممن يجب نفقته عليه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، و لأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر، و لهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء.»⁵.

¹ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م5، 263/3 • الرملي، نهاية المحتاج، 16/5 • ابن قدامي، المغني، 4/527-530

• ابن المرتضى، البحر الزخار، 6/89 و ما بعدها.

² - السرخسي، المبسوط، 24/163 .

³ - ابن حزم، المحلى، 8/281، 280.

⁴ - السرخسي، المبسوط، 24/163، ابن حزم، مصدر نفسه، 8/283.

⁵ - المرغناني، الهداية، 3/321.

ثانياً: مذهب المالكية.

يجوز المالكية للمدين المفلس الزواج بواحدة ممن يشبهه على أن يصدقها صداق مثلها، أما زواجه بأكثر من واحدة ففيه تردد¹. و عليه يجوز للمفلس المدين عند المالكية أن يوكل في زواجه بواحدة و بمهر المثل.

ثالثاً: مذهب الشافعية.

جاء في "تحفة المحتاج" في هذه المسألة ما يأتي: « و يصح نكاحه و رجعته و طلاقه و خلعه إن كان زوجاً..² » و عليه تجوز إذنو كالتة في زواجه دون توقف على إجازة الغرماء.

رابعاً: مذهب الحنابلة.

جاء في كتاب "المغني": « و متى حجر عليه - أي المفلس - لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا أو نحوه لم يصح...ولنا أنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه³ » . و على هذا لا يجوز للمحجور عليه بدين أن يوكل غيره في نكاحه.

الفقرة الثالثة: مدى اشتراط ألا يكون مريضاً.

والمراد بالمرض هنا هو مرض الموت وهو من أسباب الحجر فيما زاد عن ثلث المال، وأثر هذا الحجر يظهر بعد الموت و عدم إجازة الورثة تصرف مورثهم. و عليه تجوز تصرفات المريض مرض الموت إذا لم تتعدى ثلث ماله وكذلك الوكالة فيها⁴، و عليه يصح زواجه إن لم يزد صداقه عن ثلث ماله و كذلك تصح إذن الوكالة فيه .

¹ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م/3/5/264.

² - الهيثمي، تحفة المحتاج، 5/124

³ - ابن قدامى، المغني، 4/489.

⁴ - الحصني، كفاية الأحيار في حل غاية الاختصار، 1/510 • الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م/3/5/304، 305.

وقد خالف الظاهرية هذا القول واعتبروا كل تصرفاته صحيحة¹، وعليه تجوز عندهم وكالته في زواجه مطلقا .

الفرع الثاني : مدى ملك الرجل التوكيل في زواجه و شروطه قانونا.

البند الأول : ملك كامل الأهلية التوكيل في زواجه قانونا .

الفقرة الأولى : ملكه التوكيل لكامل أهليته قانونا .

يقصد بالبلوغ في القانون بلوغ السن القانونية التي تكتمل فيها أهلية الشخص؛ و يلاحظ أن الأهلية و سن اكتمالها لم تذكر عند بيان أركان العقد ، في القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، إلا أن المشرع الجزائري تعرض لها في مادة أخرى ، خارجة عن الأركان² ، وهي المادة 7 من القانون نفسه ، والتي كانت تنص في فقرتها الأولى على ما يأتي: «تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة ، وللمرأة بتمام 18 سنة» . وقد عدلت هذه المادة وأصبحت تنص في القانون رقم 05-09 على ما يأتي : « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ...» فبعد أن فرق المشرع الجزائري بين السن القانوني لاكتمال أهلية الزواج، والسن القانوني لاكتمال الأهلية لمباشرة باقي الحقوق المدنية وهو 19 سنة حسب المادة 40 ق.م.ج عاد وساوى بينهما في تعديله لقانون الأسرة وأصبحت الأهلية إذن تكتمل لمباشرة كل الحقوق المدنية ومنها الزواج ، بتمام 19 سنة³.

¹ - ابن حزم ، المحلى ، 354/9 .

² - ينظر الغوثي بن ملحمة، قانون الأحوال الشخصية ، ص30.

³ - وقد كان السن القانوني للزواج عام 1930 بالنسبة للأهالي الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين هو 15 سنة بالنسبة للفتيات والفتيان وقد كان هذا أول نص يحدد سن الزواج ، أما ثاني نص فهو المادة 5 من الأمر رقم 274-59 الخاص بعمود الزواج التي يرمها الأشخاص الخاضعين لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والسائرة والواحات ، وقد كانت محددة ب18 سنة للذكور و15 سنة للإناث .

وبالتالي يعتبر الرجل البالغ 19 سنة كامل الأهلية لإبرام عقد زواجه حسب المادة 7ق.أ.ج وفي نفس الوقت كامل الأهلية للتوكيل حسب المادة 40 ق.م.ج . و تؤكد المادة 86 من القانون الأسرة ذلك ، بإحالة - مضمونها إلى الأصل وهو المبادئ والأحكام العامة للقانون المدني الجزائري حيث جاء فيها ما يأتي :

« ومن بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية حسب المادة 40 من القانون المدني »

و تنص المادة 40 من القانون المدني على ما يأتي :

« كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد 19 سنة كاملة . »

بمعنى أن لكامل الأهلية مباشرة حقوقه المدنية والتي تعرف أيضاً بالحقوق الغير السياسية،و هي مجموعة الحقوق التي يقرها القانون حماية للفرد وتمكينه من القيام بأعمال معينة يستفيد منها¹ وبالتالي هو أهل لمباشرة كل التصرفات والعقود و منها عقد الزواج وكذلك عقد الوكالة ...

هذا وقد تم التأكيد على هذه الأهلية في الزواج بذكرها ضمن الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج والمنصوص عليها في المادة 9 مكرر² من قانون الأسرة رقم 05-09. فالأصل هو ملك الرجل كامل الأهلية التوكيل في زواجه حتى بعد إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة.

وغم أنه قد يظن؛ من فحوى المادة 7 من ق.أ.ج؛ أن المعيار المعمول به لتحديد الأهلية هو السن لا البلوغ ، إلا أن لهذه السن علاقة بحالة البلوغ وغاية الزواج في إنجاب الذرية ، فشرط السن هنا يتصل بالعنصر البيولوجي³ ، وهو المعيار الأصل . إلا أن تغير أحوال وظروف المعيشة

أما ثالث نص فهي المادة الأولى وما بعدها من القانون رقم 224-63 الصادر بعد استرجاع السيادة الوطنية والذي حدد سن الزواج للرجل بـ 18 سنة وللفتاة بـ 16 سنة وبعدها صدر القانون رقم 84-11 المتضمن قانون أحكام الأسرة والذي حددت المادة 7 منه سن الزواج للرجل و المرأة .

¹ - أحمد الرشيدى ، حقوق الإنسان، دراسة مقارنة بين النظرية و التطبيق، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة، 2003، ص 188 .
² - تنص المادة 9 مكرر على ما يأتي : "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ، الصداق ، الولي، شاهدين وانعدام الموانع الشرعية للزواج"
³ - الغوثي بن ملحمة ، قانون الأحوال الشخصية ، ص 30 .

ومخطها ، دفع بالمشرع إلى رفع أهلية الزواج من فترة إلى أخرى إلى أن ساواها مع سن الرشد في قانون الأسرة رقم 05-09 ، و الأرحح أن هذا أنسب إلى الواقع المعيش الآن ...

الفقرة الثانية: ملك الرجل التوكيل ملكه الولاية كاملة .

أما ملك الولاية لإبرام عقد الزواج، فبالرغم من عدم التصريح بملك الرجل الراشد العاقل الولاية على تزويج نفسه إلا أن المواد : 9 و 86 من قانون الأسرة تؤكد ذلك ضمنا حيث أن المادة 9 تنص على أنه : « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين » وبالتالي الزوج هو الذي يباشر عقد زواجه بنفسه ولا يكون ذلك إلا بملكه الولاية على هذا التصرف . أما المادة 86 من القانون نفسه ، فهي كما سبق الإشارة إليه تحيلنا إلى المادة 40 من القانون المدني والتي تعطي لكل بالغ عاقل راشد الحق في مباشرة كل حقوقه المدنية ومنها عقد الزواج وبطبيعة الحال من له الحق في مباشرته له الولاية عليه .

إذن ، وبناء على ما تم ذكره سواء فيما يخص الأهلية أو الولاية يمكن القول ، إن الرجل الذي بلغ 19 سنة كاملة وهو متمتع بكامل قواه العقلية يملك ، الأهلية والولاية لإبرام عقد زواجه قانونا فيقع صحيحا نافذا ، وتطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل فهو يملك توكيل غيره ليبرم له عقد زواجه ، خاصة و أنه في نفس الوقت يملك الأهلية والولاية الكاملتان لإبرام عقد الوكالة . وهذا ما كانت قد كرسته المادة 20 من قانون الأسرة رقم 84-11 والتي كانت تنص على ما يأتي : « يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة » . إلا أن المشرع الجزائري ذهب إلى إلغاء هذه المادة ، والحقيقة أنه ما من سبب منطقي لهذا الإلغاء هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يمكن القول أن حق الزوج في توكيل الغير ليبرم له عقد زواجه لا يزال قائما وذلك تطبيقا لمواد 7 ، 9 ، 11 و 86 من قانون الأسرة رقم 05-09 ، والمادة 40 من القانون المدني وكذلك المواد المتعلقة بالوكالة المذكورة في القانون المدني ، إضافة إلى أن تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة المعدل - من شأنه تأكيد ذلك - حيث أن للرجل الكامل الأهلية في الفقه الإسلامي الحق في توكيل الغير ليبرم له عقد زواجه .

البند الثاني: مدى ملك الزوج ناقص الأهلية التوكيل قانونا¹

لمعرفة مدى ملك ناقص الأهلية التوكيل في القانون يجب أولا معرفة من هم ناقصو الأهلية قانونا، وقد حدّدَهم نص المادة: **43** المعدلة بالقانون **05-10** حيث جاء فيه ما يأتي :

«كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد فكان سيفها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .»

و عليه فنناقصو الأهلية في القانون الجزائري هم : الصبي المميز و السفية و ذو الغفلة .

الفقرة الأولى: تعريف ناقصو الأهلية.

أولا: تعريف الصبي المميز.

عرفت المادة **943** من مجلة الأحكام العدلية الصغير المميز كما يأتي : « الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني : من لا يعرف أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغريب في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز ذلك : صبي مميز² . و قد حدد المشرع الجزائري السن الذي يعتبر فيه الصبي مميزا حيث نصت المادة **42** من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم **05-10** في فقرتها الثانية على أنه يعتبر غير مميز من لم يبلغ **13** سنة ، و عليه فالصبي المميز قانونا هو من يتراوح عمره ما بين «**13**»³ و «**19**» سنة. واعتبرت المادة **43** من قانون الأسرة أن غير المميز ناقص أهلية.

¹ - كما هو الحال في الفقه الإسلامي لا يعتد بتصرفات الصبي غير المميز مطلقا ، وهذا ما يؤكده نص المادة **82** من قانون الأسرة الجزائري الناصة على ما يأتي : " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة **42** من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " .

² - ينظر: مجلة الأحكام العدلية، دار صبح، الأردن، عمان، ط1، 1999، ص109.

³ - كان سن التمييز قبل التعديل هو **16** سنة .

ثانياً : تعريف السفية .

عرفت المادة 131 من القانون رقم 778 لسنة 1957 السفية بأنه : الشخص الذي يعرض نفسه أو أسرته للإعسار¹ ، فالسفيه هو الذي يبذر ماله تبذيراً ، لا يقع من العقلاء من الراشدين عادة² .

ثالثاً : تعريف ذي الغفلة .

الغفلة سذاجة لا يعرف صاحبها ما ينفعه و ما يضره و تؤدي به إلى أن يغبن في المعاملات أو إلى تعرض أمواله إلى الضياع³ . و عرّفت محكمة النقض المصرية الغفلة على أنها: «ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة و التقدير و يترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير»⁴ .

الفقرة الثانية: أحكام تصرفات ناقصي الأهلية.

أولاً : الصبي المميز .

أ- أحكام تصرفات الصبي المميز في القانون المدني :

تنص المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 على ما يأتي :
« يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات . و يبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد. »

¹ - محمد حسين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، ص 91 .

² - نبيل صقر ، قانون الأسرة نص وقتها و تطبيقاً ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2006 ، ص 286

³ - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، ص 67 .

⁴ - نقض مدني 20 جوان 1957 ، مجموعة أحكام النقض المصرية، س 8 ، ص 608 ، رقم 69 .

و تطبيقا لأحكام هذه المادة فإن كل تصرفات الصبي المميز و هو ناقص الأهلية و منها العقود قابلة للإبطال خلال 5 سنوات من يوم بلوغه سن الرشد .

ب- أحكام تصرفات الصبي المميز في قانون الأسرة :

تنص المادة 83 من قانون الأسرة على ما يأتي :

« من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به ، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء .»

و استنادا إلى ما جاء في نص هذه المادة، يمكن القول أن المشرع الجزائري انتهج نهج فقهاء مذهبي الحنفية¹ و المالكية² في تقسيمهم لتصرفات الصبي المميز و من ثمة تقسيم أحكامها³ فجاءت كما يأتي :

* تصرفات نافعة : و هي التصرفات النافعة نفعا محضا؛ بحيث يترتب عليها دخول شيء في ملك ناقص الأهلية من غير مقابل ، كقبول هبة و هي تصرفات صحيحة نافذة .

* تصرفات ضارة : و المقصود بها الضارة ضرا محضا؛ وهي التي لا يكون فيها أي نفع

لناقص الأهلية ، بل هي تنقص من ماله كعقود التبرع و هي تصرفات باطلة بطلانا مطلقا.

* تصرفات مترددة بين النفع و الضرر : وهي التي تحمل الربح و الخسارة ، أو المنفعة و

المضرة ، و المعتبر فيها طبيعة العقود و هي تصرفات موقوفة على إجازة ولي الصبي المميز .

ثانيا : السفية و ذو الغفلة .

أ- أحكام تصرفات السفية و ذي الغفلة في القانون المدني :

تنص المادة 43 من القانون المدني ، المعدلة بالقانون رقم 05-10 على أنه :

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 171/7، 20/6، السرخسي، المبسوط، 24-21/25.

² - الدردير ، الشرح الكبير 241/2 ، القراني، الفروق ، 101/3 .

³ - محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 14، 15 .

«كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقره القانون » بنص هذه المادة ساوى المشرع الجزائري بين السفيه و ذي الغفلة و اعتبرهما ناقصا الأهلية .

إذن و بالرجوع إلى المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 ، تعتبر تصرفات ذي الغفلة و السفيه تصرفات قابلة للإبطال مثلها مثل تصرفات الصبي المميز¹ .

ب- أحكام تصرفات السفيه و ذي الغفلة في قانون الأسرة :

تنص المادة 85 من قانون الأسرة على ما يأتي : « تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت منه حال الجنون أو العته أو السفه » .

و تنص المادة 107 من نفس القانون على أنه : « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة » و السفه من أسباب الحجر حسب المادة 101 من القانون نفسه ، إذن فتصرفات السفيه غير نافذة حسب المادة 85 من قانون الأسرة و باطلة حسب المادة 107 من نفس القانون ... و شتان بين التصرف غير النافذ و التصرف الباطل ، فالعقد غير النافذ هو عقد موقوف ؛ و هو صحيح موقوف الآثار؛ أما العقد الباطل فهو في حكم العدم .

بالنظر إلى النص بالفرنسية للمادة 85 من قانون الأسرة نجد أن تصرفات كل من المجنون و المعتوه و السفيه الصادرة حال الجنون أو السفه أو العته تعتبر (nuls) بمعنى باطلة.

حتى و إن ساوينا بين المادتين 85 و 107 من قانون الأسرة في حكم تصرفات السفيه و اعتبرناها باطلة ، رغم أن الأصل هو الأخذ بالنص بالعربية ، إلا أنه يتبقى إشكالا آخر : هل نسوي بين السفيه و كل من المجنون و المعتوه علما و أن هذين الأخيرين من فاقد التمييز و الأهلية حسب المادة 42 من القانون المدني ؟ .

و قد صرحت المادة 43 من القانون نفسه بأن السفيه ناقص الأهلية لا فاقداه مثله مثل الصبي المميز . هذا و قد أغفل المشرع الجزائري ذكر «ذي الغفلة» عند تنظيمه لأحكام فاقد و ناقصي الأهلية في قانون الأسرة .

¹ - محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية ، ص 80 .

الفقرة الثالثة: الموازنة بين أحكام قانون الأسرة و القانون المدني و

بيان مدى ملك ناقص الأهلية التوكيل في زواجه.

أولاً: محاولة الموازنة بين أحكام قانون الأسرة و القانون المدني.

يأخذ السفية و ذو الغفلة أحكام الصبي المميز في القانون المدني ، و يأخذ السفية أحكام فاقد التمييز في قانون الأسرة ، فهل يؤخذ بأحكام القانون المدني لمرجعية الأسس القانونية له أم يؤخذ بأحكام قانون الأسرة تطبيقاً لمبدأ الخاص قيد العام...؟ الحقيقة أنه لا يعقل مساواة السفية بالمجنون لأنه رغم سفهه، فهو غير فاقد للوعي و العقل و التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون، خاصة إذا بلغ سن 19 سنة فما فوق ، لذلك فالأصح هو الأخذ بأحكام القانون المدني و بالمادة 43 منه المعدلة بالقانون رقم 05-10. في نفس الوقت إذا أخذ بأحكام المادة 43 من القانون المدني، التي ساوت بين أهلية السفية و ذي الغفلة و أهلية الصبي المميز، و استُبعدت أحكام المواد 85 و 107 من قانون الأسرة ، يطرح احتمالين :

أولهما: إما أن تسري أحكام المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 و التي تعتبر تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال .
ثانيهما: و إما أن تسري أحكام المادة 79 من نفس القانون و التي تحيل أحكام القصر و المحجور عليهم إلى قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة . و عليه و تطبيقاً لأحكام المادة 83 منه على كل من الصبي المميز و من في حكمه ، و حسب المادة 43 من القانون المدني هم السفية و ذو الغفلة ، تصبح تصرفاتهم إما : باطلة لأنها ضارة بهم أو نافذة لأنها نافعة لهم، أو موقوفة لأنها دائرة بين النفع و الضرر .

و بالتالي هناك تضارب بين المادتين 101 و 79 من القانون المدني ، و التفسير الوحيد لهذا التضارب، هو كما ذهب إليه الدكتور "محمد سعيد جعفرور" ، أن المقصود في المادة 101 هو الحق في إبطال العقود الدائرة بين النفع و الضرر ¹.

¹ - تصرفات ناقص الأهلية المالية ، ص 23

إلا أن الإشكال هو أن هناك فرق كبير بين العقد القابل للإبطال و العقد الموقوف فكما قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري : « العقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالإجازة أما العقد القابل للإبطال فنافذ حتى يبطل بعدم الإجازة ¹ وبالتالي يبقى الإشكال مطروحا .ولنا أنه يفضل تطبيق ما جاء في المادة 83 من قانون الأسرة للأسباب الآتية :

✓ موافقته للفقهاء الإسلامي .

✓ تقسيم تصرفات ناقص الأهلية إلى نافعة و ضارة و دائرة بين النفع و الضرر أكثر دقة و أصوب من جعلها كلها سواسية ، و هو تقسيم يتناسب مع نقص الأهلية التي تقع بين فقد الأهلية و كمالها .

✓ جعل التصرف موقوفا أفضل من جعله قابلا للإبطال : فالموقوف يجب مواجهة أشكال الأثر الرجعي لإبطال العقد و تعلق ربما حق الغير بذلك التصرف و آثاره .

✓ تطبيق أحكام المادة 83 من قانون الأسرة ليس إلا تطبيقا لأحكام المادة 79 .

ثانيا :حكم مباشرة ناقص الأهلية زواجه و ملكه التوكيل فيه .

رغم أن الأصل حسب المادة 81 من قانون الأسرة هو أن ينوب عن ناقص الأهلية الولي أو الوصي أو القيم قانونا ، لكن الفرع حسب المادة 83 من نفس القانون هو تقسيم تصرفات الصبي المميز و السفية و ذي الغفلة ؛ قياسا عليه ؛ إلى ثلاثة أنواع ، و له مباشرة النافعة فتقع صحيحة منه، و الدائرة بين النفع و الضرر إلا أنها موقوفة على إجازة الولي، ، دون الضارة التي تقع باطلة إن باشرها ، و عليه فهو يملك التوكيل فيما يملك ما يباشر منها ، إذن ما حكم عقد الزواج و الوكالة فيه ؟

أ- تكييف عقد الزواج و الوكالة فيه :

• تكييف عقد الزواج:

تنص المادة 7 من قانون الأسرة على أنه : «تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد

¹ - السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 1998، 274/4. و تحفظ الدكتور محمد السعيد جعفر على اعتبار العقد الموقوف باطلا ، ينظر : نظرات في صحة العقد و بطلانه، دار هومه ، الجزائر، 2003، ص53.

قدرة الطرفين على الزواج». فقد أعطى إذن المشرع للقاضي سلطة تقدير المصلحة و الضرورة في زواج الصغار ، و عليه فعقد الزواج من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كأصل ، و هو موقوف إذن على إجازة الولي ، إذا أبرمه ناقص الأهلية حسب المادة 83 من نفس القانون. لكن في نفس الوقت تشترط المادة 7 ترخيص القاضي في زواج القصر رغم وجود الولي و من باب أولى عند انعدامه، إذن يمكن القول أنه يستثنى من هذا الأصل اعتبار زواج غير المميز من التصرفات الضارة ضررا محضا طبقا للمادة 7.

• تكييف التوكيل في عقد الزواج:

تنص المادة 572 من القانون المدني على ما يأتي : « يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العقد الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك » كما أن المواد 573 ، 574 من نفس القانون توصي بأهمية موضوع الوكالة و باختلاف أحكام الوكالة باختلاف محلها .

و عليه فتكييف الوكالة في الزواج يتبع تكييف عقد الزواج في حد ذاته، و بالتالي يمكن تكييف التوكيل في الزواج بالنسبة لناقص الأهلية كما يأتي:

■ **بالنسبة للقاصر المميز:** هو تصرف ضار ضررا محضا طبقا لأحكام المادة 7 من قانون الأسرة السابقة الذكر ، و نص الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون نفسه يؤكد ذلك حيث جاء فيه ما يأتي: «دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب ، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له»¹ . و عليه لا يجوز له لا مباشرته بنفسه و لا توكيل الغير لإبرامه له. وهذا ما يوافق رأي الشافعية و الظاهرية و الإمامية و الزيدية في قول.

¹ لم ينص القانون صراحة و لا ضمنا على ما يترتب من آثار مخالفة شرط سن الأهلية للزواج ، و عقد أي زواج قبله ، و ذلك عكس القانون رقم 224-63 الصادر نهاية 1963 الذي نص في فقرته الأولى على عدم جواز إبرام الرجل أو المرأة دون سن الزواج القانوني عقد نكاحهما و نص في المادة الثانية على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية و الموثق و الزوجين و ممثلهما الذين لم يراعوا ذلك ، و أن الزواج يكون باطلا في المادة الثالثة منه ما لم يلحقه دخول ، و ما دام لا يوجد نص يلغي صراحة هذه المواد فالأرجح أن هذه المواد سارية المفعول ، ينظر: عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هوم، الجزائر، ط1، 2010 ، ص 28.

- بالنسبة للسفيه و ذي الغفلة : الأصل و كما تم بيانه آنفا أن يعتبر إبرام عقد الزواج من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، و بما أن السفيه و ذي الغفلة لا يدخلان في حكم الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة السابقة الذكر، فتطبق عليهما إذن أحكام المادة 83 من نفس القانون و لهما مباشرة عقد زواجهما و التوكيل فيه، لكن يبقى تصرفهما موقوفا على إجازة الولي؛ هذا مع كل التحفظات فيما يخص هذه الإجازة ، حيث يمكن للولي أن يتعسف في استعمال حقه¹. و يتوافق هذا الاتجاه مع مذهب المالكية و الذي اشترط توفر المصلحة في رفض الولي الإجازة .

¹ - ستم دراسة هذا الموضوع في الفصل الثاني .

المطلب الثاني : مدى ملك الولي الإنابة في عقد زواج

مواليه و شروطه.

عكس الزوج و الزوجة اللذان يتمثل حق إنابتهما في الزواج في التوكيل فحسب، يشمل حق الولي في الإنابة كل من التوكيل و الإيضاء معا ، وحتى يملك الولي هذا الحق في الإنابة توجب أن تتوفر فيه شروط معينة تتمثل في شروط ملكه الولاية كأصل ، والتي يملك بها تصرفات ما منها تزويج المولى عليه ، و يتفرع إذن من هذا الأصل ملكه الإنابة فيما يملك من تصرف ، و ذلك تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل¹ . وعليه يقسم هذا المطلب لدراسته إلى فرعين : يبين في أولهما شروط ملك الولي الإنابة في عقد الزواج، ويتم في ثانيهما بيان الأولياء مالكو الإنابة في عقد زواج مواليهم.

الفرع الأول : شروط ملك الولي الإنابة.

البند الأول: شروط ملك الولي الإنابة في الفقه الإسلامي.

الفقرة الأولى : شرط ملك الولي الأهلية.

يملك الولي الأهلية الكاملة بتوفر الشروط الآتية فيه : البلوغ ، العقل ، والرشد .

أولا : شرطا البلوغ و العقل.

أ- شرط البلوغ

إن الرأي المشهور عند أصحاب المذاهب الأربعة وغيرها هو اشتراط البلوغ في ولي

¹ - الأصل أن هذه القاعدة تخص التوكيل ، و تطبق على الإيضاء بالقياس.

النكاح ، لأنها ولاية نظر وهي معدومة لدى الصغير¹ .

إلا انه توجد رواية عند الإمام احمد -رحمه الله - أن الصغير إذا بلغ عشرين زوج وذلك لصحة بيعه ووصيته وطلاقه ، إلا أن الراجح في المذاهب هو اشتراط البلوغ² ودليل ذلك لا يختلف عما تم تقديمه في تزويج الصغار أنفسهم .
وعلى هذا فلا يملك الصبي الأهلية الكاملة لتولي زواج الغير، وبالتالي لا يمكنه توكيل غيره في ذلك أيضا و لا الإيصاء فيه، إلا انه يمكن للصبي الذي بلغ عشرين أن يوكل أو يوصي الغير في زواج من في ولايته في رواية للإمام احمد .

ب- العقل :

إن العقل من شروط الولي اتفقا، فالولاية تثبت للنظر للمولى عليه و لا نظر للمجنون على لنفسه، و الأخرى أن لا نظر له لغيره. و يلحق بالمجنون فاقد العقل كالشيخ الهرم³ . و عليه فالولي فاقد العقل تسلب منه الولاية و لا يملك التوكيل أو الإيصاء في زواج من كان في ولايته.

ت- الرشد

وفي اشتراط الرشد أريان :

- **الرأي الأول:** ذهب الحنفية⁴ وأكثر أصحاب الإمام مالك - وهو المشهور في مذهبه⁵ إلى عدم اشتراط الرشد في الولاية على النكاح ووافقهم في ذلك قول مرجوح للشافعية⁶ ، وذلك لكمال نظر السفیه في النكاح و لأن الحجر عليه في المال فقط .-مع التحفظ فيما يخص عدم الأخذ بولاية الوصي-.

¹- ينظر: ◀ للحنفية : الكاساني، بدائع الصنائع، 239/2. ◀ للمالكية: ابن رشد، بداية المجتهد، 13/2 ، ابن جزئ، القوانين الفقهية، ص 203. ◀ للشافعية: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، 154/3، النووي، روضة الطالبين ، 62/7. ◀ للحنابلة : ابن قدامي، المغني، 356/7 ، ابن مفلح، المبدع، 35/7 ، المرادوي، الانصاف، 73/8 ، و يشترطها الحنابلة بصريح العبارة في الموصي، ينظر : الماوردي، الحاوي الكبير، 89/11.

²- ابن قدامي، المصدر نفسه، 356/7، ومعه الشرح، 426/7.

³- ينظر ◀ للحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع، 239/2، ◀ للمالكية: القرافي، الذخيرة ، 244/4، ◀ الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م 2/ 187/3. ◀ للشافعية : الشافعي ، الأم ، 13/5 ، ◀ للحنابلة : ابن مفلح، المبدع ، 34/7.

⁴- الكاساني، المصدر نفسه، 231/2- 239 .

⁵- ابن رشد، بداية المجتهد، 12/2 ، ابن جزئ، القوانين الفقهية ، ص 205.

⁶- النووي، روضة الطالبين، 409/5 ، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 154/3 .

وعليه يجوز عندهم للولي السفية توكيل و إيصاء غيره ليبرم عقد الزواج من في ولايته .

▪ **الرأي الثاني:** وهو المذهب الراجح عند الشافعية¹ وقول لبعض المالكية² والحنبلة حيث ذهبوا إلى أن الرشد في المال عندهم غير معتبر في النكاح ، فالرشد في الزواج هو معرفة الكفاء ومصالح النكاح وهو ليس حفظ المال³ . وعليه فلا يجوز عند أصحاب هذا الرأي للولي غير الرشيد أن يوكل أو يوصي غيره ليبرم عقد زواج من في ولايته .

أما من ملك العقل والبلوغ والرشد فقد ملك الأهلية الكاملة وله توكيل غيره لإبرام عقد زواج من في ولايته . بشرط ثبوت ولايته على عقد النكاح أصلا ، و فيما يأتي بيان ذلك .

الفقرة الثانية: شرط ملك الولي الولاية على عقد النكاح .

حتى يملك الشخص الولاية على نكاح الغير توجب توفر شروط معينة هذا بيانها :

أولا: شرط ثبوت الولاية له شرعا و إسلامه وعدالته و عدم إحرامه .

أ- ثبوت الولاية له شرعا:

وذلك بقيام احد أسبابها وهي : الأبوة أو التعصيب أو السلطنة ، مع تقديم الأولى فالأولى طبعاً. فمن لم تثبت له الولاية أصلا سواء بعدم قيام احد أسبابها أو بالأ يكون وليا أبدا فهو لا يملك توكيل أو إيصاء غيره للقيام بتصرفات لا تستحق إلا بالولاية.

ب- الإسلام:

لا تثبت لكافر ولاية على مسلمة وهو قول عامة أهل العلم⁴ ، وفي هذا أدلة كثيرة من

القران الكريم نذكر منها قوله ﷺ : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ

¹ - الهيثمي، تحفة المحتاج، 254/7 ، • الرملي، نهاية المحتاج، 238/6.

² - ابن رشد، بداية المجتهد، 13، 14/2.

³ - البهوتي، منتهى الإرادات، 640/2 ، • ابن مفلح، المبدع، 35/7 ، 36 ، • البهوتي، كشف القناع، 57/5 ، • المرادوي،

الانصاف، 74/8 .

⁴ - ابن قدامي ، المغني، 356/7.

بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ¹. فما دامت الولاية لا تثبت للكافر حتى وان كان هو الأب فليس له لا توكيل ولا إيصاء غيره.

ت - العدالة :

اختلف الفقهاء في اشتراطها إلى ثلاثة مذاهب .

■ **المذهب الأول:** لا ولاية لفاسق في النكاح مطلقا وهو الراجح المعتمد عند الشافعية² وفي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد وعليها المذهب³ .

ودليلهم في ذلك قوله -عليه السلام-: « لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل»⁴ . وعليه عند أصحاب هذا الرأي لا يوكل غيره ليبرم عقد زواج من في ولايته إن كان فاسقا .

■ **المذهب الثاني:** وهو مذهب الحنفية⁵ والمالكية⁶ وإحدى الروايتين عن احمد⁷ احمد⁷ وقول للمتأخرين من الشافعية بجواز ولاية الفاسق خاصة إذا عم الفسق⁸ وما دامت تصح تصح عندهم ولاية الفاسق في النكاح فيجوز إذن للولي الفاسق التوكيل و الإيصاء . وذلك لأن العدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط لأهلية الشهادة⁹ ولأنه يملك الولاية على نفسه¹⁰ .

¹ - المائدة: 51.

² - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/155، النووي، روضة الطالبين، 5/410.

³ - ابن قدامي، المغني، 7/357، البهوتي، كشف القناع، 5/273، 272، 57، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2/640.

⁴ - البيهقي، سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 7/112، حديث رقم: 13428. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/155.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/17، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 1/284.

⁶ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م/187، 3/2، الحطاب، مواهب الجليل، 3/438.

⁷ - ابن قدامي، المغني، 7/356، 357.

⁸ - الهيثمي، تحفة المحتاج، 7/255.

⁹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 7/17.

¹⁰ - المصدر نفسه، 2/239.

■ المذهب الثالث: تصح ولاية الفاسق إذا كان منعه من الولاية يؤدي إلى رفع النكاح إلى فاسق ، و هو قول بعض فقهاء الشافعية¹.

ث- شرط عدم الإحرام

ومعنى هذا الشرط هو أن يكون الولي غير محرم بحج أو بعمرة أو بهما معا و فيه² أقوال :

1/ لا يصح للمحرم أن يعقد النكاح لا لنفسه ولا لغيره ولا أن يعقد مطلقا حتى وان كان وليا أو وكيلًا . وهو مذهب الجمهور ومنهم الأئمة الثلاث . مالك³ والشافعي⁴ واحمد⁵ ودليلهم في ذلك ذلك قوله -ﷺ- : « لا يَنْكِحُ المحرم ولا يُنكح ولا يخطب »⁶ . ودليلهم من المعقول هو أن الإحرام يمنع الجماع ودواعيه فيمنع عقد النكاح كالعدة⁷ .

2/ الإحرام لا يمنع النكاح مطلقا لما ثبت عن الرسول -ﷺ- أنه تزوج ميمونة وهو محرم⁸ وهو قول أبي حنيفة وأصحابه و عليه⁹ يجوز عنده للولي المحرم أن يوكل غيره في تزويج من في ولايته .
3/ و روي عن الإمام احمد أن المحرم إذا زوج لا يفسخ النكاح لوجود خلاف في صحته¹⁰ . وانه إذا زوج غيره صح سواء كان وكيلًا أو وليا¹ ، وعليه فما دام للولي المحرم أن يزوج عنده فله أن يوكل و يوصي أيضا .

¹ - وهو قول للغزالي و استحسنة النووي، ينظر: • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/155، • الرملي، تحفة المحتاج، 7/255، النووي، روضة الطالبين، 5/410.

² - عبد الكريم زيدان، المفصل، 6/102 .

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، 2/48.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، 6/240 ، • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/157، 156.

⁵ - ابن مفلح، المبدع، 3/159

⁶ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، 2/1030، حديث رقم: 1409.

⁷ - البهوتي، كشف القناع، 5/95، 2/44.

⁸ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، 2/1031، حديث رقم: 1410 • البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المحرم، 3/15، حديث رقم: 1837.

⁹ - الزيلعي، تبين الحقائق، 2/110، 111، ابن نجيم، البحر الرائق، 3/184.

¹⁰ - ابن قدامي، المغني، 3/113

ثانياً: شرطاً عدم اختلال أحد الحواس و الذكورة.

أ- شرط عدم اختلال أحد الحواس

اختلف الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من اشترط الحواس من سمع مبصر ومنهم من لم يشترط ذلك، مستندين إلى أن شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى. وإن المقصود بالنكاح يعرف بالسمع و الاستفاضة فلا يفترق للنظر².

ب- شرط الذكورة

اتفق الأئمة الأربعة على أن لا ولاية للمرأة في النكاح مع وجود العصبية الذكور³. وأما عند انعدامهم، فهي ثابتة للنساء من أولي الأرحام كالأم، عند أبي حنيفة⁴، وبالتالي لمن التوكيل فيه عنده و أيضاً الإيصاء. وأما باقي المذاهب فلا تثبت الولاية للنساء مطلقاً لاشتراط الذكورة في الولي عندهم ولأن الولاية في الزواج لا تثبت لمن على أنفسهن فلا تثبت لمن على غيرهن من باب أولى⁵. وهذا عملاً بقوله -ﷺ- : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها »⁶، وهذا رأي الجمهور وبتطبيق القاعدة العامة لمن يملك التوكيل. فلا تملك المرأة عندهم التوكيل و لا الإيصاء لعدم ملكها الولاية أصلاً.

ويستثني من رأي الجمهور، ما روي عن الإمام أحمد - رحمه الله - أن للمرأة توكيل أمتها. وقد تخرج منه أن لها التوكيل في ذلك، وتجدد الإشارة إن هناك البعض من العبارات في مصادر المالكية توحى بملك المرأة التوكيل في زواج من هو في ولايتها بالإيصاء هذا بيانها :
- جاء في كتاب القوانين الفقهية: « إن كان الوصي امرأة استخلفت من يعقد »⁷.

¹ - المرداوي، الإنصاف، 492/3، ابن مفلح، المبدع، 160/3.

² - ابن قدامي، المغني، 357/7.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 240/2، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 640/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 147/3

⁴ - الكاساني، المصدر نفسه.

⁵ - ابن قدامي، المغني، 356/7، البهوتي، كشف القناع، 51/5.

⁶ - سبق تخرجه

⁷ - ابن جزئي، ص204.

مما يعني انه حتى وان ثبتت للمرأة الولاية بالوصاية فهي لا تباشر العقد بنفسها، تطبيقاً للمبدأ القائل بأنه لا يحق للمرأة مباشرة عقد الزواج، لكن لها أن تستخلف غيرها من الرجال ليعقد. وما معنى الاستخلاف؟ أو ليس هو التوكيل؟ وكيف للمرأة التوكيل في تصرف لا تملكه؟ - وجاء في حاشية الدسوقي: «...وكلت من ذكر لان لكل منهن حقا في الولاية ولا يصح مباشرتهن له...هن المالكة والوصية والمعتقة المتقدم ذكرهن فإنهن يمنعن عن المباشرة للعقد وان كانت الولاية ثابتة لهن...»¹. وعلى هذا فقد فرق المالكية بين أمرين: أولهما: حق المرأة في الولاية وثبوتها لها بالوصية.

وثانيهما: حق المرأة الوصي في إبرام عقد زواج من في ولايتها. ومباشرة له بنفسها، فأعطوا الوصية الحق الأول فجعلوا الولاية ثابتة لها، ثم منعوها من ممارسة احد أوجه هذه الولاية المثبتة لها وهي مباشرتها عقد زواج موليها.

الأصل أنه يصح عند المالكية أن تكون المرأة وصية في النكاح، لكن معناه أن تمهد له فقط²، ثم توكل رجلا ليباشر عقده. لكن يرد على هذا إشكالا وهو أن وكيل المرأة يقوم مقامها فإن صح عقده صح عقدها إن باشرته هي بنفسها، وليس لهذا التناقض إلا تفسيرا واحدا وهو أن الوكيل هنا يقوم مقام الأصيل الموصي وهو الولي الأصلي ولا يكون إلا ذكرا وليس مقام المرأة الوصية...³

وجاء في مواهب الجليل: «أما المرأة فتلي العقد على الذكر ولا تلي على الأنثى و لكن تستخلف غيرها»⁴. والإشكالية انه كيف تستخلف في أمر لا تملكه كما تم طرحه سابقا؟ ويضاف إليه أنه ما يستفاد من هذه العبارة أو الجملة أن شرط الذكورة في الولاية ينعدم إن كان المولى عليه ذكرا، لأن للمرأة عقد زواج موليها إن كان ذكرا، وبالتالي هل لها عقد نكاح نفسها؟ وبهذا يتفق المالكية مع رأي للشافعية⁵ في قولهم أن الولي إذا وكل لموليته أو غيرها أن

أن

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 205/2.

² - مالك، المدونة، 16/4.

³ - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 209/2، 210.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل، 449/3.

⁵ - ينظر الووي، روضة الطالبين، 397/5 • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 147/3.

توكل رجلا عنه صح ذلك ، لأن ما تختاره وكيل عن الولي لا عن المرأة¹ .
ورغم هذا يمكن لإد على هذا التفسير أن المرأة لا تملك أن توكل على الولي في تصرف ما
إلا إذا ملكها هو ذلك التصرف وبهذا نعود إلى نقطة الصفر. وما دامت تستطيع مباشرته لنفسها
فمن المفروض أن تستطيع مباشرته لموليتها إن كانت أنثى أيضا .
فشرط الذكورة في الولي ثم ملكه التوكيل فيه أمر من التناقض ، فمن جهة المرأة لا
تستطيع أن تباشر عقد زواجها ولا أن توكل فيه و لا أن تكون ولية على نكاح غيرها، ومن جهة
تثبت لها الولاية بالوصية في النكاح و تباشر العقد إن كان الموصى عليه ذكرا و لا تباشره إن كان
الموصى عليه أنثى، لكن توكل غيرها من الرجال ليقوم بذلك ، رغم أن القاعدة العامة للتوكيل
هي أنه لا يملك شخص أن يوكل في تصرف إلا إذا ملك القيام به بنفسه و هذا ما لا يتطابق مع
ما جاء في كتب المالكية ، و يمكن طرح تساؤل : إن كان لها التوكيل هل لها الإيصاء؟.

البند الثاني: شروط ملك الولي الإنابة في القانون الجزائري.

بعد أن تم بيان شروط ملك الولي الإنابة في عقد زواج من في ولايته في الفقه
الإسلامي ، سيتم في هذا البند بيان شروط ملكه ذلك في القانون، و ذلك سواء في ظل قانون
الأسرة 84-11 أو في ظل القانون المعدل 05-09 ، و حتى يملك الشخص الولاية على الزواج
يجب أن تتوفر فيه شروط تتمحور حول أمرين أولهما : متعلق بالأهلية و ثانيهما متعلق بحق
الولاية .

و يقسم إذن هذا البند لدراسته إلى فقرتين: تدرس شروط ملك الأهلية في فقرة أولى ، و
تدرس بعدها مدى ملك الولي التوكيل في فقرة ثانية .

¹ - عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح ، 210/2 .

الفقرة الأولى: شرط الأهلية .

تنص المادة 86 من قانون الأسرة على أنه : من بلغ سن الرشد و لم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني، إذن هناك شقان لاكتمال الأهلية وهما: بلوغ سن الرشد و هو 18 سنة و عدم الحجر .

أولا: شرط بلوغ سن الرشد .

الأصل هو لزوم بلوغ 19 سنة كاملة حتى تكتمل أهلية الشخص فيتمتع بكامل حقوقه المدنية¹ و يبرم كل العقود ، أما فيما يخص عقد الزواج فقد كان سن اكتمال الأهلية لإبرامه يختلف عن سن الرشد في القانون المدني ، حيث كان 18 سنة للمرأة و 21 سنة للرجل لذا فالأصح أنه توجب أن يبلغ الشخص هذه السن المذكورة في قانون الأسرة حتى يتمكن من تولى عقد غيره ، و بعد تعديل قانون الأسرة سولى المشرع سن أهلية الزواج بسن الرشد في القانون المدني - 19 سنة - .

أما من لم يبلغ سن الرشد فهناك فرق - كما تم بيانه سابقا بين الصبي المميز و الصبي غير المميز ، فغير المميز لا يملك مباشرة حقوقه المدنية مطلقا و كل تصرفاته تعتبر باطلة ، حسب المادة 82 من قانون الأسرة² و عليه فهو لا يملك إبرام عقد زواجه، و لا عقد زواج غير من باب أولى ، لأنه فاقد للأهلية أصلا .

أما المميز فهو ناقص الأهلية لا فاقد³. و قد نصت المادة 81 على أنه : "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ... ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" ، و عليه ساوى المشرع بين المميز و غير المميز و أحضعهما على السواء لأحكام الولاية ، فإن كان المميز ناقص نظر لنفسه فهو كذلك لغيره من باب أولى ، و من لا يملك الولاية القاصرة على نفسه لا يملك المتعدية.

¹ - المادة 7 من قانون الأسرة رقم 84-11 .

² - من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من قانون المدني تعتبر.

³ - م 43 من قانون المدني 05-10 جميع تصرفاته باطلة.

و خلاصة القول أنه يشترط للولاية على عقد الزواج أن يبلغ الولي سن أهلية الزواج المنصوص عليه في قانون الأسرة في ظل القانون 84-11 ، و أن يبلغ سن الرشد و هو 19 سنة في ظل القانون 05-09.

ثانياً: شرط عدم الحجر .

تنص المادة 81 من قانون الأسرة على أنه : « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون» . و عليه فكل المذكورين في هذا المادة يخضعون لأحكام الولاية و الأصل عدم ملكهم الولاية القاصرة على أنفسهم و لا المتعدية من باب أولى ، و ما يؤكد هذا هو نص المادتين 91 و 101 من قانون الأسرة حيث نصت على ما يأتي :

المادة : 91 : « تنتهي وظيفة الولي :

1- بعجزه

2- بموته .

3- بالحجر عليه

4- بإسقاط الولاية عنه »

المادة 101 : « من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفه أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه » .

و عليه فالشخص المحجور عليه لا يمكنه أن يكون وليا على غيره مهما كان سبب الحجر عليه ، رغم أن المحجور عليه لجنون أو عته هو فاقد للأهلية أما المحجور عليه لسفه فهو ناقصها فقط؟ و بهذا لم يأخذ المشرع الجزائري في هذا بالمدىب الحنفي و بالمشهور عند الإمام مالك ، و أخذ بالراجح عنه الشافعية .

الفقرة الثانية: شرط الحق في الولاية .

بنيت المادة 11 من قانون الأسرة سواء 84-11 أو 05-09 أن الولي هو : الأب أو أحد الأقارب الأولين ، دون تفصيل لذا فلمعرفة من له الحق في الولاية بعد الأب نرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي، تطبيقا لما جاء في نص المادة 222 من نفس القانون ، و يمكن القول أنه بالنظر إلى أن المجتمع الجزائري يميل إلى المذهب المالكي ، فما يطبق هو ترتيب المالكية . إلا أن ما عليه عرف المجتمع لا يتطابق معه في هذه المسألة بل مع المذهب الشافعي أكثر. حيث جاء ترتيب المالكية للأولياء كآلآتي : الابن و إن نزل، ثم الأب ثم الأخ ثم الجد ثم الأعمام¹، و هذا غير مطابق للعرف عندنا. أما الشافعية فيرتبون الأولياء كآلآتي :الأب ثم الجد ثم الإخوة ثم الأعمام². و هذا ما يصعب الأمر على القضاة فمن الأفضل بيان ترتيبهم بوضوح في مادة قانونية.

لقد تم بيان شروط معينة توجب توفرها في الولي حتى يتمكن من ممارسته حقه في الولاية و إن تخلفت سقطت عنه ولايته.و تم بيان أقوال الفقهاء فيها ، فماذا إذن عن القانون ؟
بتفحص قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يتطرق إلى شرطا : العدالة و عدم الإحرام أما الإسلام و اختلال أحد الحواس و شرط الذكورة فيمكن اقتباس اتجاه المشرع من خلال فحوى نصوص قانون الأسرة .

أولا : شرط الإسلام .

تنص المادة 30 في فقرتها الثانية على أنه : « كما يحرم مؤقتا ... زواج المسلمة من غير المسلم »³. هل يمكن قياس اشتراط الإسلام في الولي على اشتراطه ؟ خاصة و أن هذا ما أجمع عليه فقهاء الأمة الإسلامية .

¹ - ابن جزوي ، القوانين الفقهية ، ص 119.

² - النووي، المجموع ، 174/16.

³ - و قد كان هذا الشرط متناول في نص المادة إلى من قانون الأسرة 84-11.

بالرجوع إلى أحكام المادة 91 من نفس القانون و التي تبين أسباب انتهاء وظيفة الولي لا نجد مثلا: ردة الولي ، لكن نصت المادة في بندها الرابع على أن الولاية تنتهي بإسقاط الولاية عن الولي ، و لا تلحقها مادة تبين أسباب سقوطها.

في نفس الوقت تنص المادة 93 من نفس القانون على أنه :

«يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة».

هل يشترط الإسلام في الوصي و لا يشترط في الولي كالأب مثلا ؟ و هل أن إسقاط الولاية عن الولي هي من باب أو نفس سياق عزل القاضي للوصي و لنفس السبب ، و هو عدم توفر الشروط المذكورة في المادة 93 و منها شرط الإسلام ؟

و الغريب في الأمر أن المادة 100 من نفس القانون ساوت بين الوصي و المقدم في الأحكام و بالتالي في شرط الإسلام أيضا و اشترطت المادة 118 من نفس القانون في الكفيل أن يكون مسلما .

كيف يشترط المشرع الإسلام في كل من الوصي و المقدم و الكفيل من جهة و في الزوج و الوارث¹ من جهة أخرى بصريح العبارة تأكيدا و تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، و يغفل عن اشتراطه في الولي ؟.

و الأرجح إذن هو اشتراط الإسلام في الولي على الزواج قانونا و ذلك قياسيا على اشتراط ذلك في كل أنواع الولاية الأخرى من جهة و أخذنا بأحكام الشريعة من جهة أخرى، بتطبيق المادة 222 من قانون الأسرة و على الأرجح أيضا أنه من أسباب سقوط الولاية المذكورة في البند الرابع من المادة 91 من قانون الأسرة الردة ، و يستحسن أن تعدل المواد و يشترط الإسلام بصراحة في الولي تفاديا للغموض و سدا للشغرات التي يتمسك بها الغير .

ثانيا : شرط عدم اختلال أحد الحواس .

تنص المادة : 20 من القانون المدني على أنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائي لإعانة الشخص الأصم الأبكم أو الأعمى الأصم أو الأعمى الأبكم، و أن كل تصرفات هذا العاجز

¹ - كان المساعد القضائي يدعى وصيا قضائيا في القانون المدني المعدل.

قابلة للإبطال إذا تمت بدون حضور مساعده، إذا كانت تدخل تحت طائلة التصرفات الواردة عليها المساعدة¹، فهل يعقل إبرام عقد الزواج يدخل تحت طائلة هذه التصرفات؟ تنص المادة 10 من قانون الأسرة 05-09 في فقرتها الثانية على أنه :

« و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح نعر أو عرفا كالكتابة و الإشارة » و عليه يصح من العاجز مباشرة عقد النكاح بنفسه .

لكن ما المقصود بالعاجز؟ هل هو الشخص الذي اختل أحد حواسه فقط أم حتى أكثر من واحد؟.

بتنسيق فحوى المادتين 80 من قانون المدني و 10 من قانون الأسرة يستفاد ما يأتي:

- إذا اختلت حاسة فقط يمكن للشخص أن يباشر عقد الزواج بنفسه و كذلك هو الحال بالنسبة للولي أيضا.

- إذا اختلت أكثر ما حاسة ينظر إلى ما قرره المحكمة، حيث أن السلطة التقديرية تعود للقاضي فإن جاء في قرارها أن عقد الزواج من التصرفات التي تخضع للمساعدة القضائية المحددة توجب إذن تواجد هذه الأخيرة مع الولي أثناء إبرام عقد الزواج إذا اختلت فيه أكثر من حاسة ، وإلا فالعقد قابل للإبطال . أما إن لم تخضع المحكمة في قرارها الولي العاجز للمساعدة القضائية، فله إبرام عقد زواج من في ولايته بنفسه و يقع صحيحا نافذا.

ثالثا: شرط الذكورة .

أ- في قانون الأسرة 84-11 :

نصت المادة 11 من ق. أ. : على أن الولي هو الأب أو أحد الأقارب الأولين ، فهل تعتبر الأم و هي أول الأقارب وليا؟ تنص المادة 87 من نفس القانون على أنه:
« يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا » و هذا يعني أنه في ترتيب الأولياء تأتي الأم مباشرة بعد الأب ، لكن المواد التالية لهذه المادة تنظم الولاية على المال دون الزواج ، فهل هذا يعني أن الأم تكتسب الولاية على الأولاد في الأموال دون الزواج ؟

¹ - المادة 138 من قانون الأسرة .

بما أنه لا توجد أي مادة قد تفصل في المسألة، يجب إذن الرجوع إلى المادة 222 من ق.أ و النظر إلى أقوال الفقهاء فيها. الحقيقة- كما تم بيانه سابقا- أنه ليس للمرأة ولاية على المحجور عليهم عند جمهور الفقهاء¹ و لا على الصغار أيضا²، و ليس لها الولاية على الزواج بوجود العصبية من الرجال بإجماع الفقهاء و لا بعدهم عند الجمهور من مالكية و شافعية و حنابلة، أما الحنفية فيجوز لها ذلك عندهم.

فأي من الآراء يطبق؟ نظرا لأن المشرع الجزائري في القانون 84-11 نحي منحى الجمهور في اشتراط الولاية على المرأة و عدم صحة مباشرتها عقد الزواج بنفسها، فالأحرى اشتراط الذكورة في الولي في ظل هذا القانون تماشيا مع موقف المشرع و اتجاهه. خاصة و أن هذا ما يقترب أكثر إلى الواقع الجزائري.

أما فيما يخص ما جاء في المادة 87 من نفس القانون فهي تشمل الجانب المالي في الولاية دون الولاية على الزواج.

ب- في القانون 05-09

كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة 84-11، لم يبين المشرع الجزائري في القانون 05-09 من هم الأقارب الأولون المذكورون تحت ظل قانون الأسرة 05-09؟

الإشكال أن المشرع تبني بصريح العبارة في تعديله لقانون الأسرة مذهب الحنفية³، و أعطى للمرأة كاملة الأهلية الحق في مباشرة عقد زواجها، فهل يطبق نفس الاتجاه فيما يخص الولاية على النكاح؟ خاصة أن المشرع الجزائري ذهب في هذا التعديل - كما تم بيانه - إلى تطبيق فحوى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و بالرجوع إلى هوردها نجد أن البند «و» من الفقرة الأولى للمادة 16 منها تنص على ما يأتي:

«1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة. نفس الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة، و الوصاية على الأطفال و تبنيهم أو ما شابه من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية»

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 5/155، • الدردير، الشرح الكبير، 4/107

² - البهوتي، كشاف القناع، 3/521، 52/521 و ما بعدها.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/248، 242.

فهل يتغير إذن منظارنا لفحوى المادة 7 : من قانون الأسرة و تصبح ولاية المرأة المذكورة فيها ، و التي ترتب مباشرة بعد الأب - هي ولاية على المال و الزواج أيضا ؟ و ذلك على أساس اتجاهه المبني على :

- مساواة بين الرجل و المرأة .
- تبني للمذهب الحنفي .

و في هذا الصدد تجدر الإشارة أن المذهب الحنفي لم يعط للمرأة الحق في الولاية على الزواج إلا بشرط انعدام العصبية من الذكور. فإن اعتبرنا أن للمرأة الولاية على الزواج، هل تأخذ الأم المرتبة الثانية مباشرة بعد الأب على أساس المساواة المطلقة بينهما؟ وذلك تطبيقا لما جاء في بنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، أو تأتي بعد انتهاء العصبية من الذكور تطبيقا إلى مذهب فقهاء الحنفية ؟ .

قد يقول قائل أنه إن كانت الأم هي ثاني الأولياء في الترتيب بعد الأب لكان المشرع قد ذكر في المادة 11 : « و هو الأب ثم الأم ثم أحد الأولياء المقربين » و ما دامت لم تأت على هذا النحو فهذا يعني أن الأم لا ترتب بعد الأب .

الحقيقة أنه يستحسن عدم المساواة المطلقة بين إلى الأم في هذه المسألة، و الالتزام بما ذهب إليه فقهاء الحنفية ، و جعل ولاية الأم بعد ولاية الذكور من العصبية ، و يأتي هذا إذن من باب تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة. هذا و من الأحسن أن يرفع المشرع هذا اللبس.

الفرع الثاني: الأولياء مالكو الإنابة في عقد زواج مواليمهم

لا يوجد نص صريح عن جواز إنابة الولي غيره ليبرم زواج من هو في ولايته ، على وجه الخصوص ، إلا ما روي أن رجلا ترك بنته عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال: « إذا وجدت كفوًا فزوجه إياها ولو بشراك نعله ، فزوجها عمر بن الخطاب من عثمان بن عفان رضي الله عنه »¹ .

وقال ابن قدامى مستدلا بهذا الأثر على جواز التوكيل المطلق في النكاح : « واشتهر ذلك ولم ينكر »² . و الحقيقة أنه لم يذكر خلاف بين علماء الفقه الإسلامي حول جواز توكيل الولي

¹ - الألباني، إرواء الغليل، 253/6.

² - ابن قدامى، المغني، 353/7.

غيره في إبرام عقد زواج من في ولايته. ولا يعد هذا الاتفاق إلا تطبيقاً للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل ، وذلك عكس مسألة إيضاء الولي ففيها خلاف. و بعد أن تم بيان الشروط الواجب توفرها في الشخص ليكون ولياً في عقد الزواج و يكون طرفاً فيه ، يطرح التساؤل الآتي : هل كل من تثبت له الولاية شرعاً على شخص ما يملك تزويجه و بالتالي إنابة غيره في ذلك ؟ .

تثبت الولاية على الزواج لشخص ما في حالتين: أولهما: لنقص أهلية المولى عليه لصغر سن أو جنون أو سفه. ثانيهما: لأنوثة المولى عليه. و تتجسد إنابة الولي في حالتين: أولهما : في شكل وكالة ، ثانيهما : في شكل إيضاء. و سيتم تقسيم هذا الفرع لدراسته إلى ثلاثة بنود: بند أول : يتم فيه بيان الأولياء مالكو التوكيل في عقد زواج مواليتهم ناقص الأهلية و أقوال الفقهاء في ذلك .

بند ثان: يتم فيه بيان مالكو التوكيل في زواج مولييتهم كاملة الأهلية .
و بند ثالث: يبين فيه مالكو الإيضاء و الوقت المعتبر في ملك التصرف .

البند الأول: بيان أولياء ناقص الأهلية مالكو التوكيل.

لمعرفة من من الأولياء يملك توكيل الغير لتزويج مواليتهم ناقص الأهلية ، يتوجب معرفة من من الأولياء يملك تزويج ناقص الأهلية أصلاً ، و بعدها تطبيق القاعدة العامة لمن يملك التوكيل . وفيما يأتي بيان ذلك:

الفقرة الأولى: أقوال مذهبي الحنفية و المالكية

أولاً: مذهب الحنفية .

يملك الأب و سائر الأولياء تزويج من تثبت لهم الولاية عليهم شرعاً لنقص أهليتهم، سواء كان ذلك لصغر سن من صغير ذكر، أو أنثى بكر كانت أو ثيباً ، أو لجنون ذكراً كان المولى عليه أو أنثى¹ . أما السفية ، فلا يحجر عليه عند كل من أبي حنيفة و ظاهر قول محمد و يوسف¹ . و عليه فلأب و سائر الأولياء توكيل الغير في زواج من في ولايتهم على أساس نقص أهليتهم.

¹ -المرغزباني، الهداية، 215/3-217، للإيلعي، تبين الحقائق، 127/2، 123، 121، السرخسي، المبسوط، 213/4، 218، 220، 221، 228، الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، 283/1.

ثانياً: مذهب المالكية .

أ - ناقصو الأهلية لصغر سن :

يملك الأب تزويج أبناءه الصغار ذكورا كانوا أو إناثا ، سواء كانت الأنثى بكرا أو ثيبا² ، و عليه فهو يملك توكيل الغير في زواجه و ذلك تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل ، و يلحق بالأب وصيه في هذا كله ، و يلحقهما الحاكم في الصغير دون الصغيرات ، و قيد المالكية ملك وصي الأب و الحاكم تزويج الصغار بالتعيين والحاجة و المصلحة³ . و يملك باقي الأولياء غير الأب و وصيه تزويج الصغيرة و يصبح هؤلاء أولياء مجبرين بتوفر الشروط الآتية :⁴

- بلوغها عشا .
 - أن يخاف عليها الفساد في حالها أو مالها .
 - إذن القاضي لوليها إجراء عقد نكاحها .
- إذا توفرت هذه الشروط يملك في هذه الحالة هذا الولي توكيل الغير لتزويج هذه الصغيرة .

ب- ناقصو الأهلية لجنون :

يفرق المالكية بين الجنون المطبق و الجنون غير المطبق .

1- حالة الجنون غير المطبق : إن كان المولى عليه ذكرا فهو لا يزوج مطلقا و ينتظر إفاقتة و إذنه⁵ . و إن كان أنثى فيملك الأب تزويج الصغيرة و البكر لعدم اعتبار إذنيهما ، و له إذن التوكيل في ذلك و يلحقه فيه وصيه⁶ . أما المجنونة البالغة الثيب التي تفتقر فتنتظر إفاقتها⁷ .

¹ - المرغناني، المصدر نفسه، 315/3.

² - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م202/3/2، 176، ابن رشد، بداية المجتهد ، 6/2، 7 • ابن جزىء، القوانين الفقهية، ص223.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، 8/2، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م202/3/2 • ابن جزىء، القوانين الفقهية، ص223.

⁴ - الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 174، 175/3، الدردير، الشرح الكبير بhamش حاشية الدسوقي، 218/2.

⁴ - الزرقاني، المصدر نفسه، 197/3.

⁶ - الزرقاني، المصدر نفسه ، 172/3، الدردير، الشرح الكبير بhamش حاشية الدسوقي، 218/2 ، الخطاب، مواهب الجليل، 427/3 .

⁷ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م176/3/2 . الدسوقي ، حاشية الدسوقي، 198/2.

2- حالة الجنون المطبق : إن كان المولى عليه ذكرا لا يزوجه إلا الحاكم إن كان جنونه طارئا¹

و لا يوكل إذن في تزويجه سواه. أما إن كان جنونه أصليا - بمعنى بلغ مجنوناً- فلا يملك تزويجه و من ثمة التوكيل في زواجه سوى ثلاث ، أبوه ثم وصيه ثم الحاكم² ، و تلحقه في هذا الحكم المجنونة جنونا مطبقا³ و يشترط في وصي الأب الأمر بالتزويج و التعيين⁴ ، و و قيد تزويج الحاكم بالحاجة في قول⁵ ، بينما منع من تزويجها حبرا في قول آخر⁶ .

ج- ناقصو الأهلية لسفهه :

لا يملك تزويج السفهه إذا بلغ سفهها إلا ثلاث الأب ، وصي الأب ثم الحاكم ، و من ثمة هم يستفردون بملك توكيل الغير في زواجه و يستفرد الحاكم بذلك إن بلغ رشيدا ثم سفهه⁷ .

الفقرة الثانية: أقوال مذهبي الشافعية و الحنابلة .

أولا : مذهب الشافعية .

يملك الأب و الجد وأبو الجد و هم ما يسمون بالآباء⁸ عند الشافعية تزويج ، و من ثمة ثمة التوكيل في زواج كل من :
- البكر الصغيرة دون الثيب⁹ .
- الصغير العاقل و يلحقه المجنون في قول¹⁰ .
- الكبير المجنون جنونا مطبقا أصليا و يلحقهما في ملك تزويجه القاضي مع اشتراط الحاجة¹ .

¹ - عليش، منح الجليل، 39/2.

² - الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 197/3 ، •الدسوقي، حاشية الدسوقي، 218/2.

³ - الخطاب، مواهب الجليل، 472/3.

⁴ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 199/2.

⁵ - الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م202/3/2 ، •عليش، منح الجليل، 39/2. •الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 197/3.

⁶ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 218/2.

⁷ - الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م202/3/2 ، •العدوي، حاشية العدوي بمامش الخرشي، م290/5/3.

⁸ - الشافعي ، الأم ، 11/5 ، 17.

⁹ - الشافعي، المصدر نفسه ، 15/5 ، 16 ، •النوي، التكملة الثانية للمجموع ، 168/16.

¹⁰ - الشافعي، المصدر نفسه ، 18/5 ، •النوي، روضة الطالبين ، 534/5.

- الكبير المجنون جنونا مطبقا طارئا و يلحقهما في ملك تزويجه القاضي في قول ، بينما ينفرد بذلك في قول آخر² .
- المجنونة جنونا مطبقا لمصلحة صغيرة كانت أم كبيرة ، بكرة كانت أم ثيبا ، أصليا كان جنونها أو طارئا ، و يلحقهما في ذلك القاضي³ ، و قيل أيضا الولي القريب بإذن السلطان مع اشتراط الحاجة أو المصلحة⁴ .
- السفية الذي بلغ سفيها في الأصح و يلحقهما القاضي في ملك تزويجه بينما ينفرد بذلك فيمن بلغ رشيدا ثم سفه⁵ .
- و لا يملك أحد لا تزويج و لا توكيل الغير لتزويج كل من :
- الثيب الصغيرة⁶ .
- المجنون الصغير في الأصح⁷ .
- المجنون الكبير جنونا غير مطبق و كذا المجنونة⁸ .

ثانيا : مذهب الحنابلة .

أ- ناقصو الأهلية لصغر سن :

- يملك الأب و وصيه تزويج و من ثمة التوكيل في زواج كل من :
- الصغير عاقلا⁹ كان أم مجنونا¹⁰ و يلحقهما الحاكم في ذلك بشرط الحاجة¹¹ .

¹ - الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 169/3 ، النووي، المصدر نفسه ، 335/5 ، 336 .

² - الخطيب الشربيني، المصدر نفسه ، 169/3 .

³ - الهيثمي، تحفة المحتاج، 286/7 .

⁴ - الشيرازي، المهذب، 38/2 ، الرملي، نهاية المحتاج، 263/6 .

⁵ - الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 169/3 ، النووي، روضة الطالبين، 441/5 .

⁶ - الشافعي، الأم، 16/5 ، النووي، التكملة الثانية للمجموع، 170/16 .

⁷ - الشافعي، المصدر نفسه ، 18/5 ، الهيثمي، تحفة المحتاج، 284/7 .

⁸ - النووي، روضة الطالبين، 437/5 ، الرملي، نهاية المحتاج، 263/6 ، الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 159/3 .

⁹ - ابن قدامي، المعني 392/7 ، 393 ، المرادوي، الإنصاف 58/8 .

¹⁰ - ابن قدامي ، المصدر نفسه ، 293/7 ، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ، 635/3 ، ابن مفلح، المبدع، 22/7 .

¹¹ - ابن قدامي، المعني، 392/7 ، المرادوي، الإنصاف، 61/8 .

- الصغيرة بكرا¹ كانت أم ثيبا²، و يملك جميع الأولياء في قول تزويج و التوكيل في زواج البكر البكر الصغيرة إذا بلغت تسعا و أذنت³ و كذلك الثيب في قول رجحه صاحب الإنصاف⁴، بينما يمنع تزويج هذه الأخيرة مطلقا في قول آخر⁵.

ب- ناقصو الأهلية لجنون :

- البالغ المجنون جنونا مطبقا أصليا كان أو طارئا يملك الأب و وصيه تزويجه و من ثمة التوكيل في زواجه و يلحقهما في ذلك الحاكم بشرط الحاجة أو المصلحة⁶.

- المجنونة الثيب جنونا مطبقا أصليا كان أو طارئا يملك الأب و وصيه تزويجها و من ثمة توكيل الغير في زواجها⁷، و إن لم يكن لها أب أو وصي . فهناك قولان :

أ- يملك باقي الأولياء تزويجها و من ثمة التوكيل في زواجها بشرط الحاجة أو الخدمة، و إن لم يكن لها ولي فالحاكم لنفس الأسباب⁸.

ب- يملك الحاكم فقط تزويجها و من ثمة هو فقط من يملك التوكيل في زواجها و هو القاضي⁹

ج- ناقصو الأهلية لسفه¹⁰:

أ- من بلغ سفيها : يملك كل من الأب ثم وصيه ثم الحاكم تزويجه و بالتالي توكيل الغير في ذلك.

ب- من بلغ راشدا ثم سفه: لا يملك تزويجه و من ثمة التوكيل في تزويجه إلا الحاكم .

¹ - ابن قدامي، المغني، 379/7، معه الشرح 380/7، المرادوي، الإنصاف، 62/8.

² - ابن قدامي، المصدر نفسه، 385/7

³ - المصدر نفسه، 386/7.

⁴ - المرادوي، الإنصاف، 56/8، 57، البهوتي، كشف القناع، 44، 45/5.

⁵ - ابن مفلح، المبدع، 23/7، 24، ابن قدامي، المغني، 385/7.

⁶ - ابن قدامي، المصدر نفسه، 392، 393/7، 373/7، البهوتي، كشف القناع، 47/5، البهوتي، شرح

منتهى الإيرادات، 635/2.

⁷ - ابن قدامي، المصدر نفسه، 379/7، المرادوي، الإنصاف، 54/8، 55، 56، 60، 61.

⁸ - ابن قدامي، المصدر نفسه، 390/7، البهوتي، كشف القناع، 47/5، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، 635/3.

⁹ - المصادر نفسها.

¹⁰ - ابن قدامي، المصدر نفسه، 390/7.

الفقرة الثالثة: موقف المشع الجزائري في هذه المسألة.

أولا: في ظل قانون الأسرة 84-11.

أ- و لي الصغير :

الصغير الذي لم يبلغ 21 سنة لم ترد أي مادة صريحة بشأن تولى وليه عقد نكاحه و حتى بالنسبة للمادة 13 من ق.أ التي تمنع الولي من جبر من في ولايته ، فقد جاءت بصيغة المؤنث ، حيث تشمل المولى عليهم من الإناث دون الذكور ؟...
لكن يمكن القول أنه لا يزوج القاصر ذكرا كان أم أنثى إلا بترخيص من القاضي حسب الفقرة 2 من المادة 7 من ق.أ .

ب- و لي محجور عليهم :

بالنظر إلى نص المادة 81 نجد أنه من كان فاقد الأهلية أو ناقصها ، لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا وليه أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام نفس القانون ، و عليه يسري على الصغير و السفيه و المعتوه و المجنون نفس الحكم و يتولى زواجهم الولي قانونا، و تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل و قياس على ما جاء في المادة 20 من نفس القانون يملك و لي كل من : الصغير و السفيه و المجنون و المعتوه توكيل الغير في زواجهم .

ثانيا : في ظل قانون الأسرة 05-09.

أ- و لي القاصر :

تنص الفقرة الثانية من المادة 11 على أنه: « دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب أو أحد الأقارب الأولين و القاضي و لي من لا و لي له » .

و على هذا الأساس و تطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل، فيما أن الولي يملك إبرام عقد زواج القصر فهو يملك التوكيل فيه ، خاصة و أن عقد الزواج يقبل النيابة شرعا و أن الوكالة جائزة قانونا في العقود عامة حسب مواد القانون المدني ، و في عقد الزواج خاصة تطبيقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة لجواز ذلك في الفقه الإسلامي .

ب- ولي المحجور عليهم :

لم تعدل المواد المتعلقة بتزويج المحجور عليهم و لم يأت التعديل بمواد جديدة في هذا الشأن ، لذا فيمكن القول أن تطبيق المادة 81 من ق . أ 05-09 هو الساري، و التي تنص على أن الولي هو الذي ينوب عن ناقصي الأهلية أو فاقدوها و هم : السفية و الجنون و المعتوه و ذو الغفلة ، و عليه لوليهم تزويجهم و بالتالي التوكيل في زواجهم بناء على نفس الأسس المذكورة في ملك ولي القصر ذلك .

البند الثاني : الأولياء مالكو التوكيل في زواج كاملة الأهلية .

لقد تقدم فيما سبق بحث مدى ملك المرأة كاملة الأهلية توكيل الغير لإبرام عقد زواجها حيث تم استنباطه ما مدى ملكها التصرف فيه بنفسها ، و قد تم بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة و اختلافهم فيها مع ذكر أدلة كل فريق ، و تبين أن مذهب الجمهور يشترط الولاية عليها في النكاح و يمنعها مباشرة عقدها بنفسها .

و بقي الآن معرفة ما إذا كان للولي الاستبداد بهذه الولاية و بالتالي له الحرية في التوكيل المطلق في تزويجها كما شاء ، لأنه يملك فعل ذلك بنفسه و إن لم ترض أم لا ... ؟ و عليه ستم دراسة هذا البند كالاتي :

أولا : بيان من من الأولياء يملك توكيل الغير في زواج موليته كاملة الأهلية دون توقف على إذنها .
ثانيا : بيان حكم توكيل الولي الغير في زواج من يلزم استئذانها .

الفقرة الأولى : مالكو توكيل الغير في زواج موليتهم كاملة الأهلية فقها .

لمعرفة من من الأولياء يملك توكيل الغير لتزويج موليته كاملة الأهلية ، دون توقف على إذنها ، يجب معرفة من منهم يملك مباشرة هذا التصرف بنفسه دون إذن منها ، و قد فرق الفقهاء في هذه المسألة بين الشيب و البكر ، و فيما يأتي بيان ذلك .

أولا : الثيب الكاملة الأهلية .

يمنع منعا مطلقا أن يزوج الولي جبرا أبا كان أو غيره ، موليته الثيب البالغ العاقل ، فقد أجمع أهل العلم -إلا من شد¹ - على أن الثيب المكلفة الرشيدة لا تنكح إلا بإذنها² . و استدل استدلال الجمهور بعدة أحاديث نذكر منها :

■ عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالو : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت»³ و في هذا الحديث نهي صريح عن إنكاح الأيم دون إذنها .

■ عن أبي عباس أن النبي ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر تستأمر و إذنها سكوتها»⁴ .

■ عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها و هي ثيب فكرهت ذلك ، فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها⁵ .
و على ما تقدم ذكره ، يمكن القول أنه ليس لأي من أولياء الثيب سواء كان أبا أو غيره توكيل الغير في تزويج موليتهم البالغ العاقل الثيب دون إذنها .

ثانيا : البكر كاملة الأهلية.

أما البكر البالغ العاقل فقد انقسم أهل العلم في مدى ملك وليها تزويجها دون إذنها ومن ثمة مدى ملكه التوكيل فيه دون إذن إلى فريقين:

¹ - روى عن الحسن البصري أنه قال أن : أباهما يزوجهما و لو كانت كارهة و كذلك يرون عن إبراهيم النخعي أنه قال : يزوجهما أبوها إن كانت في عياله ينظر: • ابن قدامي، المغني، 385/7.

² - ابن حزم، المحلى، 459/8 ، • ابن رشد، بداية المجتهد، 6/2 ، • ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 191، 192/9 ، الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 177/3، 178.

³ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها، 17/7، حديث رقم: 5136 ، • مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، 1036/2، حديث رقم: 1419.

⁴ - سبق تخرجه .

⁵ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح ، باب إذا زوج ابنته و هي كارهة فنكاحه مردود، 18/7، حديث رقم: 5138.

▪ الفريق الأول : فريق المانعين منعا مطلقا .

ذهب كل من الحنفية¹ و الظاهرية² و رواية عن الإمام أحمد³ إلى منع تزويج الولي أبا كان أو غيره موليته البكر البالغ العاقل مطلقا بغير إذنها. ويعتبر الحنفية هذا الإذن توكيل منها⁴ و من بين ما استدلووا به :

▪ حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: أن رسول الله ﷺ قال: « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا

تنكح البكر حتى تستأذن ، قالو : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت»⁵ . و وجه الدلالة الدلالة عندهم في هذا الحديث أن رسول الله نهي عن إنكاح البكر حتى تستأذن ، و النهي يقتضي التحريم ، و ظاهره العموم في كل بكر و في كل ولي دون تفرقة ، و قد صنفه البخاري في باب : " لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها"⁶ .

▪ حديث عائشة رضي الله عنها قالت : « يا رسول الله إن البكر تستحي . قال: رضاها صمتها»⁷ و هذا تأكيد على وجوب استئذان الأبكار .

▪ حديث ابن عباس - رضي الله عنه - قال : أن رسول الله ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، و البكر تستأذن في نفسها ، و إذنها صامتها »⁸ . و مقتضى هذا الحديث أن البكر لا تجبر و لا تزوج إلا برضاها .

و عليه فلا يملك الولي أبا كان أو غيره توكيل الغير في زواج موليته البكر البالغ العاقل دون توقف على إذنها ، عند أصحاب فهذا الفريق و هم الحنفية و الظاهرية و في رواية عن أحمد و يوافقهم المالكية في هذا الرأي لكن في حالات معينة هي كالاتي :

¹ - السرخسي، الميسوط، 2/5، 3، ابن الهمام، فتح القدير، 260/3 - 263.

² - ابن حزم، المحلى، 459/9.

³ - ابن قدامي، المغني، 380 / 7.

⁴ - الحصكفي، شرح الدر المختار، 252/1.

⁵ - سبق تخريجه.

⁶ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 191/9.

⁷ - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، 17/7، حديث رقم: 5137.

⁸ - تقدم تخريجه.

- 1- البكر العانس، في رواية عن مالك ، و هي من طالت إقامتها ببيت أهلها بعد بلوغها¹.
 - 2- البكر التي رشدتها أبوها ، و هذا هو المشهود في المذهب².
 - 3- البكر التي دخل بها زوجها ، ثم أنكرت المسيس بعد فراقها لعيب فيه³.
- و الأرجح أن لهته الأبيكار الثلاث هذا الحكم لمعرفة مصالحن، بتقدم سن الأولى، و بشاهدة أبي الثانية، و بمخالطة الثالثة زوجها، فأخذت حكم الثيب.
- و بالتالي: لا يملك الولي أبا كان عند المالكية توكيل الغير في زواج واحدة من هذه الأبيكار دون استئذائها.

■ الفريق الثاني: فريق المجيزين للأب دون غيره

ذهب كل من المالكية⁴ و الشافعية⁵ و في الأصح عند الحنابلة⁶ إلى أنه للأب دون غيره غيره من الأولياء تزويج البكر البالغ العاقل الراشد جبرا و دون توقف على إذنها و بالتالي فهو -الأب- يملك دون غيره من الأولياء توكيل الغير لتزويج ابنته كاملة الأهلية دون توقف على إذنها و استدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي :

¹ - قال الخرشي: العانس هي من طالت إقامتها عند أهلها ، و عرفت مصالح نفسها ، و لم تزوج ، و هل سنها ثلاثون أو ثلاثة و ثلاثون أو خمسة و ثلاثون أو أربعون أو خمسة و أربعون ، أو خمسون أو منها إلى ستين ، ينظر • الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م176/3/2 .

و يمكن القول أن العانس في أيامنا هذه من بلغت 40 فصاعدا ، و ينظر أيضا في هذه الرواية : • ابن رشد، بداية المجتهد، 4/2 ، • الدسوقي، حاشية الدسوقي، 198/2.

² - قال الخرشي : و معنى رشدتها : أن يقول لها أبوها : قدر رشدتك ، أو أنت مرشدة أو أطلقت يدك و نحو ذلك ، و لو قبل البلوغ ، ينظر: • الخرشي، الخرشي على مختصر خليل ، م177/3/2 ، و ينظر أيضا في هذه الرواية : • الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح، 199/2 ، • عليش، منح الجليل، 20/2.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، 199/2، عليش، مصدر نفسه، 21/2.

⁴ - الدردير، الشرح الكبير، 198/2، 199.

⁵ - الشافعي، الأم، 15/5 ، الخطيب الشربيني، معنى المحتاج، 149/3 ، • الرملي، نهاية المحتاج، 222/6 ، 223 . ابن قدامي ، المغني ، 381/7 ، 384 ، • البهوتي، كشف القناع، 47/5.

⁶ - الشافعي، الأم، 15/5 ، الخطيب الشربيني، معنى المحتاج، 149/3 ، • الرملي، نهاية المحتاج، 222/6 ، 223 . ابن قدامي ، المغني ، 381/7 ، 384 ، • البهوتي، كشف القناع، 47/5.

▪ حديث ابن عباس -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «الأم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»¹. ووجه الدلالة أن رسول الله ﷺ جعل الثيب أحق بنفسها من وليها، و هذا دليل على أن البكر بخلافها، لأن الشيء إذا قيد بأخص أوصافه دل على أن ما عداه بخلافه².

▪ كما استدلوا بمفهوم الأحاديث الآمرة باستئذان اليتيمة، و من بينها: حديث ابن عباس -رضي الله عنه- قال: قال ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصماتها إقرارها»³ و مفهوم هذا الحديث و مثله أن ذات الأب بخلاف اليتيمة .

و قال المالكية أن للأب الجبر و لو لأقل من مهر المثل و لأقل حال منها إذا لم يلزم على ذلك ضرر عليها كتزويجها من خصي أو مجنون⁴. و عليه كذلك هو الحال في توكيله الغير لتزويجها مع تعيين للزوج فتجوز وكالته حتى لتزويجها ممن هو أقل حال منها و لو بدون مهر .

و عكس المالكية ذهب الشافعية إلى وضع شروط ، توجب توفرها حتى يملك الأب صلاحية تزويج ابنته البكر كاملة الأهلية جبرا و دون توقف على رضاها ، و يمكن تقسيمها إلى⁵:

1- شروط لجواز الإقدام على التزويج :

- ألا يكون بين الأب و ابنته عداوة
 - أن يكون الزوج كفؤًا و حظًا لها لا ضررًا عليها.
 - أن يكون الزوج موسرًا بالمهر .
- و عليه فإن لم تتوفر هذه الشروط لا يملك الأب صلاحية الإقدام على تزويج ابنته أو مباشرة عقد نكاحها ، و عليه فهو لا يملك التوكيل في ذلك .

¹ - سبق تخرجه .

² - ابن قدامي، المغني، 380، 381/7، النووي، تكملة المجموع الثانية، 169/16، الزرقاني، شرح الزرقاني على مالك، 164/3، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، 3/4.

³ - داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح ، باب في الثيب، 638/1، حديث رقم: 2100 و هو لفظه. • النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح ، باب إستئذان البكر في نفسها، 85/6، حديث رقم: 3263.

⁴ - القرائي، الذخيرة، 218/4.

⁵ - الشافعي، الأم، 16، 13/5، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 149/3.

2- شروط لصحة الزواج دون إذن المولية :

- أن يزوجهها بمهر المثل و نقد البلد .
 - ألا يكون الزوج ممن تتضرر به كالأعمى .
 - ألا يكون قد وجب عليها الحج ، و قد لا يمكنها الزوج من القيام به .
- إذن إذا توفرت هذه الشروط إلى جانب الشروط السابقة، فلأب الإقدام على تزويج ابنته البكر دون توقف على إذنها، و يقع العقد صحيحا ، و إن توفرت شروط جواز الإقدام و لم تتوفر شروط الصحة ، فلا يقع عقده صحيحا إن تم دون إذنها . و عليه فالأب لا يملك مطلق التوكيل في تزويج ابنته كاملة الأهلية إلا إذا توفرت كل الشروط دون استثناء .
- أما باقي الأولياء فلا يملكون تزويج البكر كاملة الأهلية دون إذنها مطلقا¹ ، و لا يملكون إذن التوكيل في ذلك دون توقف على إذنها بالتوكيل .
- إلا أن المالكية و الحنابلة² أحقوا وصي الأب بالأب ، و اشترطت المالكية في ذلك تعيين الأب الزوج أو إطلاق الوصية³ أما الشافعية فقد أحقوا الجد بالأب⁴ . و عليه لكل من وصي الأب عند المالكية و الحنابلة و الجد عند الشافعية توكيل الغير في تزويج البكر البالغ العاقل دون توقف على إذنها .

ثالثا: حكم توكيل الولي بغير إذن من يشترط إذنها في تزويجها .

مادام يعتبر إذن البالغ الثيب و البالغ البكر -في غير الأب و الجد من الأولياء- هل يعتبر إذنها في توكيله الغير لتزويجها؟ عند تصفح ما تسنى لنا من مصادر المذاهب الأربعة لم نجد في كتب المالكية ما يجيب عن هذا التساؤل بصفة مباشرة أو غير مباشرة - على حد ما استطعنا فهمه- أما فيما يخص المذاهب الأخرى ففيما يأتي بيان آراءهم في هذه المسألة :

¹ - الخرشبي، الخرشبي على خليل، م، 178/3/2، 179، • النووي، المجموع ، 169/16، • البهوتي، كشف القناع، 47/5.

² - ابن قدامى ، المغني، 394/7، • البهوتي، كشف القناع، 47/5.

³ - ابن جزئ، القوانين الفقهية، ص 222.

⁴ - الرملي، نهاية المحتاج، 231/6، • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 139/3.

أ- مذهب حنفية :

لم نجد في كتب المذهب الحنفي التي تسنى لنا الإطلاع عليها في هذه المسألة جوابا صريحا في هذه المسألة إلا أنه بالتمعن فيما جاء فيها نجد ما يأتي:

- 1-الأصل عند أصحاب هذا المذهب أن سكوت البكر للاستثمار وكالة وللعقد إجازة¹.
بالتالي فإذا لم يزوجها هو توكيل منها .
- 2- لا يملك الوكيل التوكيل بلا إذن أو تعميم².
- 3- إذا أذن الموكل للوكيل في التوكيل أو قال له اعمل برأيك يجوز توكيله³.
و بناء على ما ذكر يمكن القول ما دام ولي معتبرة الإذن هو عند الحنفية وكلاهما، فهو لا يملك توكيل غيره لإبرام عقد نكاحها عنه دون إذن مباشر لذلك أو بتوكيل عام منها.

ب- مذهب الشافعية⁴ :

الأصل عند الشافعية أن ولي معتبرة الإذن لا يملك التزويج بنفسه، و بالتالي لا يملك أن يفوضه لغيره، إلا بعد إذنها؛ وإن لم يعلم به حال التوكيل؛ فإنه يصح، و ما يصح هو إذنها لوليها بتوحيها لا إذن الولي لمن يزوج موليته والفرق بينها وبين وليها أن إذنها جعلي وإذنه شرعي أي استفادته من جهة جعل الشرع له - بعد إذنها - وليا شرعا ، والجعلي أقوى عندهم من الشرعي. لذا فإن وكل الولي في زواج من يعتبر إذنها دون استئذائها لم يصح النكاح .

ت- مذهب الحنابلة:

يجوز توكيل الولي ، سواء كان مجبرا أو غير مجبر ، أبا كان أو غيره بإذن الزوجة وبغير إذنها ولأنه ليس وكيلها لا يفتقر توكيله إلى حضور شاهدين لأنه إذن من الولي في التزويج فلا يفتقر إلى إذن المرأة ولا الإشهاد عليه. لكن لا بد من إذن المرأة غير مجبرة لوكيل وليها أن يزوجها فلا يكفي إذنها لوليها بالتزويج. فقبل أن يوكله الولي أجنبي وبعد توكيله ولي⁵.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، 3/196، 195.

² - المصدر نفسه، 5/227.

³ - قاضي زاده، تكملة فتح القدير، 8/100، 99.

⁴ - الميمني، تحفة المحتاج، 7/265.

⁵ - البهوتي، كشف القناع، 5/60، ابن قدامي ، المغني، 7/353.

رابعاً: حكم إنكاح وكيل الولي من يعتبر إذنها بدون إذنها .

لقد تقدّم بيان حكم توكيل الولي بغير إذن من يشترط إذنها في تزويجها ومن المفيد الآن بيان صحّة أو بطلان إنكاح وكيل الولي من يعتبر إذنها بغير إذنها و ربما استخلاص موقف المذهب المالكي. و يمكن تقسيم أقوال الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء:

أ-الرأي الأول¹:

يعتبر أنّ نكاح من يعتبر إذنها بدون إذنها نكاح باطل، لا يصح مطلقاً، حتى وإن رضيت به بعد ذلك وأجازته. وهذا مذهب الإمام الشافعي، وأصحّ الروايتين عن الإمام أحمد، ورواية عن الإمام مالك. وحنة أصحاب هذا الرأي أحاديث وجوب الاستئثار، والنهي عن إنكاح المرأة بدون إذنها.

واستنادا على هذه الرواية للإمام مالك يمكن فيما يخص المسألة السابقة القول أنه إذن لا يجوز مطلقاً للولي توكيل الغير لتزويج موليته المعتبرة الإذن دون إذن منها.

ت- الرأي الثاني²:

يعتبر هو الآخر أنّ نكاح من يعتبر إذنها بدون إذنها نكاح باطل إلا أنه إذا بلغها الخبر عن قرب-زمانا و مكانا- فأجازته جاز، وإلا فلا. وهذا هو المشهور في مذهب المالكية و قول للإمام أحمد في رواية أخرى له³. و وجه إجازته عن قرب هو وقوع العقد والإجازة في وقت واحد، والمهلة اليسيرة لا ضرر فيها، وأمّا وجه بطلانه عن بعد فهو حجة الفريق الأول السابقة الذكر.

واستنادا إلى المشهور من مذهب المالكي يمكن استخلاص رأي المالكية في المسألة السابقة والقول إذن بأن توكيل الولي الغير لتزويج موليته المعتبرة الإذن دون إذن منها هو باطل إلا إذا أجازته عن قرب جاز .

¹ - انظر: الشافعي، الأم، 16/5، ابن قدامي، المغني، 365/7، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 29/32-30، ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980، 528/2.

² - ابن عبد البر، المصدر نفسه، 528/2، الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 179/3، ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 194/9.

³ - ابن قدامي، المغني، 367/7.

ث- الرأي الثالث¹:

تتوقف العقود على الإجازة عند الحنفية ، حيث أن كل عقد صدر عن فضولي و له مجيز انعقد موقوفا على الإجازة ، و مادام الأصل أن كاملة الأهلية لا تزوج إلا بإذنها ، و أن تزويج وليها بإذنها هو توكيل منها ، فيمكن القول إذن أن الحنفية يذهبون إلى القول بانعقاد نكاح المعتبر إذنها موقوفاً على إجازتها؛ فإن أجازته جاز، وإن ردّته بطل. وحثّتهم حديث من أنكحها أبوها وهي كارهة فجعل النبي ﷺ الأمر إليها فقالت: « قد أجزت ما صنع أبي، ولكني أردت أن أعلم: أن للنساء من الأمر شيء؟»².

الفقرة الثانية: مدى ملك ولي المرأة كاملة الأهلية التوكيل في نكاحها

قانونا .

بعد بيان شروط الولي قانونا ، تبقى مسألة : هل يملك الولي التوكيل في زواج من في ولايته؟ و هل أن كل ولي يملك التزويج و بالتالي التوكيل فيه ؟ و فيما يأتي الإجابة على كل سؤال على حدى .

أولا : في قانون الأسرة 84-11 .

لم يذكر المشرع الجزائري الولي كركن في الزواج إلا على أساس ولايته على المرأة دون تفرقة بين الراشدة و القاصرة و ذلك في المواد : 11، 12 ، 13 و 9 ، و لما كان الولي هو الذي يباشر زواج المرأة التي في ولايته طبقا لأحكام المادة 14 ، فهل له أن يوكل فيه ؟ .

لم ينص المشرع على ملك الولي التوكيل صراحة، إلا أنه يمكن القول بجواز وكالة الولي في الزواج قانونا استنادا إلى ما يأتي :

1-استنادا للقاعدة العامة للوكالة، فمن يملك تصرفا ما ملك التوكيل فيه، و هو يملك إبرام

عقد الزواج فهو إذن يملك التوكيل فيه .

2-استنادا إلى أحكام القانون المدني المنظمة للوكالة، و لجواز الوكالة في القانون.

¹ - انظر: ● السرخسي، المبسوط، 15/5، ● ابن الهمام، فتح القدير، 3/260-263، 307، وما بعدها.

² - سبق تخرجه.

3- قياسا على فحوى المادة 20 من قانون الأسرة التي تجيز للزوج أن يوكل الغير لإبرام عقد زواجه.

إلا أنه تجدر الإشارة فيما يخص المرأة كاملة الأهلية أنه إذا كان حسب المادة 3 من قانون أسرة 84-11 : « يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة ، و شاهدين و صديق » و أنه حسب المادة 13 لا يجوز للولي إجبارا من في ولايته؛ و أن رضا الزوجين حسب المادة 10 يكون إيجاب و قبول من العاقدين، فنخلص إلى نقطتين:

- أولهما: أن الولي في الزواج يكون في شكل حضور لا غير كما في نص المادة 9 بالفرنسية - كما تم ذكره سابقا - .

- و ثانيهما: أن تولي الولي العقد هو أصلا على سبيل الوكالة من المرأة إليه ، حيث جعل المشرع وكالة المرأة للولي و عادة ما يكون للأب أو توماتيكية فجاء القانون متماشيا مع العرف .
في الحالة الأولى هو لا يبرم العقد فلا نقاش فيها، أما الحالة الثانية فيطرح تساؤل آخر هو: هل يمكن للولي كوكيل عن المرأة كاملة الأهلية أن يوكل في زواجها ؟ سنجيب على هذا السؤال في مقام آخر من هذا البحث .

ثانيا: في ظل قانون الأسرة 05-09 .

فصل المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة 84-11 بالقانون 05-09 بين المرأة الراشدة كاملة الأهلية و المرأة أو الفتاة القاصر، حيث جعل أمر كاملة الأهلية بيدها في الفقرة الأولى من المادة 11 من هذا القانون¹ ، و ذلك بشرط حضور وليها الذي قد يكون من بين ثلاث: أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره .

لكن الإشكال يكمن في أنه إن كان لها: أب هو لم يتمكن من الحضور فهل له توكيل غيره ليحضر عنه ؟ أم هي التي تنتقل تلقائيا لتعيين غيره ؟ و الحقيقة أن هذا الأمر هو فرع أو نتيجة لأصل مسألة أخرى تتمحور حول التساؤل الذي طرحناه سابقا : هل «أو» المذكورة في المادة 11 جاءت على سبيل الاختيار أم على سبيل الترتيب ؟ .

¹ - و التي تنص على أنه : "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره."

فإن كانت على سبيل الاختيار فليس للأب التوكيل لأن حضوره يمثّل حضور الشهود لا غير ، و في هذه النقطة ، يستحسن شطب الولي نهائياً من زواج كاملة الأهلية ، حيث لا معنى لحضوره بهذه الطريقة ، إلا إذا كان المقصود منه هو حضوره كوكيل عنها و ذلك بتوكيل منها مراعاة لحياء المرأة في المجتمع من مباشرتها عقدها بنفسها ، و في هذه الحالة نرجع إلى النقطة الصفر و هي قانون الأسرة 84-11 الذي حصر أوتوماتيكياً وكيل المرأة كاملة الأهلية في الولي و هو : الأب ثم أحد الأقارب الأولين ، لكن تفتح عبارة " أي شخص آخر تختاره " ، المجال للمرأة و تكسر هذا الحصر في قانون الأسرة 05-09 و في هذه الحالة الولي وكيل فنخرج من وكالة الولي إلى وكالة الوكيل.

أما إن كانت على سبيل الترتيب ، كترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي فيمكن القول أن حق الولي في التوكيل يسبق حق الراشدة في التعيين ، و يجوز له على هذا الأساس التوكيل لكن ليس لإبرام عقد زواجهما لأنها تتولاه بنفسها ، كما نصت المادة 11 في فقرتها الثانية بصريح العبارة ، بل يوكل لينوب عنه شخص آخر ليحضر زواجها لأنه شرط في عقد النكاح ، كما نصت المادة 9 مكرر ، و ليكتمل صحيحاً نافذا .

البند الثالث : بيان الأولياء مالكي الإيصاء في عقد الزواج و الممنوعين من التزويج.

الفقرة الأولى : الأولياء مالكو الإيصاء في عقد زواج موالهم فقها .

اختلف القائلون بجواز الإيصاء في النكاح فيمن يملك الإيصاء من الأولياء ، هذا بيانه باختصار :

أولاً : بالنسبة للموالية كاملة الأهلية .

ذهب الحنابلة إلى القول بأنه حق لكافة الأولياء دون استثناء¹ ، أما المالكية فقصره على الأب خاصة دون سائر الأولياء .

¹ - ابن قدامي ، المغني ، 354/7 ، • البهوتي ، كشف القناع ، 62،63/5.

ثانياً: بالنسبة للصغار.

1- مذهب المالكية :

الأصل أنه لا يملك الإيضاء إلا الأب عند المالكية في تزويج كاملة الأهلية والصغار و السفية و كذلك المجنون جنونا مطبقا أصليا بشرط الأمر بالتزويج و التعيين ، و الجنون غير المطبق في الصغيرة أو الكبيرة البكر لعدم اعتبار إذنهما. ولهذا الوصي تنفيذ الوصية و تزويج هؤلاء . و يوافقهم الحنفية في الرواية القائلة بجواز إيضاء الأب في زواج الصغار . و يملك الوصي الإيضاء فيما أوصي به عند المالكية حيث جاء في المدونة أن وصي الوصي بمنزلة الوصي في النكاح وغيره و أنه لا نكاح للأولياء مع الوصي ووصى الوصي أولى من الأولياء¹.

2- مذهب الحنابلة :

أما الحنابلة فيجوز عندهم لكل ولي أن يوصي في زواج مواله مجبرا كان الولي أو غير مجبر لكن هناك حالات لا يملك فيها كل الأولياء التزويج و لا حتى الإيضاء ، حيث لا يملك إلا الأب و وصيه أو الحاكم التزويج فيها ، فلا يملك من الأوصياء غير وصي الأب مثلا تزويج كل من :الصغير العاقل أو المجنون، صغيرة بكر أو ثيب، بالغ مجنون مطبق أصلي، بالغة مجنونة طارئ أو أصلي ، السفية الذي بلغ سفيها،البكر إذا بلغت 9 و أذنت -في قول ، وفي قول آخر لجمع الأولياء تزويجها و بالتالي الإيضاء و كذلك الثيب في قول-.

ثالثاً: الأولياء مالكو الإيضاء في القانون.

نصت المادة 92 من قانون الأسرة على أنه : "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها..." صحيح أن هذه المادة تتكلم عن الوصي على الناحية المالية ، إلا أنه يمكن القياس عليها لانعدام مادة أخرى تتكلم عن الإيضاء في الزواج. و حسب هذه المادة أخذ المشرع الجزائري برأي المذهب الشافعي في إلحاقهم الجد بالأب في أحكام الولاية بصفة عامة، و أعطاهما الحق في الإيضاء وذلك على سبيل الحصر، و قيد ذلك بانعدام الأم أو أهليتها لأن الأصل قيامها هي مكان الأب . و قياسا على هذا يمكن القول أنه يملك الأب و الجد دون غيرهم من الأولياء الإيضاء في نكاح القاصر. لكن هل يشترط

¹ - مالك ، المدونة، 16/4.

انعدام ولي أقرب لانتقال أهلية التزويج إليه في الأصل؟ كما هو الحال في انتقالها إلى الأم في الولاية على المال.

أما فيما يخص الإيصاء في تزويج كاملة الأهلية في ظل قانون الأسرة 84-11 وكذلك السفية في ظل قانون الأسرة بصفة عامة ، فلا يوجد نص يتكلم عن الإيصاء فيه. و على هذا إما يقاس حكمهم على حكم القاصر و لا يملك الإيصاء في تزويجهم إلا الأب و الجد، و إما نحيل ذلك إلى المادة 222 من نفس القانون و نحتكم إلى الفقه الإسلامي، و الذي كما تم بيانه آنفا فيه ثلاث آراء، لذا من الأحسن القياس على المادة 92 من قانون الأسرة.

الفقرة الثانية: الممنوعون من التزويج مطلقا .

لقد تم تقديم عرض مختصر لأقوال أصحاب المذاهب الأربعة لمن يملك تزويج ناقصي الأهلية و من ثمة يملك توكيل أو إيصاء الغير في ذلك ، لكن تجدر الإشارة إلى أنه يمنع ذلك مطلقا في البعض منهم هذا بيانه باختصار :

أولا: بالنسبة للصغار.

- يمنع منعا مطلقا تزويج و من ثمة التوكيل أو الإيصاء في زواج كل من :
- الثيب الصغيرة عند الشافعية¹ ، و عند الحنابلة في قول يرى صاحب المبدع أنه المذهب² .
 - الجنون الصغير في الأصح عند الشافعية³ .
 - الصغير عند الظاهرية⁴ .

¹ - الشافعي، الأم، 16/5، النووي، التكملة الثانية للمجموع، 170/16.

² - ابن مفلح، المبدع، 23/7، 24، ابن قدامي، المغني، 385/7.

³ - الشافعي، الأم، 18/5، الهيثمي، تحفة المحتاج، 284/7.

⁴ - ابن حزم، المحلى، 462/9، و قد ذهبوا إلى أنه لا يزوج الصغيرات إلا الأب، ينظر: المصدر نفسه، 458/9.

الصغار مطلقاً عند كل من الأصم¹ وابن شبرمة².

ثانياً: بالنسبة للمجانين .

- البالغ المجنون جنونا غير مطبق فهو لا يزوج و ينتظر حتى يفيق و يأذن عند كل من الحنفية³ و المالكية⁴ و الحنابلة⁵ و الشافعية و اشترط أصحاب المذهب الأخير وجوب إبرام العقد وقت إفاقته وكذا إذنه⁶.

- المجنونة جنونا غير مطبق حيث ينتظر إفاقة :

- إفاقة البالغة عند الحنفية⁷.
- إفاقة البالغة المعتبر إذنها- في رأي- و بلوغ الصغيرة عند الشافعية⁸.

¹ - يوسف بن محمد الصغرائي الكردي المعروف بالأصم: فقيه شافعي له كتب بالتركية والعربية، منها " منقول التفاسير - ط " بالتركية، رأيت مخطوطة منه في مغنيسا (الرقم 1075) و " المسائل والدلائل " فقه، و " حاشية على حاشية عصام على الجامي " و " حاشية على حاشية شرح القطب للشمسية لقره داود " (000 - 1002 هـ = 000 - 1594 م).
• الزركلي، الأعلام، 251، 252/8.

² - محمد بن عبد العزيز بن محمد بن عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن مانع ابن شبرمة الوهبي التميمي: فقيه، غزير المعرفة بالأدب، ملم بتاريخ نجد الحديث. ولد ونشأ في (عنيزة) من القصيم بنجد. ورحل في طلب العلم إلى (بريدة) بالبصرة (1318 هـ فبغداد، واستقر في الأزهر، بمصر فلزم دروس الشيخ محمد عبده. وعاد بعد وفاة الشيخ إلى دمشق فقرأ على شيخنا جمال الدين القاسمي. وانتقل إلى بغداد فلزم محمود شكري الألوسي. ورجع إلى بلده (عنيزة) سنة 1329 هـ ودعي للتدريس في البحرين (1331) فأجاب. واستدعاه أمير قطر فولاه الإفتاء والوعظ والقضاء. ودعاه الملك عبد العزيز آل سعود فدرس في الحرم المكي وولي رئاسة محكمة التمييز بمكة. و أقام في قطر إلى أن مرض وسافر إلى بيروت، مستشفياً فتوفي بها ونقل إلى قطر. له كتب مختصرة، منها (مختصر عنوان المجد في تاريخ نجد) و (سبل الهدى في شرح شواهد شرح قطر الندي) و (الكواكب الدرية على الدرّة المضية للسفاريني) في التوحيد، ورسالة في (تحريم الاجارة على تلاوة القرآن) و (إرشاد الطلاب إلى فضيلة العلم والعمل والآداب) (1300 - 1385 هـ = 1883 - 1965 م) • الزركلي، الأعلام، 209/6.

³ - ابن نجيم ، البحر الرائق، 217/3 ، فالأصل عندهم: أن الشخص إذا كان يجن تارة ويثيق أخرى فهو في حال إفاقته كالعقل تنفذ تصرفاته. ينظر: • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 54/5.

⁴ - الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 197/3 ، • الدردير، الشرح الكبير، 218/2.

⁵ - ابن قدامي، المغني، 394/7 ، • البهوتي، كشاف القناع، 45/5، 46 ، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 640/2.

⁶ - النووي، روضة الطالبين، 436/5 ، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، 159/3.

⁷ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية ، 285/1.

⁸ - النووي، روضة الطالبين، 407/5 ، • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، 159/3.

- إفاقة المعتبر إذنها عند الحنابلة¹.
- إفاقة الثيب الكبيرة عند المالكية لاعتبار إذنها².

ثالثاً: بالنسبة للسفيه.

لا يملك أحد تزويج السفيه و لا توكيل أو إيضاء الغير ليزوجه مطلقاً عند الحنفية لأنه لا يحجر عليه³.

بعد أن تم بيان من يملك تزويج و التوكيل و الإيضاء في زواج القصر ، و بيان أقوال الفقهاء فيمن يمنع منعاً مطلقاً تزويجهم، يتبادر إلى الأذهان تساؤل : إذا كان لا يجوز لولي الصغيرة أو الصغير المجنون عند الشافعية مثلاً أن يزوجهما في صغرهما لكنه يملك ذلك بعد بلوغه ، فهل يملك الولي التوكيل أو الإيضاء في زواج من لا يملك إنكاحهم في صغرهم و يملك ذلك بعد بلوغهم ؟ .

و يدخل تحت طيات هذا التساؤل باقي أولياء الصغار غير الأب و الجد و الوصي و الحاكم ، الذين لا يملكون ذلك في صغر المولى عليهم – مع اختلاف الفقهاء في ذلك – و للإجابة على هذا التساؤل يجب إذن معرفة ما هو المعتبر: ملك التصرف حين الإنابة أو حين تنفيذ التصرف ؟ . و هذا ما سيتم بيانه في فقرة ثالثة.

الفقرة الثالثة: النوقيت المعبر ملك التصرف

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المسألة و حددوا المبدأ العام المعمول به في الوكالة، و هو إذن المبدأ المطبق على التوكيل في الزواج أيضاً. و من المذاهب من كان رأيه صريحاً في هذه المسألة كالشافعية و الحنابلة و الزيدية ، و منهم من يستشف رأيهم ضمناً مما جاء في مصادرهم ، كالحنفية و المالكية . و بما أن الوكالة هي أبرز وجوه الإنابة فيمكن إذن قياس حكم الإيضاء على المبدأ المعمول به في الوكالة.

¹ - ابن قدامي، المغني، 394/7.

² - الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 172/3 ، الخطاب، مواهب الجليل، 427/3.

³ - المرغناني، الهداية، 315/3.

و يمكن القول أن الذي عليه جمهور الفقهاء هو اعتبار ملك الموكل التصرف وقت إبرام عقد الوكالة لا وقت تنفيذه ، و فيما يأتي بيان ذلك :

أولاً: رأي الجمهور

صرح كل من الشافعية في الأصح¹ و الحنابلة² و الزيدية³ بأن المعتبر هو ملك التصرف حين إبرام الوكالة لا عند تنفيذها . فلا يجوز عندهم إذن التوكيل في طلاق من سيتزوجها ، و عليه من لا يملك عندهم تزويج الصغيرة حتى تبلغ لا يجوز له أن يبرم عقد وكالة - و لا الإيضاء عند الحنابلة- في صغرها لتزويجها بعد بلوغها .

و لم يصرح المالكية بشيء بخصوص هذه المسألة إلا أن ما ذكره من أن من صح تصرفه في شيء صح توكيله غيره فيه يفيد أن الملك المعتبر هو ملك الموكل فيه حين التوكيل⁴ و كذلك إذن هو الحال بالنسبة للإيضاء و على هذا يكون قد اتفق المالكية و الحنفية مع الشافعية في الأصح عندهم و الحنابلة و الزيدية على اعتبار ملك الموكل فيه وقت التوكيل و بالتالي على أن من لا يملك تزويج الصغيرة حتى تبلغ لا يملك إبرام عقد وكالة في صغرها لتزويجها بعد البلوغ .

ثانياً: الرأي المخالف للجمهور

و هو قول آخر للشافعية و الذي يرى أصحابه أن المعتبر هو ملك الموكل للتصرف الموكل به وقت تنفيذ الوكالة ، لا حين التعاقد ، و عليه يصح التوكيل فيما سيملك أو قضاء دين سيلزمه⁵ ، و نحوه أيضا التوكيل وقياسا عليه في تزويج من سيملك تزويجها ، و حجة هذا القول أن المقصود من التوكيل هو حصول الملك عند التصرف .

كما تجدر الإشارة إلى أن الرأي الأصح للشافعية الأخذ بملك التصرف وقت التوكيل قد أجاز الوكالة في غير مملوك حين إبرامها إذا كان تابعا لمملوك في ذلك الحين كما لو قال : « بع

¹ - البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 458/3 .

² - المرادوي، الإنصاف، 355/5 ، 356 .

³ - السياغي، الروض النضير، 413/3 .

⁴ - ابن جزى، القوانين الفقهية ، ص333 .

⁵ - الرملي، نهاية المحتاج، 21/5 .

فرسي هذه و اشترى لي بثمنها سلعة « فيما أن ثمن الشراء غير المملوك في الحين هو تابع للفرس المملوك ذلك الحين للموكل جازت هذه الوكالة¹. إلا أنه يمكن القول أنه يصعب تطبيق هذه الحالة و مفهومها على التوكيل في المسألة المطروحة في هذا البحث.

و لم يجز الحنابلة مسألة صحة التوكيل في غير المملوك التابع للمملوك في الحين بهذه الصورة، لكن البعض منهم صرح بجواز طلاق من سينكحها إذا كان بصورة من يقول: « إذا تزوجت فقد وكلتك بطلاقها»² و هذه وكالة معلقة .

و الحقيقة أن الصورتين تعليق بمعنى: «كلتك بطلاق من سأنكحها» و « إذا تزوجت فقد وكلتك بطلاقها» إلا أن الفرق بين الصورتين أنه في الأولى لا يملك الموكل التصرف و في الثانية ملك الموكل له معلق على الزواج³.

و قول: " وكلتك من سأصبح وليها في الزواج" ربما لا يوافق المنطق أما قول: "إذا بلغت موليتي فأنت وكيلتي في تزويجها" قد يصح، و على العموم هي جائزة عند هذا الرأي من بعض الحنابلة .

و الراجح هو قول الجمهور لأنه أقرب إلى المنطق، و غيره فهو مرجوح و ذلك للأسباب

الآتية:

1- القاعدة العامة في ملك التوكيل أو بالأحرى الإنابة هي أنه من لا يملك أمراً لا يملك التوكيل فيه .

2- التوكيل أو الإيضاء في ما هو غير موجود هو عقد على معدوم و هو ممنوع⁴.

3- يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل فيه معلوماً⁵.

و عليه لا يجوز لمن لا يملك تزويج القصر في الحين و يملك ذلك في المستقبل لسبب ما، لا يجوز له أن يبرم في ذلك الحين وكالة لتزويجهم في ذلك المستقبل.

¹ - البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، 458/3.

² - المرادوي، الإنصاف، 355/5، 356.

³ - محمد رضا عبد الجبار العائني، الوكالة في الشريعة و القانون، ص 175.

⁴ - محمد رضا عبد الجبار العائني، مرجع نفسه، ص 177.

⁵ - محمد رضا عبد الجبار العائني، المرجع نفسه.

الفصل الثاني :

شروط الولي بالولاية النيابية في الزواج و أحكام

عقده

إذا كان الفقه و القانون يوجبون توفر شروط فيمن يملك الإنابة في عقد النكاح، فما بالك بمن سيتولى إبرامه بالنيابة عن الأصيل، و إن توفرت الشروط الواجب توفرها في كل من النائب و الأصيل ، ما هي أحكام عقد النكاح التي يبرمها النائب، و ما هي طبيعته، هل هناك فرق بين أحكامه و أحكام العقد المبرم من طرف الأصيل؟

و إذا كنا قد بينا أنواع الولاية النيابية و مشروعيتها و كيفية نشوئها توجب بعد توضيح أحكام عقد الزواج المبرم بها ، توجب بيان أهم أسباب انتهاءها لانتهاؤها من دراسة هذا الموضوع.

لهذا سيقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

أولهما : يتم فيه بيان الولي بالولاية النيابية في الزواج و شروطه

ثانيهما : يتم فيه دراسة أحكام عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية و أسباب انتهاءها

المبحث الأول :

الولي بالولاية النيابية و شروطه

بعد أن تم ذكر الشروط الواجب توفرها في الموكل حتى تجوز منه الوكالة، سيتم في هذا المقام بيان الشروط الواجب توفرها في الوكيل و التي باجتماعها مع شروط الموكل تكتمل الشروط التي يجب توفرها حتى يكتسب الوكيل الولاية النيابية على الزواج، وكما تنتقل الولاية بالوكالة إلى الموكل بالإيضاء تنتقل الولاية من الموصي إلى الوصي و الهدف منها هو النظر في شؤون القصر و حمايتهم نيابة عن الأصيل، لهذا وعلى أساس أن الوصي ولي توجب بيان الشروط الواجب توفرها فيه حتى تصح ولايته النيابية و سنتناول إذن شروطهما في مطلب أول . و كذلك الشروط التي تنتقل بتوفرها الولاية النيابية إلى القاضي في عقد النكاح في مطلب ثان .

المطلب الأول: الوكيل و الوصي في الزواج و شروطهما

أول ما يشترط في الموكل هو أن يملك أصلية مباشرة التصرف الموكل فيه حيث أن الغاية المرجوة من إقامة الوكيل هي قيامه بتصرف لصالح غيره نيابة، فإنه يلزم فيه أن يكون قادرا على إجراء بنفسه لنفسه، لذلك ذهب الفقهاء إلى القول بأن: كل من صح تصرفه لنفسه صح أن يتصرف فيه لغيره.¹ لأن الوكيل إن ملك إجراء التصرف الموكل به لنفسه لغيره أيضا، ويمكن القول أنه يمكن أن تطبق هذه القاعدة على الوصي أيضا لأنه يعين للنظر في مصلح القصر عادة و إن لم يملكه على نفسه فعلى غيره أولى.

الفرع الأول: شروط الوكيل في عقد الزواج

سنتناول هذا الفرع في بندين، بند أول يتم فيه بيان شروط الوكيل في الفقه الإسلامي، و بند ثان يتم فيه بيان شروطه في القانون الجزائري.

البند الأول: شروط الوكيل في عقد الزواج فقها

تتمثل شروط الوكيل في الفقه الإسلامي في: العقل ، البلوغ ، الذكورة ، الرشد ، العدالة و الإسلام. و فيما يأتي بيان أقوال الفقهاء فيها.

الفقرة الأولى: شروط العقل و البلوغ و الذكورة

أولا: شرط العقل و البلوغ

يشترط العقل في الوكيل، فلا يصح التوكيل إلى المجنون و المعتوه و الصبي الذي لا يعقل و قد ذهب الحنفية إلى اشتراط أن يعقل الوكيل العقد و يقصده.²
أما عن البلوغ فقد اختلفت أقوال الفقهاء في اشتراطه فجاءت كالاتي:

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع 20/6، الرملي، نهاية المحتاج 15/5، ابن قدامي، المغني، 72/5، الخطاب، مواهب الجليل 118/5، البهوتي، كشف القناع 232/2، ابن جزوي، القوانين الفقهية، 356.

² - ابن عابدين، تكملة ابن عابدين، 274-273/7، ابن قدامي، المغني، 137/6.

أ- مذهب المجيزين مطلقاً: وهو يقول الراجح عند الملكية¹ و مذهب الحنفية² حيث يصح عندهم أن يكون الصبي وكيل لغيره و لا يشترط البلوغ و احتج الحنفية على هذا القول كما روى عن أم سلمة رضي الله عنها "أن النبي ﷺ بعث إليها يخطبها، فأرسلت إليه إني امرأة مصيبة و إني غيري و أنه ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال النبي ﷺ - أما كونك غيري، فسأدعو الله فيذهب غيرتك، و أما كونك مصيبة فإن الله سيكفيك صبيانك، و أما أن أحداً من أوليائك ليس شاهداً فليس أحد منهم أوليائك لا شاهد و لا غائب إلا سيرضاني، فقالت أم سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ - فزوجها"³ و وجد الدلالة هنا أي أم سلمة - رضي الله عنها - و كلت صغيرها في نكاحها و لم يعترض على ذلك رسول الله ﷺ -

ب- مذهب المجيزين بقيد: حيث يصح عند أصحاب هذا الرأي أن يكون الوكيل صبياً لكن يقيدون ذلك بإذن وليه له، و هو قول للمالكية⁴ و الصحيح عند الحنابلة في الصبي المراهق لصحة تصدقه.⁵

ت- مذهب المانعين مطلقاً: و هو مذهب الشافعية و الظاهرية و الإمامية في المعتمد الذين يشترطون البلوغ لصحة التصرف و عليه فقد ذهبوا إلى عدم جواز توكيل الصبي.⁶

ثانياً: الذكورة

تتعدد أقوال الفقهاء في مسألة ملك المرأة أنكاح نفسها بنفسها لأن اشتراط الذكورة في الوكيل من عدمه هو إسقاط لاشتراطها فيمن تملك مباشرة عقد النكاح و فيما يأتي بيان ذلك باختصار.

¹ - الخطاب، مواهب الجليل، 122/5، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، 39،/6، السرخسي، المسوط 345/2، ابن المرتضى، البحر الزخار 58/5.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 20/6.

³ - النسائي، السنن، 66/6.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل، 122/5، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، 39/6.

⁵ - ابن قدامي، المغني، 469/6-121/5.

⁶ - ابن حزم، المحلى، 278، 279/8، ابن منظور، لسان العرب، 130/10، و المراد بالمراهق هنا المميز.

الرأي الأول: لا يجوز للمرأة أن تكون وكيلة فنكاح غيرها لأنها لا تملك بذلك لنفسها عند كل من الشافعية¹ و المالكية² و الحنابلة³ و الزيدية⁴.

الرأي الثاني: أما عند الحنفية فمقتضى مذهبهم جواز توكيل المرأة في عقد النكاح⁵ ملكها فعل ذلك بنفسها لنفسها، و ذلك طبقاً لقاعدة من يملك إجراء تصرف لنفسه يملك أن يكون وكيلاً فيه لغيره، و يلحق الحنفية في هذا الرأي مذهب الإمامية لجواز مباشرة المرأة عقد نكاحها بنفسها عندهم، و هو أيضاً رأي يتخرج من قول عن الإمام أحمد بجواز أن تزوج المرأة غيرها بالوكالة⁶، و هو مذهب محمد بن الحسن.

الرأي الثالث: و هو قول لبعض الزيدية و الأوزاعي⁷ و رواية عن محمد بن الحسن، حيث يجوز عندهم للمرأة أن تتوكل في زواج الغير، لكن توكلها متوقف على إجازة وليها بناءً على أن زواج المرأة نفسها عندهم موقوف على إجازة وليها.⁸

الفقرة الثانية: شروط الرشد والإسلام والعدالة

أولاً: شرط الرشد

لا يشترط الحنفية الرشد في الوكيل لأنهم أصلاً لا يحجرون عليه، أما باقي المذاهب فجاءت آراءهم في توكيل السفه كالاتي:

¹ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 147/2.

² - العدوي، حاشية العدوي على الرسالة، 35/2.

³ - ابن قدامي، المغني، 121/5.

⁴ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 57/5.

⁵ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 295/1.

⁶ - ابن قدامي، المغني، 338/7.

⁷ - هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو: إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، وأحد الكتاب المترسلين. ولد في بعلبك، ونشأ في البقاع، وسكن بيروت وتوفي بها. له كتاب (السنن) في الفقه، و (المسائل) ويقدر ما سئل عنه بسعين ألف مسألة أجاب عليها كلها. (88 - 157 هـ = 707 - 774 م)، ينظر: • الزركلي، الأعلام، 320/3.

⁸ - المرغناني، الهداية، 196/1.

أ- مذهب المالكية :

للمالكية في مسألة توكيل السفية في النكاح قولان، أرجحهما جوازه، حيث جاء في كتاب "منح الجليل" : "إنما يتم على منع توكيل السفية وهو أحد طريقتين وأما على جواز توكيله فيرجع فيه إلى كلام التوضيح والحق أن النظر هنا في مقامين أحدهما جواز التوكيل على هذا الوجه والثاني مضي أفعال الوكيل وعدم تضمينه فأما جواز التوكيل على هذا الوجه فإن أريد به الإذن فيما هو السفه عند الوكيل فالظاهر أنه لا يجوز ولا ينبغي التوقيت فيه وإن أريد به الإذن فيما يراه الوكيل صوابا ، وإن كان سفها عند الناس فإن كان الوكيل معلوم السفه فلا يجوز أيضا ، وإن كان على خلاف ذلك جاز . وأما مضي أفعال الوكيل وعدم تضمينه فالظاهر أن أفعاله ماضية ولا ضمان عليه في شيء لإذن موكله له فيه " ¹.

ب- مذهب الشافعية :

قاس الشافعية في اشتراطهم الرشد في الوكيل في النكاح أحكام السفية على أحكام العبد و اشتراط الحرية في الوكيل ، حيث اختلفت آراؤهم بين الإجازة و المنع. فجاء في كتاب روضة الطالبين أنه : "وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن سيده، وجهان. أحدهما: الجواز. قلت: وفي توكيله فيه بإذن السيد أيضا، وجهان في الشامل والبيان، وقطعا بالمنع بغير إذنه، والمختار الجواز مطلقا. والله أعلم. وفي توكيله في الإيجاب وجهان. أحدهما: المنع، لأنه لا يزوج بنته، فبنت غيره أولى، كذا صححه الجمهور، وقطع به جماعة. وتوكيل المحجور عليه لسفه في طرفي النكاح، كتوكيل العبد." ².

ت- الحنابلة :

انقسم الحنابلة بين مجيزين لتوكيل السفية مطلقا في النكاح، و بين من يقر ذلك على القبول فقط، حيث جاء في كتاب الإنصاف : "وأما السفية فقيل يصح أن يكون وكيفا في الإيجاب والقبول اختاره بن عقيل في تذكرته وقيل يصح في قبول النكاح دون إيجابه قال في الرعاية الكبرى، قلت إن قلنا يتزوج السفية بغير إذن وليه فله أن يوكل ويتوكل في إيجابه وقبوله وإلا فلا انتهى وهو الصواب وظاهر كلام كثير من الأصحاب وهو ظاهر كلام المصنف هنا." ³.

¹ - محمد عليش، 370/6.

² - النووي، 532/3.

³ - المرادوي، 358، 359/5.

ثانياً: شرط الإسلام

ذهب المالكية دون غيرهم إلى اشتراط الإسلام في الوكيل في البيع و الشراء و القبض، و جوزه في غيرها ¹. أما غير المالكية من حنفية و شافعية و حنابلة ² فيجيزون ذلك في الذمي و المستأمن بلا خلاف، لما جاء من قول ابن المنذر حيث قال "توكيل المسلم حريياً مستأمناً و توكيل الحربي المستأمن من مسلم لا خلاف في جواز ذلك" ³. أما الحربي فقد منع الحنفية ⁴ توكيله دون الشافعية و الحنابلة ⁵.

و يستثنى من هذا الأصل و توكيل الذمي في قبول النكاح لمسلم مع مسلمة فقد منعه الحنابلة ⁶ و الزيدية ⁷ و الشافعية ⁸، بينما أجازته الحنفية ⁹ و المالكية ¹⁰ و ابن تيمية بمعنى أنه يجوز يجوز للولي أو المرأة عند الحنفيين توكيل غير المسلم عند كل من المالكية و الحنفية و ابن تيمية، و لا يجوز ذلك عند كل من الشافعية و الحنابلة و الظاهرية، بينما يجوز للزوج توكيل غير المسلم بإجماع من المذاهب.

ثانياً: شرط العدالة أو عدم الفسق

أما عن شرط عدم الفسق فعن ولاية الفاسق في النكاح بصفة عامة قولان: أولهما: لا ولاية لفاسق في النكاح مطلقاً. و بالتالي تشترط العدالة في كل من وكيل و وصي الولي في النكاح لأنهما وليان، وهذا هو المعتمد في مذهب الشافعية ¹¹، وإحدى الروايتين

¹ - مالك، المدونة الكبرى، م 4، 50، 51/5 • ابن جزيء، القوانين الفقهية، ص 333. • الدردير، الشرح الكبير 386/3، 387.

² - ابن جزيء، المصدر نفسه، • الدردير، المصدر نفسه.

³ - ينظر: • العيني، عمدة القارئ، 682/5، • ابن حجر العسقلاني، فتح الباري 376/5.

⁴ - الشيخ النظام، الفتاوى الهندية، 563/3.

⁵ - ينظر: • العيني، عمدة القارئ، 682/5، • ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 376/5.

⁶ - ابن قدامى، المغني، 364/7.

⁷ - ابن المرتضى، البحر الزخار، 57/5.

⁸ - النووي، روضة الطالبين، 298/4.

⁹ - السرخسي، المسبوط، 345/2، الكاساني، بدائع الصنائع، 239/6، الشيخ النظام، الفتاوى الهندية، 284/1.

¹⁰ - النووي، روضة الطالبين، 298/4، • ابن قدامى، المغني، 357/7، • البهوتي، الإرادات 131/3.

¹¹ - النووي، المصدر نفسه، 64/7.

عن الإمام أحمد، وعليها المذهب¹.

ثانيهما: صحّة ولايته في النّكاح. و بالتالي تصح ولاية وكيل و وصي الولي في النكاح و لو فسقا ، وهذا مذهب الحنفية² والمالكية³، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد⁴ وقول للشافعية للشافعية قيل: إنّ الفتوى عليه عند أكثر المتأخرين⁵. إلا أن المشهور من مذهب المالكية أنّ عدم الفسق شرط كمال. و بما أن الوصي بالنكاح هو ولي عليه بالولاية النيابية فهو إذن يأخذ حكمه. أما عن وكيل الزوج فالأرجح جواز توكيله لعدم اشتراط عدالته لإبرام عقد نكاحه لا هو و لا موكله.

البند الثاني: شروط الوكيل في عقد الزواج قانونا

الفقرة الأولى: شروط الوكيل في القانون الجزائري

لم يذكر المشرع الجزائري شروط الوكيل عند معالجته لأحكام الوكالة في القانون المدني، ما يرجع ذلك إلى الأحكام العامة للمتعاقد، و بالرجوع إليها يمكن الخلوص إلى ما يأتي:

طبقا لأحكام المادة 42 من قانون المدني التي تعتبر كل من المجنون و المعتوه و ناقصي الأهلية عديمي الأهلية لمباشرة حقوقهم المدنية و منها إذن إبرام العقود و يلحقهما في هذا الحكم الصبي غير المميز، وعليه يشترط في الوكيل أن يكون عاقلا بالغاً. لكن ماذا عن الصبي المميز؟

تم فيما سبق بيان أن المشرع الجزائري قسم تصرفات الصبي المميز في قانون الأسرة إلى ثلاثة أنواع:

أولها: نافذة محضاً

ثانيها: باطلة لأنها ضارة به ضرراً محضاً.

ثالثها: موقوفة على إجازة وليه لأنها دائرة بين النفع و الضرر ومن هذه التصرفات يدخل

إبرام الصبي المميز عقد زواج غيره بالوكالة و قبلها إبرامه عقد الوكالة أصلاً.

¹ - البهوتي، كشاف القناع، 54/5.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 348/3.

³ - محمد عlish، منح الجليل، 24/2.

⁴ - البهوتي، كشاف القناع، 54/5.

⁵ - النووي، روضة الطالبين، 64/7.

الحقيقة أنه ما دامت حقوق العقد لا تعود إليه، فإبرام عقد وكالة محله إبرام عقد زواج موكله لا يعود إليه بل إلى الأصيل، و هو إذن لا يضره و لا ينفعه، لذلك قد يكون توكله فيه جائز، خاصة و أن المواد المتعلقة بالوكالة لم تنص على شروط الوكيل جملة و لم تشترط الرشد خصوصاً، و يلحق السفية و ذي الغفلة الصغير المميز في هذا الحكم بالتالي يجوز توكلهم في زواج الغير، و ذلك تطبيقاً لأحكام المادة 43 من القانون المدني التي ذكر فيها جميع ناقصي الأهلية، و الذين يشتركون في الأحكام إلا ما استثني بنص قانوني¹.

و من جهة أخرى يمكن القول أنه قد يشترط بلوغ سن الرشد في الوكيل في عقد الزواج لأن هذا مشروط في إبرام الشخص عقد زواجه، فلما كان الصبي المميز لا يملك فعل ذلك بنفسه قانوناً، فهو لا يملك ذلك لغيره من باب أولى، طبقاً لأحكام المادة 11 الفقرة 02 من قانون الأسرة.

و نظراً لوجود هذه الثغرة في القانون، حيث لم يبين المشرع الجزائري شروط الوكيل في الزواج بصراحة، فيمكن القول أن الاحتمالين واردة خاصة، و انه حتى بالرجوع إلى تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة نجد اختلافاً في أقوال الفقهاء في هذه المسألة كما ديانه أنفاً.

الفقرة الثانية: شروط الوكيل في بعض القوانين العربية الأخرى

عكس المشرع الجزائري ذهب نظرائه من المشرعين العرب إلى بيان شروط الوكيل بصريح العبارة في المواد المتعلقة بأحكام الوكالة كالمشرع العراقي حيث نصت المادة 930 من القانون المدني العراقي على أنه: "يشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً مميزاً و لا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً و أن لم يكن مأذوناً"² و هذا النص مأخوذ من نص المادة 145 من مجلة الأحكام العدلية بإضافة عبارة: "لكن حقوق العقد عائدة إلى موكله و ليست بعائدة إليه"³، و بهذا وافق المشرع العراقي مذهب المجيزين للمميز التوكّل بإطلاق⁴.

¹ - فيما يخص المادة 84 من ق أ التي ساوت بين السفية و كل من المجنون و المعتوه، فقد تمت مناقشتها سابقاً.

² - عبد الجبار العائني، الوكالة في الشريعة و القانون، ص167.

³ - عبد الجبار العائني، المرجع نفسه، ص168.

⁴ - و قد جاء في المذكرة التوضيحية: "أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد، فلا يلزم أن توافر فيه الأهلية الواجبة؛ لإجراء العمل القانوني الذي وكل فيه، و لكنه لما كان طرفاً في عقد الوكالة، فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال إذا كان قاصراً، فإذا ما أبطل العقد لم يكن الوكيل مسؤولاً عن التزامه إلا في حدود الإثراء بلا سبب، و لكن لا يجوز للغير الذي تعامل مع الوكيل القاصر أن يتمسك ببطلان الوكالة، فإن البطلان لم يتقرر لمصلحة القاصر"، ينظر: السنهوري، الوسيط، 7/ 415.

كما نصت المادة 574 من مشروع القانون المدني: "أما الوكيل فيكفي أن يكون قادرا على التمييز، لكن إذا كان ناقص الأهلية كان مسؤولا قبل الموكل بالقدر الذي يمكن أن تتحقق مسؤوليته على الرغم من نقص أهليته." و قد حذف هذا النص و أرجعت مسألة الوكيل و شروطه إلى القواعد العامة، و التي تتفق مع ما جاء في النص المحذوف¹، حيث يكفي أن يكون الوكيل من ذوي التمييز، و تنص المادة 772 من تقنين الموجبات و العقود اللبناني: "لا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل نفسه قادرا للقيام بموضوعها".

و يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: إن أعمال الوكيل تدخل في نطاق أعمال التصرف و هي من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر فتستوجب أهلية التصرف. و يبين اشتراط الأهلية الكاملة في الموكل دون الوكيل على أساس نظرية التفرقة بين الإنابة و الوكالة، حيث أن الوكالة عقد بين الموكل و الوكيل في حين أن الإنابة تصرف بإرادة، منفردة تصدر من الموكل وحده و حينئذ يجوز في هذا الاتجاه القول بأن الموكل و هو ينيب الغير بإرادة منفردة في تصرف قانوني معين يجب أن تتوفر فيه أهلية هذا التصرف دون اشتراط ذلك في الوكيل². و لأنه لا يؤخذ من أن الثاني يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره، لأنه ينتج الأثر في شخص الأصيل لذا فيصح أن ينوب القاصر و المحجور عليه الغير³.

و بناء على هذا التحليل و نظرا لتقسيم المشرع الجزائري تصرفات المميز إلى ثلاثة⁴ كما جاء في الفقه الإسلامي يمكن إذنه ترجيح الاحتمال الأول القائل بجواز أن يكون الصبي المميز وكيلا في عقد الزواج قانونا. و هو ما يطابق أو يتوافق و قول الحنفية و الراجح عند المالكية. و يأخذ المحجور عليه لفسه أو غفلة حكم الصبي المميز في جواز توكله في تزويج غيره لنقص أهليتهم جميعا و بالتالي خضوعهم إلى نفس الأحكام⁵.

¹ - السنهوري، الوسيط، 7 / 415.

² - المرجع نفسه، 7 / 417.

³ - المرجع نفسه، 1 / 1995.

⁴ - المادة 83 من قانون الأسرة.

⁵ - ينظر المادة 43 من القانون المدني.

الفرع الثاني: شروط الوصي في عقد الزواج

و يقسم هذا الفرع لدراسته إلى بندين: بند أول يتم فيه بيان شروط الوصي فقها، و بند ثان يتم فيه بيان شروطه قانونا.

البند الأول: شروط الوصي في عقد الزواج فقها

الفقرة الأولى: شرط التكليف

أولا: العقل والبلوغ

يشترط في الوصي أن يكون عاقلا، فلا يصح الإيصاء إلى المجنون و المعتوه و الصبي الذي لا يعقل¹. و اختلفت أقوال الفقهاء في اشتراط البلوغ في الوصي فجاءت كالاتي:

اشترط كل من الحنفية و المالكية و الشافعية البلوغ في الوصي فلا يجوز إذن عندهم الإيصاء إلى الصبي².

هذا و قد أجاز الحنابلة الإيصاء إلى الصبي المميز و ذلك قياسا على جواز توكيله عندهم كما أجازوا الإيصاء إلى الصغير البالغ عشا قياسا على جواز وكالته عندهم³، كما يجوز عندهم الإيصاء إلى المنتظر، و هو من تنتظر أهليته فيصير وصيا بعد بلوغه ا وان يفيق من جنونه، أو يحضر من غيبته⁴.

¹- ينظر للحنفية: ابن نجيم، البحر الرائق، 311، 310/9، و ينظر للمالكية: القرافي، الذخيرة، 158/7، الدردير الشرح الكبير، 193/4، و ينظر للشافعية: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 74/3، الشافعي، الأم، 120/4، الماوردي، الحاوي الكبير، 185/10، و ينظر: للحنابلة: البهوتي، كشف القناع، 2178/6/3.

²- ابن نجيم، المصدر نفسه، القرافي، المصدر نفسه، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 74/3.

³- ابن قدامي، المغني، 601/6.

⁴- ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 574/2.

ثانياً: الرشد والقدرة

مثلما اختلف الفقهاء في ولاية السفية وتوكله اختلفوا أيضا في الإيصاء إليه ومن في حكمه، كذي الغفلة والعاجز أو عديم القدرة لعله أو ضعف أو كبر سن، فجاءت أقوالهم في هذه المسألة كالاتي:

أ- بالنسبة لشرط الرشد:

يشترط كل من المالكية¹ و الشافعية² و الحنابلة³ الرشد وعدم السفه في الوصي و ذلك لأسباب عدة نذكر منها:

- 1- لجهله تنمية المال و تفاصيل الناس - عند المالكية -
- 2- لأنه لا مصلحة في توليته لمن يراد حماية مصالحه - عند الشافعية -
- 3- قياسا على عدم جواز توكيله - عند الحنابلة -

الحقيقة أن السفية إن كان وصيا على المرأة لتزويجها أو كان وصيا على صغير لتزويجه قد يغبنهما في المهر. كما يمكن القول أنه بالنسبة إلى إيصاء السفية بالتزويج يختلف من مذهب إلى آخر، فإن كان لا يجوز له في مذهب أن يزوج نفسه لأنه محجور عليه فهو لا يستطيع القيام بذلك غيره كما في الوكالة. و كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة يحجرون على السفية عكس الحنفية.

ب- بالنسبة لشرط القدرة:

وذهب كل من المالكية⁴ و الشافعية⁵ إلى اشتراط القدرة في الوصي ، فلا يجوز الإيصاء إلى المريض لعله أو لضعف أو لشيخ، و قال الشافعية باشتراط القدرة ابتداء و ليس انتهاء يعني أنه لا يعزل الوصي الذي عجز بعد توليه الإيصاء ، كأن يفقد نظره مثلا فالقاضي يضم إليه أمينا⁶ .

¹ - القرابي ، الذخيرة، 160/7.

² - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، 74/3.

³ - البهوتي ، كشف القناع، 2178/3.

⁴ - القرابي ، الذخيرة، 160/ 7.

⁵ - الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج، 74/3.

⁶ - النووي ، روضة الطالبين ، 273/5 ..

و أما الحنابلة فيصح عندهم الإيضاء إلى العدل العاجز عن النظر لعله أو ضعف ، و يضم إليه القاضي أميناً¹ .

واشترط الحنفية القدرة في الوصي على القيام بما أوصى به ، فإن ظهر فيه عجزه أستبدل بغيره لكن إن كان عجزه في بعض الأمور دون غيرها نضم إليه القاضي من يساعده² ، حيث جاء في الفتاوى الهندية: " و من أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره."³

أما فيما يخص الإيضاء إلى الأعمى فقد ذهب جمهور الفقهاء من مالكية⁴ و حنابلة⁵ و أحناف⁶ إلى جواز الإيضاء إليه لأنه من أهل الشهادة ، حيث إن الوصي يحتاج إلى الخبرة و حسن التصرف و العمى لا يمنع ذلك ، إلا أن البعض من الشافعية منعوا ذلك.⁷

الفقرة الثانية: شروط الذكورة و الإسلام و العدالة

أولاً: الذكورة و الإسلام

أ- الذكورة:

ذهب أكثر أهل العلم إلى القول بصحة الإيضاء إلى المرأة، إلا القليل منهم الذين احتجوا بالقياس على عدم جواز توليها القضاء⁸ . و رد على هذا الاحتجاج بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى إلى حفصة⁹ .

¹ - ابن قدامى ، المغني ، 573/6

² - السرخسي ، المبسوط ، 24/14 ، ابن عابدين ، رد المحتاج ، 412،411/ 10

³ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 138/6.

⁴ - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، 533/6.

⁵ - البهوتي ، كشاف القناع ، 394/4.

⁶ - الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، 138/6.

⁷ - الماوردي ، الحاوي الكبير ، 189/4 ، النووي ، المجموع ، 510/15.

⁸ - يذكر ممن أجازوا الإيضاء إلى المرأة : مالك ، الثوري، الأوزاعي، الشافعي و أبو ثور. ينظر: ابن قدامى، المغني، 601/6،

الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، 138/6

⁹ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 75/3.

و تجدر الإشارة إلى أنه يصحُّ للمرأة عند المالكية أن تكون وكيلة في النكاح، أو وصيةً عليه¹. مع أنه لا يختلف القول عن الإمام مالك وأصحابه في أنّ النساء لا يباشرن عقده لا لأنفسهنّ ولا لغيرهنّ من النساء، وإمّا تقوم الوكيلة أو الوصية بالتمهيد للنكاح، ثم توكل رجلاً ليعقد.

ب- الإسلام:

أما في الوصي فقد اشترط الفقهاء إسلامه² فالإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه، به أعزّ الله عباده، وبه قطع الموالاتة بين أوليائه المؤمنين وأعدائه الكافرين؛ فلا ولاية لكافر على مسلم بإجماع أهل العلم³. وهذا هو المعتمد في المذاهب الأربعة⁴.

ثانياً: عدم الفسق

أما عن شرط عدم الفسق فعن ولاية الفاسق في النكاح بصفة عامة قولان: أولهما: لا ولاية لفاسق في النكاح مطلقاً. وبالتالي تشترط عدالة وصي الولي في النكاح لأنه ولي، وهذا هو المعتمد في مذهب الشافعية⁵، وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد، وعليها المذهب⁶.

ثانيهما: صحّة ولايته في النكاح. وبالتالي تصح ولاية وصي الولي في النكاح و لو فسق ، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد وقول للشافعية قيل: إنّ الفتوى

¹ -مالك، المدونة، 147/2، 150-151، 158، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، 187/3، عيش، منح الجليل، 24/2.

² -ابن نجيم، البحر الرائق، 83/7، القراني، الذخيرة، 158/7، ابن قدامي، المغني، 601/6، النووي، روضة الطالبين، 272/5،

³ -ابن قدامي، المصدر نفسه، 356/7، 363، ابن حزم، المحلى، 473/9، ابن المرتضى، البحر الرخار، 53/4.

⁴ - للحنفية: السرخسي، المبسوط، 223/4، ابن نجيم، البحر الرائق، 132/3، للمالكية: مالك، المدونة، 150/2، ابن رشد، بداية المجتهد، 9/2، للشافعية: الشافعي، الأم، 15/5، النووي، روضة الطالبين، 66/7، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 156/3، للحنابلة: المرادوي، الإنصاف، 78/8-79، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 18/3.

⁵ -النووي، المصدر نفسه، 64/7.

⁶ -البهوتي، كشف القناع، 54/5.

عليه عند أكثر المتأخرين¹. إلا أن المشهور من مذهب المالكية أن عدم الفسق شرط كمال. و بما أن الوصي بالنكاح هو ولي عليه بالولاية النيابة فهو إذن يأخذ حكمه.

البند الثاني: شروط الوصي قانوناً وحكم تغييرها فقها

الفقرة الأولى: حكم تغيير شروط الوصي فقها

قد يختار الموصي وصيه بعد مماته و يصح اختياره لتوفر شروط معينة فيه، لكن قد تتغير هذه الشروط بعد مماته، وإن كان الموكل يستطيع عزل وكيله إذا تغيرت صفاته ، فهذا من غير الممكن للموصي بعد موته، لهذا يطرح سؤالان : ما هو وقت توفر شروط الوصي؟ و ما هي آثار تغييرها؟

أولاً: وقت وجود شروط الوصي

اختلف فقهاء الشافعية في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال²:

- أ- وقت إعتبار شروط الوصي هو وقت موت الموصي: فإن كان كافراً وأسلم أو صبياً فبلغ قبل موت الموصي صح الإيصاء
- ب- تعتبر الشروط عند الإيصاء و عند الموت و ليس بينهما.
- ت- تعتبر الشروط في كل الاوقات : حال الإيصاء و فيما بعد الموت .

أما الحنابلة فيعتبرون وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له وهو قول بعض أصحاب الشافعي و الأصل شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود.³

¹ -انظر للحنفية: •الكاساني، بدائع الصنائع، 1348/3، •المالكية: ◀ عليش، منح الجليل، 24/2، •للشافعية: ◀ النووي،

روضة الطالبين، 64/7، •للحنابلة: ◀ البهوتي، كشف القناع، 54/5.

² - النووي، المهذب ، 147/15 ، •النووي، المجموع، 512/15.

³ -ابن قدامي، المغني، 603/6.

ثانيا : آثار تغير شروط الوصي

قد تتوفر الشروط المطلوبة في الوصي عند الإيصاء ثم تتغير أو تزول ، و أثر هذا الزوال يختلف حسب الشرط الذي تغير ، وفيما يأتي بيانه:

أ- تزول وصاية الوصي و تصير كالعدم ، و يقيم القاضي مقامه شخصا أميننا ناظرا فيما أوصى فيه الميت، إذا تغير حاله بفسق أو جنون عند الشافعية¹ و بكفر أو سفه أو جنون عند الحنابلة² ، و بجنون أو بخيانة عند الحنفية³، و يعين القاضي مقامه شخصا آخر.

ب- يضم القاضي وصيا آخر أميننا إلى وصي الميت الذي تغير حاله إلى الضعف و العجز عند كل من الحنفية⁴ و الشافعية⁵، و إلى الضعف أو الفسق عند الحنابلة⁶.

الفقرة الثانية: شروط الوصي في عقد الزواج قانونا

كما هو الحال في شروط الوكيل ، لم يذكر المشرع الجزائري شوط الوصي في عقد الزواج بالتخصيص، إلا انه ذكر في المادة 93 من قانون الأسرة شروط الوصي في الوصاية بصفة عامة و التي يمكن القياس عليها حيث جاء فيها ما يأتي:

"يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً، قادرا أميننا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة."

و عليه يمكن الخلوص إلى ما يأتي :

- لا يجوز الإيصاء لغير مسلم و لا لجنون كما ذهب إليه جمهور الفقهاء.
- لا يجوز الإيصاء إلى الصبي سواء كان مميزا أم لا ، وهذا ما يوافق مذهب الحنفية والمالكية و الشافعية
- لا يجوز الإيصاء إلى السفهيه لأنه يأخذ حكم الصبي المميز قانونا.

¹ - النووي، المجموع، 511/15.

² - ابن قدامى ، المغني، 605/6.

³ - ابن نجيم ، البحر الرائق، 310،311/9.

⁴ -المصدر نفسه، 310،311/9.

⁵ - النووي، المجموع، 511/15.

⁶ - ابن قدامى، المغني، 605/6.

- لا يجوز الإيضاء للعاجز مطلقا و هو ما ذهب إليه كل من المالكية و الشافعية.
- يجوز الإيضاء إلى المرأة لعدم اشتراط الذكورة بصريح العبارة من جهة و لجواز إبرامها عقدها في قانون الأسرة المعدل من جهة أخرى. وذلك عكس ما كان عليه الحال في قانون الأسرة 84-11.
- للقاضي عزل الوصي إن تخلفت إحدى الشروط دون تفرقة بينها.
- وقت إعتبار شروط الوصي قانونا هو وقت موت الموصي حيث أن المادة 94 من قانون الأسرة تنص على ما يأتي: " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتشييتها أو رفضها " و ما دام عرضها أمام القاضي يكون وقت موت الموصي فالنظر في شروط الوصي و اعتبارها يكون في نفس الوقت.

المطلب الثاني : شروط اكتساب القاضي الولاية

النيابة على الزواج

تثبت للقاضي ولاية التزويج في ثلاث حالات؛ الأولى متفق عليها، والثانية والثالثة مختلف

فيهما:

الأولى: إذا لم يكن للمرأة ولي غيره، فهو يأتي في المرتبة الأخيرة من ترتيب الأولياء.

الثانية: إذا عضلها الأولياء، وامتنعوا عن تزويجها.

الثالثة: إذا غاب الولي الأقرب.

نخرج الحالة الأولى من دائرة بحثنا، لأن الولاية التي تكون فيها للقاضي تنتقل إلى القاضي أصلية. عكس الحالتين الثانية والثالثة اللتان لا يكون فيهما القاضي وليا اتفاقا، بل هناك إختلاف في هذه المسألة حيث ذهب رأي للقول أن الولاية تنتقل إليه على أساس أنه ولي، و رأي آخر يقول بانتقالها إليه كنائب عن العاضل أو الغائب¹، و الأرجح عند الفقهاء أن طبيعة ولاية القاضي في حالي العضل و الغيبة هي نيابية، حيث جاء في الفتاوى الكبرى للشافعية: " قيل يزوج بالنيابة عنه وقيل بالولاية ولكل فروع تقتضي ترجيحه والأوجه أنه يزوج بنيابة اقتضتها الولاية فعلى كل تقدير تصرفه أقوى من تصرف الوكيل"²، و رجع ذلك صاحب الأشباه و النظائر، و احتج بعدم انتقال الولاية إلى الأبعد³.

وقال الحنفية أنّ تزويجه هنا نيابة عن العاضل بإذن الشارع لا بغيره⁴. وقال المالكية بذلك

أيضا حيث أن القاضي له أيضا الإجازة و الرد نيابة عن الولي الغائب⁵.

و بهذا تدخل حالي العضل و الغيبة إطار بحثنا، وفيهما كلام نوضحه في فرعين:

¹ - ابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن محمد بن علي، الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، صححه: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997م، 44/9، 154/1.

² - ابن حجر الهيتمي، المصدر نفسه.

³ - السيوطي، 154/1.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق، 157/8.

⁵ - القراني، الذخيرة، 241/4.

فرع أول: نعرف فيه الحالة العضل و نبين صوره وأقوال الفقهاء في انتقال الولاية إلى القاضي، وكذلك اتجاه القانون في هذه المسألة.

فرع ثان: نبين غيبة الولي التي تنتقل بها الولاية إلى القاضي فقها وقانونا.

الفرع الأول: محض الولي موليته من التزويج

من حقوق المرأة الأساسية، الزواج، وبما أن الولي هو الذي كلف بإجراء عقد النكاح فيخشى منه أن يتعدى على حقها في ذلك بمنعها من الزواج لأسباب شخصية، أو عناد وإضرار بها، فضمنت الشريعة الإسلامية لها هذا الحق الأساسي، بمنع الولي من منعها من الزواج و هو ما يسمى في الاصطلاح الفقهي: العضل.

و فيما يأتي تعريف العضل وصوره وحكمه وأقوال الفقهاء في انتقال الولاية فيه إلى القاضي (القانون).

البند الأول: مفهوم العضل

و سيتم إذن في هذا البند بيان تعريف العضل لغة و فقها ثن بيان صورته.

الفقرة الأولى: تعريفه

أولاً: لغة¹

يقال عضل بي الأمر وأعضل بي وأعضلني: ضيق واشتد واستغلق، وأصل العضل: المنع والشدة، والمعضلات هي الشدائد. وأعضلت المرأة معضلاً ومعضلاً: عسرت عليها الولادة. وعضل المرأة من الزوج حبسها، والمرأة يعضلها ويعضلها عضلاً وعضلاً ومعضلاً: منعها الزوج ظلماً.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، 4 / 2988، 2989 • الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 4 / 16، 17 • الفراهيدي، كتاب العين، 278 / 1.

ثانياً: في اصطلاح الفقهاء

أ- تعريف الحنفية:

عرف الحنفية العضل بأنه: امتناع الولي من تزويج الصغيرة التي في ولاية أو من إجازة زواج البالغة العاقلة بكفاء وبمهر المثل عند أبي حنيفة¹.

ب- تعريف المالكية:

والعضل عند المالكية هو: أن يمتنع الولي غير المجبر²، وإن كان أباً لثيب أو بكر مرشدة تزويج من في ولايته بأول كفاء، رضيت به أو دعت إليه، دون وجه.
ولا يعتبر عند المالكية عضلاً، امتناع الأب المجبر أو وصيه، من تزويج موليته بأول كفاء رضيت به أو دعت إليه، وإن تكرر رده، إلا إذا تحقق إضراره بها ولو برد الكفاء مرة واحدة وذلك لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على ابنته وجهلها لمصالحها³.

ت- تعريف الشافعية:

يعتبر الولي عند الشافعية عاضلاً، إذا امتنع عن تزويج البالغة العاقلة، راشدة كانت أم سفية، إذا دعت إلى كفاء، أو المجنونة إذا ظهرت حاجتها إلى النكاح. وليس له الامتناع لنقصان المهر أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت هي بذلك، لأن المهر محض حقها⁴.

ث- تعريف الحنابلة:

ومعنى العضل عندهم هو: منع المرأة التزوج بكفئتها، إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه، سواء طلبت التزويج بمهر المثل أو دونه، لأنه من خالص حقها⁵.
والمستفاد من أقوال الفقهاء في مفهوم العضل يمكن تلخيصه بقول: أن العضل هو منع الولي وامتناعه تزويج من في ولايته من كفاء طلبها أو دعت إليه.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/ 147، 248، ● السرخسي، المبسوط، 4/ 221.

² - سيتم التعرض إلى ولايتي الإجماع والاختيار في موضع آخر من هذا البحث.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، 2/ 232.

⁴ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 153.

⁵ - ابن قدامي، المغني، 7/ 368، 369، ● منصور يونس إدريس البهوتي، كشاف القناع، 4/ 54.

ويلاحظ هنا أن شرط كفاءة الزوج هو معيار اتخاذ هذا الامتناع صفة أو صورة للعضل، وذلك لكونها -أي الكفاءة إضافة إلى مهر المثل عند أبي حنيفة- المصلحة الظاهرة للمولى عليها، إلا أن المالكية أخذوا بعين الاعتبار إمكانية كون الامتناع لحفظ مصلحة أخرى غير ظاهرة للمولى عليها، وجعلوا معيار العضل تحقق الأضرار بالمولى عليها، ولكنهم قصرُوا هذا المعيار على الأب المجرى أو وصيه، بحيث لا يعد عاضلاً يردده الكفاءة ولو تكرر رده، إلا إذا تحقق إضراره بها، وذلك كما قلنا سابقاً لما جيل عليه الأب من شفقة وحنان ودراية النكاح.

الفقرة الثانية: صورته¹

استناداً إلى تعريفات الفقهاء السابقة الذكر للعضل يمكن تلخيص صورته فيما يلي:

1 - يعتبر عاضلاً الولي الممتنع عن تزويج البالغة العاقلة إذا دعت إلى كفاءة في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الامتناع دون وجه شرعي سواء كان لأول مرة أو تكرر وتحقق الأضرار بها. عند المالكية.

ب- إذا كان الامتناع بسبب كون الخاطب عينياً أو محبوباً -عند الشافعية- لأن التمتع خالص حقها.

ج- إذا كان الامتناع لكون المهر من غير نقد البلد أو أقل من مهر المثل وقد رضيت به -عند الحنابلة والشافعية بخلاف الحنفية-

د- إذا كان الامتناع لتعيين وليها مجبراً كان أم لا، كقَوْلِ أَحَدِ فَعَلِيهِ إِعْفَافُهَا. عند المالكية والشافعية والحنابلة الذين يأخذون بتعيين بنت التسع سنوات.

2- إذا ظهرت حاجة البالغة المجنونة للنكاح وامتنع كان عاضلاً. عند الشافعية.

3- إذا امتنع الولي من تزويج الصغيرة بالكفاءة ومهر المثل -عند الحنفية-

¹ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 153/3، 154، • الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 232/2، 31/3، 32، • ابن قدامي، المغني، 367/3، 368، 369، • الكاساني، بدائع الصنائع، 372/3، 585، • المرادوي، الانصاف، 75/8، • البهوتي، كشف القناع، 232/3، • السرخسي، المبسوط، 220/4، 221، • ابن نجيم، البحر الرائق، 232/3.

4- إذا امتنع الولي إجازة زواج المرأة البالغة العاقلة من كفاء - عند الحنفية ورأي للحنابلة والمالكية -

5- ومن صورته أيضا إذا امتنع الخطاب من خطبة المرأة لشدة الولي.

6- إذا منع الولي موليته، الرجوع إلى مطلقها إذا رغبت في الرجوع بعقد جديد.

البند الثاني: حكم العضل

يعتبر الولي ظلما وفاسقا بعضله لموليته، لأن العضل امتناع عن أداء حق مستحق عليه، وهو مسقط للولاية¹ والعضل منهي عنه شرعا لقوله **عَلَّالٌ: ﴿ وَإِنْ طَلَقْتِ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بِالْمَعْرُوفِ... ﴾**² وقياسا على قوله؛ لقوله **عَلَّالٌ: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم...»**³ توجب علينا ومن باب أولى تطبيق الحديث على ما نهى عنه وأمر به المولى عز وجل في كتابه العزيز. والنهي هو ما دل على طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام، وموجب النهي عند الجمهور التحريم، ولزوم الانتهاء عن مباشرة المنهي عنه في الحال، وذلك تلاقيا لما فيه من مضار لا شك فيها؛ فما حرم الله أمرا إلا وفيه مضرة غالبية، وما أباح شيئا إلا وفيه منفعة غالبية⁴. وقد عرف من شأن الأولياء في الجاهلية وما قاربها، أنهم إن رأوا ندامة في أصهارهم ورغبة منهم في المراجعة بعد الشقاق بينهم وبين ولاياهم منعوهن الرجوع إليهم من باب الأنفة والمعلوم أن المرأة إن رغبة ممن كان زوجها لها في مراجعتها لم تلبث أن تقرن رغبته برغبتها⁵، ومنعها ضرر لها، وهذا ما لا يجوز شرعا لقوله -

¹ - ابن قدامي، المغني، 368/7، مالك، المدونة الكبرى، 144/2، البهوتي، كشف القناع، 48/5، 54، 55، الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 153/3، الكاساني، بدائع الصنائع، 386/3، السرخسي، المبسوط، 221/4.

² - البقرة: 232.

³ - مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الفضائل، باب توفير صلى الله عليه وسلم وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، 1829/4، حديث رقم: 1337.

⁴ - وهبة الزحيلي، لوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، المعاصر، لبنان، ط2، 1995، ص216، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سورية، ط2، 1986، 1980/1، أبو زهرة محمد، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط، دت، ص38.

⁵ - الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، 428، 426، 425/2.

ﷺ - «لا ضرر ولا ضرار»¹، وقد نزلت آية النهي عن العضل في معقل بن يسار الذي منع أخته الرجوع إلى مطلقها، ففي حديث أخرجه الإمام البخاري: «حدثنا أحمد بن أبي عمر وقال: حدثني أبي قال: حدثني إبراهيم عن يونس، عن الحسن قال: حدثني معقل بن يسار: أنها نزلت فيه، قالت: زوجت أخا لي من رجل فطلقها، حتى انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها! لا والله لا تعود إليك أبدا. وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية «فلا تعضلوهن» فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه»².

والصواب من القول في هذه الآية: ﴿وإن طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون﴾ أن يقال أن الله تعالى ذكره، أنزلها دلالة على تحريم عضل الأولياء النساء، عمن أردن نكاحه من أزواج كانوا لهم إذا تراضوا فيما بينهم بما يحل ويجوز أن يكون مهرا؛ و لا نكر في أن يخطب الرجل المرأة إلى نفسها ويتفق معها على الزواج ويحرم حينئذ عضلها، إذا كان التراضي في الخطبة بالمعروف شرعا وعادة، ولا يكون فيه ما هو محرم، أو يخل بالمروءة ويلحق العار بالمرأة وأهلها. وبهذا استدلل الفقهاء في جواز العضل عن الزواج من غير كفاء، أو الزواج بمهر دون مهر المثل عند الحنفية.

وعنى قوله عز وجل: «ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون» أن هذا النهي عظة منه تعالى للمؤمنين، فليتقوا الله في ولاياتهم ولا يظلموهن، ولا يمنعهن، لأن ذلك أفضل وأخير وفيه بركة وصلاح الحال، وهي صون للأعراض ولفظ للشرف، فكم كان عضل النساء مدعاة للفسوق ومفسدة

¹ - سبق تخرجه.

² - البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من قال، لا نكاح إلا بولي، 1089/3، حديث رقم: 5130.

للأخلاق، وسببا في اختلال نظم البيوت وشقاء الذرية. وما أمرهم به عز وجل ونهاهم عنه هو الحق، لأنه يعلم ما فيه كمال زكاتهم وطهارتهم وهم لا يعلمون ذلك¹.

البند الثالث: إلى من تنتقل الولاية عند العضل

الفقرة الأولى: بيان أقوال الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن العضل عن التزويج فسق وظلم ومحرم شرعا وعلى أنه مسقط للولاية. وفيما يلي أقوالهم فيمن تنتقل إليه ولاية التزويج عند عضل الولي:

أولا: مذهب الحنابلة

يقول الحنابلة بانتقال ولاية التزويج إلى الولي الأبعد عند عضل الأقرب؛ لأن الولي يصبح كالعدم كما لو جن أو شرب الخمر. فإن عضل الأولياء كلهم² زوجها الحاكم، لقوله **ﷺ**: «**فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له**»³ وهناك رواية عن أحمد بأن تنتقل الولاية عند العضل إلى القاضي.

والظاهر أن الأرجح في هذا المذهب انتقال الولاية عند العضل إلى الولي الأبعد ولا تنتقل إلى القاضي إلا عند عضل الأولياء كلهم على أساس أنه آخر الأولياء وأبعدهم، ولربما بما فسره بعضهم بأنه قول بانتقالها إلى القاضي والله أعلم.

ثانيا: مذهب الشافعية

إذا عضل الولي بقرابة أو إعفاف ولو مجبرا، واحدا كان أو جماعة؛ دون ثلاث مرات، يزوجه القاضي، ولا تنتقل الولاية إلى الأبعد جزما. فإذا كان العضل أكثر من ثلاث مرات، بناء

¹- الطبري، جامع البيان، 277/2، 278، المرغني، تفسير المرافعي، مكتبة مصطفى الشاذلي الحلي وأولاده، مصر، ط1، 1942، 83/2، ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، 201/1.

²- ابن قدامي، المغني، 368/7، البهوتي، كشف القناع، 54/5.

³- سبق تخريجه.

على ولاية الفاسق. ولا يتحقق العضل حتى يمتنع الولي بين يدي القاضي، في حضور الخاطب والمرأة، ويأمره القاضي بالتزويج، فيمتنع أو يسكت، أو بأن تقام البيئة بتوار أو تعزز¹.

ثالثاً: مذهب المالكية

ذهب المالكية إلى أنه إذا عضل الولي الأقرب ورفعت موليته أمرها إلى القاضي، يسأله عن وجه امتناعه، فإن لم يظهر وجهها صحيحاً، وأمره القاضي فامتنع، زوجها².

رابعاً: مذهب الحنفية

يقول الحنفية بانتقال الولاية عن عضل الولي موليته -سواء كانت صغيرة، فعصلها بالامتناع عن التزويج، أو بالغة عاقلة، فعصلها بالامتناع عن إجازة زواجها بكفاء- إلى القاضي حتى وإن لم يكن ذلك مكتوب في منشوره. فالأصل حتى وإن لم يشترط له ذلك السلطان في منشوره، فالأصل عند الحنفية عدم جواز تزويج القاضي للصغار إلا إذا كان ذلك مشروطاً في عهده ومنشوره وإلا لا يكون ولياً في ترتيب الأولياء بل يكون السلطان³. وتزويج القاضي الصغيرة التي عضلها وليها هو استثناء من هذا الأصل ويكون على أساس ولاية القاضي لرفع المظالم لأن العضل وكما ذكره سابقاً ظلم⁴، لأن عضلها ظلم لها وللقاضي ولاية رفع المظالم هذا ما جاء في كل من كتابي البدائع والمبسوط⁵.

وجاء في الفتاوى الهندية⁶ والبحر الرائق⁷ أن الولاية عند العضل، تنتقل إلى الأبعد بإجماع، وجاء فيهما أيضاً أنها تنتقل إلى القاضي.

¹ -الووي، المجموع، 162/16، 163. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 153/3، النووي، روضة الطالبين، 404/5، 405.

² -الدسوقي، حاشية الدسوقي، 32، 31/3، مالك، المدونة الكبرى، 14/4، ابن رشد، بداية المجتهد، 17/2، الزرقاني، شرح الزرقاني، 178/3.

³ -ابن نجيم المصري، البحر الرائق، 220/3، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 284/1.

⁴ -ابن عابدين، رد المحتار، 196/4، السرخسي، المبسوط، 13/5.

⁵ -الكاساني، بدائع الصنائع، 387، 386/3، السرخسي، المصدر نفسه، 221/4، 108/5.

⁶ -الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 1 / 285.

⁷ -ابن نجيم، البحر الرائق، 223/3.

يبدو أن المسألة خلافية، عند الحنفية، بين انتقال ولاية التزويج عند العضل إلى القاضي أو إلى الولي الأبعد، إلا أنه جاء في منحة الخالق على البحر الرائق أن المراد بالولي الأبعد عند من قال به من الحنفية، القاضي، لأنه آخر الأولياء¹ وهذا ما جاء أيضا في حاشية عابدين².
والمستفاد مما جاء في منحة الخالق على البحر الرائق، أن الحنفية متفقين في الأصل، والمعنى و مختلفين في الظاهر والمصطلح فقط، وأنهم يجمعون إذن على انتقال الولاية عند العضل إلى القاضي.

الفقرة الثانية: بيان أدلة كل قطب و آراء المعاصرين

وعليه يمكن القول إذن، أنه رغم اتفاق الفقهاء على سقوط حق الولي في الولاية عند ثبوت عضله، إلا أنهم اختلفوا فيمن تنتقل إليه حينئذ الولاية، وانقسموا إلى رأيين:
رأي أول يقول بانتقالها إلى الأبعد، ويقول به الحنابلة والشافعية عند تكرار العضل أكثر من ثلاث مرات، ووجهتهم أنه يتعذر التزويج من جهة الأقرب لفسقه بالعضل يزوجه من يليه، كما لو جن الولي أو شرب الخمر.
ورأي ثان وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنفية إذا كان العضل أقل من ثلاث مرات، وفي رواية للإمام أحمد فهو يقضي بانتقال ولاية التزويج عند العضل إلى القاضي إن كان منصوص عليه في منشوره. وأدلة هذا الرأي ما يأتي:

¹ - ابن عابدين الدمشقي محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز، منحة الخالق على البحر الرائق، بحامش البحر الرائق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997، 223/3، 224.

² - ابن عابدين، رد المختار، 201/4.

أ- حديث: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»¹.

ب- لأن الولي بامتناعه يكون ظالماً، وللقاضي ولاية رفع المظالم².

ت- لأن النكاح حق المرأة، فإن امتنع الولي من أدائه، وفاه الحاكم مكانه كالدين³.
وقد رد ابن قدامى عن هذه الأدلة بقوله⁴: أن الحديث هو حجة له ولمن يقولون مثله بانتقالها إلى الأبعد، قد أبطل القياس على الدين بقوله أن الولاية تخالف الدين في ثلاثة وجوه:

ج- هي حق له، والدين حق عليه.

ح- الدين لا ينتقل عنه، والولاية بلا عارض.

خ- أن العدالة تعتبر لبقاء الولاية، ولا تعتبر في بقاء الدين

ومع هذا الاختلاف في الأدلة والآراء، أصاب الدكتور عوض بن رجاء العوفي في قوله أن لانتقال الولاية من الولي العاضل إلى من يليه من الأولياء، قوة لا تخفى من أمكن لأوليائها تزويجها، إذ القاضي ليس بولي عن من لها ولي⁵. كما أن الرجوع مباشرة إلى القاضي والقضاء قد يكون سبب في غرس الكراهية والبغضاء في الأسر، خاصة بين البنات وأوليائهم، أما إن تم اللجوء إلى حل داخلي أسري بتدخل الولي الأبعد أو باقي الأولياء، قد يصفى الأمر بينهم مع بقاء المودة والرحمة، وبمباركة الولي الأتوب الذي عادة ما يكون الأب زوج ابنته. كما صرح به الحديث، وأما إن لم يتيسر ذلك لمنع الولي العاضل غيره من الأولياء تزويج موليته، وخشية لوقوع الفتنة، وتفادياً لها، يرفع، حينئذ، الأمر إلى القاضي، ليعين المستحق للولاية، أو يزوجهها هو قطعاً للنزاع⁶.

¹- سبق تخرجه

²-الكاساني، بدائع الصنائع، 387، 386/3، 387، السرخسي، المبسوط، 108/5.

³-النووي، المجموع شرح المهذب، 162/16، 163.

⁴-ابن قدامى، المغني، 367، 368/7.

⁵-عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 136/2، 137.

⁶-المرجع نفسه.

وقد أيد هذا الرأي من المعاصرين الدكتور محمد يعقوب محمد الدهلوي¹ والدكتور عبد الكريم زيدان مع تأكيده، لإثبات العضل أمام القاضي، وإسناد الولاية إلى الأبعد بحكم منه، دفعا لحالات عقد نكاح رجلين على امرأة واحدة، الذي ينجر عنه فساد كبير².
خاصة و إن امتناع الولي عن تزويج موليته أمام القاضي، و بعد أمر هذا الأخير له بتزويجها هو مخالفة لأمر صادر من "ولي أمر" أوأوه و أحكامه لازمة من جهة، و هو نائب السطان أو الرئيس من جهة أخرى.

البند الرابع: العضل في القانون الجزائري

الفقرة الأولى: حكم العضل في القانون

لم يذكر العضل في قانون الأسرة الجزائري بهذا المصطلح وإنما بعبارة ترادفه في المعنى حيث جاء في المادة 12 من قانون الأسرة 84-11 أنه: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها...". فذكر العضل إذن في هذه المادة في عبارة: "يمنع من في ولايته من الزواج".

و قد نعى المشرع الجزائري منحنى الفقهاء في هذه المسألة، حيث تمنع هذه المادة ولي المرأة من التعسف في استعمال حقه في الولاية و منع من في ولايته من الزواج بمن هو "أصلح لها"، وبمعنى آخر بمن هو كفاء لها كما ذهب إليه الفقهاء، إذا رغبت و دعت إليه. و لم يفرق المشرع الجزائري بين الولي المحبر و غير المحبر أو بين الولي و غيره، فهذه المادة تشمل كل الأولياء أبا كان أو غيره.

وجاء في آخر المادة 12 ما يأتي: "...غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت." مما يعني أن المشرع الجزائري فرق بين البكر و الثيب، فجعل حكم منع الولي الثيب من الزواج بمن رغبت غير جائز و اعتبره عضل، بينما منعه البكر من الزواج لا يعتبر عضلا بشرط ثبوت مصلحة في المنع.

¹- محمد يعقوب محمد الدهلوي، ضمانات حقوق المرأة الوجيهة، الجامعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد، المدينة المنورة، ط1، 2004، ص90.

²- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، 386/6.

الفقرة الثانية: انتقال ولاية الزوج قانونا في حالة العضل

جاء في المادة 12 من قانون الأسرة 84-11 : " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، و إذا 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. "

إذن في حالة وقوع العضل، للمعضولة الرجوع إلى القاضي، و لهذا الأخير الصلاحية التامة في الإذن بزواجها ممن عضلت عنه، و ذلك بشرط مراعاة أحكام المادة 9 من نفس القانون و بالرجوع إليها، نجد أنها تتكلم عن أركان عقد الزواج ، حيث نصت على ما يأتي: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صدق. " بمعنى أنه على القاضي إن أذن للمعضولة بالزواج أن يراعي وجود كل من الولي و الشاهدين و الصدق، و بطبيعة الحال الرضا. و الولي في هذه الحالة قد يكون القاضي فيزوجها بالولاية النيابة عن وليها العضل أو يمكنه أن يعين الولي الأبعد ليزوجها، هذا إن لم يرضخ الولي الأقرب إلى إذن القاضي و وافق على تزويجها بنفسه. فنص المادة 12 يشمل الاحتمالين معا .

و بطبيعة الحال لا يمكن للقاضي أن يأذن بالزواج دون أن تثبت أمامه حالة العضل وذلك بإعلان الولي امتناعه دون سبب وجيه مع ثبوت صلاح الخاطب و كفاءته ، أو بامتناعه الحضور تماما أمام القاضي. وهذا ما اشترطه كل من المالكية و الشافعية.

الفقرة الثالثة: أحكام العضل بعد تعديل قانون الأسرة

كل ما تم ذكره من أحكام للعضل قد نصت عليها المادة 12 من قانون الأسرة 84-11 إلا أن المشرع الجزائري ألغى هذه المادة بالقانون المعدل 09-05 . و لم يصبح للعضل و أحكامه وجود في القانون الجزائري و ذلك تماشيا مع الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري ، حيث أن المرأة كاملة الأهلية بكرا كانت أو ثيبا أصبحت الآن تبرم عقد زواجها بنفسها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره كما جاء في المادة 11 من نفس القانون، فإن كانت "أو" المذكور في هذه المادة قد جاءت على سبيل الاختيار فإن حصل عضل للمرأة

الانتقال إلى اختيار ولي آخر. حيث أنه بهذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري أصبح الولي لا يتمتع بسلطة التزويج الذي كان قد يتعسف في استعمالها بالجبر أو بالامتناع عن التزويج.

و عليه كان من المنطقي إلغاء المادة 12 من قانون الأسرة، الناصة على العضل و أحكامه ، و إبقاء المنع من إجبار القاصر على التزويج في أحكام المادة 13 من نفس القانون.

الفرع الثاني: غيبة الولي الأقرب

البند الأول: تعريف الغيبة

و سيتم إذن بيان تعريفها اللغوي أولا ثم الاصطلاحي.

الفقرة الأولى: لغتها

نقول فلان غاب غيب وغيبة وغيوبة وغيابا، خلاف شهد وحضر¹ والغيب هو كل ما غاب عنك أو عن العيون² لقوله حجّالاً: «إنما تنذر من اتبع الذكر وخشي الرحمن بالغيب فبشره بمغفرة وأجر كريم»³، أي خاف الله من حيث لا يراه⁴.
ونقول غاب الرجل غيبا ومغيبا وتغيب أي سافر أو بان⁵

الفقرة الثانية: اصطلاحا

الغيبة بفتح فسكون: البعد والتواري، وهي نوعان:

* غيبة منقطعة: وهي التي تنقطع فيها أخبار الغائب حتى لا يعلم أحيا كان أو ميتا.

¹ -سعدي أبو الجيب، القاموس الفقهي، ص279.

² -ابن منظور، لسان العرب، 3321/5، 3322.

³ -يس: 11

⁴ -سعدي أبو الجيب، القاموس الفقهي، ص279، 280.

⁵ -ابن سيده علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، 18/6.

*غيبية غير منقطعة: وهي التي تصل فيها أخبار الغائب لأهله¹.

وعرف الحنابلة الغيبة المنقطعة بأنها: ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة²، ويمكن القول أن هذا التعريف دال على مغزى انتقال الولاية عند غيبة الولي الأقرب، وهو شامل بما اكتفى به باقي المذاهب من تعيين لحد الغيبة، المؤثر في انتقال الولاية، واختلفوا فيه من مذهب إلى آخر وسنحول تلخيص هذا الاختلاف فيما يأتي.

البند الثاني: حد الغيبة

لقد اختلفت آراء وأقوال المذاهب في مسألة حد الغيبة المؤثر في انتقال الولاية باختلاف المعايير المعتمدة في ذلك وتعددتها حيث جاءت كما يأتي:

الفقرة الأولى: مذهب الحنفية

أما المتمعن في أقوال الحنفية فيجد أنهم اعتمدوا أربعة معايير والمتمثلة في: معياري المسافة إلى المكان الذي سافر إليه الولي والزمان المستغرق للوصول إليه³، ومعياري الوقوف على أثر الولي والاتصال به⁴، ومعياري فوات الكفاء⁵.

الفقرة الثانية: مذهب المالكية

اتخذ المالكية كما في مسألة العضل معيار التفرقة بين الولي غير المجبر وحد غيبته ثلاثة أيام، والولي المجبر الذي قسموا غيبته إلى: قريبة، متوسطة وبعيدة، ثم عددوا معايير لتحديد الغيبة البعيدة المنقطعة، أهمها: معيار النفقة الجارية وتوفر الحرز والتحصين، ومعياري الاستيطان، وقسموا

¹ - محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص335.

² - ابن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003، 221/8، البهوتي، كشاف القناع، 55/5، المرادوي، الإنصاف، 221/8.

³ - ابن الهمام، فتح القدير، 290/3، الكاساني، بدائع الصنائع، 251/2، السرخسي، المبسوط، 221/4، 222.

⁴ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 285/1، ابن الهمام، المصدر نفسه، 290/3، ابن نجيم المصري، البحر الرائق، 222/3.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، 251/2، السرخسي، المبسوط، 222/4.

أيضا الغيبة إلى: غيبة ارتجاع وغيبة انقطاع، وقسموا هذه الأخيرة إلى غيبة اضطرار وغيبة ترفه، ولتعدد المعايير تعددت الآراء، واختلف بذلك فقهاء المالكية في هذه المسألة¹.

الفقرة الثالثة: مذهب الشافعية

أما الشافعية فقد اقتصروا على معيار واحد وهو معيار مسافة القصر، حيث أن غيبة مسافة القصر فما فوق مؤثرة في انتقال الولاية أما ما دونها فلا².

الفقرة الرابعة: مذهب الحنابلة

وقد نحي فقهاء الحنابلة منحي فقهاء الحنفية في تعيينهم حد الغيبة المؤثرة في انتقال الولاية حيث أن تحديداتهم كانت متشابهة كثيرا، خاصة فيما يتعلق بالوقوف على أثر الولي والاتصال به كما أنهم تكلموا أيضا عن مسافة القصر كمعيار لحد الغيبة³.

إلا أن الحنابلة وكما ذكرنا سابقا عرفوا الغيبة المنقطعة بأنها ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة، ويمكن القول أن هذا التعريف شامل للتحديدات الأخرى، سواء كانت عدم إمكانية الاتصال بالولي أو مراجعته واستطلاع رأيه، لبعد المسافة وتعذر السفر، أو لجهل مكانه أو لأي سبب آخر من الأسباب حيث أنها تصب كلها في معنى واحد أحسن وأصاب فقهاء الحنابلة في تخليصه.

ولا يضر اختلاف الفقهاء في تحديد الغيبة المؤثرة في انتقال الولاية متى اتفقوا على رفع الضرر الذي تسببه، فالغيبة ليست مقصودة لذاتها، بل لأنها مظنة الأضرار بالمرأة، والضرورة تقدر بقدرها وأما لغير ضرورة، فلا تستباح أعراض النساء بغير عقود الأولياء⁴. فلو وسع الأمر لزوجت بنات الحجيج والمعتمرين وكل من سافر لطلب علم أو تجارة، وهذا ما لا يتماشى مع عصرنا هذا لما وصلت إليه من تطور وسائل التنقل من سيارات وطائرات ووسائل الاتصال من انترنت وهواتف ثابتة ونقالة، مما يوفر الكثير من الجهد ويقصر المسافات فلا يتصور في وقتنا الحالي تزويج

¹ -الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 229/2، 230، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م186/1، 187، الخطاب، مواهب الجليل، 435/3، 436، 437.

² -الماوردي، الحاوي الكبير، 154/11، الهيثمي، تحفة المحتاج، 259/7، 260.

³ -ابن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، 221/8، البهوتي، كشف القناع، 55/5، المرادوي، الإنصاف، 76/8.

⁴ -عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 158/2.

امرأة غاب وليها مسافة قصر وهي حوالي 89 كلم¹، ولا يتصور أيضا تزويج امرأة غاب أحوها وهو وليها غير المحرم ثلاثة أيام، ولا يمكن التذرع في ذلك بعدم تفويت الكفء الذي ربما دعت إليه، فلن يكون هذا إلا فتحا لباب من أبواب الفتنة والفساد، فليس ممن سبق ذكرهم كأمثلة قبول أقدام غيره على تزويج محارمه.

ولا يخفى أن هذه المسألة اجتهادية، للقاضي أن يقدر فيها ضرورة رفع الأضرار بالمرأة بقدرها، حسب الحالة المعروضة عليه مستندا في ذلك إلى تعريف الحنابلة وآخذا بعين الاعتبار - كما جاء في المغني² - ما يتعارف عليه الناس مما تجر العادة بالانتظار فيه، تفاديا إلحاق الضرر بالمرأة وتفويت الكفء عليها، وهو المعزى من كل هذه المسألة، ولتحقيق ذلك تصنف هذه الغيبة على أنها منقطعة ومؤثرة في انتقال الولاية، رغم أن هناك رأي يقول بعدم انتقال الولاية بسبب الغيبة.

البند الثالث: إلى من تنتقل الولاية عند غيبة الولي الأقرب

قبل بيان أقوال الفقهاء فيمن تنتقل إليه الولاية عند غيبة الولي الأقرب، علينا أولا الإجابة على السؤال الآتي، الذي يطرح نفسه، هل تزول وتسقط الولاية بالغيبة أم لا؟

الفقرة الأولى: الغيبة المسقط للولاية

اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الغيبة مسقط للولاية أم لا إلى قولين:

أولا: القول الأول

والمعتمد فيه أن الولاية تزول بالغيبة وهو قول الحنابلة الذين ألحقوا غيبة الولي بجنونه المسقط للولاية³، وهو الأصح عند الحنفية، على أساس أن عدم الانتفاع بالولاية يجعلها كالعدم، فوجود غير المنتفع به والعدم الأصلي سواء كان عدم الماء ونجاسته للوضوء⁴. واستدلوا

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، 1981، 321/2.

² - ابن قدامي، المغني، 370/7.

³ - ابن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، 221/8.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، 251/2، السرخسي، المبسوط، 221/4.

على ذلك بأن الأقرب كتابا إلى الأبعد ليقدم رجلا في الصلاة على جنازة للصغير فإن للأبعد الامتناع، ولو كانت ولاية الأقرب قائمة لما كان للأبعد الامتناع¹.

ثانياً: القول الثاني

والمعتمد فيه أن الولاية لا تزول ولا تسقط بالغيبة وهو قول الشافعية، فأهلية الغائب باقية عندهم بدليل لو زوجها حيث هو صح² لذا يزوج السلطان لا الأبعد³ وهذا ما استدل به أيضا رأي ثان للحنفية، إذ يعتبرون أنه أصبح للمرأة وليان مستويان في الدرجة كالأخوين⁴ وهذا ما قال به المالكية أيضا، إذا غاب الولي الأقرب مسافة ثلاثة .

الفقرة الثانية: مدى جواز تزويج من غاب وليها الأقرب

كما اختلف الفقهاء في مسألة زوال الولاية بالغيبة أم لا، اختلفوا أيضا في جواز تزويج من غاب وليها أم لا، وهذا منطقي لأن الحكمان مرتبطان، وأما القائلون والمتفقون على جواز التزويج فقد اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية ويزوج.

فأما المسألة الأولى وهي: جواز تزويج من غاب وليها أم لا فقد اختلف الفقهاء إلى

رأيان:

أولا: القول بعدم تزويج مولى الغائب

يرى أنه إذا غاب الولي الأقرب لا تزوج موليته حتى يعود، وهو قول يفر من الحنفية⁵، وقول للمالكية إذا كانت غيبة المحبر قريبة أو متوسطة، وإن زوجت يفسخ الزواج، إلا إذا تبين إضرار الولي بها بأن تركها دون تزويج فيصير كالعاضل⁶ ولا تزوج أيضا بالإجماع عند المالكية، إذا

¹ -الكاساني بدائع الصنائع، 251/2.

² -الرملي، نهاية المحتاج، 241/6، • الهيثمي، تحفة المحتاج، 259/7.

³ -النووي، المجموع، 163/16، • الماوردي، الحاوي الكبير، 154/11.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، 250/2، • السرخسي، المبسوط، 221/4، • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 285/1.

⁵ -السرخسي، المصدر نفسه • ابن الهمام، فتح القدير، 288/3.

⁶ - الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م186/1/2، • الحطاب، مواهب الجليل، 3/436، • الدسوقي، حاشية الدسوقي

على الشرح الكبير، 229/2.

إذا كانت غيبته البعيدة لتجارة أو زيارة أهل ونحوها¹ ثلاثة أيام²، وجاء في الخرشي أن الولاية لا تسقط عن الولي غير المحبر إذا غاب مسافة ثلاث أيام³.

وقد رد الفريق القائل بزوال ولاية الأقرب من الحنفية بمنع القول أنه يصبح للمرأة وليان واستبعاده، لما في ذلك من فساد، في حال تزويج امرأة واحدة برجلين⁴.

وهو ما أخذ به المالكية أيضا، إن كانت غيبة الولي على مسافة ثلاث ليال⁵، وجاء في الخرشي ألا تسقط في هذه الحال إذا كان الولي الغائب غير محبر⁶ وفي رواية للشافعية إذا كانت موليته تعلم حياته، وكان في مكان لا تقصر فيه الصلاة، إلا إذا تعذر الاتصال به، ففي هذه الحال تزوج⁷.

ثانيا: القول بجواز تزويج مولية الغائب

وهو قول الجمهور، والمعتمد فيه جواز التزويج في غيبة الأقرب، لكن الفقهاء، وكما ذكرنا سابقا اختلفوا فيمن يزوج، الأبعد أم السلطان؟ وبالتالي انقسموا إلى رأيين.

¹-مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 13/4

²-الخطاب، مواهب الجليل، 437/3.

³-الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م/187/1/2.

⁴-الكاساني، بدائع الصنائع، 251/2.

⁵-الخطاب، مواهب الجليل، 437/3.

⁶-الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م/186/1/2.

⁷-النووي، روضة الطالبين، 414/5، •الماوردي، الحاوي الكبير، 155/11، •الغمرائي محمد الزهري، السراج الوهاج، دار الجيل، لبنان 1987، ص366، •الرملي، نهاية المحتاج، 242/6.

الفقرة الثالثة: إلى من تنتقل ولاية التزويج عند غيبة الولي

أولاً: انتقال الولاية إلى الولي الأقرب

والمعتمد فيه أنه إذا غاب الولي الأقرب، يزوج الولي الأبعد، وهو قول الحنفية¹ وإجماع للحنابلة²، وقول غير مشهور للشافعية، في حال أن علمت حياته وكان على بعد مسافة لا تقصر فيها الصلاة³.

وهو قول ابن وهب من المالكية⁴ وقول للمالكية إذا كانت غيبة غير المجبر أقل من ثلاثة أيام⁵. واستدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

- حديث : «السلطان ولي من لا ولي له»⁶ ومن غاب وليها لها ولي⁷ وبالتالي ليس للسلطان تزويجها، وإن تعذر حصول التزويج من الأقرب يثبت الولاية لمن يليه كمن مات أو جن⁸.
- كما أن ثبوتها للأبعد هو لزيادة نظر في حق العاجز ولا شك أن الأبعد يمكن الانتفاع برأيه حيث له قرب التدبير خاصة أن المرأة عادة ما تخطب حيث هي، وللأبعد الحرص على الكفاءة خاصة وأنه من ذوي العصبات، وهذا ما يقدمه على السلطان⁹.

¹ -الكاساني، بدائع الصنائع، 250/2، •السرخسي، المسبوط، 221/4، •الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 285/1، •ابن الهمام، فتح القدير، 289/3.

² -البهوتي، كشاف القناع، 55/5، •المرداوي، الإنصاف، 76/8، •ابن قدامي، المغني، 369/7.

³ -النووي، المجموع، 164/16.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل، 437/3، •الدسوقي، حاشية الدسوقي، 229/2.

⁵ -الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م2/187.

⁶ -سبق تخريجه.

⁷ -البهوتي، كشاف القناع، 55/5، •ابن قدامي، المغني، 370/7.

⁸ -ابن قدامي، المصدر نفسه، •الكاساني، بدائع الصنائع، 251/2.

⁹ -الكاساني، المصدر نفسه، •ابن الهمام، فتح القدير، 289/3.

ثانياً: انتقال الولاية إلى السلطان

والمعتمد فيه أن ولاية التزويج تنتقل إلى السلطان، إذا غاب الولي غيبة بعيدة، وهو قول المالكية في غيبة الولي المجرى غيبة انقطاع¹، وكذلك في الولي غير المجرى إذا كانت غيبة مسافة 3 أيام ونحوها² وهو المشهور أيضاً عند الشافعية، ودليلهم في ذلك أن ولاية الأقرب وأهليته باقيتان بدليل أنه لو زوجها حيث هو أو وكل من يزوجها جاز، وعدم زوال أهليته يؤدي إلى عدم انتقالها إلى الأبعد لأنه محجوب بثبوتها للأقرب³. وولاية التزويج هي حق على الولي، إن لم يستطع استيفاءه وفاه عنه القاضي⁴.

◀ هل يعتبر الولي السجين أو المفقود أو المأسور كالغائب؟

يظهر جلياً أن كل من الولي السجين والمفقود، والأسير، بأخذ حكم الولي الغائب في كل مذهب حيث أن الولاية تنتقل إلى الأبعد في هذه الحالات عند كل من: الحنابلة⁵، الحنفية⁶ ورأي للمالكية⁷ حيث ينزل الولي منزلة الميت. وأما الشافعية⁸ فتنتقل الولاية إلى السلطان، وهو المشهور والمتفق عليه عند المالكية أيضاً⁹.

¹-الدسوقي، حاشية الدسوقي، 292/2، مالك، المدونة الكبرى، 13/4، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م/1/186/2.

²-الخرشبي، المصدر نفسه.

³-الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 157/3، النووي، المجموع، 163/16، الهيثمي، تحفة المحتاج، 259/7، الماوردي، الحاوي الكبير، 154/11.

⁴-النووي، المصدر نفسه.

⁵-ابن مفلح المقدسي، الفروع، 221/8، البهوتي، كشاف القناع، 55/5، ابن قدامي، المغني، 371/7.

⁶-الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 285/1، السرخسي، المبسوط، 222/4.

⁷-الخطاب، مواهب الجليل، 437/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 230/2، الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، م/2/187/1.

⁸-الهيثمي، تحفة المحتاج، 260/7، الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 157/3، النووي، روضة الطالبين، 414/5، الماوردي، الحاوي الكبير، 154/11.

⁹-الخطاب، مواهب الجليل، 437/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 230/2.

وقد رجح المعاصرون¹ الرأي القائل بانتقال الولاية إلى الأبعد عند غياب الأقرب. والحقيقة أنه تفاديا لتعدي الحاضر على حق الغائب² فإن القول الصائب في هذه المسألة هو قول قول الإمام الشافعي، بأن يستدعي القاضي عصبات المرأة ومخارمها، ويسألهم عن حال الزوج وهل ينقمون منه أو فيه شيئا، ويستشيرهم في رأيه، فإن أعابوا عليه أمرا بنظر فيه، فإن كان كفؤا أمر بتزويجها أو زوجها، وإن لم يعيوا فيه شيئا، أذن لمن تنتقل إليه بتزويجها أو زوجها هو خروجها من الفتنة والخلاف³.

البند الرابع: أحكام غيبة الولي في القانون

خصص المشرع الجزائري فصلا بين فيه أحكام المفقود و الغائب في قانون الأسرة 09-05، حيث عرفت المادة 110 منه الغائب بأنه: " الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود. "

بقراءة " الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة " قد تكون الغيبة المذكورة إما منقطعة وإما غير منقطعة فقد تصل أخباره و قد لا تصل ، و الظروف تمنعه من العودة. لكن إن دامت هذه الحالة مدة سنة و تسبب هذا الغياب في ضرر للغير ،قد يكون هذا الغير البنت التي تريد أن تتزوج و وليها غائب؛يعتبر هذا الغائب كالمفقود.

و عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود بما يأتي: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم. "

من لا يعرف مكانه و لا حياته أو موته تعتبر غيبته غير منقطعة فقها. و بالتالي فالغيبة غير المنقطعة قانونا هي التي: " تمنع فيها ظروف قاهرة الشخص من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة و لا يعرف مكانه و لا حياته أو موته "

¹ -عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 151/2، محمد يعقوب الدهلوي، ضمانات حقوق المرأة الزوجية، ص94،

• عبد الكريم زيدان، المفضل، 383/6.

² -عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه

³ -الشافعي ، الأم، 13/5، • النووي، مجموع ، 164/16.

و حد هذه الغيبة غير المنقطعة في القانون الجزائري هو سنة ،و إذا اجتمع كل هذا مع إضرار الغيبة بالغير يعتبر هذا الغائب في حكم المفقود. إذن لا يعتبر الغائب مفقودا إلا بحكم . وعليه إذا تضررت المولى عليها لغياب وليها و إن قلنا بانتقال الولاية إلى الغير فلا يكون ذلك إلا بعد صدور الحكم. لكن إلى من تنتقل ولاية التزويج؟ إلى القاضي أو إلى الولي الأبعد؟ الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة غيبة الولي و تأثيرها في تزويج المولى عليهم، إلا أنه يتفحص مواد قانون الأسرة يمكن أن نجد الجواب في المادتين 111 و 11 منه، حيث نصت المادة 111 منه على ما يأتي: " على القاضي عندما يحكم بالفقود أن يحصر أموال المفقود و أن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود و يتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون." إذا كان القاضي يعين مقدما "من الأقارب" أو غيرهم لتسيير أموال المفقود و الغائب الذي في حكمه، ما بالك عمن يعتني بشؤون أبناء هذا الغائب فمن الأرجح أن يكون من الأقارب الأولين كما جاء في المادة 11 من قانون الأسرة 84-11 التي نصت على ما يأتي: " يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين. و القاضي ولي من لا ولي له." و عليه وتطبيقا لما جاء في المادتين 111 و 11 من قانون الأسرة فولاية التزويج تنتقل عند غيبة الأب إلى أحد الأقرباء الأولين بتعيين من القاضي بعد أن يصدر حكما يجعل الأب في حكم المفقود كما نصت عليه المادة 110 من نفس القانون. غير أنه و بعد صدور قانون الأسرة 05-09 و الذي عدلت فيه المادة 11 فصارت كما يأتي:

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أ أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب ، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له." و بالتالي أصبحت مسألة غيبة الولي تطرح في القصر دون المرأة الراشدة و بما أن المواد المتعلقة بالمفقود و الغائب لم تتغير فولاية تزويج القصر تنتقل إلى أحد الأقرباء الأولين بتعيين من القاضي، إلا أنه دائما لتزويجهم ترخيصا من القاضي طبقا لأحكام المادة 7 من نفس القانون.

المبحث الثاني :

أحكام عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية

لكل العقود ، سيما منها عقد الزواج أو عقود الإنابة، أحكام توطر لإنشائها، طبيعتها، شروطها و كيفية انتهائها، أو تصحيح ما قد يقع من خطأ عند إبرامها، فإن أبرم عقد الزواج بالولاية النيابية فقد تصبح أحكامه مزيج من أحكام الولاية النيابية المبرم بها و أحكام عقد النكاح الذي قد يبرم بالولاية الأصلية، و هي إذن أحكام خاصة.

و عليه، بعد أن تم فيما سبق بيان أنواع الولاية النيابية في النكاح ثم مالكي الإنابة و الولي بالولاية النيابية في الزواج و شروطهم. فسيتم في هذا المبحث بيان أحكام عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية سواء عند مباشرة العقد أو في طبيعة العقد عند إبرامه و كذا آثاره. وستدرس هذه الأحكام في مطلبين.

أولهما : يتم فيه بيان كيفية إبرام عقد الزواج بالولاية النيابية.

ثانيهما: يتم فيه بيان طبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية.

المطلب الأول: كيفية إبرام عقد الزواج بالولاية النيابية

معلوم أن المعنى الخاص للعقد¹ هو توافق إرادتين ينشأ عنه أثره الشرعي، و المظهر الخارجي لهذا الاتفاق هو الصيغة المتمثلة في العبارتين المتضمنتين للإيجاب و القبول اللذان يتحققان بلفظ و بغير لفظ بين العاقدين. و طرفا عقد الزواج المبرم بالولاية الأصلية هما :

- الزوج و المرأة عند من يجيز للمرأة كاملة الأهلية تزويج نفسها بنفسها .
- الزوج و الولي عند من يشترط الولي .
- أحد الزوجين و ولي الآخر في حالة ما إذا كانت الطرف الآخر قاصوا.
- وليا الزوجين إذا كان الاثنان قاصرين.
- أما في العقد المبرم بالولاية النيابية فهما:
- الزوجة و وكيل الزوج .
- ولي الزوجة و وكيل الزوج.
- وكيل الزوجة و الزوج .
- الزوج و وكيل الولي أو وصيه.
- وكيل الزوج و وكيل الزوجة.
- وكيل الزوج و وكيل أو وصي ولي الزوجة.
- الزوج و القاضي في حالتي العزل و الغيبة.
- وكيل الزوج و القاضي في حالتي العزل و الغيبة.

وفيما يأتي بيان ما تتحقق به صيغة عقد الزواج بصفة عامة، و ما يجوز فيها بالولاية

الأصلية يجوز بالنيابية ، وذلك في فرعين :

فرع أول : الإيجاب و القبول و ألفاظهما.

فرع ثان: شروط مجلس عقد النكاح و أحكام إبرامه بعاقده واحد

¹ - عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه: " إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

الفرع الأول: الإيجاب و القبول و ألفاظهما في عقد الزواج

الإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين، و القبول هو ما يصدر عن ثاني المتعاقدين تعبيراً عن الرضا و الموافقة على الإيجاب¹.

البند الأول: ما يندرجه الإيجاب و القبول في عقد الزواج

وسيم في هذا اللفظ بيان ما يصح استعماله من ألفاظ لأبرام عقد النكاح

الفقرة الأولى: استعمال لفظي التزويج و الإنكاح

أولاً : في الفقه الإسلامي.

ورد لفظي الإنكاح و التزويج في القرآن الكريم دلالة على عقد الزواج، كقوله **﴿عَلَىٰ ذَٰلِكَ نَسَبَ الْكُفْرَانُ الْأَجْزَاءَ﴾** ¹ ، و كقوله **﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ﴾** ² ، و كقوله **﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلٌ﴾** ³ . لهذا أجمع الفقهاء على صحة استعمالهما في الإيجاب أو القبول ، وذلك سواء اتفق العاقدان في استعمال أحدهما فقط أو اختلفا كقول الولي أنكحتك ابنتي فلانة، فسواء رد الزوج ، قبلت هذا النكاح أو هذا الزواج صح القبول ⁴ .

وقال صاحب "مغني المحتاج" : و كزوجتك، زوجت لك أو إليك؛ فيصح؛ لأن الخطأ في الصيغة إذا لم يخل بالمعنى ينبغي أن يكون كالخطأ في الإعراب" ⁵ . كما يصح الإيجاب و القبول

¹ - محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ص98، 356. و ينظر أيضا : • الدردير ، الشرح الكبير بمامش حاشية الدسوقي، 3/3.

² - الأحزاب : 37.

³ - النساء: 22.

⁴ - الخطيب الشريبي، مغني المحتاج، 3/139 • ابن قدامي، المغني، 7/428.

⁵ - الخطيب الشريبي، المصدر نفسه.

إذا كان فيهما تصحيف أو خطأ متعارف عليه في قوم ، كمن ينطقون الزواج بلفظ الجواز¹.

ثانيا : في القانون الجزائري.

نصت المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على ما يأتي: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. " و أكثر الألفاظ مفيدة للنكاح شرعا و عرفا هي لفظ التزويج وهذا يعني أن لفظ الزواج أولى من غيره في التعبير عن الإيجاب و القبول في النكاح.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الإيجاب و القبول بغير لفظي التزويج و

الإنكاح

اختلف الفقهاء في استعمال العاقدين لغير لفظي التزويج و الإنكاح فجاءت أقوالهم في هذه المسألة كالاتي:

أولا : فريق المانعين مطلقا²

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بعدم صحة الإيجاب و القبول بغير لفظي التزويج و الإنكاح، و هو مذهب الحنابلة و الإمام الشافعي . و حجتهم في ذلك:

قوله ﷺ: " اتقوا الله في النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، و استحلتتم فروجهن بكلمة الله"³.

وكلمة الله هي التزويج و الإنكاح المذكورتان في القرآن دون سواهما.

إن استعمال غير لفظي التزويج و الإنكاح يكون بالكناية و هي غير صريحة للتعبير بها على الزواج، كما أنها لا تعلم إلا بالنية ، لذا لا ينعقد بها الزواج لأن الشهادة شرط في الزواج ، و لا يمكن الشهادة على النية.

¹ - ابن عابدين ، رد المختار ، 18/3 .

² - ابن قدامي، المغني، 428/7، ● الرملي، نهاية المحتاج، 207/6، ● الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 140/3 .

³ - مسلم ، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي، 886/2، حديث رقم: 1218 .

ثانياً: فريق المميزين

- أجاز أصحاب هذا الفريق استعمال ألفاظ غير التزويج و الإنكاح لإبرام عقد الزواج، ك: البيع و الهبة و الصدقة و التملك ، لكنهم لم يتفقوا عليها جميعاً حيث جاءت آراؤهم كالاتي:
 - أجاز الحنفية كل من ألفاظ البيع و الهبة و الصدقة و التملك دون شرط¹.
- اقتصر الظاهرية على لفظ التملك فقط لووده في حديث : " ملكتها بما معك من القرآن"².
- أجاز المالكية لفظ وهبت فقط بشرط ذكر المهر، و اختلفوا في الألفاظ التي تقتضي البقاء ك: بعت أو ملكت، فأجازها البعض و منعها الآخر³.
- أجاز شيخ الإسلام ابن تيمية⁴ - رحمه الله - استعمال أي لفظ يعتبره الناس دالاً على التزويج و الإنكاح عرفاً⁵.

ثالثاً: في القانون الجزائري

نصت المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على ما يأتي: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً. " سواء كان بلفظ الزواج أو بأي لفظ غيره أو عبارة تؤدي نفس المعنى و توصل إلى نفس الهدف، فهذا جائز قانوناً للتعبير عن الإيجاب و القبول في الزواج⁶. و هذا ما يوافق رأي شيخ الإسلام ابن تيمية.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/229.

² - ابن حزم ، المحلى ، 464/9.

³ - القراني، الذخيرة، 4/396، • عليش، منح الجليل، 3/267.

⁴ - هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحاربي الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية: الإمام، شيخ الإسلام. ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنيح واشتهر. ومات معتقلاً بقلعة دمشق، فخرجت دمشق كلها في جنازته. كان كثير البحث في فنون الحكمة، داعية إصلاح في الدين. آية في التفسير والاصول، فصيح اللسان، قلمه ولسانه متقاربان. وأفتى ودرس وهو دون العشرين. أما تصانيفه ربما تزيد على أربعة آلاف كراسة، منها: (السياسة الشرعية) و (الفتاوى) و (الفرقان بين أولياء الله وأولياء الشيطان) و (مجموع رسائل) و (القواعد النورانية الفقهية . (661 - 728 هـ = 1263 - 1328 م). ينظر: • الزركلي ، الأعلام، 1/144.

⁵ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 11/29.

⁶ - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 117.

الفقرة الثانية: استعمال الأعجمية في الإيجاب والقبول

ذهب الحنابلة إلى القول بعدم جواز الإيجاب والقبول في النكاح بغير العربية مطلقاً حيث جاء في كتاب "المغني": "ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية".¹، وافقهم في ذلك رأي للشافعية بينما منع رأي آخر لهم ذلك. و ذهب رأي ثالث للشافعية إلى تجويزه فيمن يجهل اللغة العربية دون غيره.²

وخير ما يختار من أقوال الفقهاء في هذه المسألة قول ابن تيمية -رحمه الله- في هذه المسألة³:

"إذ النكاح يصح من الكافر والمسلم وهو إن كان قرية فإنما هو كالعق و الصدقة ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ لا عربي ولا عجمي وكذلك الصدقة والوقف والهبة لا يتعين لفظ عربي بالإجماع ثم العجمي إذا تعلم العربية في الحال قد لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهم من اللغة التي اعتادها . نعم لو قيل : يكره العقود بغير العربية لغير حاجة كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجهاً كما قد روي عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة ."

أما في القانون فيما أن المادة 10 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى تنص على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً." فالأرجح أن يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول بغير العربية إن تعذر بالعربية مادام اللفظ مفهوماً و يفيد النكاح.

¹ - ابن قدامى، المغني، 428/7.

² - الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 140/3.

³ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 5/4.

البند الثاني: صيغة الإيجاب والقبول

الفقرة الأولى: زمن صيغة الزواج ومدى اشتراط ذكر بعض الألفاظ.

أولاً: الزمن الموظف في صيغة الزواج.

عادة ما يعبر عن الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كقول الولي: زوجتك ابنتي، فيرد الزوج، قبلت. وذلك لدلالة الماضي على التحقيق والثبوت¹، لكن قد تأتي صيغة أحدهما بالماضي والأخرى بالمستقبل أو الحاضر، كقول الخاطب: زوجتك ابنتك، فيرد الولي: قد زوجتك. أو كأن يقول الأب للخاطب: تزوج ابنتي: فيرد الخاطب: تزوجت. و صيغة الأمر المذكور في المثالين تعتبر إيجاب في الزواج دون البيع لأن النكاح لا تدخله المساومة، فتحقق المعنى بلفظ الأمر².

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يصح عند الحنابلة تقديم القبول على الإيجاب وسواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها³.

ثانياً: مدى اشتراط إعادة لفظ النكاح في القبول

ذهب كل من الحنفية⁴ و المالكية⁵ إلى أن النكاح ينعقد بقول القابل: قبلت جواباً للموجب، دون اشتراط أن يعيد لفظ النكاح. و وافقهم في هذا قول للحنابلة⁶ و آخر للشافعية لأن قوله ينصرف إلى ما أوجبه الطرف الأول⁷.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، 231/2، ابن عابدين، الدر المختار، 9/3.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 231/2، الدردير، الشرح الصغير، 380/1، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 141/3.

³ - ابن قدامي، المغني، 428/7.

⁴ - الحصكفي، الدر المختار، 9/3.

⁵ - الدردير، الشرح الصغير، 380/1.

⁶ - ابن قدامي، المغني، 428/7.

⁷ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 141/3، النووي، روضة الطالبين، 211/16.

و ذهب الحنابلة في الأصح عندهم إلى القول بعدم انعقاد النكاح إذا لم يذكر الإنكاح أو التزويج في القول¹، و هو ما اتجه إليه قول آخر للشافعية بحجة أن نية القابل غير كافية إن لم يود تصريح بلفظ الإنكاح أو التزويج².

ثالثاً: مدى اشتراط ذكر اسم الزوج أو الزوجة في الصيغة

يشترط الحنابلة تعيين الزوج أو الزوجة بذكر أسماءهما أو بوصفهما بما يميزهما، في صيغة الزواج إذا تمت بوكيل الزوج أو وكيل الولي، حتى لا ينسب الزواج لهذا الوكيل أو ابنته، و إلا لم تصح الصيغة. حيث جاء في كتاب " شرح منتهى الإرادات " : " ويشترط لنكاح فيه توكيل في قبول قول ولي لوكيل زوج أو قول وكيله أي الولي لوكيل زوج زوجت فلانة بنت فلان فلانا ويصفه بما يتميز به أو زوجت فلانة بنت فلان لفلان ابن فلان أو يقول ولي أو وكيله زوجت موكلك فلانا فلانة بنت فلان ولا يقول زوجتكها ونحوه ويشترط قول وكيل زوج قبلته أي النكاح لموكلي فلان أو قبلته لفلان بن فلان فإن لم يقل ذلك لم يصح النكاح."³

أما عند الشافعية فإن نسبت الصيغة لوكيل الزوج أو الولي لا يصح حيث توجب تعيين الزوجين بذاتهما، وأما إن قال الولي: زوجت بنتي فلانا، فيقول وكيله: قبلت نكاحها له. فلو لم يقل: له، بمعنى لم يعيد نسب الصيغة لموكله، فيه خلاف حيث قال فريق بعدم جواز النكاح و قال آخر بجوازه. حيث جاء في روضة الطالبين ما يأتي: " فصل في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح فيقول وكيل الولي للزوج: زوجتك بنت فلان. فإن كان الوكيل للزوج، قال الولي: زوجت بنتي فلانا، فيقول وكيله: قبلت نكاحها له. فلو لم يقل: له، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج: قبلت ولم يقل: نكاحها. ولو قال الولي لوكيل الزوج: زوجت بنتي لك، فقال: قبلت نكاحها لفلان، لم ينعقد. وإن قال: قبلت نكاحها، وقع العقد للوكيل، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية. ولو جرى النكاح بين وكيلين،.... ولو قال وكيل الزوج أولاً: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوجتها فلانا، جاز. ولو اقتصر على قوله: زوجتها، ولم يقل: فلانا، فعلى الخلاف السابق⁴ ". و جاء في "المجموع" أن الأصح أنه لا يجوز النكاح إن لم يقل: " فلانا أو له".

¹ - ابن قدامي، المغني، 428/7.

² - الخطيب الشريفي، مغني المحتاج، 141/3، • النووي، روضة الطالبين، 211/16.

³ - البهوتي، 634/2.

⁴ - النووي، 420/5.

و عند الملكية أيضا توجب أن تكون صيغة النكاح بذكر و تعيين الزوجين، و إلا لا تصح، و أما في إعادة ذكر الموكل أو إعادة نسب الصيغة له في القبول فلم يشترطه . حيث جاء في كتاب الذخيرة¹ : " ويقول الوكيل قبلت لفلان ولو قال قبلت كفى إذا نوى موكله."¹ و يأخذ الوصي على النكاح نفس حكم وكيل الولي، حيث توجب عليه ذكر الموصى عليها باسمها وعدم نسبها إليه وإنما إلى أبيها ، و كذلك هو الحال بالنسبة إلى القاضي الذي يزوج المعضولة أو الغائب عنها وليها.

و لم يدخل المشرع الجزائري في هذه التفاصيل، لكن الأرجح هو بيان الزوج و الزوج بأسمائهم و صفاتهم و أنسابهم عند إبرام العقد من طرف الوكيل أو الوصي أو القاضي ، وذلك حتى ينسب النكاح إليهما لا لغيرهما. خاصة وأن المادة 75 من القانون المدني تنص على أنه :

« إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن العقد لا يضاف إلى الأصل دائما أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب»

و بما أن الزواج من التعاملات التي لا يستوي فيها الطرف الآخر مع غيره لأن الهدف منه هو الأشخاص بذاتها، فتوجب معرفة إن كان الطرف المقابل هو الزوج أو وكيله ، و إذا كان الولي هو أب الفتاة أو وكيله أو وصيه ، حتى لا ينصرف العقد إلى ابنة النائب.

الفقرة الثانية: صيغة الزواج بالإشارة و الكتابة و الرسائل

أولا: صيغة الزواج بالإشارة .

صرح الفقهاء بأنه يجوز الإيجاب و القبول بالإشارة من الأخرس لعجزه عن النطق بشرط أن تكون إشارته مفهومة معلومة من الطرف الآخر من جهة و من الشهود من جهة أخرى² . و إن كان الأخرس قادرا على الكتابة فهل تصح منه الإشارة؟

¹ -القرافي، 4/250.

² - ينظر: • الكاساني، بدائع الصنائع، 131/2 • محمد عليش، منح الجليل، 4/ 91، 95 • النوي، روضة الطالبين 40/6 • ابن قدامي ، المغني، 7/428.

جاء في كتاب " كشاف القناع": و يصح إيجاب النكاح وقبوله من أحرص بكتابة ؛ لأنها أولى من الإشارة ؛ لأنها بمنزلة الصريح في الطلاق و الإقرار.¹ " إذا كانت أولى و أكثر صراحة من الإشارة فالأرجح أن الإشارة في صيغة الزواج لا تجوز من الأحرص إن كان يجيد الكتابة. و وافقهم في ذلك الحنفية في قول بحجة أن من يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى. و ذهبوا في قول آخر إلى جواز ذلك على أساس أن الكتابة و الإشارة سواء.² و هو ما يظهر في عليه رأي المالكية في هذه المسألة حيث لم يفرقوا بين الإشارة و الكتابة.³ و للشافعية في هذه المسألة قولان: قول يساوي بين الكتابة و الإشارة ، و قول يعتبر الكتابة أكثر صراحة و يقدمها على الإشارة فلا يجيز إشارة الأحرص إذا أجاد الكتابة.⁴

ثانيا : صيغة النكاح بالكتابة و الرسالة

إذا كان الإيجاب و القبول بين حاضرين قادرين على التعبير عن إرادتهما بالكلام ، فلا يصح منهما، عند كل من الحنفية⁵ و الشافعية⁶ و الحنابلة⁷، إبرام عقد الزواج و إتمام صيغته بالكتابة . و قال الحنفية بجواز عقد النكاح بالكتابة بين الغائبين لأن الكتاب من الغائب خطاب⁸ . ويعبر بالكتابة عن الإيجاب و القبول بأن يكتب الخاطب للمرأة : زوجيني نفسك فياني رغبت فيك. فإذا بلغها الكتاب قرأته بحضور الشهود و قالت: زوجت نفسي منه. و إن قالت أمام الشهود زوجت نفسي فقط دون أن تسمع الشهود شطر إيجاب الخاطب فلا ينعقد النكاح، لأن سماع الشهود شطري الصيغة و هما الإيجاب و القبول معا شرط صحة النكاح.⁹

¹ - البهوتي، كشاف القناع، 21/3.

² - أبو زهرة ، عقد الزواج و آثاره، ص73.

³ - محمد عيش ، منح الجليل، 91/4.

⁴ - قياسا على الطلاق، النووي، روضة الطالبين، 40/6.

⁵ - ابن نجيم ، البحر الرائق، 148/3.

⁶ - الماوردى ، الحاوي الكبير، 168/10.

⁷ - البهوتي، كشاف القناع، 40/5.

⁸ - الكاساني، بدائع الصنائع، 231/2.

⁹ - ابن الهمام ، فتح القدير، 350/2.

و الحقيقة أنه من الأصح أن يسمع الخاطب كتاب المخطوبة المتضمن ردها بالقبول ، أمام الشهود و ينعقد النكاح إذن صحيحا. كما يجوز الإيجاب و القبول بالرسالة أي بواسطة رسول يبعثه الخاطب ، بشرط سماع قوله و قبولها من طرف شاهدين¹.

ثالثا : صيغة الزواج بالإشارة و الكتابة قانونا

ذكر المشرع الجزائري طرق التعبير عن الإرادة لإبرام العقود في المادة 60 من القانون المدني، حيث جاء فيها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

لكن هل "أو" المذكورة في هذه المادة هي على سبيل الاختيار أم على سبيل الترتيب، فإن كانت على سبيل الاختيار يمكن إذن للطرفين أو أحدهما أن يعبر عن إرادته بالكتابة و هو قادر على النطق، أو بالإشارة و هو قادر على الكتابة و النطق. أما إ كانت على سبيل الترتيب فلا يجوز لهما التعبير عن بالكتابة إن كانا قادران على النطق و لا بالإشارة إن كانا قادران على الكتابة و النطق، إلا إذا كان أحدهما أو الاثنان عاجزا عن النطق مثلا أو عن النطق و الكتابة معا.

الأرجح أن تكون "أو" المذكورة في هذه المادة على سبيل الترتيب حيث أن التعبير عن الإرادة أوضح و أصرح بالنطق منه بالكتابة و بالكتابة منه بالإشارة. و بهذه الطرق الثلاث أوضح منه أن يكون باتخاذ موقف معين ، أو بأن يكون ضمنيا. خاصة و أن القانون وضع للفصل في النزاعات من جهة و لتنظيم العلاقات من جهة أخرى بطريقة تنقص من حدوث النزاعات أصلا و كلما كان التعبير عن الإرادة أوضح بطريقة تبعد الشك كلما نقصت نسبة النزاع.

و جاءت الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة لتؤكد أن الإيجاب و القبول في النكاح يعبر عنهما كما في باقي العقود بالنطق أو بالكتابة و الإشارة . حيث جاء فيها ما يأتي: " و يصح الإيجاب و القبول من العجز بكل ما يفيد معنى النطاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة."

¹-السرخسي، المبسوط، 16،20/5.

و عليه فالتعبير عن الإيجاب و القبول في النكاح يكون أولاً بالنطق بصريح العبارة ، و إن عجز احد الطرفين عن ذلك يكون بما يفيد معنى النكاح عرفاً كالكتابة و الإشارة . و لم يجعل المشرع الجزائري الكتابة أولى من الإشارة في هذه المادة لربما ترك ذلك للظروف و مدى و كيفية عجز العاقد.

الفرع الثاني: شروط مجلس عقد النكاح و أحكام إبرامه بعاقده

واحد .

يتم عقد الزواج بحضور الزوجين و الولي عند اشتراطه و الشهود، و ينعقد بإتمام صيغته أمام هذا المجلس، و لهذا الأخير شروط توجب توفرها حتى تصح الصيغة المبرمة فيه؛ سواء كانت الصيغة بين طرفين اثنين و هو الأصل ، و سواء حصلت بعاقده واحد و هو استثناء له خصائصه . و فيما يأتي في هذا الفرع بيان شروط مجلس عقد النكاح و أحكام عقده بشخص واحد.

البند الأول: شروط مجلس عقد النكاح

الفقرة الأولى: إتحاد المجلس و عدم الفصل بين الإيجاب و القبول

أولاً: إتحاد المجلس¹

المراد بالمجلس هو مجلس الإيجاب و القبول، و هناك إذن حالتين :

أولهما: أن يكون العقد بين حاضرين.

يشترط إذن أن يصدر الإيجاب و القبول في نفس المجلس و أن يسمع كل طرف لفظ

الآخر بوضوح.

ثانيهما : أن يكون العقد بين غائبين أو بين غائب و حاضر.

في هذه الحالة يقرأ المرسل إليه الكتاب أمام الشهود و يكون ذلك بمثابة سماعهم إيجاب

الغائب، و يعلن إذن الحاضر قبوله النكاح أمامهم فيعتبر إذن المجلس قائماً بهذه الكيفية.

¹-الكاساني، بدائع الصنائع ، 232،233/2.

أما فيما يخص التعاقد بين غائبين في التشريع الجزائري، فقد اعتبرت المادة 67 من القانون المدني التعاقد بين غائبين يتم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ثانياً: عدم الفصل بين الإيجاب والقبول¹

يشترط أن يتم ارتباط بين الإيجاب و القبول عند صدورهما من المتعاقدين في مجلس العقد دون الفصل بينهما ، سواء كان هذا الفصل حقيقة أو حكما و إذا حصلت إحدى صور الفصل لا يتم عقد النكاح.

و يكون الفصل حقيقة بانتقال الطرف الذي ينتظر منه القبول من مكان المجلس إلى مكان آخر غيره بعد إعلان الطرف الأول إيجابه أمام الشهود، فهذا قد يعتبر إعراض على الإيجاب و رفض له.

أما الفصل حكما فيكون بانشغال الطرف الذي ينتظر قبوله ، في أمر آخر غير الإيجاب الذي صدر عن الطرف الأول ، و بسبب هذا الانشغال يأتي قبوله متراجيا.

ففي كلتا الحالتين لا ينعقد النكاح . أما فيما يخص عدم الفصل بين الإيجاب و القبول في التشريع الجزائري، فقد نصت المادة 64 من القانون المدني على أنه :

" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ...

غير أن العقد يتم و لو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول ، و كان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد."

يمكن القول أن المشرع الجزائري يوافق نوعا ما الفقه الإسلامي في هذه المسألة، ففي الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه ، يتحلل الموجب من إيجابه إذا تراخى القبول دون وجه سبب، و هذا هو ما قد يعتبر الفصل الحكمي بين الإيجاب و القبول.

و اعتبار الإيجاب قائما إذا صدر القبول قبل انتهاء المجلس ؛ بشرط عدم ثبوت عدول الموجب عن إيجابه؛ هو بمفهوم المخالفة عدم اعتبار القبول الصادر بعد انقضاء المجلس و هذا بمثابة الفصل الحقيقي.

¹ -ابن قدامي ، المغني، 428/7.

الفقرة الثانية: موافقة القبول للإيجاب ومدى فوريتها

أولا: موافقة القبول للإيجاب¹

يشترط لانعقاد الزواج موافقة و مطابقة القبول بالإيجاب ، كأن يقول الولي أو وكيله أو وصيه أو القاضي: زوجتك (أو زوجت موكلك فلان) بنتي (أو بنت فلان) مريم على صداق قدره مائة دينار ، فيرد الزوج أو وكيله : قبلت الزواج بابنتك (بنت فلان) أو (بنت وصيي) مريم على صداق قدره مائة دينار (لموكلتي فلان). فإن خالف من صدر منه القبول في اسم الزوجة أو نسبها أو في قيمة الصداق لم ينعقد النكاح لمخالفة القبول النكاح و عدم تطابقهما. و هناك استثناء على هذا الشرط و هو مخالفة القابل تكون في مصلحة من صدر عنه الإيجاب ، كأن يزيد في قيمة المهر في المثال السابق ، أو أن ينقص منه ممثل الزوجة إن كان الإيجاب قد صدر من الزوج .

و اعتبر المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون المدني القبول المخالف للإيجاب إيجابا جديدا، بمعنى أن العقد لا يتم بهذا الرد المخالف للإيجاب الأول ، و يعتبر إيجابا جديدا ينتظر اقتترانه بقبول الطرف الآخر حتى يبرم العقد.

ثانيا: اشتراط فورية القبول

يشترط المالكية الفورية في القبول و عدم التراخي إلا إذا كان يسيرا² ، و وافقهم في هذا الشافعية الذين اعتبروا أن الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول قد يعتبر إعراضا³ ، أما الحنابلة فأجازوا التراخي في القبول مطلقا سواء كان يسيرا أو طويل بشرط ألا ينفذ المجلس⁴ . أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة فقد نصت المادة 64 من القانون المدني: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ... "

¹ - ابن قدامى ، المغني، 440/7 ، • ابن حزم، المحلى ، 197/7 .

² - ابن جزوي، القوانين الفقهية ، 219 .

³ - الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 5/2 ، 6 .

⁴ - البهوتي، كشف القناع ، 22/3 .

بمعنى أن الأصل اشتراط الفورية في القبول إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة نصت على ما يأتي:

"غير أن العقد يتم و لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة مابين الإيجاب و القبول ، و كان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد."

يمكن تفسير هذه الفقرة بعد الأخذ بعين الاعتبار أنها تتكلم أيضا عن عدم الفصل بين الإيجاب و القبول و عن اتحاد مجلسهما، فإن هذه الفقرة ربما لا تجيز التراخي الطويل الذي قد يفسر على أنه إعراض عن العقد.

كما استثنت المادة 63 من نفس القانون تعيين أجل للقبول، ففي هذه الحالة يلتزم الموجب بإيجابه، و لا يعتبر انتظار القابل تلك المدة تراخيا.

البند الثاني: أحكام إبرام عقد النكاح بعاقده واحد

إن عقد الزواج من العقود الثنائية الأطراف التي لا بد من وجود متعاقدين اثنين، هما الخطيب و الخطيبة، و يجب إذن التعبير عن إرادتهما حتى ينعقد النكاح بينهما و يصبحان زوجا و زوجة¹. لكن يمكن أن يقوم بالإيجاب و القبول شخص واحد له صفة تخوله القيام بذلك، و تجعل عبئته بهذه الطريقة صالحة لإبرام عقد الزواج².

وقد يكون ذلك بالولاية الأصلية كأن يكون وليا لطرفي العقد، أو أن يكون طرفا أصيلا من جهة و وليا من جهة أخرى. كما قد يكون ذلك بالولاية النيابية في الحالات الآتية :

- أن يكون وكيلا للزوج و الزوجة.
 - أن يكون وكيلا لأحد الزوجين و وكيلا لولي الزوج الآخر.
 - أن يكون وليا لأحد الزوجين و وكيلا للآخر.
 - أن يكون قاضيا وليا لمعضولة أو لغائبة الولي و وليا للزوج.
 - أن يكون قاضيا وليا لمعضولة أو لغائبة الولي و وكيلا للزوج.
- و فيما يأتي بيان حكم عقد الزواج المبرم بعاقده واحد سواء بالولاية النيابية أو الأصلية .

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 117.

² - عبد الكريم زيدان ، المفصل، 92/6.

الفقرة الأولى: بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة

اختلف الفقهاء في مسألة انعقاد النكاح بعقد واحد سواء كان ذلك بالولاية الأصلية أو بالولاية النيابة هذا بيان أقوالهم.

أولاً: مذهب الحنفية

جاء في كتاب "بدائع الصنائع" ما يأتي: "وأما بيان أن النكاح هل ينعقد بعقد واحد أو لا ينعقد إلا بعقدين فقد اختلف في هذا الفصل، قال أصحابنا: ينعقد بعقد واحد إذا كانت له ولاية من الجانبين، سواء كانت ولايته أصلية، كالولاية الثابتة بالملك والقربة، أو دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة ... وقال زفر: لا ينعقد النكاح بعقد واحد أصلاً"¹.

ثانياً: مذهب المالكية

أما المالكية فجاء في كتاب "مواهب الجليل" في ما يخص تولي النكاح بعقد واحد بالولاية الأصلية ما يأتي: "إذا كان ابن عم أو وصياً أو كافلاً أو مولياً فأراد تزويج وليته من نفسه له ذلك ويتولى طرفي العقد فيعقد عليها لنفسه ولها على نفسه قال في المدونة وليشهد على ذلك غيرهما وللخمي عن المغيرة لا يعقد ولا بد أن يوكل غيره فيزوجها منه والمشهور الأول"².
أما إذا تولاها بالولاية النيابة، فجاء في كتاب الذخيرة: "كأن يتولى ابن العم طرفي عقد النكاح وقولي من عليه الدين استيفاءً من نفسه بالوكالة وكذلك الوكيل من الجانبين في عقد النكاح"³.

ثالثاً: مذهب الشافعية

منع الشافعية إبرام عقد الزواج بعقد واحد بالولاية النيابة، بينما انقسموا إلى رأيين إذا كان ذلك بالولاية الأصلية، حيث جاء في كتاب "روضة الطالبين" للشافعية ما يأتي: "هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه؟ فيه وجهان. اختار ابن

¹ - الكاساني، 231/2.

² - الخطاب الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، 73/5.

³ - القراني، 10/8.

الحداد والفقال وابن الصباغ الجواز، وصاحب التلخيص وجماعة من المتأخرين المنع. قلت: قال الرافعي في المحرر: رجح المعتبرون الجواز. والله أعلم. فإن جوزنا، اشترط الإتيان بشقي الإيجاب والقبول على الأصح إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها، كابن العم، والمعتق، والقاضي، وأراد نكاحها، لم تجز تولية الطرفين، ولكن يزوج ابن العم من في درجته، فإن لم يكن، فالقاضي... ولو وكل الولي رجلا، ووكله الخاطب، أو وكله في تزويجه لنفسه، فتولى الطرفين، لم يصح على الصحيح"¹.

رابعاً: مذهب الحنابلة

و ذهب الحنابلة إلى القول بجواز العقد بعائد واحد سواء بالولاية النيابية أو الأصلية حيث ذكر في كتاب شرح منتهى الإرادات للحنابلة ما يأتي: " فيصح أن يتولى طرفي العقد لما روى البخاري عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال لأم حكيم بنت قارض أتجعلن أمرك إلي قالت نعم قال قد تزوجتك ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير أو وكل زوج وليا لمخطوبته أن يقبل له النكاح من نفسه فيجوز للولي طريفي العقد وعكسه بأن وكل الولي الزوج في إيجاب النكاح لنفسه فيجوز للزوج أن يتولى طرفي العقد أو وكلا أي الزوج والولي رجلا واحدا بأن وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول فله أن يتولى طرفي العقد لهما ونحوه"².

الفقرة الثانية: بيان صيغة عقد الزواج بعائد واحد و أدلة كل فريق و

موقف المشرع

أولاً: بيان صيغة عقد الزواج بعائد واحد و أدلة كل فريق.

خلاصة القول فيما ذهب إليه الفقهاء في هذه المسألة:

- إبرام عاقد واحد النكاح بالولاية الأصلية: ذهب الحنفية و الحنابلة إلى القول بجواز إبرام عقد الزواج بعائد واحد، إذا كان يتولى العقد بالولاية الأصلية عن الطرفين. حيث جاء في

¹- النووي، 416، 417/3.

²- البهوتي، 645/2.

كتاب بدائع الصنائع ووافقهم في ذلك فريق من المالكية ، كما رجح المعتبرون من الشافعية هواز ذلك .

- إبرام عاقد واحد النكاح بالولاية النيابية: أجاز على الإطلاق كل من الحنفية و المالكية و الحنابلة إبرام عقد الزواج بعاقده واحد على أساس الولاية النيابية ، سواء كانت نيابية عن الطرفين أو نيابية عن طرف و أصلية عن الآخر؛ ومنع زفر من الحنفية ذلك مطلقا ، كما ذهب الشافعية إلى القول بعدم صحة ذلك على الصحيح عندهم .
و الملاحظ أنه في كلتا الحالتين هناك قطبان قطب مجيز لإبرام عقد الزواج بعاقده واحد و قطب مانع و فيما يأتي بيان صيغة عقد الزواج بعاقده واحد و أدلة كل قطب .

أ- أدلة كل فريق في هذه المسألة¹:

■ دليل المانعين: "وجه" قول زفر والشافعي أن ركن النكاح اسم لشطين مختلفين وهو: الإيجاب والقبول، فلا يقوم إلا بعاقدين كشطري البيع إلا أن الشافعي يقول في الولي ضرورة لأن النكاح لا ينعقد بلا ولي، فإذا كان الولي متعينا فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها أصلا، وهذا لا يجوز، وهذه الضرورة منعدمة في الوكيل ونحوه

■ دليل المجيزين:

- لهم قوله ﷺ: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾² . قيل نزلت هذه الآية في يتيمة في حجر وليها، وهي ذات مال "وجه" الاستدلال بالآية الكريمة أن قوله ﷺ: ﴿لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ خرج مخرج العتاب، فيدل على أن الولي يقوم بنكاح وليته وحده، إذ لو لم يقم وحده به لم يكن للعتاب معنى، لما فيه من إلحاق العتاب بأمر لا يتحقق.

- وقوله ﷺ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾³ أمر سبحانه وتعالى بالإنكاح مطلقا من غير

¹-الكاساني، بدائع الصنائع، 2/232، 231.

²- النساء : 127

³- النور: 32.

فصل بين الإنكاح من غيره أو من نفسه؛ ولأن الوكيل في باب النكاح ليس بعاقده بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه، بدليل أن حقوق النكاح والعقد لا ترجع إلى الوكيل، وإذا كان معبراً عنه وله ولاية على الزوجين؛ فكانت عبارته كعبارة الموكل؛ فصار كلامه ككلام شخصين فيعتبر إيجابه كلاماً للمرأة، كأنها قالت زوجت نفسي من فلان، وقبوله كلاماً للزوج؛ كأنه قال قبلت فيقوم العقد باثنين حكماً والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة.

ب- صيغة عقد الزواج المبرم بعاقده واحد:

قد يكون العاقد الواحد طرفاً في العقد بأن يزوج الطرف الثاني من نفسه، كما قد لا يكون كذلك.

■ العاقد هو أحد الزوجين:¹

وقد تأتي صيغة الإيجاب و القبول في هذه الحالة كالاتي:

■ "أجعلين أمرك إلي تقول: نعم، فيقول: قد تزوجتك" فهو يملك الإيجاب والقبول لذا جاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير. ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين .

■ امرأة وكلت رجلاً أن يزوجه من نفسه فذهب الوكيل وقال: "تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح لا يجوز". وإن قال اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة ولم تعرفها الشهود لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها ونسبها، لأنها غائبة والغائبة لا تعرف إلا بالنسبة.

■ يقول الزوج: "تزوجتها أي فلانة بنت فلان"، وإن لم يقل وقبلت نكاحها لنفسه صح لأن إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء. فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده فإن قال تزوجت فلانة كفى، وهناك رأي يشترط قوله: "وقبلت هذا النكاح".

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، 3/246، 241، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2/645، ابن قدامي، المغني، 7/360.

■ العاقد الواحد ليس طرفا في العقد¹:

■ أمثلة عن صيغة بعاقده واحد بالولاية الأصلية: "إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي فلانة من ابن أخي فلان" هذا جائز. أو رجل زوج بنت أخيه من ابن أخيه فيقول: "زوجت فلانة من فلان" يكفي. أو الجد يقول: "زوجت فلانة بفلان أو فلانا بفلانة".

■ والوكيل من الجانبين أو وكيل من جانب و ولي من الآخر أو وصي من جانب و ولي أو وكيل من الآخر، أو القاضي عن العضولة و وكيل عن الزوج، يقول: "زوجت فلانة من فلان".

■ ولا يشترط في تولى طرفي العقد الجمع بين الإيجاب والقبول بل يكفي زوجت فلانة بنت فلان فلانا وينسبه بما يتميز به وإن لم يقل وقبلت له نكاحها أو يقول لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين. و هناك رأي يشترط قول قبلت.

ثانيا : في القانون الجزائري

متى سلمنا بجواز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن التسليم بأن شخصا واحدا يكون نائبا عن غيره و أصيلا عن نفسه ، أو نائبا عن كل من المتعاقدين. وفي هذه الصورة من التعاقد قد يتحقق خطر على الغير خاصة إذا تعاقده النائب مع نفسه². و عليه لم يجز المشرع الجزائري تعاقده النائب مع نفسه كأصل، حيث نصت المادة 77 من القانون المدني على ما يأتي: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون."

إذن فالأصل عدم الجواز لكن هناك استثناءان مع مراعاة عدم مخالفة القانون:

- وجود ترخيص مسبق من الأصيل يعطي النائب الحق في التعاقد مع نفسه.
- إجازة الأصيل عقد النائب .

و ما دام القانون المدني الجزائري و كذلك قانون الأسرة لم يذكر فيهما أحكاما خاصة بتعاقد النائب مع نفسه في الزواج ، تطبق إذن أحكام هذه المادة . و تكون كالتالي:

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، 246/3، • ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، البيان و التحصيل، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988. 27/5، • النووي، المجموع، 177/16، • المرادوي، الإنصاف 8/84، • البهوتي، منتهى الإرادات، 2/654.

² - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 201/1-203.

يستطيع كل من الوكيل و الوصي تزويج الموصى عليها أو ابنة الموكل القاصر من أنفسهم إذا رخص ذلك الولي مسبقاً، كما يمكن للوكيل تزويج موكلته من نفسه أو الوكيله تزويج الموكل من نفسها بترخيص من الأصيل. و في كل هذه الحالات إن لم يوجد ترخيص مسبق يمكن للأصيل إذن إجازة العقد إن شاء و إلا بطل.

أما فيما يخص القاضي فيمكن القول أنه من الأحسن أن يزوجه من المعضولة أو الغائب عنها وليها قاض آخر ، حتى لا يكون هناك تعسف في استعمال السلطة.

المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية

النيابية وانتهائهما.

سلمنا بأن الولاية النيابية في إبرام عقد النكاح جائز، و تم بيان أنواعها و شروط الأصيل حتى يستطيع أن ينيب غيره في إبرام الزواج، و شروط النائب حتى يستطيع نيابة الأصيل في عقد النكاح، ثم كيفية إبرام هذا العقد بالولاية النيابية. و إن توفرت كل هذه الشروط و أبرم العقد ما هي طبيعته؟ ما مدى نفاذه و لزومه؟ و ما هي أحكامه؟ هذا من جهة، و من جهة أخرى كيف تنتهي الولاية النيابية و التي هي محور موضوعنا؟.

و على ما سبق ذكره سيتم إذن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

فرع أول: يتم فيه بيان طبيعة عقد النكاح المبرم بالولاية النيابية .

فرع ثان: يتم فيه بيان انتهاء الولاية النيابية.

الفرع الأول: طبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية.

المقصود بطبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية، هو بيان مدى صحة و نفاذ و لزوم عقد النائب، و لبيانه توجب دراسة نوع ولاية الولي بالولاية النيابية إجبارية أو اختيارية و بمعنى آخر قوة ولاية النائب. و سنقسم هذا الفرع إذن إلى ثلاث بؤد:

بند أول: يتم فيه بيان أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان من جهة و أنواع ولاية التوزيع من جهة أخرى.

بند ثان: يتم فيه بيان قوة ولاية النائب في عقد الزواج .

بند ثالث: يتم فيه بيان مدى لزوم و نفاذ عقد النائب في الزواج.

البند الأول: أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان و أنواع ولايته

التوزيع.

حتى تتمكن من دراسة طبيعة عقد النكاح المبرم بالولاية النيابية، توجب بيان مفاهيم و تقسيمات معينة تتمثل في بيان أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان و مفهوم كل نوع من

جهة، و ذلك حتى يكون الحكم بصحة العقد من عدمه واضح المعنى، و من جهة أخرى بيان أنواع ولاية التزويج و مفهوم كل نوع، لأن لهذا التقسيم تأثيرا كبيرا على طبيعة عقد الزواج.

الفقرة الأولى: أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان.

أولا: العقد الباطل¹

للعقد ثلاث عناصر جوهرية ولكل منها شروط أساسية تتمثل فيما يأتي:

صيغة العقد؛ التي تتم بإيجاب و قبول بين العاقدين في مجلس العقد، و ينطوي هذا الركن على عنصرين أساسيين، التراضي و اتحاد المجلس².

العاقدان، و يشترط في هذا العنصر أمران أساسيان: التعدد حيث لا يتم العقد بالإرادة المنفردة، و العقل أي التمييز³.

محل العقد؛ و يشترط أن يكون : موجودا ، معينا أو قابلا للتعيين، صالحا للتعامل فيه. و إذا توفرت هذه العناصر الجوهرية الثلاث بكل شروطها والمتمثلة في شروط الإنعقاد و الصحة وقع العقد صحيحا مستوفيا لشروطه، وإن تخلف أحد منها فيعتبر العقد باطلا. و حكم العقد الباطل لا وجود شرعي له ، فهو كالعدم، و العدم لا ينتج أثرا كحل التمتع ووجوب النفقة و التوارث في عقد الزواج، ولكنه كواقعة ينتج بعض الآثار كوجوب العدة و المهر. و إذا نفذ و جب لإرد و إعادة الحل إلى ما كانت عليه، كما أنه لا ترد عليه إجازة و لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان.

ثانيا : العقد الموقوف⁴.

تشتترط شروط لنفاذ أي عقد؛ سيما عقد النكاح؛ وبها إذن تترتب آثاره حال انعقاده صحيحا، و إذا تخلفت هذه الشروط كان العقد موقوفا⁵. و تتمثل هذه الشروط في رابط توجب توفره بين العاقد و محل العقد، و هو أن يكون للعاقد: الولاية على محل العقد، الولاية على نوع

¹ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 2/4، 267، 135، 132، 126، 125.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، 2/233، 232.

³ - المصدر نفسه، 2/232.

⁴ - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 2/4، 276، 182، 181، 178.

⁵ - عبد الكريم زيدان ، المفصل ، 6/125.

التصرف. و إذا توفرت في العقد شروط الصحة المذكور آنفا حتى لا يقع العقد الباطل، و تخلف أحد هذين الرابطين بين العاقد و محل العقد ، فيقع العقد موقوفا.

و الولاية على محل العقد تكون بثبوت حق الملك للعاقد فبهذا المحل أ النيابة عن المالك. و إذا أبرم العقد ممن لا يملك الولاية على المحل فهو يقع موقوفا على إجازة المالك له كعقد النكاح الذي يبرمه الفضولي مثلا¹.

و الولاية على التصرف تتحقق باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره. ومثال ذلك عقد الصبي المميز².

إذن فسبب توقف العقد يرجع إلى إرادة ناقصة أو محل ناقص. و يبقى العقد موقوفا إلى أن يتبين مصيره بالإجازة - و هي تصرف قانوني يستند إلى وقت التصرف- فينفذ أو عد الإجازة فيعدم و يصبح كالعقد الباطل.

و مالك الإجازة هو الولي أو ناقص الأهلية عندما يستكمل أهليته. و قد يكون المجيز هو الولي عند صدور التصرف لكنه يتغير وقت صدور الإجازة فيكون المجيز هو ناقص الأهلية الذي استكمل أهليته.

و يقابل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي العقد القابل للإبطال في القانون ، فكلاهما الصورة العكسية للآخر، فالعقد الموقوف هو باطل حتى ينفذ بالإجازة ، و العقد القابل للإبطال هو صحيح حتى يبطل بعد الإجازة.

ثالثا: العقد غير اللازم³

معنى لزوم العقد أو بتعبير آخر العقد اللازم هو ما لا ينفرد أحد عاقديه و لا غيرهما بحق فسخه. أما العقد غير اللازم فهو الذي ينفرد فيه أحد عاقديه أو غيرهما بحق فسخه.

و شروط لزوم عقد النكاح عديدة منها متفق عليها و منها مختلف فيها ، نذكر منها : الكفاءة، الخلو من التغرير، و انعدام العيوب .

¹- الكاساني، بدائع الصنائع، 2/233.

²- ابن نجيم، البحر الرائق، 5/435.

³- عبد الكريم زيدان، المفصل، 6/126.

الفقرة الثانية: بيان أنواع ولاية التزويج وتعريفهم.

كما تم ذكره آنفاً ، المقصود ببيان نوع ولاية النائب في عقد النكاح ، هو بيان إن كانت ولايته إجبارية كانت أم اختيارية ، و بيان ذلك يمكن معرفة إن كان عقده لازماً أم لا، و تصنف الولاية النيابة إلى إجبارية و اختيارية إذا كان الأصيل فيها هو الولي، و النائب فيها إما وكيله أو وصيه أو القاضي في العضولة و الغائب عنها وليها، حيث قد يستمد كل نائب قوة ولايته من الأصيل . أما وكيل الزوج و الزوجة فولائتهما لا تصنف على هذا النحو.

أولاً: تعريف الولاية الإجبارية.

عرف الحنفية الولاية في النكاح بأنها: " تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي". واعترض على هذا التعريف بأنه قاصر على ولاية الإيجاب دون ولاية الاختيار¹. والمقصود بولاية الإيجاب هي: التي لا اعتبار فيها لإذن المولى عليه، يزوجه وليه شاء أم أبي. لصغره، أو جنونه، أو رفقته² أو لأنوثته عند جمهور الفقهاء القائل باشتراط الولاية على المرأة كاملة الأهلية لعدم جواز عبارتها في إنشاء عقد النكاح. و الأساس في ثبوت ولاية الإيجاب أمران³: أولهما: الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه. ثانيهما: حسن الرأي و تخير أوجه النفع. و ينفرد إذن في هذه الولاية الولي برأيه في تزويجه للمولى عليه ، دون أن يكون لهذا الأخير حقاً في الرفض أو الاعتراض⁴ ويسمى الحنفية هذه الولاية باسم: " ولاية الحتم و الإيجاب"⁵.

¹ ابن عابدين، رد المختار، 55/3، • ابن نجيم، البحر الرائق 117/3.

² عوض بن رجاء العوفي ، الولاية في النكاح، 26/1.

³ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، ص118.

⁴ عبد الكريم زيدان ، المفصل، 340/6.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، 241/2.

ثانياً: الولاية الاختيارية¹

ولاية الاختيار هي بعكس ولاية الإيجاب؛ كما يدل عليها اسمها؛ وهي التي يعتبر فيها إذن الموليّ عليه، فلا يزوجه وليّه حتى يستأذنه. و هي إذن كما يسميها الحنفية: " ولاية ندب واستحباب " تثبت للوليّ على الحرة المكلفة بكرة كانت أم ثيباً؛ بمعنى: أنّ لها أن تزوّج نفسها، ولها أن تفوّض العقد عليها لوليّها ندباً واستحباباً صوتاً لها عن التبدّل ورميها بقلة الحياء. والوليّ هنا: عبارة عن وكيل لها. وإمّا سميّ وليّاً لقربته غالباً. وهذا بخلاف مذهب الجمهور - كما تم بيانه سابقاً - فإنّ الولاية في النكاح عندهم ثابتة على المرأة مطلقاً سواء كانت ممن يعتبر إذنها لوليّها أم لا.

ثالثاً: ولاية الشركة

لا تلازم عند جمهور الفقهاء بين ثبوت الولاية والإيجاب، فقد يثبت للوليّ حقّ الولاية في النكاح والإيجاب معاً كما في الصغار والمجانين ذكوراً وإناثاً. وقد تثبت له الولاية دون الإيجاب، كما في الثيب الحرة المكلفة؛ إذ ليس لوليّها أن يزوّجها بدون إذنها، ولكن ليس لها أن تتزوّج - عندهم - إلا بعقد وليّها لها أو نائبه أو من يقوم مقامه عند عدمه².

لذلك تثبت عليها ولاية لا بد فيها من اشتراك الولي و موليته في الرضا بالزواج، فالولي فيها لا يستبد بتزويج موليته كما يريد و مع من يشاء رغماً عنها كما في الولاية الإجبارية من جهة ، ومن جهة أخرى لا تستطيع موليته الأفراد بالعقد و إبرامه، بل توجب أن يبرمه وليها بعد موافقته و رضاها بإعلان قبولها³.

البند الثاني: قوة ولاية النائب في عقد النكاح

لبيان مدى قوة ولاية النائب في عقد الزواج توجب أولاً إيضاح الأولياء مستحقي ولاية الإيجاب من غيرهم في عقد النكاح، و عند معرفتهم يمكن بيان قوة ولاية نائبهم. لهذا سيقسم هذا البند إلى فقرتين :

¹-الكاساني، بدائع الصنائع، 241/2، ابن الهمام ، فتح القدير ، 393/2. • عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، 26،28/1.

²-عوض بن رجاء العوفي، المرجع نفسه.

³-عبد الكريم زيدان ، المفصل ، 346/6.

أولهما: يتم فيها بيان مستحقي ولاية الإجماع في الزواج.
ثانيهما: يبين فيها ملك النائب الإجماع في عقد النكاح.

الفقرة الأولى: مستحقو ولاية الإجماع في النكاح بالولاية الأصلية.

أولا: مستحقو ولاية الإجماع على الصغار.

اتفق جمهور الفقهاء؛ من حنفية¹ و مالكية² و شافعية³ و حنابلة⁴ و الظاهرية - في الصغيرة البكر -⁵ و الزيدية⁶؛ على الأب في مالكي الإجماع بالولاية الأصلية في تزويج الصغار؛ ذكورا و إناثا؛ وذهب الشافعية إلى إلحاق الجد به و هو أب الأب و إن على و اشترطوا البكارة في الصغيرة. و ألحق الحنفية بالأب كل الأولياء من العصبات النسبية و السببية والقربان من ذوي الأرحام و السلطان على ترتيبهم. أما الحنابلة فألحقوا القاضي بالأب في تزويج الصغير بشرط الحاجة. كما ألحق المالكية بالأب باقي الأولياء في الصغيرة ذات العشر سنوات، التي خيف عليها الفساد بشرط استئذان القاضي.

ثانيا: مستحقو ولاية الإجماع على المجانين.

اتفق جمهور الفقهاء؛ من حنفية⁷ و مالكية⁸ و شافعية⁹ و حنابلة¹؛ على ملك الأب الأب ولاية الجبر في تزويج المجنونة و المجنون جنونا مطبقا، وألحقوا به الحاكم بشرط المصلحة و الحاجة.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، 240، 241/2، • السرخسي، المبسوط، 213، 214/4.

² ابن جزئي، القوانين الفقهية، ص 223، • الدردير، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، 322، 323/2.

³ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 149، 169/3، • النووي، المجموع، 165/16، • الشافعي، الأم، 15، 16/5.

⁴ ابن قدامي، المغني، 379، 392/7، • البهوتي، كشف القناع، 47/5، 48.

⁵ ابن حزم، المحلى، 458/9 - 462.

⁶ السياغي، الروض النضير، 227/4.

⁷ ابن نجيم، البحر الرائق، 209/3، • الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 283/1.

⁸ الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 3، 1992

مواهب الجليل، 472/3، 427، • الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 197/3.

⁹ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 169/3، • الشافعي، الأم، 11، 17، 18/5، • الهيثمي، تحفة المحتاج، 286/7.

و أضاف المالكية المجنونة الصغير و البكر اللتان تفتقان و اشترطوا أن يكون الجنون البالغ أصليا و إلا فلا يملك التزويج إلا الحاكم ووافقهم الشافعية و الحنابلة في انفراد الحاكم في الجنون الأصلي في قول. و اشترط الشافعية البكارة في المجنونة الصغيرة كما ألقوا الجد بالأب. وألحق الحنفية باقي الأولياء على ترتيبهم، ووافقهم في ذلك الحنابلة في قول.

ثالثا: مستحق ولاية الإجماع على السفية.

كما تم بيانه في الفصل الثاني لا يحجر على السفية عند الحنفية مطلقا لذلك فلا ولاية و لا إجبار عليه². أما عند كل من المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ ففي جبر السفية قولان:

أ- قول بالجبر :

- مقيد بما إذا خيف عليه الزنى عند المالكية.
- لأن النكاح من مصلحته، وعلى الولي رعايتها، فإذا عرف حاجته زوجته، كما يكسوه ويطعمه عند الشافعية. وتزويج الولي للسفيه مقيد عند أكثرهم بالحاجة، وإلا فهو إتلاف لماله بلا فائدة، وبنوا على هذا أنه: لا يزوج إلا واحدة كالمجنون
- إذا كان محتاجا إليه على الصحيح من مذهب الحنابلة.

ب- قول بعدم الجبر :

- للزوم طلاقه، و صداقه، أو نصفه بدون فائدة عند المالكية.
- لأنه حر، مكلف، صحيح العبارة، وإنما حجر عليه حفظا لماله، وقد زال المانع بالإذن عند الشافعية.
- أما عند الحنابلة فالأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار، لأنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى، فإذا أجبر على

¹ البهوتي، كشف القناع، 47/5، • البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 23/3، • ابن قدامي، المغني، 292، 293/7، • المرادوي، الإنصاف، 61/8.

² السرخسي، المبسوط، 163/24.

³ الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، 202 / 2، • الدردير، الشرح الكبير، 245/2، • علبش، منح الجليل، 40/2.

⁴ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 169/3، 171، • الهيثمي، تحفة المحتاج، 288، 291، • الرملي، نهاية المحتاج، 264/6، 266، • الووي، روضة الطالبين، 98، 99/7.

⁵ ابن قدامي، المغني، 397-396/7، • الدردير، الشرح الكبير، 407-406/7، • المرادوي، الإنصاف، 334 / 5، 54/8.

من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها، وفات عليه غرضه من الأخرى، فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه.

رابعاً: مستحق ولاية الإجمار على المرأة كاملة الأهلية.

كما تم بيانه في الفصل الثاني من هذا البحث يوجد قطبان مختلفان حول ثبوت الولاية على المرأة كاملة الأهلية ، و القطب المانع لثبوتها يتمثل أساسا في مذهب الحنفية و الظاهرية، و رواية عن أحمد، أما القطب الموجب للولاية على المرأة كاملة الأهلية فهو جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة ، وقد اتفقوا على أنه يمنع تزويج الولي جبرا أبا كان أو غيره ، موليته الثيب البالغ العاقل ، فقد أجمع أهل العلم على أن الثيب المكلفة الرشيدة لا تنكح إلا بإذنها¹ . أما البكر كاملة الأهلية فتتجر و مستحق إجبارها في الزواج بالولاية لأصلية هو باتفق جمهور الفقهاء من مالكية²، شافعية³ و في الأصح عند الحنابلة⁴ هو: الأب .

و ذهب المالكية إلى القول بإجبارها و لو بدون مهر، أو لأقل حال منها، أو لقبيح منظر، بدون إذنها وحتى و إن لم ترض بشرط عدم الإضرار بها، و الحقيقة أن إجبارها على من هو قبيح المنظر أو أقل حال منها أو بدون مهر وهو حق خالص لها هو عين الضرر. أما الشافعية فألحقوا الجد و إن علا بالأب و قالوا أن والدها يجبرها دون حاجة لإذنها لكن بتوفر شروط هي:

- ألا يكون بين الأب و ابنته عداوة .
- أن يكون الزوج كفؤا و حظا لها لا ضرا عليها.
- أن يكون الزوج موسرا بالمهر .
- أن يزوجه بمهر المثل و نقد البلد .

¹ - ابن حزم، المحلى، 459/8، • ابن رشد، بداية المجتهد، 6/2 ، • ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، 191، 192/9 ، الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 177، 178/3

² - مالك، المدونة الكبرى، 155/2، • الدردير، الشرح الكبير، 198، 199/2، • القراني، الذخيرة، 218/4. ولا تجبر عند المالكية : البكر العانس، في رواية عن مالك ، و هي من طالت إقامتها ببيت أهلها بعد بلوغها و البكر التي رشدتها أبوها ، و هذا هو المشهود في المذهب و كذلك التي دخل بها فجها ، ثم أنكرت المسيس بعد فراقها لعيب فيه. ينظر : الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، م 176/3/2، • ابن رشد، بداية المجتهد، 4/2 ، • الدسوقي، حاشية الدسوقي، 198، 199/2، • عيش، منح الجليل، 20، 21/2.

³ - الشافعي، الأم، 15، 16، 17/5، • الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 149، 153/3 ، • الرملي، نهاية المحتاج، 222/6 ، 223.

⁴ - ابن قدامي، المغني، 381/7، 384 ، • البهوتي، كشف القناع، 47/5.

- ألا يكون الزوج ممن تتضرر به كالأعمى .
 - ألا يكون قد وجب عليها الحج ، و قد لا يمكنها الزوج من القيام به
- وذهب الحنابلة و الشافعية إلى القول بإلزام الأب على تزويج ابنته البكر كاملة الأهلية من الكفاء الذي تدعو له، ولو ملك الإجبار، لأن الزواج متعلق بذاتها و مستقبلها، فكان اختيارها أولى من اختياره.

خامسا : مسخرو ولاية الإجبار في القانون الجزائري.

نصت المادة 12 من قانون الأسرة رقم 84-11 و الملغاة فيما بعد بالقانون الجديد على

أنه :

« لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها ، و إذا 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».

و عدلت المادة 13 التي كانت تنص على ما يأتي: «لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها» و أضيف لها كلمة «قاصرة».

المستفاد من هذه المواد هو أن المشرع الجزائري منع ولاية الإجبار على المرأة في الزواج في ظل قانون الأسرة 84-11، و أكد على ذلك في القانون المعدل أياً كان الولي، و تعديله للمادة 13 بإضافة كلمة قاصرة ليس إلا تكريسا لإعطاء كاملة الأهلية الحق في إبرام عقد زواجها بنفسها و رفع الولاية عنها.

و الملاحظ هنا أن منع ولاية الإجبار في ظل القانونية جاء في الإناث دون الذكور ، حيث جاءت الصيغ مؤنثة؛ فهل يعني هذا أن للولي جبر موليه الذكر؟ أم لأنه من البديهي ميول الأولياء إلى تزويج و إجبار القصر من الإناث دون الذكور؟

و توجب توضيح إذن هل يجوز للولي إجبار الذكر القاصر أو السفهاء أو المعتوهين أو المجانين على الزواج؟

الحقيقة أن المادة 7 من قانون الأسرة تشترط ترخيص القاضي في زواج القصر، وذلك

حماية لهم و لمصالحهم، فهل هذا حماية لعدم إجبارهم أيضا؟ يمكن القول أن هناك احتمالان :

أولهما: أنه بقياس الذكر القاصر على الأنتى القاصر المذكورة في المادة 13 من قانون الأسرة وجمع ذلك مع اشتراط ترخيص القاضي في زواجه لمنع جبره. و قياسا عليه يمنع جبر السفهاء و المعتوهين و المجانين لأنهم يتبعونه في كل أحكامه من الأساس.

ثانيهما: بما انه لا توجد أي مادة توضح ذلك نتجه إله المادة 222 من قانون الأسرة و التي تحيلنا بدورها إلى الفقه الإسلامي ذو التشعبات و الآراء المفصلة و المذكورة آنفا، فيجبر الأب و القاضي بذلك الصبي و المجانين جنونا مطبقا لأنه مذهب الجمهور ، أما السفهيه ففيه اختلاف توجب الفصل فيه.

رغم أن الأصل هو غموض هذه المسألة في القانون لوجود ثغرات فيه توجب ملؤها ، و توجب بيان هذه المسألة ، إلا أنه يمكن ترجيح الحالة الأولى و القول أن المشرع يتجه إلى منع الإيجار في النكاح بصفة عامة على الجميع المولى عليهم ، و تعديله لقانون الأسرة يدعم ذلك.

الفقرة الثانية: قوة ولاية النائب في عقد الزواج.

كما تم بيانه آنفا المقصود بقوة ولاية النائب في عقد النكاح هو مدى ملكه الإيجار وفيما يأتي أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

أولا: الحنفية .

أ- بالنسبة للوكيل:

اعتبر الحنفية أن حكم رسول الولي كالولي لأنه قائم مقامه . وإذا وكل الأب رجلا في تزويج ابنته البكر قبل الاستثمار ثم استأمرها الوكيل بذكر الزوج وقدر المهر فسكتت فزوجها جاز، وسكوت البكر عند العلم بنكاح وكيل الأب كسكوتها عند نكاح الأب¹.

ما يفهم مما صرح به الحنفية بجعل الرسول و وكيل الأب مثله في استئذان البكر، لقيامهما مقامه ، بمعنى أن لولاية الوكيل نفس قوة ولاية موكله الولي، فللوكيل الإيجار حيث كان موكله مجبرا.

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، 3/204.

ب- بالنسبة للوصي:

أما فيما يخص الوصي فجاء في كتاب "المبسوط" للحنفية:
"إن نص في الوصاية على التزويج فله أن يزوجه كما لو وكل بذلك في حياته وإن لم ينص على ذلك فليس له أن يزوج ولكنها نستدل بما روينا أن النكاح إلى العصبات والوصي ليس بعصبة إذا لم يكن من قرابتها فهو كسائر الأجانب في التزويج وإن كان الوصي من القرابة بان كان عما أو غيره فله ولاية التزويج بالقرابة لا بالوصاية ولهذا يثبت لهما الخيار"¹.

الأصل؛ كما بيناه سابقا؛ أن الحنفية لا يأخذون بالوصية كولاية في التزويج، وعند إجازتهم لذلك بشرط أن ينص الموصي على التزويج، قياسا على جواز التوكيل في الحياة. لكنهم اشترطوا في نفس الوقت أن يكون الوصي من القرابة لأن غيره ليس بعصبة. وإن كان من القرابة فهو يزوج على أساسها لا على أساس الإيضاء، وهذا ما يرجعنا إلى نقطة البداية وهي أن الحنفية لا يأخذون بالإيضاء في الولاية على النكاح.

ت- بالنسبة للقاضي:

يقسم الحنفية ولاية القاضي في التزويج إلى قسمين²:
أولهما: ولايته لاعتباره في آخر مراتب الولاية على الزواج.
ثانيهما: ولايته باعتبار رافع للمظالم في حالتي العضل والغيبة، وفي هذه الحالة قوة ولايته يستمدّها من قوة الولي الظالم. فإن كان مجبرا كان تزويج القاضي في هذه الحالة على وجه الإيجاب.

ثانيا: مالكية

أ- بالنسبة للوصي:

يلحق عند المالكية وصي الأب بالأب في تزويج الصغار والبكر كاملة الأهلية والمجنونة جنونا مطبقا أو غير مطبق -الكبيرة و البكر، و الصغيرة -بشرط التعيين أو الأمر بالجبر، و

¹ السرخسي، المبسوط، 4/222.

² ابن نجيم، البحر الرائق، 8/157، أبو زهرة، الاحوال الشخصية، ص121.

المجنون جنونا مطبقا أصليا ، و السفية في قول و قالوا أنه كالأب¹ بمعنى أن ولاية الإيجاب تثبت له بشرط أن يعين الأب الزوج².

ب- بالنسبة للوكيل:

جاء في كتاب " الذخيرة " :قال اللخمي الإيجاب للآباء ولمن أقاموه في حياتهم أو بعد وفاتهم إذا عين الأب الزوج فإن فوضه إليه فله الإيجاب ممن يراه قبل البلوغ وبعده على المعروف من قول مالك ومنع عبد الوهاب إجباره لاختصاص الأب بمعنى لا يوجد في غيره من مزيد الشفقة³.

يمكن القول إذن أنه كما يملك الوصي الإيجاب بشرط التعيين أو الأمر بالإيجاب، وهو نائب الأب بعد موته ، فإن وكيل الأب يملك الإيجاب أيضا إذا عين له الأب الزوج أو أمره بالجبر. و أما وكيل غير الأب من الأولياء فلا يملك ولاية الإيجاب ، لا حيث يملكها موكله أصلا و فلا تنتقل إليه من باب أولى.

ت- بالنسبة للقاضي:

يعتبر الأب عاضلا عند المالكية إذا منع كاملة الأهلية من الزواج بالكفء بكرا كانت أو ثيبا. فهل يزوجه القاضي نيابة عنه بالولاية الإجبارية ؟ الحقيقة أنه لا يتصور جبره لها بعد أن رفعت هي أمرها إليه عند عضل وليها لها، أما في حالة غيبة الولي فجاء في " بداية المجتهد " : " فإن عدمت النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج أيضا في الغيبة البعيدة، وفي الأسر، والجهل بمكانه، وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت في غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك⁴. إذن فإن عدمت النفقة أو كانت المولية في غير صون تزوج و إن لم تدعو لذلك، وهذا ما يقابل جبر غير الأب الصغيرة إذا خيف عليها الفساد، إذ يمكن الخلوص إلى ما يأتي:

الأصل أنه لا يجبر القاضي إذا زوج نيابة عن الولي الغائب أبا كان أو غيره ، لكن يزوجه بولاية الإيجاب إذا عدمت النفقة عنها أو كانت في غير صون و خيف عليها الفساد. وكذلك هو الحال في المولى عليم المجانين إذا ظهرت حاجتهم إلى النكاح، و في السفية.

¹-القراي ، الذخيرة ، 223/4.

²-ابن جزيء، القوانين الفقهية، ص222، 223. • ابن رشد، بداية المجتهد 8/2 ، • الخرشى، الخرشى على مختصر خليل، 202/3/2.

³-القراي، الذخيرة، 224/4.

⁴-ابن رشد، بداية المجتهد، 13/2.

ثالثاً : مذهب الشافعية.

أ- بالنسبة للوكيل:

جاء في كتاب "المجموع": "قال الشافعي رضي الله عنه: وكيل الولي يقوم مقامه، وجملة ذلك أن الولي إذا كان ممن يملك إجبار المرأة على النكاح فله أن يوكل من يزوجهها بغير إذنها كما يجوز أن يعقد عليها بنفسه بغير إذنها، فان وكل في تزويجها من رجل بعينه صح، وان قال وكلتك في تزويجها و أطلق فهل يصح؟ حكى الشيخان أبو حامد و أبو إسحاق فيها قولين، وحكاهما ابن الصباغ والمسعودي وجهان:

احدهما: يصح، لان من جاز أن يوكل وكالة معينه جاز أن يوكل وكالة مطلقه كالوكالة في البيع.

والثاني: لا يصح هذا التوكيل لان الولي إنما فوض إليه اختيار الزوج لكامل شفقتة وهذا لا يوجد في الوكيل"¹

بمعنى أن وكيل الولي المجرى؛ و هو عند الشافعية: الأب و الجد و الحاكم، له إجبار من في ولاية موكله، و ذلك إن عين له الموكل الزوج، و أما إن لم يعينه له، ففيه قولان.

ب- بالنسبة للوصي و القاضي:

لا ولاية للوصي عند الشافعية أصلاً²، أما عن القاضي في تزويجه للمرأة عند عضل أو غيبة الولي فكما ذكرنا عند المالكية عضل أو غيبة ولي كاملة الأهلية يعطيها حق رفع أمرها إلى القاضي، و بالتالي التزويج يكون بطلب منها و لا إجبار فيه. لكن ما هي قوة ولاية القاضي إذا أناب القاضي ولي المجنونة التي ظهرت حاجتها للنكاح و عضلها أو فيمن غاب وليها؟

رجح صاحب الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي تزويج القاضي من غاب وليها بالنيابة و قال أنها أقوى من تصرف الوكيل³، و إن كان الوكيل له نفس قوة موكله فما بالك إذن بالقاضي في هذه الحالة، إذن فهو يملك الجبر على الصغير البكر دون الثيب.

¹ - النووي، المجموع، 177/16.

² - الشافعي، الأم، 5/20، 19، النووي، روضة الطالبين، 315/6.

³ - الهيثمي أحمد بن محمد بن محمد بن علي ابن حجر المكي، تحقيق عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي، ضبطه وصححه: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.

الأصل عند الشافعية أن ولي البكر الصغيرة و المجنونة المجبر هو الأب و الجد¹ و إن قلنا بأن القاضي يقوم مقام الولي في حالتي العضل و الغيبة فيكون كالوكيل ، فيمكن القول أنه يجبر مولية الأب و الجد دون غيرهما.

رابعاً: مذهب الحنابلة.

أ- بالنسبة للوكيل:

جاء في كتب الحنابلة أن وكيل كل واحد من هؤلاء- بمعنى الأولياء- يقوم مقامه². و أنه لا بد من إذن غير مجبرة لوكيل وليها لأنه نائب عن غير مجبر فيثبت له ما يثبت لمن ينوب عنه فلا يكفي إذنها لوليها بتزويج أو توكيل فيه أي التزويج بلا مراجعة وكيل أي استئذان لها³ و عليه فلوكيل المجبر الإجماع دون غيره من الأولياء غير المجبرين ، و الولي المجبر عند الحنابلة هو : الأب في الصغار و المجانين و السفية في من قال بجبره و في البكر كاملة الأهلية. و يلحق باقي الأولياء الأب في جبره للصغار في قول عندهم. و بالتالي لكل وكلاء الأولياء الإجماع على هذا القول.

ب- بالنسبة للوصي:

جاء في كتاب "المغني": " تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإجماع فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل.... ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل."⁴ و على هذا حتى و إن ملك جميع الأولياء الإيصاء فلا يملك إلا وصي الأب الإجماع .

ت- بالنسبة للقاضي:

ذهب فقهاء الحنابلة؛ كما تم بيانه سابقاً؛ إلى القول بانتقال الولاية في العضل و الغيبة إلى الولي الأبعد و ليس للقاضي، فلا ولاية له في هذه الحالتين عندهم أصلاً.

¹ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 169/3، الشافعي، الأم، 11، 17، 18/5، المهشمي، تحفة المحتاج، 286/7.

² المرادوي، الإنصاف، 358/5.

³ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 141/5.

⁴ ابن قدامي، المغني، 352/7.

خامسا: قوة ولاية النائب في القانون الجزائري

كما تم بيانه أنفا الأصل عدم جواز الإيجابار في القانون الجزائري للأب أو غيره ، و إن لم يملك الأصل الإيجابار فمن المنطقي عدم ملك الناب ذلك، سواء كان وكيلاً أو وصياً أو قاضياً خاصة و أن القاضي أصلاً يزوج عند اللجوء إليه ، ففكرة الإيجابار لا تنطبق على الحارات التي تنتقل إليه فيها الولاية النيابية في التزويج.

البند الثالث: مدى لزوم ونفاذ عقد النائب في النكاح.

بعد أن تم بيان أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان، حتى تتضح مفاهيم كل نوع من العقود حسب هذا التقسيم، و بينا من يملك الولاية و خاصة الإيجابار بصفة عامة في النكاح، وبصفة خاصة بالولاية النيابية. يمكن الآن بيان مدى لزوم و نفاذ عقد النكاح بالولاية النيابية.

الفقرة الأولى: مدى لزوم عقد النكاح بالولاية النيابية.

أولاً: مدى لزوم نكاح الصغار.

أ- مذهب الحنفية¹:

للصغار الخيار إذا بلغوا بين الفسخ والإقرار. إلا إذا كان وليهم الأب أو الجد فلا خيار لهم حينئذ. وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن. و بالتالي ليس لهم الخيار إذا زوجهم وكيل الأب أو الجد لأن له نفس قوة ولاية موكله، و كذلك القاضي في حالة الغيبة و العضل. و قال أبو يوسف رحمه الله أنّ لسائر الأولياء تزويجهم، ولا خيار لهم إذا بلغوا، أيا كان المزوج. بمعنى أن عقد زواج وكلاء كل الأولياء هو أيضا لازم لهم، و أيضا تزويج القاضي لهم. لكن للصغيرة الخيار لعله في الزوج كالجذام أو البرص مهما كان من زوجها سواء ولايته أصلية او نيابية.

¹ انظر: السرخسي، الميسوط، 215-212/4، ابن الهمام، فتح القدير، 3/ 274، 277-278، الكاساني، بدائع الصنائع، 1/ 51 1، الزيلعي، تبين الحقائق، 2/ 1 2 1 - 1 22، ابن نجيم، البحر الرائق، 3/ 128-126.

ب- مذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة:

ذهب المالكية¹ والحنابلة² و الشافعية³ إلى القول بلزوم النكاح إذا عقده الآباء على أولادهم ووصي الأب يقوم مقامه عند المالكية و الحنابلة، ويلزم كذلك إذن عقد وكيل الأب ووصيه لهم، و يلحق الجد ووكيله بالأب عند الشافعية. ،و يضاف القاضي للتي غاب عنها أبوها عند المالكية و الشافعية. إلا أنه لا يلزم الصغار نكاح أي من هؤلاء إذا زوجوا لمعيب و لهم الخيار بعد البلوغ و للولي الفسخ عند الحنابلة إذا كان لا يعلم عند العقد بالمعيب.

ثانياً: مدى لزوم نكاح المجانين

أ- مذهب الحنفية⁴:

لا خيار للمجانين إذا أفاقوا وقد زوجهم الأب أو الجد في قول أئمة الحنفية الثلاثة رحمهم الله، و إذا زوجهم الابن عند أبو حنيفة و يوسف، وأماً مع غيرهم فلمهم الخيار كما في الصغيرة العاقلة.

ب- مذهب الشافعية⁵:

يزوج غير الأب والجد المجانين البالغين للحاجة المؤلة منزلة الضرورة، كظهور حاجتهم للنكاح، أو توقع شفتائهم به بقول عدلين من الأطباء لا مجرد المصلحة، وغير الأب و الجد هو القاضي في قول و باقي الأولياء في آخر. لأن تزويجهم يقع إجباراً ولا إجبار لغير الأب والجد، وإذا أفاقوا فلا خيار لهم؛ لأن التزويج كالحكم لهم وعليهم. أما الصغار فلا يزوجهم غير الأب و الجد. و على هذا يقع على المجانين الكبار و الصغار لازماً عقد وكيل الأب و الجد عند الشافعية، و كذلك هو الحال في وكلاء باقي الأولياء في قول بشرط الحاجة أو توقع الشفاء. ويلحق وكيل الأب و الجد السلطان إذا عضلت المجنونة المحتاجة للنكاح.

¹ ابن جزير، القوانين الفقهية، ص 133، 223.

² البهوتي، كشاف القناع، 23/3، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 643/2، ابن قدامي، المغني، 379/7.

³ الشافعي، الأم، 20/5، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 149/3، الفوي، روضة الطالبين، 53/7-54.

⁴ الزيلعي، تبيين الحقائق، 123/2، ابن نجيم، البحر الرائق، 129/3.

⁵ النووي، المهذب، 38/2، النووي، تكملة المجموع الثانية، 172/16، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 159/3-160،

169، الهيثمي، تحفة المحتاج، 286/7، الرملي، نهاية المحتاج، 263/6، النووي، روضة الطالبين، 77/7، 95، 96.

ت - مذهبي الحنابلة و المالكية:

صرح الحنابلة¹ بلزوم عقد زواج الأب على أبنائه المجانين، و الأصل عندهم أن يلحقه وصيه، و كذلك وكيلهما. و حتى و إن لم يصرح المالكية بذلك إلا أنهم يتجهون نفس إتجاه الحنابلة .

ثالثا : مدى لزوم نكاح كاملة الأهلية

أ - حالة الغبن في المهر:

يلزم كاملة الأهلية عقد النكاح ولو بغبن في المهر عند المالكية² و الحنابلة³ إذا زوجها أبوها ويلحقه وكيله ووصيه عند الحنابلة مع إكمال المهر إلى المثل. و يفسخ عقد نكاحها فيما يأتي:

- لا يلزم عقد الزواج الذي يبرمه الولي كاملة الأهلية ولها طلب فسخه إذا كان يكون مهر البكر أقل من مهر المثل و يلحقه إذن وكيله و القاضي في حالتي الغيبة و العضل عند الشافعية.⁴

- للولي فسخ نكاحها إذا تزوجت بأقل من مهر المثل عند الحنفية سواء أبرمته هي أو وكيلها.⁵

- إذا زوج البكر وصي الأب بأقل من مهر المثل عند المالكية⁶، ويلحقه وكيله و القاضي في العضل و الغيبة بالقياس.

ب - حالة عدم الكفاءة و التزويج بمن تتضرر به:

يمكن فسخ عقد كاملة الأهلية لعدم لزومه في الحالات الآتية:

- يفسخه وليها لتزويج نفسها بنفسها أو بوكيلها أو بأحد أوليائها من غير كفاء و لو

¹ البهوتي، كشاف القناع، 23/3.

² الدردير ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، 222/2.

³ البهوتي، كشاف القناع، 23، 71/3، ابن قدامي، المغني، 391/7.

⁴ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 149/3.

⁵ ابن الهمام، فح القدير ، 408/2.

⁶ الدردير ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، 222/2، ابن جزيء، القوانين الفقهية ، ص222.

- برضاها عند الحنفية¹ و الحنابلة².
- إذا زوجها ولي بغير كفاء لمن يسويه في الدرجة فسخه عند الشافعية و لها أيضا ذلك³.
- و يلحقه إذن وكيله و كذلك القاضي.
- للولي عند المالكية فسخ نكاحها بغير كفاء و إن رضيت، بشرط عدم البناء⁴.
- إذا زوجها وليها بمن تتضرر بمعاشرتة كالأجذم و الأبرص و الشيخ الهرم و الأعمى عند الشافعية⁵ و المالكية⁶ سواء كان ذلك بالولاية الأصلية أم النيابة.

رابعا : مدى لزوم النكاح في القانون

تم التطرق فيما سبق إلى حكم تزويج ناقص الأهلية نفسه، واتضح أن هناك تضارب بين أحكام القانون المدني و أحكام قانون الأسرة، فلا حاجة إلى تكرار ذلك ، و المفيد إذن أن الكلام عن طبيعة النكاح في القانون من حيث لزمه ، تجيب عنه مواد القانون المدني حيث :

تنص المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 على ما يأتي :

« يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات . و يبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد.» و تطبيقا لأحكام هذه المادة فإن كل تصرفات الصبي المميز و هو ناقص الأهلية و منها العقود قابلة للإبطال خلال 5 سنوات من يوم بلوغه سن الرشد .

و تنص المادة 43 من القانون المدني ، المعدلة بالقانون رقم 05-10 على أنه :

«كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » بنص هذه المادة ساوى المشرع

¹ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 383/1.

² البهوتي، كشاف القناع، 38/3.

³ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 164، 165/3.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 249/2.

⁵ الشافعي، الأم، 19/5.

⁶ الدردير ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، 222/2.

الجزائري بين السفية و ذي الغفلة و اعتبرهما ناقصا الأهلية . إذن و بالرجوع إلى المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 ، تعتبر تصرفات ذي الغفلة و السفية تصرفات قابلة للإبطال مثلها مثل تصرفات الصبي المميز¹ .
و عليه فتصرفات كل من القاصر و السفية و ذي الغفلة؛ ومنها عقد النكاح سواء بالنيابة أو بالأصالة ؛ تعتبر غير لازمة لهم قانونا.

الفقرة الثانية: نفاذ عقد زواج الولي بولاية النيابة.

أولا : شرط التزام النائب حدود نيابته لنفاذ عقده

أ- في الفقه الإسلامي:

عند قولنا التزام النائب حدود نيابته فهذا يعني أنه يلتزم بالقيود التي رسمها له المنيب، حيث لا يخرج عن محل النيابة من جهة و يتقيد بأوصافها من جهة أخرى². و إلا يتوقف العقد على إجازة الأصيل. وللتقيد عند الحنفية في الوكالة بالبيع ثلاث صور³ يمكن القياس عليها في الوكالة بالزواج كما يأتي:

أولها: إذا كان القيد ذا فائدة مطلقة للموكل، فليس للوكيل مخالفته، كأن يوكله في تزويجه امرأة معينة، فعلى الوكيل مراعاة القيد.

ثانيها: ليس للقيد أية فائدة أصلا كالتزويج بأكثر من مهر المثل. فيمكن للوكيل مراعاة القيد أو لا.

ثالثها: للقيد فائدة من جهة و ليس له فائدة من جهة أخرى. فإن نهاه عن المخالفة لا يخالف قطعا و إلا فلا. كأن يرم العقد في مكان معين.

و الحقيقة أن الأصل الالتزام بالقيود و مثال ذلك: إذا عين له المرأة أو القبيلة أو وصفا خاصا في المرأة⁴

¹ - محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية ، ص 80 .

² - ينظر : ابن الممام، شرح فتح القدير، 3/313. الحارثي، الحارثي علي مختصر خليل، 3/75/2/3.

³ ابن نجيم، الأشباه و النظائر، ص248، علاء الدين الأفندي محمد بن عابدين، تكملة ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، دط، دت، 7/330.

⁴ - ابن قدامي، المغني، 7/400.

و يأخذ حكم الوكيل بالقياس؛ في عدم مخالفة قيود النيابة كأصل؛ كل من الوصي في التزويج الذي عين له الزوج مثلا أو المهر؛ خاصة و أن القائلين بتزويج الوصي اشترطوا التعيين؛ وكذلك القاضي في حالتي العضل و الغيبة حيث يزوج من سيرفع عنها الظلم بمن رغبت و عينت. و إن خالف النائب قيود الأصل لا ينفذ العقد حتى يجيزه هذا الأخير.

و السؤال الذي يطرح هو إذا خالف الوصي الموصي، إلى من تثبت الإجازة؟ قد تثبت إلى المرأة كاملة الأهلية ، لكن إذا كان الموصى عليه قاصرا؟ فهل تثبت الإجازة إلى القاضي أم يبطل العقد؟ أم يثبت خيار البلوغ؟

ب- في القانون الجزائري:

تنص المادة 575 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه : « **الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة.**» بمعنى أن الأصل عدم مخالفة الوكيل حدود وكالته لكن لم يبين المشرع إن كانت المخالفة توجب عدم النفاذ و التوقف على الإجازة أو البطلان التام.

و بالقياس على المادة 77 من نفس القانون التي توقف العقد على إجازة الأصيل إذا تعاقد النائب مع نفسه ، يمكن القول بجعل العقد الذي خالف فيه الوكيل الحدود المرسومة له متوقفا على إجازة الموكل .

و عكس المشرع الجزائري ذهب غيره من المشرعين العرب إلى بيان تفاصيل حكم مخالفة حدود وكالة و التصريح بجعل تصرف الوكيل موقوفا على إجازة الموكل¹.

ثانيا: وقوع مخالفة النائب لمصلحة

أ- في الفقه الإسلامي:

ينفذ عقد الوكيل على موكله إن خالفه إلى خير، كأن يزوجه بأقل من المهر الذي قدره أو يزوج موكلته بأكثر مما قدرته له من المهر، و كما لو وكله في نكاح امرأة على أن يكون أمرها بيدها ولم يشترط ذلك الوكيل عند إبرام العقد فجاز النكاح ، ولو كان ذلك فيه مخالفة لما أمر به الموكل، لأنه لا ضرر في هذه المخالفة على الموكل بل هي منفعة، وإن كان الموكل امرأة ولم تشترط

¹ - المادة 944 من القانون العواقي ، ينظر عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة و القانون ، ص 284.

أنه يكون أمرها بيدها لكن الوكيل اشترط، جاز ذلك لأنه لا ضرر فيه عليها بل منفعة لها¹؛ أو كأن يوكله في تزويجه بعمياء فيزوجه بصيرة².

أما فيما يخص الوصي فيشترط لتزويجه الموصى عليها مهر المثل، كأصل؛ و أن يزوج بمن عينه الأب، فإن عين له معيبا؟ هل له المخالفة؟ هناك احتمالان: الأول: أنه لا يجوز له المخالفة و للموصى عليه الخيار، و الثاني: يخالف إلى الأحسن بشرط ترخيص من القاضي.

ب- في القانون الجزائري:

ذكرنا أن الأصل في القانون عدم خروج النائب عن حدود نيابته، لكن حسب الفقرة الثانية من المادة 575 من القانون المدني للوكيل تجاوز هذه الحدود بعد إخطاره للموكل أو إذا غلب الظن على موافقة هذا الأخير لهذه المخالفة أو هذا التعدي للحدود مع اشتراط إخطاره بذلك في أقرب وقت. و هذا ما يتوافق مع ما جاء في الفقه الإسلامي فهذا على سبيل المخالفة لمصلحة، و في هذه الحالة ينفذ العقد عكس ما إذا كانت المخالفة في غير مصلحة، و يقاس على ذلك مخالفة الوصي لما جاء في الإيصاء لمصلحة.

ثالثا: قيود النائب في النيابة المطلقة

إذا وكل شخص غيره وأطلق وكالته فإن الإمام أبو حنيفة يأخذ بإطلاق لفظ الوكالة، دون تقييده بالعرف أو مصلحة الموكل، فإن أمره أن يزوجه امرأة فزوجه عمياء أو مجنونة جاز³. أما الصحابان من الحنفية⁴، والمالكية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷ والزيدية⁸، فذهبوا إلى أن الوكالة المطلقة لا تسري على إطلاقها وإنما هي مقيدة بالعرف ومصلحة الموكل، فرغم إطلاقها توجب على الوكيل عمل واختيار الأحظ لموكله، عند تزويجه، ومعيار ذلك الكفاءة، وهي مطلوبة في

¹- السرخسي، المسبوط، 124/19.

²- ابن الهمام، شرح فتح القدير، 313/3.

³- الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 303/1 • السرخسي، المسبوط، 118/19.

⁴- ينظر: • السرخسي، المسبوط، 117/19، 119 • الزيلعي، تبين الحقائق، 2/135.

⁵- ابن رشد، بداية المجتهد، 2/347.

⁶- الرملي، نهاية المحتاج، 6/244، 245، 26/5، 27.

⁷- ينظر: • البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2/190، • ابن تيمية، بلغة الساغ، ص237.

⁸- ابن المرتضى، البحر الزخار، 6/54، 55.

الرجال بالنسبة للنساء أكثر، إلا أنها مستحسنة للرجال في النساء أيضا¹. فإن زوج موكله عمياء لم ينفذ العقد وهذا هو الأرجح.

أما عن الوصي فهو لا يملك التزويج إلا إذا عين له الموصي أو أمره بالإجبار، و في أمره بالإجبار إيضاء مطلق، و على الأرجح أنه يأخذ حكم الوكيل في التقيد بالعرف و المصلحة.

رابعاً: إبرام النائب العقد مع نفسه

أ- مذهب الحنفية و الحنابلة :

لا يجوز للولي بالوكالة تزويج من وكله من نفسه لوجود التهمة عند الحنفية²، و لا يجوز تزويج الولي موليته من نفسه عند الحنابلة لنفس السبب³، و بالقياس لا يجوز ذلك للوكيل والوصي و القاضي.

ب- مذهب المالكية:

جاء في " مواهب الجليل " : "ولابن عم ونحوه إن عين تزويجها من نفسه بتزوجتك بكذا وترضى وتولى الطرفين. ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد يعني أن الولي إذا كان ابن عم أو وصيا أو كافلا أو مولى أعلا فأراد تزويج وليته من نفسه له ذلك ويتولى طرفي العقد فيعقد عليها لنفسه ولها على نفسه قال في المدونة وليشهد على ذلك غيرهما وللحمي عن المغيرة لا يعقد ولا بد أن يوكل غيره فيزوجها منه والمشهور الأول." ⁴

و جاء في المدونة: "أرأيت لو أن وليا قالت له وليته زوجني فقد وكلتك أن تزوجني ممن أحببت فزوجها من نفسه أيجوز ذلك في قول مالك (قال) قال مالك لا يزوجه من نفسه ولا من غيره حتى يسمى لها من يريد أن يزوجه وان زوجها أحدا قبل أن يسميه لها فأنكرت ذلك كان ذلك لها وان لم يكن بين لها أنه يزوجه من نفسه ولا من غيره إلا أنها قالت له زوجني ممن أحببت ولم يذكر لها نفسه فزوجها من نفسه أو من غيره فلا يجوز ذلك وهذا قول

¹ ينظر : ● المرغاني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، 221/1 ● البابرتي أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مع شرح فتح القدير، 3/ 313، 314 ● وينظر: الشيراملسي، حاشية الشيراملسي، 244، 243/16.

² ابن الهمام، شرح فتح القدير، 97/7.

³ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 5/ 646.

⁴ الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، 5/73.

مالك إذا لم تجز ما صنع (قال سحنون) وقد قال بن القاسم انه إذا زوجها من غيره و لم يسمه لها فهو جائز (قلت) فإن زوجها من نفسه فيبلغها فرضيت بذلك (قال) أرى ذلك جائزا لأنها قد وكلته بتزويجها.¹

يبدوا أن هناك قولان في هذه المسألة ، والأصح عند المذهب أنه توجب على الولي سواء بالأصالة أو بالنيابة أن يسمي الزوج للمرأة حتى و إن كان سيزوجها من نفسه، و الرأي الثاني أنه لا يشترط أن يعلمها . وعليه فالأصح أن يعلم الوصي أو الوكيل المرأة أنه سيزوجها بنفسه، فإن أعلمها و وافقت صح، و إن لم يعلمها فلا ، و في قول جاز.

أما عن وكيل الرجل فجاء في كتاب "الخرشي" ما يأتي: "الرجل إذا وكل رجلا يزوجه ممن أحب فوجه من غير أن يستأذنه أو امرأة تتزوجه فروجته من نفسها وعقد ذلك وليها فإن النكاح يلزمه على أحد القولين ؛ لأن الرجل إذا كره النكاح قدر على حله ؛ لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة".²

ت - مذهب الشافعية:

لو أراد القاضي عند الشافعية نكاح من لا ولي لها لنفسه أو لمحجوره زوجه من فوقه³، و قياسا عليه يزوجه غيره إذا كان هو رافع ظلم العضل و الغيبة عنها، أراد التزوج بها أو أن يزوجه ابنه مثلا.

و إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها، كابن العم، والمعتق، والقاضي، وأراد نكاحها، لم يجز توليه الطرفين، ولكن يزوج ابن العم من في درجته، فإن لم يكن، فالقاضي⁴. ويلحق بهم الوكيل إذن و الوصي فهم ممن يجوز لهم نكاحها، و بالتالي ليس لهما تزويج من في ولايتهم بأنفسهم و إن حصل فلا ينفذ، و هناك وجه يقول بصحة ذلك للقاضي و غيره من الأولياء.

ث - في القانون الجزائري:

كما ذكرنا سابقا لم يجز المشرع الجزائري تعاقد النائب مع نفسه كأصل، حيث نصت المادة 77 من القانون المدني على ما يأتي: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل

¹-مالك، المدونة، 4/172.

²-الخرشي، شرح الخرشي، م3/2/190.

³-النووي، روضة الطالبين، 3/417.

⁴-المصدر نفسه، 3/416، 417.

على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون ."

وعلى هذا إذا تزوج كل من الوكيل و الوصي الموصى عليها أو ابنة الموكل القاصر بلا ترخيص من الولي ، أو إذا الوكيل زوج موكلته من نفسه أو الوكيلة زوجت الموكل من نفسها بدون ترخيص من الأصيل . توقف العقد على إجازة الأصيل إن شاء و إلا بطل .

خامسا : أنكحة ناقصي الأهلية المتوقفة النفاذ على الإجازة

أ- في الفقه الإسلامي :

1- ذكرنا فيما سبق أن الحنيفة¹ و المالكية² لم يشترطوا البلوغ في الموكل، بل تصح

وكالة الصبي المميز عندهم ، فقد علل الحنيفة ذلك بأن الصبي العاقل له عبارة صحيحة ، إلا أنه لقصر نظره احتاج إلى انضمام رأي وليه إليه ليحصل بذلك تمام النظر له³ . و ذهب فقهاءهم إلى أن وكالة المميز لا تخلو من ثلاث⁴ :

- أن يوكل في أمر ضار له ضررا محضا كتوكيل في هبة و صدقة من ماله ، فإنه لا يجوز منه و بالتالي الأولى عدم جوازه من موكله ، حيث لا يملك التوكيل في ذلك .
- أن يوكل في أمر نافع له نفعا محضا كتوكيل في قبول هبة، فهو جائز كجواز صدوره منه .
- أن يوكل في أمر دائر بين النفع و الضرر كتوكيل في البيع فإن كان مأذونا بالتجارة جاز له التوكيل فيه ، و إلا فهو ينعقد موقوفا على إجازة وليه .

وباعتبار الزواج من الأمور الدائرة بين النفع و الضرر فتزويج وكيله له موقوف على إجازة وليه .

¹ - السرخسي،المبسوط، 45/19 • الكاساني، بدائع الصنائع، 20/6.

² - الدردير، الشرح الكبير، 241/2 • القرافي،الفروق، 101/3.

³ - السرخسي،المبسوط، 21،22/25 • الكاساني، بدائع الصنائع، 233/2 • أحمد البخاري علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي،تحقيق عبد الله محمود محمد عمر،دار الكتب العلمية،بيروت،1997م، 362،363/4.

⁴ - الكاساني،المصدر نفسه، 20/6 • السرخسي،المصدر نفسه ، 21،22/25.

2- يصح عند المالكية تزويج السفية نفسه بغير إذن إذا أجاز الولي العقد فإن لم يجزه فسخ ، ويتعين أن يكون في هذا الفسخ المصلحة¹.
وعليه يصح للسفيه أن يوكل غيره ليبرم عقد زواجه ابتداء، لكنه مقيد بإجازة الولي انتهاء وهو موقوف غير نافذ حتى يجيزه.

ب- في القانون الجزائري:

مع الأخذ بعين الاعتبار ما تم بيانه سابقا حول التضارب الموجود بين كل من مواد القانونين المدني و الأسرة فيما يخص أحكام تصرفات ناقصي الأهلية ، نذكر أنه حسب مواد قانون الأسرة و باعتبار الزواج من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، يعتبر عقد وكالة ناقصي الأهلية الذي محله النكاح متوقف على إجازة الولي، و حتى و إن أبرم النكاح عن طريق النيابة فهو لا ينفذ إلا بإجازة منه، و ذلك طبقا للمواد الآتية :

المادة 83 من قانون الأسرة على ما يأتي :

« من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به ، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ».
المادة 85 من قانون الأسرة على ما يأتي : « تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفية غير نافذة إذا صدرت منه حال الجنون أو العته أو السفه ».

الفرع الثاني: أحكام بعض التصرفات النائب و بيان كيفية

انتهاء الولاية النيابية

سيتم في هذا الفرع وهو آخر فروع هذا البحث بيان بعض التصرفات الخاصة التي قد يقوم بها النائب في عقد النكاح و توضيح أحكامها، و ذلك في بند أول . ثم في بند ثان سنتطرق لإنهاء دراستنا لهذا البحث إلى بيان كيفية انتهاء الولاية النيابية التي كانت هي محور موضوعنا الأساسي.

¹ - الخرشبي ، الخرشبي على مختصر خليل ، م201/3/2 • الدردير أحمد أبو البركات، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، المطبعة الكبرى، مصر، ط3، 1318 هـ، 217/2.

البند الأول: أحكام بعض النصفات النائب الخاصة .

تتمثل هذه التصرفات الخاصة فيما يأتي:

- تصرفات الوكيل و الوصي عند تعددهم في النكاح.
- حكم توكيل الوكيل و الوصي في النكاح.
- حكم إيضاء الوصي و الوكيل في النكاح .
- حكم تزويج الوليين إذا كان أحدهما نائب.

الفقرة الأولى: تصرفات الوكلاء و الأوصياء عند تعددهم في النكاح.

قد يناط تنفيذ الوكالة أو الإيضاء إلى أكثر من شخص و ذلك بالتوكيل أو الإيضاء لشخصين أو ثلاث فما هي أحكام هذا التعدد أو كيف تنفذ النيابة.

أولاً : تعدد الوكلاء .

أ- مذهب الحنفية و المالكية:

قسم الحنفية¹ و المالكية² التوكيل إلى عدة أشخاص إلى حالتين:

- 1- إذا لم يوكل الوكلاء بعقد واحد و إنما وكلوا على التعاقب: بمعنى الواحد تلو الآخر، ففي هذه الحالة لكل منهم تنفيذ الوكالة مستقلاً. فالتوكيل على إنفراد بمثابة الإذن بالتصرف على إنفراد. إلا إذا اشترط الموكل بصريح العبارة اجتماعهم في تنفيذ الوكالة.
- 2- إذا وكل الوكلاء بعقد واحد: ذهب المالكية إلى عدم جواز إنفراد أحدهم بالعقد و بوجوب اجتماعهم فيه، إلا إذا أذن الموكل بالإنفراد. أما الحنفية فيختلف الحكم حسب التصرف الموكل فيه إلى :
 - إذا كان التصرف الذي وكلوا فيه يحتاج إلى الرأي كالعقود التي فيها البدل و منها النكاح، فإنه يشترط اجتماع الوكلاء، و لا يجوز لهم الإنفراد في تنفيذ الوكالة حتى و إن كان البدل مقدرًا، فالتقدير لا يمنع المشورة و الرأي.

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، 173/7، السرخسي، المسوط، 77/19، 125.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي، 392/3.

▪ إذا كان التصرف الموكل فيه لا يحتاج إلى الرأي كالعقود التي لا بدل فيها أو إذا كان من العقود التي لا تصلح أن يجتمعوا فيها كالخصومة، ففي هذه الحالة لا يشترط اجتماعهم في التنفيذ. إلا أن الإمام زفر اشترط اجتماعهم في الخصومة.

ب- مذهب الشافعية¹ و الحنابلة²:

إذا تعدد الوكلاء فهناك حالتان:

1- أن يجعل الموكل لكل منهم الإنفراد بالتصرف فجاز الإنفراد.

2- وإن لم يجعل لهم ذلك فليس لأحد منهم الإنفراد بالعقد.

ثانياً: تعدد الأوصياء.

أ- تعدد الأوصياء و الإيصاء:

ذهب المالكية³ الشافعية⁴ و الحنابلة⁵ إلى القول بأنه لو تعدد الأوصياء فكل منهم يختص بما أوصى به و لا يتعدى ذلك. أما الحنفية فقالوا أن لكل وصي التصرف في ما أوصى به الميت⁶.

ب- تعدد الأوصياء و اشتراكهم في الإيصاء:

▪ ذهب أبو حنيفة و محمد-رحمهما الله- إلى أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف إلا في أشياء معدودة استحساناً، وفي قول أبي يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف؛ لأن الولاية للوصي في التصرف، وكل واحد من الوصيين يتصرف بانفراده كأنه ليس معه غيره، كالأخوين في النكاح⁷.

▪ أما المالكية فقالوا أنه إذا تعدد الأوصياء فليس لأحدهم الإنكاح دون إذن صاحبه. لأن الوصيين وليان جميعاً كالسيدين في الأمة، لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالعقد عليها دون

¹- النووي، المجموع، 113/14.

²- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 77/3.

³- ينظر: ● الدردير، الشرح الكبير، 4/451 ● العدوي، حاشية العدوي على كفاية لطالب، 2/195 ● الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4/530.

⁴- ينظر: ● الهيثمي، تحفة المحتاج، 7/91 ● الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 3/77.

⁵- ينظر: ● ابن قدامي، الشرح الكبير، 6/591 ● البهوتي، كشف القناع، 3/2183.

⁶- ابن نجيم، البحر الرائق، 9/306.

⁷- السرخسي، المبسوط، 28/20.

صاحبه إلا أن يوكله على ذلك، فإن فعل كان العقد فاسدا¹، إلا إذا صرح بالاستقلال وإذا لم يثبت الاستقلال فمات أحدهما استقل الآخر إلا أن يخشى عجزه فيقام معه غيره².

▪ أما الشافعية فقسما حكم ما إذا جمع شخص بين رجلين في الوصية ولم يخص أحدهما بشيء منها دون صاحبه إلى ثلاثة أقسام³ :

- أحدها : أن يوصي إليهما مجتمعين ومنفردين ، فكل واحد منهما وصي كامل النظر فأيهما انفرد بتنفيذ الوصايا والنظر في أمور الأطفال جاز . وإن اجتمعا عليه كان أولى .
- ثانيها : أن يوصي إليهما مجتمعين على ألا ينفرد أحدهما بالنظر دون صاحبه ، فعليهما الاجتماع في إنفاذ الوصايا والنظر في أموال الأطفال . فإن انفرد أحدهما بشيء منهما لم يجز ، ولو مات أحدهما منع الباقي منهما من النظر حتى يقيم الحاكم مقام الميت غيره .
- وثالثهم : أن يوصي إليهما ، فلا يأمرهما بالاجتماع ولا يأذن لهما في الانفراد فمذهب الشافعي : أن عليهما أن يجتمعا على الوصية إذا أطلقت وليس لواحد منهما التفرد بما كما لو أمرهما بالاجتماع عليهما .
- و ذهب الحنابلة إلى القول أنه متى أوصى إليهما مطلقا لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا⁴.

ثالثا : تعدد النواب في القانون

لم يذكر المشرع الجزائري تعدد الأوصياء لا في القانون المدني و لا في قانون الأسرة ، لكنه تكلم في الفقرة الثانية من المادة 579 من القانون المدني عن تعدد الوكلاء و عليه يمكن القياس، حيث نصت على أنه : «إذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في إنفرادهم في العمل كلن عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج إلى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه» فهل يعتبر النكاح مما لا يحتاج فيه إلى الرأي؟

¹- القراني، الذخيرة، 170/7 • الخطاب، مواهب الجليل، 62/5.

²- القراني، المصدر نفسه.

³- الماوردي ، الحاوي الكبير، 337/8.

⁴- ابن قدامي، المغني، 607/6.

أن هذا التقسيم للتصرفات ذهب إليه فقهاء الحنفية و المالكية - كما تم بيانه آنفا- واعتبروا التصرفات ذات البدل من التصرفات التي تحتاج إلى الرأي و منها عقد الزواج. فإن وفقنا بين هذه المادة و المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي فنجد هذا الرأي ، يمكن القول أنه عند تعدد الوكلاء و الأوصياء في النكاح فهم لا ينفردوا بتنفيذ العقد إذا لم يرخص لهم ذلك.

الفقرة الثانية: إنبابة الوصي و الوكيل غيرهما بالوكالة و الإيضاء.

و على هذا تتضمن هذه الفقرة ما يأتي: توكيل الوكيل، إيضاء الوكيل، توكيل الوصي و إيضاءه.

أولاً: توكيل الوكيل

أ- أقوال الفقهاء في جواز توكيل الوكيل

عند قبول الوكيل الوكالة فهو ملزم بتنفيذها، لكن هل يشترط أن ينفذها بنفسه أو يستطيع أن يوكل غيره فيها؟

- الأصل عند جمهور الفقهاء من مالكية¹ و شافعية² و حنابلة³ أنه لا يجوز للموكل التوكيل بدون إذن موكله. باستثناء أمرين:
- أولهما: أن يكون الوكيل ممن لا يليق به تولى ما وكل عليه بنفسه، و ثانيهما : أن يكون التصرف الموكل فيه كثير الجوانب ، فيعجز الوكيل على القيام بها لوحده. و الحقيقة أن الزواج لا يدخل تحت إطار هذه التصرفات. فلا يجوز قطعاً توكيل الوكيل بالزواج.
- أما الحنفية⁴ فيوافقون باقي المذاهب في اشتراط الإذن ، إلا أن ما استثنوه من حالات يختلف عما قاله باقي المذاهب، ولا يدخل تحت طائلتها التوكيل بالتزويج.

¹ - القراني، الذخيرة، 12/8، •الدسوقي، حاشية الدسوقي، 388، 389/3.

² - النووي، روضة الطالبين، 544/3.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، 519/6، •المرداوي، الإنصاف، 344/5.

⁴ - ابن نجيم ، البحر الرائق ، 242/7.

◀ و لما أجاز الحنفية¹ و المالكية² التفويض في الوكالة أو بمعنى آخر التوكيل العام، استثنوا بعد الأمور و لم يدرجوا التوكيل فيها، لذلك يمكن القول أنه يجوز عندهم التوكيل الوكيل المفوض. و نص في كتاب "البيان و التحصيل" للمالكية: "وأما الوكيل المفوض إليه في جميع الأشياء فلا أحفظ في هل له أن يوكل أم لا قولاً منصوصاً عند العلماء المتقدمين ، وقد كان الشيوخ المتأخرون يختلفون في ذلك ، والأظهر أن له أن يوكل ، لأن الموكل قد أنزله منزلته وجعله بمثابة"³.

ب- ما يترتب على توكيل الوكيل دون إذن الموكل:

- ذهب أبو حنيفة و صاحبه إلى القول بأن الوكيل الثاني إذا نفذ الوكالة بحضور الوكيل الأول جاز تصرفه، أما إن لم يحضر فالمعتمد أنه لا بد في العقود من إجازة الوكيل الأول لتصرف الثاني. ولا يجوز تنفيذ الوكالة من طرف الوكيل الثاني عند زفر مطلقاً⁴.
- وقال المالكية أنه لم يجز للوكيل أن يوكل بلا إذن موكله، لهذا فللموكل الخيار في إمضاء فعل وكيل وكيله ورده⁵.
- أما باقي المذاهب فلم يصرحوا برأيهم في هذه النقطة ، إلا أنه يمكن القول أن تصرف الوكيل الثاني هو بمثابة تصرف الفضولي، وهناك من جعله يتوقف على إجازة الموكل ، و آخرون لم يجيزوه مطلقاً.

ت- الوكيل الثاني و كيل من؟

- بالنسبة للحنفية و المالكية :
- جاء في كتاب "المبسوط" أنه: " لو وكل رجل وكيلاً بشيء من التصرفات، وقال: " ما صنعت فيه من شيء فهو جائز". فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز، لأنه إخبار منه على العموم والتوكيل من صنعه، قال وان مات الوكيل أو جن أو ارتد ولحق بدار الحرب فالوكيل الثاني على وكالته لان الوكيل الثاني وكيل الأمر لا وكيل الوكيل، فان فعل الوكيل

¹- ينظر: ● الشيخ النظام، الفتاوى الهندية، 565/3 ● الحصكفي، شرح الدر المختار، 181/2. ● قاضيخان، الفتاوى الخانية، بمامش الفتاوى الهندية، 2/3 ◀ وينظر أيضاً: ● ابن نجيم، البحر الرائق، 236/7.

²- الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 92، 191/5.

³- القرطبي، 194/8.

⁴- السرخسي، المبسوط، 32/19.

⁵- محمد عليش ، منح الجليل ، دار الفكر، بيروت، 1989، 392/6.

الأول في توكيله كفعل الموكل بنفسه، فصار هو بعبارة الوكيل الأول وكيلا للموكل، ورأى الموكل باق فلهذا بقى على وكالته.¹ والمستفاد من هذا هو أن الوكيل عند الحنفية حيث جاز له توكيل غيره بالإذن أو التفويض فالوكيل الثاني هو وكيل للموكل لا للوكيل الأول.

- وهذا ما ذهب إليه المالكية أيضا ، حيث قالوا بأن الوكيل الأول إذا وكل غيره لأنه مأذون بذلك أو مفوض أو لعدم اللياقة أو الكثرة فوكيله وكيل عن الموكل الأول فلا ينزل الوكيل الثاني بعزل الموكل لو كيله الأول وكأنه وكل وكيلا بعد وكيل².

▪ بالنسبة للشافعية³ و الحنابلة⁴:

قسم الشافعية و الحنابلة إذن الموكل للوكيل بالتوكيل إلى ثلاث صور :

الصورة الأولى : إن قال الموكل : " أقم غيرك مقام نفسك " فهو وكيل الوكيل الأول.

الصورة الثانية: أن يقول: " وكل عني "، فالثاني وكيل الموكل، وله عزل أيهما شاء، وليس لأحدهما عزل الآخر، ولا ينزل أحدهما بانعزال الآخر عند كل من الشافعية و الحنابلة .

الصورة الثالثة: إذا قال: " وكلتك في كذا، وأذنت لك أن توكل فيه، ولم يقل: عنك، ولا عني "، فوجهان عند الشافعية أصحهما: أن حكمها كالصورة الثانية وهو إذن وكيل للموكل. وهو ما ذهب إليه الحنابلة.

ثانيا: إيصاء الوكيل .

ذكر في كتب الحنفية أنه لو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجهها وقالت: " ما صنعت من أوري في شيء فهو جائز " وصى الوكيل بوكالتها إلى رجل حين حضره الموت، فزوجهها الوكيل الثاني بعد موت الأول كان جائزا . لأنها فوضت الأمر إلى رأيه على العموم وهذا من جملة رأيه، فهو بمنزلة

¹ السرخسي، المسوط، 159/19.

² محمد عlish ، منح الجليل، 392/6.

³ النووي، روضة الطالبين، 545/3.

⁴ البهوتي، كشف القناع، 544/3.

التوكيل في حياته والبيع والشراء في هذا قياس النكاح¹. أما المالكية² و الحنابلة³ فلا يجوز عندهم للوكيل أن يوصي لغيره فيما وكل فيه.

ثالثاً: إيصاء الوصي

أ- مذهب الحنفية : يملك عندهم الوصي الإيصاء إلى غيره ، ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضى الموصي بذلك دلالة لعجزه بخلاف الإمام والموكل⁴.

ب- مذهب المالكية : ذهب المالكية إلى القول بجواز إيصاء الوصي، إنما اختلفوا في الأوصياء المشترك بينهم في الإيصاء حيث جاء في كتاب "البيان و التحصيل" ما يأتي: "وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته وعند موته هو نص قول مالك وجميع أصحابه لا اختلاف بينهم فيه . وإنما اختلفوا في الوصيين أو الأوصياء المشترك بينهم في الإيصاء ، هل لأحدهم أن يوصي بما إليه من الوصية أم لا على ثلاثة أقوال ، أحدها ، أن له أن يوصي إلى من معه في الوصية وإلى من ليس معه في الوصية . وقد أتت بذلك الرواية عن مالك ، وهو ظاهر قوله في المدونة لأنه أطلق القول بأن له أن يوصي ولم يخص موضعاً من موضع ولا حالاً من حال ، وهو ظاهر قول عيسى هذا وقول يحيى بن سعيد في الوصايا الأول من المدونة ، والثاني ، أنه ليس له أن يوصي إلى من معه في الوصية ولا إلى من ليس معه في الوصية ، وهو ظاهر قول سحنون في رسم المكاتب من سماع يحيى بعد هذا . ووجه القول أن الوصيين لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بفعل شيء من الأشياء دون صاحبه ؛ والقول الثالث ، أنه ليس له أن يوصي إلا إلى شريكه في الإيصاء ، وهو الذي كان الشيوخ يتأولونه على سحنون في قوله في المدونة . ووجه ذلك أنه إذا أوصى لشريكه في النظر فقد شاركه في فعله ، وهذا أضعف الأقوال . وأصحها وأولها بالصواب قول مالك وقول يحيى بن سعيد في إجازة ذلك إجازة مطلقة"⁵.

¹ السرخسي، المبسوط، 124/19

² ابن رشد القرطبي، البيان و التحصيل، 211/8، القراني، الذخيرة ، 167/7.

³ البهوتي، كشف القناع، 544/3، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 298/2.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق ، 10/7.

⁵ القراني، 194، 195/8.

ت - مذهب الحنابلة : إن نهي الموصي الوصي عن الإيضاء لم يكن له أن يوصى، أما إذا أذن له فيما وصاه به فثلاث أقوال : له الإيضاء على الصحيح من المذهب. وقيل ليس له ذلك ، وقيل إن أذن له في الوصية إلى شخص معين جاز وإلا فلا¹. وإذا قال الموصي لوصيه : " أوص إلى من يكون وصيا لي " فيكون من أوصى إليه الوصي وصي للموصي الأول².

ث - مذهب الشافعية: رغم أنه لا يجوز عندهم الإيضاء بالتوزيع ، إلا أنه يمكن في هذا المقام ذكر رأيهم في إيضاء الوصي. و قد قالوا بعدم جواز وصية الوصي إلى غيره بغير إذن من الموصى عند الشافعية فانه لا يصح ذلك منه قولاً واحداً. أما إذا قال: أوصيت إليك ومن بعدك إلى فلان، فان ذلك جائز. كما يجوز عندهم جاز أن يوصى إلى من يخلفه بالتعيين ك: " أوصيت إلى فلان فإذا مات فألى فلان " أو بالوصف كقول: " فألى ذوى الرأي من قومها، وتجرى هذه الوصية مجرى المعلق على شرط كالوصية إلى أجل معين أو موصوف على ما مضى في الفصل قبله.

أما إذا أوصى إليه ثم أذن له أن يوصى إلى من يرى أو إلى من يشاء، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصى فقد قال الشافعي رحمه الله أن ليس وصى الوصي وصيا للميت الأول، لأن الميت الأول لم يرض الموصى الآخر. ولو قال: أوصيت إلى فلان فان حدث به حدث فقد أوصيت إلى من وصى إليه لم يجز ذلك لأنه إنما أوصى بمال غيره³.

رابعاً: توكيل الوصي.

يملك الوصي التوكيل في حياته والعزل لرضى الموصي بذلك دلالة لعجزه بخلاف الإمام والموكل عند الحنفية⁴ كما يملك ذلك عند الشافعية⁵. و قال المالكية أن للوصي أن يوصي بما أوصى إليه في حياته وعند وفاته ، عكس الوكيل⁶ و ذلك لأن الوصي في الإيضاء فوض إليه

¹ المرادوي، الأنصاف، 294/7.

² البهوتي، كشف القناع، 544/3.

³ النووي، المجموع، 517/15، 518.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق ، 10/7.

⁵ النووي ، المجموع ، 517، 518/15.

⁶ ابن رشد القرطبي، البيان و التحصيل، 211/8.

مطلقاً و الفرق أن في الوكالة الموكل حي يمكنه نيابة الغير بحسن نظره فلا ينفذ نظر غيره . أما في الإيضاء فالموصي ميت عديم النظر فلو لم يثبت نظر الوصي من قبله لضاعت المصالح، وله أن يقدم في مصالحه عموماً، فتكون له النيابة كالإمام بل هاهنا أولى لأنه موصى من جهة الموصي¹ . وللحنابلة في هذه المسألة قولان : أحدهما يفيد المنع و الآخر يفيد الجواز لاعتبار أمانة الوصي و عدالته و هو الراجح في المذهب² .

خامساً : إنبابة النائب غيره في القانون

الأصل في القانون حسب المادة 580 من القانون المدني، أن الوكيل لا يملك إنبابة غيره إلا بترخيص فإن وجد فهو غير مسؤول عن خطئه إلا إذا أخطأ هو في تعليماته له. و إن لم يرخص له فيشترك النائبان في المسؤولية. هذا في العقود المدنية و التجارية ، أما في عقد النكاح فكيف يشتركان في المسؤولية أو الخطأ؟ قد يعوضانه إذا غبن في المهر ، أما إذا كان الخطأ في الشخص فكيف يكون ذلك؟ الأفضل هو القول بتوقف العقد على إنبابة الوكيل لأن توكيله الوكيل غيره بدون ترخيص هو بمثابة خروج عن حدود الوكالة، وكذلك هو الحال بالنسبة إيضاء الوكيل أما توكيل الوصي و إيضاءه فيتوقفان على إنبابة القاضي . و الحقيقة أن النكاح من العقود الحساسة و من الأحسن أن يشترط ترخيص للوكيل بالتوكيل أو الإيضاء و إلا بطلت وكالته أو إيضاءه، وكما قلنا سابقاً من الأحسن تعيين الزوج و المهر. و توجب إذن بيان تفاصيل هذه المسألة من جواز توكيل الوكيل و الوصي و إيضاءهما في النكاح، فغياب مواد تحكمها يخلق ثغرة من المستحيل أن تسدها أحكام المادة 222 من قانون الأسرة ، لأن آراء الفقهاء متشعبة في هذه المسألة كما تم بيانه آنفاً.

الفقرة الثالثة: تزويج الولين بالنيابة.

الولين بالنيابة هما الوكيلين أو الوصيين، و سنين في هذه الفقرة حكم تزويج الولين بالنيابة في حالة ما إذا كان لهما حق التزويج على إنفراد و استعمل كل منهما سلطته في ذلك ولا تخرج مسألة تزويج الولين؛ كأصل؛ عن ثلاث حالات يسقط عليها تزويج الولين بالنيابة: الأولى: أن يعلم السابق منهما.

¹ القرائي، الذخيرة ، 167/7 .

² البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، 362/5 .

الثانية: أن يقع العقدان معاً ويعلما.

الثالثة: أن يجهل السابق منهما.

أولاً: بيان الحالة الأولى

الحالة الأولى هي إذا سبق أحد النكاحين الآخر وعلم فلا يخلو الأمر من حالين: أولهما: أن يعلم ذلك قبل دخول الثاني، فنكاح الأول هو الصحيح، ونكاح الثاني باطل اتفاهاً.

وثانيهما: أن يعلم ذلك بعد دخول الثاني ففي ذلك قولان مشهوران:

أ- أن نكاح الأول هو الصحيح، ونكاح الثاني باطل، لا فرق بين ما قبل الدخول وما بعده. وهذا مذهب الجمهور¹. و أدلتهم في ذلك:

• قوله ﷺ: "أيا امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما، ومن باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما"².

• ما روي عن عليّ - رضي الله عنه - أنه قال: "إن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنّها ذات زوج فرق بينهما بغير طلاق، ولها عليه مهر مثلها"³. لأثر أن امرأة زوجها أولياؤها بالجزيرة من عبيد الله بن الحر، وزوجها أهلها بعد ذلك بالكوفة، فرفعوا ذلك إلى عليّ رضي الله ففرق بينها وبين زوجها الآخر، وردّها إلى زوجها الأول، وجعل لها صداقها بما أصاب من فرجها، وأمر زوجها الأول أن لا يقربها حتى تنقضي عدتها⁴.

• لأنّ نكاح الأول خلا من مبطل، والثاني تزوج امرأة في عصمة غيره، فكان نكاحه باطلاً، كما لو علم أن لها زوجاً⁵.

¹ انظر ◀ للحنفية: • السرخسي، المسوط، 226/4 ◀ المالكية: • القرافي، الذخيرة، 253/4 ◀ للشافعية: • النووي، المجموع، 191/16 ◀ للحنابلة: • ابن قدامي، المغني، 404/7.

² - أبوداود: سنن أبوداود، كتاب النكاح، باب إذا أنكح الوليان، 1/635، حديث رقم: 2088. • الترمذي: سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب: ما جاء في الوليين يوجان. 2/288، حديث رقم: 1116 • النسائي: سنن النسائي، لإجل بيع السلعة فيستحقها مستحق، كتاب البيوع، 7/314، حديث رقم: 4682.

³ ذكره في المبدع 7/42، وأشار إليه صاحب المغني 7/404.

⁴ البيهقي، سنن البيهقي، كتاب نكاح، باب إنكاح الوليين، 7/141، حديث رقم: 13587.

⁵ ابن قدامي، المغني، 7/404.

- لأنّ نكاح الثاني باطل لو خلا من الدخول اتفاقاً، فكان باطلاً وإن دخل بها كنكاح المعتدة، وكما لو علم¹.
- ب- أنّ الثاني يصير بالدخول أولى بها من الأول. وهذا مذهب الإمام مالك وابن القاسم². وأمّا دليل هذا القول هو ما روي عن مالك ومن معه من أنّها للأول ما لم يدخل بها الثاني، فهو:
- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال: "إذا أنكح الوليان فالأول أحقّ ما لم يدخل الثاني"³.
- ولأنّ الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحقّ⁴.

ثانياً: بيان الحالتين الثانية والثالثة

- أ- الحالة الثانية: وهي أن يُعلم وقوع النكاحين معاً بدون سبق لأحدهما فهما باطلان اتفاقاً؛ لأنّ الجمع ممتنع، وليس أحدهما أولى به من الآخر⁵.
- ب- الحالة الثالثة: وهي أن لا يعلم السابق من النكاحين و في هذه الصورة خلاف بين الفقهاء، هذا بيانه:
- القول الأول: فسخ النكاحين، فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما، أو علم أن أحدهما وقع قبل الآخر لا بعينه، أو علم بعينه ثم جهل، كأن يشته بالآخر أو ينسى، فالحكم في جميعها واحد وهو فسخ النكاحين جميعاً، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة⁶.
- القول الثاني: أن يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة أمر صاحبه بالطلاق، ثم يجدد القارع نكاحه بإذن المرأة، فإن كانت زوجته بالعقد الأول لم يضره تجديد النكاح شيئاً،

¹- ابن قدامي، المغني، 404/7.

²- الخطاب، مواهب الجليل، 77/5.

³- ابن قدامي، المغني، 404/7.

⁴- المصدر نفسه.

⁵- للحنفية: • السرخسي، المبسوط، 226/4 ◀ المالكية: • القراني، الذخيرة، 253/4 ◀ للشافعية: • النووي، المجموع،

191/16 ◀ للحنابلة: • ابن قدامي، المصدر نفسه.

⁶- ابن قدامي، المصدر نفسه • ابن رشد، بداية المجتهد، 12/2.

وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة من خرجت له القرعة بعقده الجديد، وهذا القول رواية ثانية عن الإمام أحمد رحمه الله¹.
▪ القول الثالث: تخيير المرأة بينهما، فأيهما اختارته فهو زوجها².

ثالثاً : تطبيق الحالتين على الأولياء بالنيابة

بما أن الوكيلان أو الوصيان في نفس الدرجة فهما يأخذان نفس أحكام الحالات السابقة الذكر، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة اشتراط اجتماعهما في تنفيذ الوكالة أو الإيصاء.
أما إذا زوج الولي الأصيل وهو الموكل و الولي النائب و هو الوكيل ، فالصحيح هو الأول قبل الدخول. أما إن زوج الوكيل ثانياً و تم الدخول ، فيطرح تساؤل : هل يعتبر تزويج الأصيل موليته عزل للوكيل ؟ و بالتالي لا يملك الوكيل الولاية أصلاً عند إبرامه العقد؟
إن أخذنا باشتراط علم الوكيل بالعزل ، تكون ولايته النيابة قائمة و تطبق الحالات الثلاث المذكورة آنفاً . و إن نأخذ باشتراطه، فولاية الوكيل منعدمة. و بالتالي فقد زوجها وهو لا يملك الولاية عليها، فالأحرى إذن أن يعتبر عقده باطلاً سواء قبل أو بعد الدخول.
أما فيما يخص تزويج القاضي و الولي الغائب في نفس الوقت، فقد جاء كتاب "الأشباه و النظائر" ما يأتي : " ولو زوج الإمام لغيبة الولي، وزوجها الولي الغائب بآخر في وقت واحد، وثبت ذلك بالبينة قدم الولي. إن قلنا: إن تزويجه بطريق النيابة عن الغائب. وإن قلنا: إنه بطريق الولاية، فهل يبطل؟ كما لو زوج الوليان معاً، أو تقدم ولاية الحاكم لقوة ولايته وعمومها كما لو قال الولي: كنت زوجتها في الغيبة، فإن نكاح الحاكم يقدم، كما صرحوا به. تردد فيه صاحب الكفاية، والأصح: أن تزويجه بالنيابة. بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد، فعلى هذا يقدم نكاح الولي.³ و على هذا القول فإن فالأخذ بتزويج القاضي لها بالنيابة يوجب صحة عقد الولي في الحالة الثانية . تطبق نفس الشروط و الأقوال في الحالتين الأولى و الثالثة.

¹ ابن قدامي، المغني، 406/7.

² وهم بعض التابعين ينظر: المصدر نفسه.

³ - السيوطي، 154/1.

البند الثاني: انتهاء الولاية النيابة

بعد دراسة الولاية النيابة في إبرام عقد النكاح ، ببيان أنواعها و خصائصها و من يملك الإنابة و إلى من تجوز الإنابة ، نختتم هذا البحث ببيان أهم أسباب انتهاء الولاية النيابة وهذا بيانها فيما يأتي:

الفقرة الأولى: انتهاء الولاية النيابة بتنفيذها أو بانتهاء مدتها .

أولا : بتنفيذ النيابة

عادة ما يكون محل النيابة القيام بتصرف معين ، و في هذا الموضوع هي القيام بتزويج المنيب من في ولايته ، و بتنفيذ النائب هذه النيابة بإبرام عقد النكاح تنتهي النيابة سواء كانت بالوكالة أو بالنيابة أو بالسلطة العامة للقاضي عند تزويج المعضولة و الغائب عنها وليها. وكذلك هو الحال إذا أجرى المنيب أو الأب العاضل أو الغائب التصرف الذي أناب غيره فيه و هو التزويج، فبذلك لم يبق للنيابة محل¹.

ثانيا : بانتهاء توقيت النيابة

تم في الفصل التمهيدي بيان أن الوكالة تقبل التأقيت ، وبموجبه يتصرف الوكيل خلال الفترة الزمنية التي يحددها الموكل وليس بعدها لأنه بانقضائها تنقضي الوكالة². وهناك قول للحنفية بعدم انتهاء الوكالة بانتهاء المدة المحددة لها ، حيث أن ذكر المدة للتعجيل لا للتوقيت، إلا إذا دل دليل عليه³ ، وبهذا فإن الوكالة لا تنقضي بانقضاء المدة المحددة، فالوكيل إلى عشرة أيام هو وكيل في الأيام العشر وبعدها، وهذه الرواية هي الأصح في كل من الدر المختار⁴.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع ، 39/6

² - ينظر : النوي، المجموع، 118/14 ابن المرتضى، البحر الزخار، 59/6. محمد علبش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، ط، دت، 367/3.

³ - قاضيخان، فتاوى قاضيخان، 5/3.

⁴ - الحصكفي، 188/2.

و عكس الوكالة المؤقتة فالوكالة غير المؤقتة لا تنقضي حتى بعد طول مدة عند جمهور الفقهاء¹، أما المالكية في قول فهي تسقط بالتراخي عن تنفيذها ستة أشهر وهو قول ابن عرفة. وكذلك الحال بالنسبة للإيصاء الذي يقبل التأقيت عند جمهور الفقهاء فهو ينتهي بانتهاء المدة المحددة له، حتى وإن لم يتم تنفيذه².

الفقرة الثانية: انتهاء النيابة بخروج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف.

وأهم الأسباب التي تخرج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف هي الموت أو الجنون السفه.

أولاً: خروج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف بالموت

أ- بالنسبة للوكالة: إن موت الوكيل يؤدي بالضرورة إلى استحالته تنفيذ الوكالة و من ثمة انتهائها حتماً، لانعدام أداة التنفيذ. أما إن توفي الموكل فرأى بالنسبة إلى بلوغ الخبر إلى الوكيل:

1- ينعزل الوكيل بمجرد موت الموكل من حين موته، و لا يتوقف ذلك على علم والكيل، وهو قول الجمهور من الحنفية³ و الشافعية⁴ و إحدى الروايتين للحنابلة⁵ و أحد الوجهين عند المالكية⁶. وهذا ما يوافق ما يقتضيه عقد الزواج فلا يمكن تزويج ميت في حالة ما إذا كان أحد الزوجين هو الموكل، أما إذا كان الولي هو الموكل فبموته تنتقل الولاية إلى غيره و يصير الوكيل فضولياً يفتات على الولي بتزويجه موليته.

¹ ينظر: ● الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، 560/3، ابن قدامي، المغني، 209/5، ● الماوردي، الحاوي الكبير، 183/8.

² ينظر: ◀ للحنفية: ● ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9 ◀ للمالكية: ● الدسوقي، حاشية الدسوقي، 531/4. ◀ ● للشافعية: ● الرملي، نهاية المحتاج، 106/6 ● الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 77/3. ◀ للحنابلة: ● ابن قدامي، المغني، 572/6 ● المرداوي، الإنصاف، 292/7

³ الكاساني، بدائع الصنائع، 38/6.

⁴ الرملي، نهاية المحتاج، 55/5.

⁵ ابن قدامي، المغني، 102/5.

⁶ الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، شرح الخرشي، 86/6/3.

- 2- تصرف الوكيل بعد موت الموكل و قبل علم الوكيل جازئ و صحيح نافذ عند الرأي الآخر للحنابلة¹ و الرواية الأخرى للمالكية² . إلا أن هذا يعتبر بعيدا عن المنطق .
- ب- بالنسبة للإيصاء: الأصل أن الوصي ينفذ الإيصاء بعد وفاة الموصي ، و بموته تنتقل الولاية النيابة إلى الموصي، فلا مجال للقول بانتهاء الإيصاء بموت الموصي، أما عند موت الوصي فهي بالتأكيد تنتهي لأن التصرف لا ينتقل إليه ما دام الموصي لم يموت من جهة و لأنه لا من أداة لتنفيذ الإيصاء بعد موت الموصي .
- ت- بالنسبة للولاية النيابة للقاضي: إذا توفي القاضي تنتهي ولايته النيابة كشخص لكنها تبقى قائمة مع الهيئة أو السلطة القضائية و تنتقل إلى من يعين مكانه في منصبه. و إذا توفي الولي العاضل أو الغائب ، تنتهي النيابة لانتقال الولاية إلى ولي غير عاضل و غير غائب.

ثانيا :خروج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف بالجنون أو السفه

- أ- بالنسبة للوكالة : تنتهي الوكالة بخروج الموكل أو الوكيل عن أهلية التصرف بالجنون عند كل من الحنفية³ و المالكية⁴ و بالسفه أيضا عند الشافعية⁵ و الحنابلة⁶. و اشترط اشترط الحنفية و الحنابلة أن يكون الجنون مطبقا، عكس الشافعية ، بينما ذهب المالكية إلى اشترط طول مدة الجنون.
- ب- تزول وصاية الوصي و ينتهي الإيصاء ، و يقيم القاضي مقامه شخصا أمينا ناظرا إذا خرج الوصي عن أهلية التصرف بجنون عند الحنفية⁷ و بجنون أو سفه عند الشافعية⁸ الشافعية⁸

¹ ابن قدامى ، المغني، 102/5.

² الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، 86/6/3.

³ ابن نجيم ، البحر الرائق، 411/5، 321/7.

⁴ القرافي، الذخيرة، 164/7.

⁵ النووي، روضة الطالبين، 595/3.

⁶ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 189/2، البهوتي، كشاف القناع، 546/3، ابن قدامى، المغني، 243/5.

⁷ ابن نجيم، البحر الرائق، 310، 311/9.

⁸ النووي، المجموع، 511/15.

الحنابلة¹، و يعين القاضي مقامه شخصا آخر.
ت- بالنسبة للولاية النيابة للقاضي: إذا جن القاضي أو سفه تنتهي ولايته النيابة كشخص لكنها تبقى قائمة مع الهيئة أو السلطة القضائية و تنتقل إلى من يعين مكانه في منصبه. و إذا جن الولي العاضل أو الغائب أو سفه، تنتهي النيابة لانتقال الولاية إلى ولي غير عاضل و غير غائب.

الفقرة الثالثة: انتهاء الولاية النيابة بعزل النائب.

العزل في النيابة هو كل قول أو فعل يصدر من الأصيل يفيد إنهاء النيابة و إخراج النائب و إبعاده منها .

أولاً: بالنسبة للوكالة

تنتهي الوكالة بعزل الموكل له ، أو عزل الوكيل نفسه وفي كل منهما نقاط عدة اختلف فيها الفقهاء ، هذا ببيانها:

- أ- اشتراط علم الوكيل بعزل الموكل له:
- 1- ذهب كل من الحنفية² و الظاهرية³ و في أحد القولين عند كل من المالكية⁴ و الشافعية⁵ و الحنابلة⁶ إلى أن علم الوكيل بالعزل شرط لصحته، و عليه يكون كل تصرف صدر عن الوكيل بعد عزل موكله له و قبل علمه به صحيح نافذ. واستدلوا في ذلك إلى أن الأحكام الشرعية لا تسري على العباد حتى يعلموا بها.

¹ ابن قدامى، المغني، 605/6، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 495/2

² الكاساني، بدائع الصنائع، 37/6

³ ابن حزم، المحلى ، 284/8.

⁴ ابن رشد القرطبي، البيان و التحصيل، 214/8.

⁵ الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 232/2.

⁶ ابن قدامى ، المغني، 103/5، 102، المرادوي، الإنصاف، 368/5،

2- ذهب المالكية¹ و الشافعية² و الحنابلة³ في القول الآخر لهم إلى عدم اشتراط علم الوكيل بالعزل لصحته، حيث أن العزل يقع حين صدوره من الموكل، و يقع بذلك كل تصرف قام به الوكيل باطلا.

ب- عزل وكيل الوكيل :

إذا أذن الموكل للوكيل بالتوكيل بأن قال له: "وكل عني"، أو قال: "وكل" و أطلق بأن لم يقل عنك ولا عني، كان الثاني وكيل الموكل لا ينزل بعزل الوكيل له ولا بموته و لا ينزل الوكيل الثاني بعزل الموكل لو كيله الأول وكأنه وكل وكلا بعد وكيل⁴.

ت- عزل الوكيل نفسه:

للوكيل عزل نفسه عند جمهور الفقهاء دون اشتراط علم الموكل بعزل الوكيل نفسه من الوكالة عند كل من الشافعية و الحنابلة. و ذلك لأن الوكيل قد فسخ عقدا غير لازم، لا يحتاج فيه إلى رضا الطرف الآخر و ذهب الحنفية إلى القول أن للوكيل عزل نفسه بشرط علم الموكل⁵.

ثانيا: بالنسبة للإيصاء

اتفق جمهور الفقهاء على أن عقد الإيصاء عقد غير لازم من حيث إنشأؤه⁶، بحيث يمكن للموصي أن يعزل الوصي متى شاء⁷. كما يعزل القاضي الوصي و يقيم مقامه شخصا أميناً أميناً ناظراً فيما أوصى فيه الميت، إذا تغير حاله بفسق أو جنون عند الشافعية⁸ و بكفر أو سفه أو جنون عند الحنابلة⁹، و بجنون أو بخيانة عند الحنفية¹، و يعين القاضي مقامه شخصا شخصا آخر.

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3/396، الخطاب، مواهب الجليل، 5/187.

² الخطيب الشربيني، معني المحتاج، 2/232،

³ ابن قدامي، المغني، 5/103، 102، المرادوي، الإنصاف، 5/368،

⁴ البهوتي، كشاف القناع، 3/544، القراني، الذخيرة، 8/12، ابن نجيم، البحر الرائق، 7/10، النووي، روضة الطالبين، 3/545.

⁵ ابن نجيم، البحر الرائق، 7/318.

⁶ ينظر: ◀ للحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع، 7/378 ◀ للمالكية: اللودير، الشرح الكبير، 4/405 ◀ للشافعية:

• الهيثمي، تحفة المحتاج، 7/94 ◀ للحنابلة: ابن قدامي، الشرح الكبير، 8/51.

⁷ ابن نجيم، البحر الرائق، 9/308، الهيثمي، المصدر نفسه.

⁸ النووي، المجموع، 15/511

⁹ ابن قدامي، المغني، 6/605.

و للوصي أن يرد الوصاية مادام الوصي حيا -هذا على اختلاف بين المذاهب في مدى إمكانية الرد. أما في إمكانية عزل الوصي نفسه بعد موت الموصي ففيه أقوال:

أ- للوصي عزل نفسه بعد موت الموصي مطلقا:

للوصي عند الحنابلة مطلق الحرية في عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز ، في حياة الموصي وبعد موته ، بحضوره وفي غيبته لأنه متصرف بإذن ².

ب- يقيد حق الوصي في عزل نفسه بعد موت الموصي وجود حاكم :

حيث ذهب الشافعية إلى إمكانية رد الوصي الإيصاء بعد موت الموصي حتى وإن قبلها في حياته ، حيث جاء في مغني المحتاج : " فلو قبل في حياته ثم رد بعد وفاته لغا أو رد في حياته ثم قبل بعد وفاته صح " ³ وهذا كأصل ، لكن يلزمه إعلام الحاكم فورا ⁴ . وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد في رواية له حيث يجوز عنده عزل الوصي نفسه بشرط وجد حاكم ، لأن العزل تضييع للأمانة وإبطال لحق المسلم ⁵.

كما ذهب الحنفية إلى أنه إذا بلغ الوصي خبر الوصاية بعد موت الموصي وتصرف بما يدل على قبوله فلا يصح رده إلا عند الحاكم، لأنه كالوكيل لا يمكنه عزل نفسه، وأما إذا لم يقبل بعد وفاة الموصي فهو على الخيار إما أن يقبل أو لا يقبل ⁶.

ت- يقيد ملك الوصي عزل نفسه بمجانبة الإيصاء :

يتمتع الوصي عن عزل نفسه للزوم الإيصاء عند الشافعية في حالتين إذا كان الإيصاء إجارة بعوض. إذا خاف ضياع المال والأولاد ، لكنها في هذه الحالة أيضا لا تلزمه مجانا ⁷.

¹ ابن نجيم ، البحر الرائق، 311،310/9

² ابن قدامي، المغني، 574/6 .

³ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 77/3.

⁴ الهيثمي، تحفة المحتاج، 94/7.

⁵ ابن قدامي، المغني، 574 /6 .

⁶ السمرقندي، تحفة الفقهاء، 3 / 217، 218 .

⁷ الرملي، نهاية المحتاج، 108/6.

ث- يشترط حياة الموصي و علمه بالعزل:
ذهب فقهاء الحنفية¹ و المالكية² و رواية ثالثة عن الإمام أحمد³ ، إلى القول أن الوصي عندهم متبرع ابتداء بالعمل فلا يجوز له التحلي عن الإيصاء بعد موته ، أو في حياته دون علمه حيث يلزمه الإيصاء ، لأنه إضرار والضرر مدفوع⁴ . أما المالكية فقد ذهب فقهاؤها إلى قياس الإيصاء على الهبة التي لا رجوع فيها عندهم، وقالوا بأنه لو كان الوصي قد قبل الإيصاء بعد موت الموصي فله أن يتخلى عنها إذا لم يكن أهلا لها، ويمكنه أن يتخلى عنها أيضا بعد⁵ .

الفقرة الرابعة: انتهاء الولاية النيابية في القانون

خصص المشرع الجزلوي المواد من 586 إلى 589 من القانون المدني لبيان فيها أسباب انتهاء وكالة وبينها باختصار في المادة 586 حيث ذكرت أن وكالة تنتهي ب:

- إتمام العمل الموكل فيه.
- الأجل المحدد لها .
- موت الموكل أو والكيل .
- عول الوكيل .
- عول والكيل .

و تضيف المادة 76 من نفس القانون أن إذا كان كل من النائب و المتعاقد مجهلان إنقضاء الإنابة و قت يؤام العقد ، فهذا يجعل العقد نافذا في حق الأصيل. و قد أغفل المشرع هنا حالة نقصان أو فقدان والكيل أهليته.

أما عن الوصي فقد نصت المادة 96 من قانون الأسرة على أنه : «تنتهي مهمة الوصي:

- بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته.

¹ السمرقندي، تحفة الفقهاء، 217، 218/3 • السرخسي، المبسوط، 23/28 • ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9

² عليش، منح الجليل، 694/4 • النفراوي ، الفواكه الدواني ، 1216/3 .

³ ابن قدامي، المغني، 574/6 .

⁴ السرخسي، المبسوط، 23/28 • ابن نجيم، البحر الرائق، 307/9 .

⁵ النفراوي، الفواكه الدواني، 1216/3 .

- ولو غ القصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها .
- بقبول عنوه في التحلي عن مهامه.
- بعوله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.»

الخاتمة:

و بعد فإني أحمد الله عز وجل أن يسر لي إتمام هذا البحث تحت عنوان: **الولاية النيابية في إنشاء الرابطة الزوجية**، ومفاده دراسة مسألة قيام شخص مقام آخر في إجراء تصرف يخص و يعود بالآثار إلى غيره ، وهو تكريس للتكافل الاجتماعي تحت قاعدة: من يملك تصرفاً ما ملك الإنابة فيه، وذلك مع ملاحظة مصلحة الأصيل عند تنفيذها. و يتمثل هذا التصرف في البحث الحالي في إبرام عقد الزواج.

و قد تمت دراسة هذا البحث بالتطرق إلى تعريف النيابة وأنواعها ، و خصائص و أقسام كل نوع ثم بيان مالكي الإنابة في عقد الزواج ، و إلى من يمكنهم إعطاء أو نقل السلطة على هذا التصرف و شروطهم ، وفيما بعد تم رسم كيفية إبرام عقد الزواج بالولاية النيابية و حكم و طبيعة تصرفات النائب و كذلك العقد المبرم بها. فجاءت إذن هذه الدراسة بطريقة اتضحت به

إلى كيفية الانتهاء.

بدراسة ما جاء في الفقه الإسلامي في هذا الموضوع و مسأله ، نجد أن فقهاءه

اتفقوا على رجوع حكم العقد و آثاره إلى الأصيل ، و قد سعوا؛ رغم اختلافهم في التفاصيل؛ تكريس مبدأ الحفاظ على مصلحة الأصيل و تحقيقها، لأنها الأصل في وجود الإنابة، لهذا نجد في كثير من الحالات أن العقد موقوف . هذا و قد تم بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة المختلف فيها، و بيان هفوات كل رأي. تبين أن ما يخص المرأة هو أكثر المسائل

أن أساسه الميول إلى أقع المعاش من جهة ، ومع الفكر المعاصر و الاتجاه
و ناه منحاه المجتمع من جهة أخرى، وهذا الترجيح يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب.

فهو يفتقر إلى المواد المبينة لأحكام هذه

، خاصة وأن تعديله لم ي

كما يفتقر إلى الدقة و

إلا في سعت الثغرات لا الأفق.

و المستفاد من هذه الدراسة أن الأصل وجود جواز الوكالة في النكاح قانونا حتى بعد

بها زاد من مجالها فأصبحت جائزة في حق المرأة كاملة

القانوني للمرأة في

و التفصيل فيها استنادا إلى الفقه الإسلامي،

، لأن إرجاع حل كل الثغرات إلى المادة 222

ليس حلا ، فالفقه الإسلامي متعدد المذاهب و هذه الأخيرة مختلفة الآراء. و حتى فيما يخص

القانون المدني، الناص على الأحكام العامة للوكالة ، يشوبه نقص على المشرع تداركه.

بأن يحدو مثلا حدو نظرائه العرب ، حيث أن تشريعهم لمسائل النيابة بصفة عامة أكثر شمو

يياهم لأحكامها أكثر دقة. و على هذه الأسس

أهمها :

-
- التصريح بـ
- في إنشاء الرابطة الزوجية
- بيان حق المرأة في التوكيل في زواجها تبعا لما تبناه المشرع من اتجاه.
- بيان دور القاضي بصفة أوضح في مجال الأحوال الشخصية بصفة عامة ، و في
- إنشاء الرابطة الزوجية بصفة خاصة، مع تبيان متى وكيفية اللجوء إليه.
- بصفة عامة، و في عقد النكاح بصفة خاصة.
- رفع اللبس الموجود في مواد قانون الأسرة المبينة لأحكام تصرفات ناقصي الأهلية و
- فاقديةها. فتارة هي غير نافذة و تارة أخرى هي باطلة .
-

ني

متوقفة على إجازة الولي من جهة أخرى.

■ بيان المركز القانوني للولي في زواج كاملة الأهلية ، حتى يتضح ما له و ما عليه من

222

في كل مسألة لسعة أفقه
القواعد التي تقوم عليها تعليقاتهم.
فعلى المشرع الانتباه لها و اختيار الرأي الأكثر ملائمة للواقع المعاش.

تبنى

لهامة

لأسر و منها المجتمع،

أقوال الفقهاء و تبني أقربها إلى الواقع المعاش و إلى ثقافة المجتمع.

في الأخير نحمد الله المستعان الذي برحمته و معونته وبركته، تيسر لنا

البحث الذي لا يخلو حتما من الأخطاء و الهفوات، سواء في الطباعة أو في

استيعابها ثم

و خطأ وجدده فيه، والله ولي

لهذا البحث ،

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
36	190	البقرة	﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾
37	194	البقرة	﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾
109	221	البقرة	﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾
96	230	البقرة	﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾
95	232	البقرة	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾
95	234	البقرة	﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾
110	237	البقرة	﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾
18	282	البقرة	﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾
69	6	النساء	﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾
56	09	النساء	﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا﴾
239	22	النساء	﴿وَلَا تُنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾
57	58	النساء	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾
83	65	النساء	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾
77	92	النساء	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾
254	127	النساء	﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يَفْتِكُمَ فِيهِنَّ﴾
254	127	النساء	﴿لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾
66	02	المائدة	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾
83	42	المائدة	﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾

87	51	المائدة	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
34	164	الأنعام	﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾
17	60	التوبة	﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ﴾
79	66	الحجر	﴿ وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَوْلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ ﴾
66	90	النحل	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾
17	19	الكهف	﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ﴾
79	72	طه	﴿ فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ ﴾
110	32	النور	﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ ﴾
111	27	القصص	﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِمَا نُنَادِي بِكُمْ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ فَقُلْ أُولَئِكَ ثَمَانِي ﴾
79	23	الأحزاب	﴿ فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَىٰ نَحْبَهُ ﴾
239	37	الأحزاب	﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ ﴾
96	50	الأحزاب	﴿ وَأَمْرًا مَوْمِنَةً إِن وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾
227	11	يس	﴿ إِنَّمَا تُنذِرُ مَنِ اتَّبَعَ الذُّكْرَ وَخَشِيَ الرَّحْمَنَ الْغَيْبَ فَبَشِّرْهُ بِمَغْفِرَةٍ وَأَجْرٍ كَرِيمٍ ﴾
83	26	ص	﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ﴾
79	129	فصلت	﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث
87.....	1. «الأم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها».....
57.....	2. «أنا وكافل اليتيم».....
240.....	3. «اتقوا الله في النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، و استحلتتم فروجهن بكلمة الله».....
105.....	4. «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها»
36	5. «الدين النصيحة».....
83.....	6. «إن المقسطين عند الله على منابر من نور».....
86.....	7. «أن النحاشي زوجها النبي - ﷺ - وهي عنده بأرض الحبشة».....
164.....	8. «أنه تزوج ميمونة وهو محرم».....
115.....	9. «أن النكاح في الجاهلية كان على أربع أنحاء».....
292.....	10. «أبما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما، ومن باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما».....
84	11. «أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل...».....
18.....	12. «بعث السعاة لجمع الصدقة أو الزكاة».....
32.....	13. «تخبروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم».....
19.....	14. توكيله - ﷺ - لعمر بن أمية في تزويجه أم حبيبة وهي الحبشة
100.....	15. «جاءت فتاة إلى النبي - ﷺ - فقالت: يا رسول الله إن أبي - ونعم الأب هو - زوجني ابن أخيه.».....
102.....	16. جعلت أمرها إلى العبا فزوجها النبي - ﷺ -.....
139.....	17. «رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون ...».....
220.....	18. «زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى انقضت عدتها...»

19	«زوجناكها بما معك من القرآن» 85
20	«فلا تفعل، بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيها» 19
21	«كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثلا مالا» 70
22	«لا تزوج المرأة المرأة» 115
23	«لا ضرر ولا ضرار» 36
24	«لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل» 163
25	«لا نكاح إلا بولي» 112
26	«لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب» 164
27	«لَنْ يَفْلَحَ قَوْمٌ وَلُوا أَمْرَهُمْ أَمْرًا» 89
28	«ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها» 99
29	«ما نهيكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم...» 219
30	«ما من مؤمن إلا وأنا أولى الناس به في الدنيا والآخرة...» 102
31	«وَكُلُّ أبا رافع في تزويجه بميمونة» 19
32	«وَكُلُّ الرجل في البيع والشراء» 19
33	«يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك» 103
34	«يا عمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم فزوجه» 101

فهرس الأثار

الصفحة	الأثر
104.....	1. امرأة زوجت ابنتها برضاها، فحاء أولياؤها فخاصموها.....
292.....	2. ثاني و هو لا يعلم أنها ذات زوج.....
117.....	3. أهما امرأة لم ينكحها الولي أو الولاية فنكاحها باطل.....
117.....	4. جعلت امرأة ثيب أمرها بيد رجل غير ولي فأنكحها.....
117.....	5. رد نكاح امرأة نكحت بغير ولي.....
104.....	6. زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام.....
293.....	7. إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل الثاني.....
85.....	8. لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذو الرأي من أهلها، والسلطان.....
117.....	9. ولي عمر ابنته حفصة ماله و بناته و نكاحهن.....

فهرس الأعلام

الصفحة المترجم له فيها	اسم العلم
27	1. ابن أبي ليلى
17	2. ابن العربي
240	3. ابن تيمية
36	4. ابن حزم
194	5. ابن شبرمة
4	6. ابن عرفة
141	7. ابن قيم الجوزية
105	8. أبو ثور
58	9. الأذرعي
194	10. الأصم
107	11. الأوزاعي
117	12. القراني
43	13. المازري
18	14. المنزي
114	15. الزهري
43	16. سحنون

فهرس المصادر و المراجع

• القرآن الكريم برواية ورش

كتب التفسير

1. ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، دار الفكر، بيروت، ط1، دت
2. ابن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984
3. ابن كثير عماد الدين، أبو الفداء إسماعيل القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس للطباعة والنشر و التوزيع، دم ط3
4. الألوسي شهاب الدين السيد محمود، روح المعاني في تفسير العظيم و السبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت.
5. الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبيل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط4، 1960
6. الطبري أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة الأوفست، 1980
7. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين هشام سمير البخاري، الجامع لأحكام القرآن، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003
8. المراغي أحمد مصطفى، تفسير المراغي، مكتبة مصطفى الشاذلي الحلي وأولاده، مصر، ط1، 1942
9. رضا محمد رشيد، تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، ط2.

كتب التخریج و علوم الحديث

10. ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد، البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، حققه مصطفى أبو الغيط و عبد الله بن سليمان و ياسر بن كمال، دار الهجرة، الرياض، السعودية، ط1، 2004.
11. ابن حجر العسقلاني أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ط1، 1989

12. ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي أبو الفضل ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، لبنان، دط، دت
13. ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي، هدي الساري مقدمة فتح الباري، تصحيح و إخراج محب الدين الخطيب، دار المعرفة، لبنان، دط، دت
14. ابن رجب الحنبلي زين الدين، جامع العلوم الحكم، دار الفكر، بيروت ط1، 2004
15. ابن ماجه الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، دط، دت
16. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، دط، دت،
17. أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، سنن أبو داود، مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده، مصر، ط1، 1952
18. الألباني محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط2، 1985،
19. البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ
20. البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق أحمد زهوة وأحمد عنابة، دار الكتاب العربي، لبنان، 2005
21. البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة، دار الباز، مكة المكرمة، 1994
22. الترميذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، سنن الترميذي، دار الفكر ، دط، دت
23. الترميذي محمد بن عيسى أبو عيسى، صحيح الترميذي، المطبعة المصرية، الأزهر، مصر، ط1، 1931،
24. الحاكم النيسابوري محمد بن عبد الله أبو عبد الله، المستدرک على الصحيحين، دار المعرفة ، بيروت، دط، دت.
المعاجم
25. ابراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دط، دت
26. ابراهيم نجار، القاموس القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، 1998

27. ابن سيده علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق محمد علي النجار، جامعة الدول العربية، ط1، 1973
28. ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، 1979
29. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، تهذيب لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1993
30. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، دط، دت
31. أحمد الرضا، معجم متن اللغة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، 1960.
32. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، فرنسي، عربي، إنجليزي، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت، ط1، سنة 1989
33. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية - فرنسي - عربي - إنجليزي -، دار الكتاب المصري، القاهرة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط1، 1989
34. الفراهيدي أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق محمد مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، لبنان، بيروت، ط1، 1988
35. الفيروز آبادي مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، المطبعة الميرية، مصر، ط3، 1301 هـ
36. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، دط، دت
37. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية و القانونية، الشركة العالمية للكتاب، ط1، بيروت سنة 1996
38. سعدي أبو الجيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1988
39. سهيل إدريس و جبور عبد النور، المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الآداب و دار العلم للملايين، بيروت، 1987
40. قاسم القنونوي، أنيس الفقهاء في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرحمن الكبيسي، دار الوفاء للطباعة و النشر، السعودية، ط2، 1987
41. محمد رواس قلججي، صادق حامد قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط2، 1988.
42. Les Dictionnaires Le petit Robert 1 , les D1 le Robert , France , 1992

43. dictionnaire du français, Hachette , France 1995
كتب المصانيف الفقهية
كتب الفقه الحنفي
44. ابن إز محمد بن محمد بن شهاب الكردي، الفتاوى البزازية، بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ط4، 1986
45. ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوطي، شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، بيروت، دط، دت
46. ابن عابدين الدمشقي محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز، منحة الخالق على البحر الرائق، بهامش البحر الرائق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997
47. ابن عابدين الدمشقي محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز، رد المختار على الدر المختار، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب العلمية، بيروت، 1994
48. ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997
49. البابرتي أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، مع شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، بيروت، دط، دت
50. الحصكفي محمد علاء الدين، شرح الدر المختار بشرح تنوير الأبصار، مطبعة صبيح وأولاده، مصر، دط، دت
51. الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق على شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2
52. السرخسي شمس الدين، المبسوط، تحقيق خليل الميس، دار المعرفة، لبنان، دط، دت
53. السمرقندي علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط2، 93
54. الشبلي شهاب الدين أحمد، حاشية الشبلي على تبين الحقائق، بهامش تبين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الأوفست، ط2
55. الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1986

56. الكاساني علاء الدين بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982
57. المرغناني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1990
58. الموصلي بن المودود عبد الله بن محمود بن محمود أبي الفضل مجد الدين، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دت
59. علاء الدين الأفندي محمد بن عابدين، تكملة ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، دط، دت
60. قاضي زاده أفندي بن قودر شمس الدين أحمد، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار المعروف ب: تكملة فتح القدير، دار الفكر، ط2، بيروت
61. قاضيخان فخر الدين حسن بن منصور الأورجندي الفرغاني، الفتاوى الخانية، مجامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1986
كتب الفقه المالكي
62. ابن جزئيء محمد، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، 1988
63. ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، البيان و التحصيل، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988
64. ابن رشد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، قدمه له، السيد سابق، دار الكتب الحديثة، دم، دط، دت
65. ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980،
66. ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1413هـ/1992
67. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر بيروت، دط، دت، 305/2
68. الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت
69. الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992.

70. الخرشني أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي، الخرشني علي مختصر سيدي خليل، دار الفكر، دط، دت.
71. الدردير أحمد أبو البركات، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، المطبعة الكبرى، مصر، ط3، 1318 هـ
72. الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دت، دم
73. الرصاع أبو عبد الله محمد، شرح حدود ابن عرفة، المطبعة التونسية، تونس، ط1
74. الزرقاني عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني علي مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، دط، دت
75. لعدوي علي أحمد الصعيدي، حاشية علي العدوي، بهامش الخرشني علي مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت،
76. العدوي علي الصعيدي، حاشية العدوي علي كفاية الطالب، مطبعة علي الصبيحي و أولاده، مصر، دط، دت،.
77. القراني شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مكة، ط1، 1344 هـ
78. القراني شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994
79. الكشاوي أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 95
80. المواق، التاج و الإكليل لشرح مختصر خليل بهامش مواهب الجليل، دار الفكر، ط3
81. النفراوي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني علي رسالة أبي زيد القيرواني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت
82. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، مصر، دط، دت
83. محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق، بهامش الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مكة، ط1، 1344
84. محمد عليش، منح الجليل، دار الفكر، 1989، بيروت، 392/6.
85. محمد عليش، شرح منح الجليل علي مختصر العلامة خليل، دار صادر، دط، دت.

كتب الفقه الشافعي

86. ابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن محمد بن علي، الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، صححه: عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997م،
87. ابن حجر الهيتمي شهاب الدين، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، دط، دت
88. البجيرمي سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1996
89. الحصني، كفاية الأخيار، المكتبة العصرية، بيروت، صيدا، ط4، 1988
90. الرملي شمس الدين محمد أب العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر
91. الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، كتاب الشعب، دم، دط، دت
92. الشبراملسي، أبو ضياء نور الدين علي بن علي، حاشية أبو ضياء البراملسي، بھامش نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأخيرة، 1984
93. الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، دط، دت.
94. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، دط، دت
95. العبادي أحمد بن قاسم، حاشية العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حاشية الشرواني، دار إحياء التراث العربي، دط، دت.
96. قليوبي و عميرة، حاشيتا قليوبي و عميرة، المكتبة التوفيقية، مصر، دط، دت،
97. الغمراوي محمد الزهري ، السراج الوھاج، دار الجيل، لبنان 1987
98. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي، دار الفكر، دط، دت، 182/8 و 156/11
99. المزني أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى ، مختصر المزني، دار المعرفة ، لبنان ، دط، دت
100. النووي أبو يحيى زكريا بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، دط، دت
101. النووي أبو يحيى زكريا بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، لبنان، دط، دت
102. النووي، متن المنهاج، دار الفكر، دط، دت

كتبه الفقه الحنبلي	
103.	ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدم له: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجليل، بيروت، 1973
104.	ابن تيمية أحمد، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مكتبة المعارف، المغرب، دط، دت
105.	ابن تيمية فخر الدين أبو عبد الله، محمد بن أبي القاسم محمد بن الخضر بن علي بن عبد الله، بلغة الساغب وبغية الراغب، تحقيق بكر بن عبد الله بوزيد، دار العاصمة السعودية، الرياض، ط1، 1997
106.	ابن قدامى شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر محمد بن احمد، الشرح الكبير، تامش المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1983
107.	ابن قدامى موقف الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 1983.
108.	ابن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2003
109.	البهوتي منصور إدريس أبو يونس، كشاف القناع، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003
110.	البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع على متن الإقناع، حققه أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997
111.	البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، 1996.
112.	المرداوي علاء الدين أبو سن علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1983
113.	المقدسي ابن المفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ

كتبه المذاهب الفقهية الأخرى	
114.	ابن المرتضى أحمد بن يحيى، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة دط، دت
115.	ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ

116. السياغي شرف الدين الحسن بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح الحيمي الصناعي، الروض النضير في شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجليل، بيروت، دط، دت
117. حسن خان محمد الصديق، الروضة الندية، تعليق أحمد شاکر، دار ابن تيمية، البلدة الجزائرية، دط، دت.

كتب أصول الفقه

118. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على تحرير الإمام الكمال بن الهمام في علم أصول الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1983	
119. ابن عبد السلام أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق محمود الشنقيطي، دار المعارف، بيروت، دط، دت	
120. ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993	
121. ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993	
122. أبو زهرة محمد، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت	
123. أحمد البخاري علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م	
124. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في فروع وقواعد فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت	
125. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط7، 1997	
126. علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، دمشق، ط2، 1991	
127. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سورية، ط2، 1986	
128. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، المعاصر، لبنان، ط2، 1995	
كتب السياسة الشرعية والقضاء	
129. ابن أبي الدم الحموي، أدب القضاء، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1982	
130. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، علق عليه جمال مرعشي، دار	

عالم الكتاب، الرياض، 2004
131. سليمان محمد الطحاوي، السلطات الثلاث، دار الفكر العربي، ط6، 1996
132. محمد المرز، الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية، مطبعة كزيماديس، تطوان، 1951
133. محمد حمد الغرابية، نظام القضاء في الإسلام، دار الحامد، عمان، 2004
134. محمود الشريبي، القضاء في الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط2، 1999
135. محمود عايش متولي، ضمانات العدالة في القضاء الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003
كتب الفقه المعاصرة و كتب الدراسات المقارنة
136. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1999
137. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1982
138. أحمد حمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط1، 1981
139. البنا كمال صالح، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، 1982
140. الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها على الذهب المالك، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء المغرب، 1996
141. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998
142. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001
143. حماد نزيه، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1994
144. حمدي كمال، الولاية على المال، مطبعة أطلس، القاهرة، 1987
145. رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2002
146. سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي 1987.

147. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية ، وزارة التعليم العالي، المدينة المنورة ، ط1، 2002	
148. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت	
149. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، 1985.	
150. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي ،لبنان، ط1، 84	
151. محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين الفقه والمذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، ط2، 1977	
152. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية و القانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، 1999	
153. محمد يعقوب محمد الدهلوي، ضمانات حقوق المرأة الزوجية، الجامعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد، المدينة المنورة، ط1، 2004	
154. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام -، دار الفكر، مطبعة طربين، دمشق، ط10، 1968.	
155. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات الشرعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993	
156. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر ، 1981	
كتب التراجع	
157. ابن أبي حاتم الرازي أبو محمد عبد الرحمن، كتاب الجرح والتعديل. مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط1، 1952	
158. ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1329هـ	
159. ابن خلكان أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط، دت،	
160. ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد ،مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ط1، 1934	
161. ابن كثير أبو الفداء إسماعيل، البداية والنهاية، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1988	
162. الأسنوي عبد الرحيم جمال الدين، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1987	

163. الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان ، سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان، 1993
164. الذهبي محمد بن أحمد أبو عبد الله بن عثمان ، ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ،لبنان، دط،دت
165. الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002
166. العسقلاني أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، 1992
القوانين و الأوامر و الإتفاقيات
167. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة : اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1979/12/18 بمقتضى القرار 180/34 ، تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول 1981
168. القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء .
169. القانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005. المصادق على الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة
170. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
171. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن أحكام قانون الأسرة المعدل و المتمم.
172. المرسوم التنفيذي رقم 05-303 امؤرخ في 15 رجب عام 1426 الموافق 20 أوت سنة 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2005 .لمتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء.
173. قانون الأحوال الشخصية السوري - المرسوم التشريعي السوري رقم 59 الصادر في 1953/9/17
174. مجموعة أحكام النقض المصرية، س 8
175. مدونة الأسرة للمملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة النصوص القانونية، العدد 01، سنة 2004
كتب القانون
176. أحمد الرشيد ، حقوق الإنسان،دراسة مقارنة بين النظرية و التطبيق،مكتبة الشروق الدولية ،

القاهرة، 2003
177. إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مركز الخدمات المتحدة للطباعة والتفسير والتذهيب، المغرب، الدار البيضاء، ط1، 1993
178. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 99
179. السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، عين مليلة، ط1، 2004
180. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، د.ت
181. العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006
182. الغوثي بن ملححة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004،
183. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه و أحكام القضاء الحديثة في مصر و الاقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993
184. آيث ملويا الحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط1، 2005
185. شهبون عبد الكريم، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، د.ط، د.ت
186. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومه، الجزائر، ط1، 2010
187. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط2، 1989
188. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990
189. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة، دار هومه، الجزائر، 2004.
190. محمد السعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد و بطلانه، دار هومه، الجزائر، 2003
191. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 85
192. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي،

دار هوم، الجزائر، 2002
193. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 6، 1995
194. نبيل صقر، قانون الأسرة نص وقتها و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، 2006
المقالات و المجلات
195. بوحلاسة عمر، الوكالة في القانون الجزائري، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 4
196. <u>المجلة القضائية لسنة 1992</u> ، العدد 3، ص 72.
197. عبدو أحمد، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج - بحث ماجستير - كلية الحقوق، الجزائر العاصمة، 2000
198. مجلة الأحكام العدلية، دار صبح، الأردن، عمان، ط1، 1999
199. مجلة الفكر البرلماني، المختصة في القضايا والوثائق البرلمانية، الصادرة عن مجلس الدولة، الجزائر، في جويلية 2005، العدد 9

فهرس الموضوعات

- المقدمة ----- أ
- الفصل التمهيدى: التعريف بأنواع الولاية النيابة ومدى مشروعيتها --- 1
- المبحث الأول: مفهوم الوكالة وبيان مشروعيتها وأنواعها ----- 2
- المطلب الأول: مفهوم الوكالة وبيان مشروعيتها ----- 3
- الفرع الأول: تعريف الوكالة. ----- 3
- البند الأول: تعريف الوكالة في اصطلاح الفقهاء. ----- 4
- الفقرة الأولى: تعريف مذهبي الحنفية و المالكية. ----- 4
- أولا : تعريف الحنفية . ----- 4
- ثانيا: تعريف المالكية. ----- 4
- الفقرة الثانية: تعريف مذهبي الشافعية و الحنابلة. ----- 5
- أولا :تعريف الشافعية ----- 5
- ثانيا:تعريف الحنابلة. ----- 6
- الفقرة الثالثة : تمييز الوكالة عن الإنابة ومحاولة الخلوصل إلى تعريف فقهي لها. ----- 7
- أولا: بيان الاختلاف في المساواة بين المصطلحي الوكالة و الإنابة من عدمها. --- 7
- ثانيا: محاولة الخلوصل إلى تعريف فقهي للوكالة. ----- 8
- البند الثاني: تعريف الوكالة في القانون المدني الجزائري. ----- 10
- الفقرة الأولى: قيود هذا التعريف و ما يرد عليه. ----- 10
- أولا : قيود التعريف. ----- 10
- ثانيا: ما يرد على هذا التعريف. ----- 11
- الفقرة الثانية: التفرقة بين مصطلحي الوكالة والنيابة قانونا. ----- 12

- 15 ----- الفقرة الثالثة : محاولة الخلوص إلى تعريف قانوني للوكالة.
- 15 ----- أولا : تعريف الوكالة بصفة عامة.
- 15 ----- ثانيا: تعريف الوكالة في الزواج.
- 17 ----- **الفرع الثاني: مشروعية الوكالة في الزواج.**
- 17 ----- البند الأول : أدلة مشروعية الوكالة في الفقه الإسلامي.
- 17 ----- الفقرة الأولى: أدلة مشروعيتها من الكتاب العزيز.
- 18 ----- الفقرة الثانية: أدلة مشروعيتها من السنة النبوية الشريفة.
- 18 ----- أولا: الوكالة بصفة عامة
- 19 ----- ثانيا: الوكالة في الزواج.
- 20 ----- الفقرة الثالثة : أدلة مشروعيتها من الإجماع.
- 21 ----- البند الثاني: مشروعية الوكالة في القانون.
- 22 ----- الفقرة الأولى: مشروعية الوكالة في الزواج على أساس الأحكام العامة للقانون المدني.
- 23 ----- الفقرة الثانية: مشروعية الوكالة في الزواج على أساس المادة 222ق.أ.ج.
- 24 ----- الفقرة الثالثة: مشروعية الوكالة في الزواج على أساس المادة 11 من ق.أ.ج.
- 26 ----- **المطلب الثاني: أنواع الوكالة.**
- 26 ----- **الفرع الأول: تقسيم الوكالة باعتبار محل تصرفها وحدودها**
- 26 ----- البند الأول: تقسيم الوكالة باعتبار محل تصرفها.
- 26 ----- الفقرة الأولى: الوكالة العامة.
- 27 ----- أولا: موقف الفقه الإسلامي من الوكالة العامة.
- 29 ----- ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الوكالة العامة.
- 30 ----- الفقرة الثانية: الوكالة الخاصة.
- 31 ----- البند الثاني: تقسيم الوكالة من حيث حدودها.
- 32 ----- الفقرة الأولى: أحكام الوكالة المطلقة والمقيدة في الفقه الإسلامي.

- أولا: مدى سريان إطلاق الوكالة في الفقه الإسلامي ----- 32
- ثانيا: مدى سريان تقييد الوكالة في الفقه الإسلامي ----- 35
- الفقرة الثانية: أحكام الوكالة المطلقة والمقيدة في القانون الجزائري. ----- 37
- أولا:مدى سريان تقييد الوكالة في القانون الجزائري----- 37
- ثانيا : مدى سريان إطلاق الوكالة في القانون الجزائري. ----- 38
- الفرع الثاني: تقسيم الوكالة باعتبار تأقيتها ولزومها. ----- 39**
- البند الأول: تقسيم الوكالة باعتبار تأقيتها. ----- 39
- الفقرة الأولى: أحكام أنواع الوكالة باعتبار تأقيتها في الفقه الإسلامي. ----- 40
- أولا: الوكالة المؤقتة. ----- 40
- ثانيا:الوكالة غير المؤقتة. ----- 42
- الفقرة الثانية: أحكام أنواع الوكالة باعتبارها تأقيتها قانونا. ----- 44
- البند الثاني: تقسيم الوكالة باعتبار لزومها. ----- 45
- الفقرة الأولى: تقسيم الوكالة باعتبار لزومها في الفقه الإسلامي. ----- 45
- أولا: الوكالة غير اللازمة. ----- 45
- ثانيا:الوكالة اللازمة. ----- 46
- الفقرة الثانية: تقسيم الوكالة باعتبار لزومها قانونا. ----- 46
- المبحث الثاني : أنواع الولاية النيابية الأخرى ومشروعيتها. ----- 48**
- المطلب الأول: الولاية النيابية للوصي في عقد الزواج. ----- 49**
- الفرع الأول: مفهوم الإيضاء و تمييزه عما يشابهه من مصطلحات ----- 49**
- البند الأول : مفهوم الإيضاء. ----- 49
- الفقرة الأولى : تعريف الإيضاء لغة: ----- 49
- الفقرة الثانية : تعريف الإيضاء اصطلاحا. ----- 50
- البند الثاني : التمييز بين الإيضاء و الوكالة و ما يشابههما. ----- 51

- 52----- الفقرة الأولى : تمييز الوصاية و الإيضاء عن الولاية والتقديم .
- 52----- أولا : تمييز الوصاية و الإيضاء عن الولاية .
- 53----- ثانيا: تمييز الوصاية و الإيضاء عن التقديم .
- 54----- الفقرة الثانية: تمييز الوصاية و الإيضاء عن الكفالة و الوكالة.
- 54----- أولا : تمييز الوصاية عن الكفالة .
- 55----- ثانيا: تمييز الإيضاء عن الوكالة .
- 56----- **الفرع الثاني : مشروعية الإيضاء و خصائصه.**
- 56----- البند الأول : مشروعية الإيضاء.
- 56----- الفقرة الأولى : أدلة ثبوت الإيضاء شرعا .
- 56----- أولا: من القرآن الكريم.
- 57----- ثانيا: من السنة النبوية الشريفة.
- 58----- ثالثا: من الإجماع.
- 58----- رابعا : في القانون الجزائري.
- 59----- الفقرة الثانية : أقوال الفقهاء في مشروعية الإيضاء في النكاح .
- 59----- أولا : فريق المحيزين مطلقا .
- 59----- ثانيا : فريق المحيزين بشرط انعدام العصبية .
- 60----- ثالثا : فريق المانعين .
- 60----- البند الثاني : صيغة الإيضاء و خصائصهما.
- 61----- الفقرة الأولى : صيغة الإيضاء .
- 61----- أولا : إيجاب الإيضاء .
- 63----- ثانيا : القبول في الإيضاء .
- 66----- الفقرة الثانية : خصائص الإيضاء.
- 66----- أولا : مدى اختيارية الإيضاء

- 69----- ثانيا: مدى تبرعية عقد الإيضاء
- 73----- ثالثا: مدى قبول الإيضاء التخصيص و التعميم.
- 76----- **المطلب الثاني : الولاية النيابية للقاضي في عقد الزواج**
- 76----- **الفرع الأول :بيان مفهوم ولي الأمر و القضاء .**
- 76----- **البند الأول : بيان مفهوم ولي الأمر .**
- 76----- **الفقرة الأولى : معنى ولي الأمر لغة.**
- 77----- **أولا : كلمة ولي لغة.**
- 77----- **ثانيا : لفظ الأمر في اللغة .**
- 77----- **الفقرة الثانية : " ولي الأمر " في الاصطلاح.**
- 79----- **البند الثاني : بيان معنى القضاء والقاضي.**
- 79----- **الفقرة الأولى : تعريف القضاء لغة.**
- 80----- **الفقرة الثانية : تعريف القضاء و القاضي في اصطلاح الفقهاء .**
- 80----- **أولا : تعاريف الفقهاء للقضاء**
- 80----- **ثانيا : التعريف المختار للقضاء و بيان مفهوم القاضي.**
- 82----- **الفقرة الثالثة : تعريف القضاء في القانون .**
- 82----- **البند الثاني : مدى مشروعية ولاية القاضي في الزواج :**
- 82----- **الفقرة الأولى : مشروعية القضاء وولاية القاضي كأصل.**
- 82----- **أولا : الأدلة من الكتاب العزيز .**
- 83----- **ثانيا : الأدلة من السنة النبوية .**
- 84----- **ثالثا: الأدلة من الآثار و الإجماع و العقل.**
- 84----- **الفقرة الثانية : أدلة ثبوت ولاية القاضي في النكاح .**
- 86----- **الفرع الثاني : شروط تولي القضاء.**
- 86----- **البند الأول : شروط القاضي في الفقه الإسلامي.**

- 86----- الفقرة الأولى : الشروط المتفق عليها
- 86----- أولا: شروط العقل و البلوغ و الحرية.
- 86----- ثانيا : شرط التفقه و الإجتهداد.
- 87----- الفقرة الثانية : الشروط المختلف فيها.
- 87----- أولا: شروط الإسلام و العدالة.
- 88----- ثانيا: شرط الذكورة.
- 88----- البند الثاني: شروط القاضي في القانون .
- 88----- الفقرة الأولى: شروط الجنسية و الإسلام و السن.
- 89----- أولا: الجنسية.
- 89----- ثانيا: الإسلام.
- 89----- ثالثا : السن.
- 89----- الفقرة الثانية : شروط القدرة والكفاءة البدنية والعقلية و حسن السيرة.
- 89----- أولا: القدرة البدنية و العقلية.
- 90----- ثانيا: حسن السلوك و السيرة.
- 90----- الفقرة الثالثة: شرطا المؤهل العلمي و التنصيب.
- 90----- أولا: المؤهل العلمي.
- 90----- ثانيا : التنصيب.
- 91----- الفصل الأول: مالكو الإنابة في عقد الزواج و شروطهم.
- 93----- المبحث الأول: ملك المرأة الإنابة في عقد زواجها و شروطه .
- 94----- المطلب الأول : مدى ملك الزوجة التوكيل.
- 94----- الفرع الأول: مذهب المجيزين.
- 94----- البند الأول : فريق المجيزين بإطلاق.
- 95----- الفقرة الأولى : أدلتهم من القرآن الكريم.

- 97 ----- الفقرة الثانية : أدلتهم من السنة الشريفة.
- 104 ----- الفقرة الثالثة : أدلتهم من الآثار المروية عن الصحابة.
- 105 ----- الفقرة الرابعة: أدلتهم من العقل.
- 105 ----- **البند الثاني: فريق المجيزين بقيد.**
- 105 ----- الفقرة الأولى : بشرط إذن الولي.
- 107 ----- الفقرة الثانية : بشرط إجازة الولي.
- 107 ----- الفقرة الثالثة : بشرط الثبوتية.
- 108 ----- **الفرع الثاني: مذهب المانعين.**
- 109 ----- البند الأول : أدلتهم من الكتاب العزيز.
- 112 ----- البند الثاني : أدلتهم من السنة النبوية الشريفة.
- 113 ----- الفقرة الأولى : حديث عائشة - رضي الله عنها - .
- 115 ----- الفقرة الثانية : قوله عليه الصلاة والسلام.
- 115 ----- الفقرة الثالثة : عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته.
- 117 ----- البند الثالث: أدلتهم من الآثار المروية عن الصحابة.
- 117 ----- البند الرابع: أدلتهم من المعقول.
- 119 **المطلب الثاني: المناقشة والترجيح و بيان موقف المشرع الجزائري.**
- 119 ----- **الفرع الأول: المناقشة و الترجيح بين المذاهب.**
- 119 ----- البند الأول : الأدلة من القرآن الكريم
- 119 ----- الفقرة الأولى : فريق المجيزين.
- 119 ----- الفقرة الثانية : فريق المانعين.
- 120 ----- الفقرة الثالثة : محاولة الترجيح.
- 121 ----- البند الثاني : بالنسبة للأدلة من السنة.
- 121 ----- الفقرة الأولى : فريق المجيزين.
- 121 ----- الفقرة الثانية : فريق المانعين.

- 122 ----- الفقرة الثالثة : الترجيح.
- 122 ----- البند الثالث : الأدلة من آثار والعقل.
- 122 ----- الفقرة الأولى : الأدلة من الآثار.
- 123 ----- الفقرة الثانية : الأدلة من المعقول.

الفرع الثاني: ملك المرأة كاملة الأهلية التوكيل في زواجها في القانون

- 124 -----
- 124 ----- البند الأول : في قانون الأسرة رقم 84-11.
- 124 ----- الفقرة الأولى : قراءة في المواد : 7، 10 ، 11 ثم 20.
- 126 ----- الفقرة الثانية : قراءة في المواد : 4 ، 9، 11، 12 ثم 13.
- 131 ----- البند الثاني : في قانون الأسرة رقم 05-09.
- 131 ----- الفقرة الأولى: أهلية المرأة و مسألة الولاية عليها
- 132 ----- الفقرة الثانية : تأثير تعديل قانون الأسرة في ملك المرأة التوكيل في زواجها.

المبحث الثاني: مدى ملك الزوج و الولي الإنابة في عقد الزواج شروطه. 136

- 137 ----- **المطلب الأول : مدى ملك الرجل التوكيل في زواجه و شروطه . -**
- 138 ----- **الفرع الأول : ملك الرجل ناقص الأهلية التوكيل في زواجه فقها.**
- 138 ----- البند الأول : مدى اشتراط البلوغ و العقل لملك الزوج التوكيل فقها. -
- 138 ----- الفقرة الأولى: مدى اشتراط البلوغ
- 138 ----- أولا : فريق المانعين مطلقا .
- 139 ----- ثانيا : فريق المجيزين بشرط إذن الولي .
- 140 ----- ثالثا : فريق المجيزين في القبول دون الإيجاب .
- 140 ----- رابعا : فريق المجيزين مطلقا
- 141 ----- الفقرة الثانية : مدى اشتراط العقل
- 142 ----- البند الثاني: مدى اشتراط الرشد و عدم الحجر لملك الزوج التوكيل فقها.
- 142 ----- الفقرة الأولى: مدى اشتراط الرشد.

- 143 ----- أولا : المجيزين مطلقا .
- 144 ----- ثانيا : مذهب المجيزين بشرط الإذن .
- 145 ----- ثالثا : مذهب المجيزين بشرط الإجازة .
- 145 ----- رابعا : مذهب المجيزين بشرط الحاجة .
- 145 ----- خامسا : آراء المعاصرين .
- 147 ----- الفقرة الثانية : مدى اشتراط عدم الحجر .
- 147 ----- أولا : مذهب الحنفية و الظاهرية .
- 148 ----- ثانيا : مذهب المالكية .
- 148 ----- ثالثا : مذهب الشافعية .
- 148 ----- رابعا : مذهب الحنابلة .
- 148 ----- الفقرة الثالثة : مدى اشتراط ألا يكون مريضا .
- الفرع الثاني : مدى ملك الرجل التوكيل في زواجه و شروطه قانونا. 149**
- 149 ----- البند الأول : ملك كامل الأهلية التوكيل في زواجه قانونا .
- 149 ----- الفقرة الأولى : ملكه التوكيل لكامل أهليته قانونا .
- 151 ----- الفقرة الثانية : ملك الرجل التوكيل لملكه الولاية كاملة .
- 152 ----- البند الثاني : مدى ملك الزوج ناقص الأهلية التوكيل قانونا
- 152 ----- الفقرة الأولى : تعريف ناقصو الأهلية .
- 152 ----- أولا : تعريف الصبي المميز .
- 153 ----- ثانيا : تعريف السفهيه .
- 153 ----- ثالثا : تعريف ذي الغفلة .
- 153 ----- الفقرة الثانية : أحكام تصرفات ناقصي الأهلية .
- 153 ----- أولا : الصبي المميز .
- 154 ----- ثانيا : السفهيه و ذو الغفلة .

الفقرة الثالثة : الموازنة بين أحكام قانون الأسرة و القانون المدني و بيان مدى ملك ناقص الأهلية

التوكيل في زواجه. ----- 156

أولا: محاولة الموازنة بين أحكام قانون الأسرة و القانون المدني. ----- 156

ثانيا: حكم مباشرة ناقص الأهلية زواجه و ملكه التوكيل فيه. ----- 157

المطلب الثاني : مدى ملك الولي الإنابة في عقد زواج مواليه و شروطه.

----- 160

الفرع الأول : شروط ملك الولي الإنابة. ----- 160

البند الأول: شروط ملك الولي الإنابة في الفقه الإسلامي. ----- 160

الفقرة الأولى : شرط ملك الولي الأهلية . ----- 160

أولا : شرطا البلوغ و العقل. ----- 160

الفقرة الثانية : شرط ملك الولي الولاية على عقد النكاح . ----- 162

أولا : شرط ثبوت الولاية له شرعا و إسلامه وعدالته و عدم إحرامه. ----- 162

ثانيا: شرطا عدم اختلال أحد الحواس و الذكورة. ----- 165

البند الثاني : شروط ملك الولي الإنابة في القانون الجزائري. ----- 167

الفقرة الأولى : شرط الأهلية . ----- 167

أولا : شرط بلوغ سن الرشد . ----- 168

ثانيا: شرط عدم الحجر . ----- 169

الفقرة الثانية : شرط الحق في الولاية . ----- 169

أولا : شرط الإسلام . ----- 170

ثانيا : شرط عدم اختلال أحد الحواس . ----- 171

ثالثا: شرط الذكورة . ----- 172

الفرع الثاني : الأولياء مالكو الإنابة في عقد زواج مواليمهم ----- 174

البند الأول : بيان أولياء ناقص الأهلية مالكو التوكيل. ----- 175

الفقرة الأولى : أقوال مذهبي الحنفية و المالكية ----- 175

- 175 ----- أولا : مذهب الحنفية .
- 175 ----- ثانيا : مذهب المالكية .
- 177 ----- الفقرة الثانية : أقوال مذهبي الشافعية و الحنابلة .
- 177 ----- أولا : مذهب الشافعية .
- 178 ----- ثانيا : مذهب الحنابلة .
- 180 ----- الفقرة الثالثة : موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة .
- 180 ----- أولا : في ظل قانون الأسرة 84-11 .
- 180 ----- ثانيا : في ظل قانون الأسرة 05-09 .
- 181 ----- البند الثاني : الأولياء مالكو التوكيل في زواج كاملة الأهلية .
- 181 ----- الفقرة الأولى : مالكو توكيل الغير في زواج موليتهم كاملة الأهلية فقها .
- 182 ----- أولا : الثيب الكاملة الأهلية .
- 182 ----- ثانيا : البكر كاملة الأهلية .
- 186 ----- ثالثا: حكم توكيل الولي بغير إذن من يشترط إذنها في تزويجها .
- 188 ----- رابعا: حكم إنكاح وكيل الولي من يعتبر إذنها بدون إذنها .
- 189 ----- الفقرة الثانية : مدى ملك ولي المرأة كاملة الأهلية التوكيل في نكاحها قانونا .
- 189 ----- أولا : في قانون الأسرة 84-11 .
- 190 ----- ثانيا: في ظل قانون الأسرة 05-09 .
- البند الثالث : بيان الأولياء مالكي الإيصاء في عقد الزواج و الممنوعين من التزويج. 191
- 191 ----- الفقرة الأولى : الأولياء مالكو الإيصاء في عقد زواج مواليتهم فقها .
- 191 ----- أولا : بالنسبة للموالية كاملة الأهلية .
- 192 ----- ثانيا: بالنسبة للصغار .
- 192 ----- ثالثا: الأولياء مالكو الإيصاء في القانون .
- 193 ----- الفقرة الثانية : الممنوعون من التزويج مطلقا .
- 193 ----- أولا : بالنسبة للصغار .

- 194 ----- ثانيا : بالنسبة للمجانين .
- 195 ----- ثالثا : بالنسبة للسفيه .
- 195 ----- الفقرة الثالثة : التوقيت المعتبر لملك التصرف
- 196 ----- أولا : رأي الجمهور
- 196 ----- ثانيا : الرأي المخالف للجمهور
- 198 ----- **الفصل الثاني : شروط الولي بالولاية النيابية في الزواج و أحكام عقده --**
- 199 ----- **المبحث الأول : الولي بالولاية النيابية و شروطه**
- 200 ----- **المطلب الأول : الوكيل و الوصي في الزواج و شروطهم**
- 200 ----- **الفرع الأول : شروط الوكيل في عقد الزواج**
- 200 ----- **البند الأول : شروط الوكيل في عقد الزواج فقها**
- 200 ----- الفقرة الأولى : شروط العقل و البلوغ و الذكورة
- 200 ----- أولا : شرطا العقل و البلوغ
- 201 ----- ثانيا : الذكورة
- 202 ----- الفقرة الثانية : شروط الرشد و الإسلام و العدالة
- 202 ----- أولا : شرط الرشد
- 204 ----- ثانيا : شرط الإسلام
- 204 ----- ثالثا : شرط العدالة أو عدم الفسق
- 205 ----- **البند الثاني : شروط الوكيل في عقد الزواج قانونا**
- 205 ----- الفقرة الأولى : شروط الوكيل في القانون الجزائري
- 206 ----- الفقرة الثانية : شروط الوكيل في بعض القوانين العربية الأخرى
- 208 ----- **الفرع الثاني : شروط الوصي في عقد الزواج**
- 208 ----- **البند الأول : شروط الوصي في عقد الزواج فقها**
- 208 ----- الفقرة الأولى : شرط التكليف

- 208 ----- أولاً : العقل و البلوغ
- 209 ----- ثانيا : الرشد و القدرة
- 210 ----- الفقرة الثانية: شروط الذكورة و الإسلام و العدالة
- 210 ----- أولاً : الذكورة و الإسلام
- 211 ----- ثانيا : عدم الفسق
- 212 ----- البند الثاني: شروط الوصي قانونا و حكم تغييرها فقها
- 212 ----- الفقرة الأولى : حكم تغيير شروط الوصي فقها
- 212 ----- أولاً: وقت وجود شروط الوصي
- 213 ----- ثانيا : آثار تغيير شروط الوصي
- 213 ----- الفقرة الثانية : شروط الوصي في عقد الزواج قانونا
- 215 **المطلب الثاني : شروط اكتساب القاضي الولاية النيابة على الزواج**
- 216 ----- **الفرع الأول: محض الولي موليته من التزويج**
- 216 ----- البند الأولى: مفهوم العضل
- 216 ----- الفقرة الأولى: تعريفه
- 216 ----- أولاً: لغة
- 217 ----- ثانيا : في اصطلاح الفقهاء
- 218 ----- الفقرة الثانية: صورته
- 219 ----- البند الثاني: حكم العضل
- 221 ----- البند الثالث: إلى من تنتقل الولاية عند العضل
- 221 ----- الفقرة الأولى : بيان أقوال الفقهاء
- 221 ----- أولاً: مذهب الحنابلة
- 221 ----- ثانيا : مذهب الشافعية
- 222 ----- ثالثا : مذهب المالكية

- 222 ----- رابعا : مذهب الحنفية-----
- 223 ----- الفقرة الثانية : بيان أدلة كل قطب و آراء المعاصرين-----
- 225 ----- **البند الرابع : العضل في القانون الجزائري**-----
- 225 ----- الفقرة الأولى: حكم العضل في القانون-----
- 226 ----- الفقرة الثانية : انتقال ولاية تزويج قانونا في حالة العضل-----
- 226 ----- الفقرة الثالثة : أحكام العضل بعد تعديل قانون الأسرة-----
- 227 ----- **الفرع الثاني: غيبة الولي الأقرب**-----
- 227 ----- **البند الأولى: تعريف الغيبة**-----
- 227 ----- الفقرة الأولى: لغة-----
- 227 ----- الفقرة الثانية:اصطلاحا-----
- 228 ----- **البند الثاني: حد الغيبة**-----
- 228 ----- الفقرة الأولى : مذهب الحنفية-----
- 228 ----- الفقرة الثانية: مذهب المالكية-----
- 229 ----- الفقرة الثالثة: مذهب الشافعية-----
- 229 ----- الفقرة الرابعة: مذهب الحنابلة-----
- 230 ----- **البند الثالث: إلى من تنتقل الولاية عند غيبة الولي الأقرب**-----
- 230 ----- الفقرة الأولى : الغيبة المسقطه للولاية-----
- 230 ----- أولا: القول الأول-----
- 231 ----- ثانيا: القول الثاني-----
- 231 ----- الفقرة الثانية: مدى جواز تزويج من غاب وليها الأقرب-----
- 231 ----- أولا: القول بعدم تزويج مولية الغائب-----
- 232 ----- ثانيا: القول جواز تزويج مولية الغائب-----
- 233 ----- الفقرة الثالثة: إلى من تنتقل ولاية التزويج عند غيبة الولي-----
- 233 ----- أولا: انتقال الولاية إلى الولي الأقرب-----

- 234 ----- ثانيا: انتقال الولاية إلى السلطان
- 235 ----- البند الرابع: أحكام غيبة الولي في القانون
- 237 ----- المبحث الثاني: أحكام عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية
- 238 ----- المطلب الأول: كيفية إبرام عقد الزواج بالولاية النيابية
- 239 ----- الفرع الأول: الإيجاب و القبول و ألفاظهما في عقد الزواج
- 239 ----- البند الأول: ما يتم به الإيجاب و القبول في عقد الزواج
- 239 ----- الفقرة الأولى: استعمال لفظي التزويج و الإنكاح
- 239 ----- أولا : في الفقه الإسلامي .
- 240 ----- ثانيا : في القانون الجزائري.
- 240 ----- الفقرة الثانية : أقوال الفقهاء في الإيجاب و القبول بغير لفظي التزويج و الإنكاح
- 240 ----- أولا : فريق المانعين مطلقا
- 241 ----- ثانيا: فريق المحيزين
- 241 ----- ثالثا: في القانون الجزائري
- 242 ----- الفقرة الثانية: استعمال الأعجمية في الإيجاب و القبول
- 243 ----- البند الثاني: صيغة الإيجاب و القبول
- 243 ----- الفقرة الأولى : زمن صيغة الزواج ومدى اشتراط ذكر بعض الألفاظ.
- 243 ----- أولا: الزمن الموظف في صيغة الزواج.
- 243 ----- ثانيا: مدى اشتراط إعادة لفظ النكاح في القبول
- 244 ----- ثالثا : مدى اشتراط ذكر اسم الزوج أو الزوجة في الصيغة
- 245 ----- الفقرة الثانية : صيغة الزواج بالإشارة و الكتابة و الرسالة
- 245 ----- أولا: صيغة الزواج بالإشارة .
- 246 ----- ثانيا : صيغة النكاح بالكتابة و الرسالة
- 247 ----- ثالثا : صيغة الزواج بالإشارة و الكتابة قانونا

248. **الفرع الثاني: شروط مجلس عقد النكاح وأحكام إبرامه بعقد واحد.**
- 248 ----- البند الأول : شروط مجلس عقد النكاح
- 248 ----- الفقرة الأولى : إتحاد المجلس و عدم الفصل بين الإيجاب و القبول
- 248 ----- أولا : إتحاد المجلس
- 249 ----- ثانيا: عدم الفصل بين الإيجاب و القبول
- 250 ----- الفقرة الثانية: موافقة القبول للإيجاب و مدى فوريته
- 250 ----- أولا : موافقة القبول للإيجاب
- 250 ----- ثانيا: اشتراط فورية القبول
- 251 ----- **البند الثاني: أحكام إبرام عقد النكاح بعقد واحد.**
- 252 ----- الفقرة الأولى: بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة
- 252 ----- أولا : مذهب الحنفية
- 252 ----- ثانيا : مذهب المالكية
- 252 ----- ثالثا: مذهب الشافعية
- 253 ----- رابعا: مذهب الحنابلة
- 253 ----- الفقرة الثانية: بيان صيغة عقد الزواج بعقد واحد و أدلة كل فريق و موقف المشرع
- 253 ----- أولا : بيان صيغة عقد الزواج بعقد واحد و أدلة كل فريق.
- 256 ----- ثانيا : في القانون الجزائري
- 258 **المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية وانتهائها.**
- 258 ----- **الفرع الأول: طبيعة عقد الزواج المبرم بالولاية النيابية.**
258. **البند الأول: أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان و أنواع ولاية التزويج.**
- 259 ----- الفقرة الأولى: أقسام العقد من حيث الصحة و البطلان.
- 259 ----- أولا: العقد الباطل
- 259 ----- ثانيا : العقد الموقوف.

- 260 ----- ثالثا: العقد غير اللازم
- 261 ----- الفقرة الثانية : بيان أنواع ولاية التزويج و تعريفهم .
- 261 ----- أولا : تعريف الولاية الإجبارية.
- 262 ----- ثانيا : الولاية الاختيارية
- 262 ----- ثالثا: ولاية الشركة
- 262 ----- البند الثاني: قوة ولاية النائب في عقد النكاح
- 263 ----- الفقرة الأولى : مستحقو ولاية الإجمار في النكاح بالولاية الأصلية.
- 263 ----- أولا : مستحقو ولاية الإجمار على الصغار.
- 263 ----- ثانيا : مستحقو ولاية الإجمار على المجانين.
- 264 ----- ثالثا: مستحقو ولاية الإجمار على السفية.
- 265 ----- رابعا : مستحقو ولاية الإجمار على المرأة كاملة الأهلية.
- 266 ----- خامسا : مستحقو ولاية الإجمار في القانون الجزائري.
- 267 ----- الفقرة الثانية : قوة ولاية النائب في عقد الزواج.
- 267 ----- أولا : الحنفية .
- 268 ----- ثانيا: مالكية
- 270 ----- ثالثا : مذهب الشافعية.
- 271 ----- رابعا: مذهب الحنابلة.
- 272 ----- خامسا : قوة ولاية النائب في القانون الجزائري
- 272 ----- البند الثالث: مدى لزوم ونفاذ عقد النائب في النكاح.
- 272 ----- الفقرة الأولى:مدى لزوم عقد النكاح بالولاية النيابية.
- 272 ----- أولا : مدى لزوم نكاح الصغار.
- 273 ----- ثانيا: مدى لزوم نكاح المجانين
- 274 ----- ثالثا : مدى لزوم نكاح كاملة الأهلية

275 ----- رابعا : مدى لزوم النكاح في القانون

276 ----- الفقرة الثانية: نفاذ عقد زواج الولي بولاية النيابة.

276 ----- أولا : شرط التزام النائب حدود نيابته لنفاذ عقده

277 ----- ثانيا: وقوع مخالفة النائب لمصلحة

278 ----- ثالثا: قيود النائب في النيابة المطلقة

279 ----- رابعا: إبرام النائب العقد مع نفسه

281 ----- خامسا : أنكحة ناقصي الأهلية المتوقفة النفاذ على الإجازة

الفرع الثاني: أحكام بعض التصرفات النائب وبيان كيفية انتهاء الولاية النيابة

282 -----

283 ----- البند الأول: أحكام بعض التصرفات النائب الخاصة .

283 ----- الفقرة الأولى: تصرفات الوكلاء و الأوصياء عند تعددهم في النكاح.

283 ----- أولا : تعدد الوكلاء.

284 ----- ثانيا : تعدد الأوصياء.

285 ----- ثالثا : تعدد النواب في القانون

286 ----- الفقرة الثانية : إنابة الوصي و الوكيل غيرهما بالوكالة و الإيصاء.

286 ----- أولا: توكيل الوكيل

288 ----- ثانيا: إيصاء الوكيل.

289 ----- ثالثا: إيصاء الوصي

290 ----- رابعا: توكيل الوصي.

291 ----- خامسا : إنابة النائب غيره في القانون

291 ----- الفقرة الثالثة: تزويج الوليين بالنيابة.

292 ----- أولا : بيان الحالة الأولى

293 ----- ثانيا : بيان الحالتين الثانية والثالثة

294	ثالثا : تطبيق الحالتين على الأولياء بالنيابة-----
295	البند الثاني: انتهاء الولاية النيابية-----
295	الفقرة الأولى : انتهاء الولاية النيابية بتنفيذها أو بانتهاء مدتها.-----
295	أولا : بتنفيذ النيابة-----
295	ثانيا : بانتهاء توقيت النيابة-----
296	الفقرة الثانية : انتهاء النيابة بخروج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف.-----
296	أولا : خروج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف بالموت-----
297	ثانيا : خروج أحد أطراف النيابة عن أهلية التصرف بالجنون أو السفه-----
298	الفقرة الثالثة:انتهاء الولاية النيابية بعزل النائب.-----
298	أولا: بالنسبة للوكالة-----
299	ثانيا: بالنسبة للإيصاء-----
301	الفقرة الرابعة : انتهاء الولاية النيابية في القانون-----
303	الخاتمة-----
306	فهرس الآيات-----
308	فهرس الأحاديث-----
310	فهرس الآثار-----
311	فهرس الأعلام-----
312	فهرس المصادر و المراجع-----
326	فهرس الموضوعات-----