

غياب وفقدان الولي وأثره على عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

The absence and the loss of the guardian and its effect on the marriage contract in the Islamic jurisprudence and the Algerian law

Boussehaba Laid

Faculty Of Law And Political Science
University Ahmed Draia Adrar, Algeria
boussehabal@yahoo.fr

بوسحابة لععيد

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أحمد دراية - أدرار-الجزائر
boussehabal@yahoo.fr

تاريخ القبول: 2021/06/05

تاريخ الاستلام: 2020/09/28

ABSTRACT:

The Islamic law has established guardianship over women to preserve their rights forever. Therefore, the majority of jurists decided that the woman, whatever her condition, should not establish her marriage contract by herself, however, the Hanafis authorised the adult woman to do that with conditions. The Algerian legislation took the opinion of the Hanafis. Almost absolutely therefore, if the closest guardian was lost or absent, that would have an effect on the woman. If she liked to get married, because of that, our jurists addressed this issue, they authorised the transfer of the right of marriage and they put conditions to that. The Algerian legislator has given the adult woman the right to start her marriage by herself without the presence of her guardian. The role of the guardian is restricted by the Algerian legislator only to marrying a minor girl.

Keywords: loss, absence, long absence, closest guardian, guardianship.

ملخص باللغة العربية:

أقرت الشريعة الإسلامية الولاية على المرأة في النكاح حفاظا على حقوقها في هذا العقد الأبدي، ولذلك اعتبر جمهور الفقهاء أن المرأة مهما كانت صفتها لا يمكنها أن تعقد زواجها بنفسها، بينما رخص الحنفية للراشدة أن تباشر عقد قرانها بنفسها غير أنه يستحب أن يباشر ذلك وليها وحفظوا لهذا الأخير حق الاعتراض على العقد إن تم بغير كفه لها، وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية بشيء من الإطلاق، ومن ثم فإن فقد أو غاب الولي الأقرب فذلك أثر على المرأة إن رغبت في الزواج، لذلك عالج فقهاؤنا هذه المسألة فأجازوا انتقال حق ولاية التزويج ووضعوا لذلك ضوابط، أما المشرع الجزائري فقد أعطى للمرأة البالغة الراشدة حق مباشرة زواجها بنفسها فلا أثر يلحقها من جراء غياب أو فقد وليها، فدور الولي اقتصره المشرع على تزويج القاصرة فقط.

الكلمات المفتاحية: فقدان، الغياب، الغيبة، الولي الأقرب، الولاية.

مقدمة:

أحل الله الزواج وحرم الزنا، وجعل كل من الزوجين سكناً للآخر، حيث جاء في كتابه العزيز: ﴿وَمَنْ آتَيْتَهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹، وقد وردت أحاديث كثيرة ترغب في الزواج وتحث عليه بغية الحفاظ على النسل وإحصان الزوجين، وقد وضع الشرع والقانون شروطاً وجب توافرها في الزوج والزوجة ليكون الزواج صحيحاً شرعاً وقانوناً، ومن بين هذه الشروط شرط الولي، لاسيما بالنسبة للزوجة، ففقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا بشأن هذا الشرط بين مضيق وموسع، وقد اختار القانون الرأي المرن الذي يتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة وما تمليه الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تحرير المرأة، وقد أخذ هذا الشرط لغطاً في الساحة السياسية والإعلامية الجزائرية بين مطالب بعدم اشتراطه وبين مطالب بجعله ركناً في العقد.

إن الولي قد يغيب لسبب من الأسباب أو يفقد وتكون ابنته أو من هي في ولايته في هذه الفترة بحاجة إلى عقد قرانها، فتتضرر من هذا الغياب فتضطر إما إلى اللجوء إلى أحد أقربائها ليزوجها وفق ما يجيزه الشرع ويقتضه القانون، أو انتظار عودة الولي فنقوتها فرصة الزواج لاسيما إذا كان طالب يدها كفاء لها.

إن أهمية هذا البحث تكمن في إثراء هذا الموضوع من خلال مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للوصول إلى استنباط قواعد قانونية قد تقيد المشرع الجزائري، وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي: هل لغيبة وفقدان الولي الأقرب أثر على عقد الزواج؟، لمعالجة هذا البحث تبني المنهج التحليلي والمقارن، الأول لتحليل النصوص والآراء، والثاني للمقارنة بين الآراء الفقهية وما استقرت عليه النصوص القانونية، ولمعالجة هذا الموضوع اعتمدت الخطة التالية:

- مبحث تمهيدي: لمحة عن الولاية في الزواج.
- المبحث الأول: صور غيبة الولي.
- المبحث الثاني: أثر غيبه وفقدان الولي على عقد الزواج.

المبحث التمهيدي: لمحة عن الولاية في عقد الزواج.

إن الولاية في النكاح هي مظهر تشريف وتكريم للمرأة، فالشارع الحكيم نصب لها من يدافع عنها ويراعي حقوقها في عقد الزواج، لأنها لو تولته بنفسها لغلبتها العاطفة والحياء مما ينجم عنه إسقاط الكثير من حقوقها¹، وعليه وحتى نلج في خضم هذا البحث والذي يتعلق أساساً بغياب و فقدان الولي ومدى تأثيره على عقد الزواج، كان لزاماً أن نمهد له ببسط نظرة دقيقة ومختصرة عن بعض المفاهيم المتعلقة بالولاية والتي قد تتكرر عبارتها في المبحثين الموليين، لذا سأقسم هذا المبحث التمهيدي إلى مطلبين، أخصص المطلب الأول لتعريف الولاية في عقد النكاح أما المطلب الثاني فأخصصه لأقسام الولاية باعتبار الإيجاب والاختيار.

المطلب الأول: تعريف الولاية في عقد النكاح.

من المعلوم في الفقه الإسلامي أن فقهاء المذاهب الأربعة اختلفوا بشأن الولي في عقد النكاح فمنهم من جعله ركناً ينهدم الزواج عند عدمه، ومنهم من اعتبره شرطاً، ومنهم من جعله شرطاً في زواج الصغيرة فقط، أما القانون فاعتبر الولي شرطاً وقد فرّق في ذلك بين زواج القاصر والراشدة؛ وإن ما يهمنا في هذا المبحث التمهيدي هو معرفة معنى الولاية شرعاً وقانوناً ومن ثم توضيح الرؤيا بشأن مفهوم الولي وهو ما نتطرق له في فرعين كما يلي:

- الفرع الأول: تعريف الولاية اصطلاحاً.

- الفرع الثاني: التعريف القانوني للولاية.

الفرع الأول: تعريف الولاية اصطلاحاً.

الولاية في مفهوم الفقهاء هي عقد شرعي يكتسب بمقتضاه صاحب هذا الحق وهو الولي تنفيذ القول على غيره رضي أم لم يرض².

1 الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، دار بن حزم، بيروت - لبنان -، طبعة دار ابن حزم الأولى، 1428هـ/2007م، ص 73.

2 محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الطلائع، القاهرة -مصر-، ص 51.

كما عرّف بعض الفقهاء لولاية أنها: "سلطة شرعية يسوغ لصاحبها التصرف بالشيء محل الولاية تصرفاً نافذاً"¹، وهذا التعريف يخص الولاية بصفة عامة لا ولاية النكاح فقط.

فيما عرّفها بعض الحنفية أنها: "تتفيذ القول على الغير شاء أم أبي"²، والولي في نظر صاحب شرح حدود ابن عرفة هو "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيضاء أو كفاله أو سلطنة أو ذو إسلام"³.

أما في البحوث الشرعية الحديثة فهناك من خص الولاية في النكاح بالتعريف التالي: "هي سلطة شرعية لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلاً لعقده"⁴.

وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في مسألة الولاية في الزواج إلى قولين، حيث اعتبر جمهور الفقهاء أن الزواج لا يصح بدون ولي⁵، فيما ذهب الحنفية إلى أن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تزوج نفسها ولوليها حق الاعتراض إن تزوجت بغير كفء لها⁶.

1 أحمد الحجى الكردي، الأحوال الشخصية (الأهلية- والنيابة الشرعية- والوصية- والوقف- والتركات)، منشورات جامعة دمشق كلية الشريعة، دمشق - سوريا، 1437-1436هـ / 2015-2016م، ص 68.

2 محمد الأمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار تنوير الأبصار-الجزء الرابع-، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض، قدم له الدكتور محمد بكر إسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية-، طبعة خاصة، 1432هـ / 2003م، ص 154.

3 أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية -القسم الأول-، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان-، الطبعة الأولى، 1993، ص 241.

4 عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح -الجزء الأول-، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة -المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1423هـ / 2002م، ص:

5 وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر -الجزء الثالث- (أحكام الأسرة)، دار الكلم الطيب، دمشق- سوريا-، طبعة مصححة ومنقحة، 1431هـ / 2010م، ص 54.

6 محمد بن يحيى المطهر، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية - الجزء الأول-، شركة الفرسان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص 87.

الفرع الثاني: تعريف الولاية قانوناً.

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في النكاح وإنما ذكر الولي في عدة مواد، ففي المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري¹ اعتبر المشرع الولي شرطاً من شروط الزواج، فيما قيد سلطة الولي في تزويج القاصر أما المرأة الراشدة فأعطاه القانون حق إبرام العقد بنفسها وذلك من خلال نص المادة الحادية عشر²، ثم حدّ المشرع من سلطة الولي حينما نص في المادة الثالثة والثلاثين على أن الزواج إذا تم بدون ولي يثبت بعد الزواج بصدّق المثل³، وعليه ومن خلال استقراء هذه المواد يمكننا أن نعرف الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري على أنها سلطة يمكن من خلالها للولي مباشرة عقد زواج القاصر الذي في ولايته شريطة موافقة القاصر وترخيص القضاء بذلك.

أما فقهاء القانون فتعريفهم للولاية مشتق من التعريف الاصطلاحي لها، فمحمد أبو زهرة عرّف الولاية في النكاح على أنها: "القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير حاجة إلى إجازة أحد"⁴.

1 قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 24 الصادرة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو 1984، المعدل بالأمر رقم: 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 15 الصادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، المادة 09 مكرر منه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: -أهلية الزواج-الصدّق-الولي-شاهدان-انعدام الموانع الشرعية للزواج".

2 قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل، المرجع السابق، المادة 11 منه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

3 قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل، المرجع السابق، المادة 33 منه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل".

4 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة -مصر-، ص 107.

المطلب الثاني: أقسام الولاية باعتبار الإيجاب.

إن اشتراط الشريعة الإسلامية وليّ للمرأة يتولى نكاحها ليس بهدف الحجر عليها وإنما تحقيقاً لفوائد تعود عليها بالنفع وحماية لها من أيّ موقف قد يخذش كرامتها¹، لذا وبحسب صفة المرأة قسم الفقهاء الولاية إلى قسمين: "ولاية إيجاب، ولاية اختيار أو ولاية شركة"²، واختلف الفقهاء في ضابط الإيجاب بين الصغر والبلوغ، أما القانون فسلك مسلك الحنفية من حيث المبدأ، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: ولاية الإيجاب.

- الفرع الثاني: ولاية غير الإيجاب.

الفرع الأول: ولاية الإيجاب.

عرّفها محمد أبو زهرة أنها الولاية التي يستبد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد³، أما بلحاج العربي فعرّفها أنها الولاية التي يستبد فيها الولي بإنشاء العقد على من في ولايته دون مشاركة أحد بسبب عدم توفر شرط العقل والبلوغ في الزواج في المولى عليه⁴، وعرّفها وهبة الزحيلي أنها: "تنفيذ القول على الغير"⁵، أما الولي المجرى فهو: "من له حق تزويج من هو تحت رعايته من البنات دون إذنهن"⁶، وقد اختلف الفقهاء في ضابط الإيجاب على النحو التالي⁷:

1 العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 31.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع السابق، ص 108.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، نفس المرجع، ص 108.

4 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (المقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية) الجزء الأول-الزواج والطلاق-، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر-، طبعة 1999، ص 119.

5 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء السابع-، دار الفكر العربي، دمشق -سوريا -، طبعة معدلة، 2008، ص 190.

6 الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص:76.

7 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، حسين داي - الجزائر -، 2010، ص 114 و 115.

- الحنفية جعلوا ضابط الإجماع هو الصغر، فولاية الإجماع تثبت على الصغيرة فقط.
- الشافعية جعلوا ضابط الإجماع هو البكارة، ومن ثم فإن ولاية الإجماع عندهم تثبت على البكر الصغيرة أم كبيرة.
- المالكية جمعوا بين الضابطين فجعلوا ولاية الإجماع تكون بأحد السببين إما البكارة أو الصغر؛ وهو رأي الحنابلة أيضاً¹.

أما من حيث من تثبت له ولاية الإجماع فالمالكية قالوا إن ولاية الإجماع ثابتة للأب على ابنته الصغيرة أو البكر البالغة ومن في معناها، كما تثبت لوصي الأب إذا سمي أو عين له الزوج²، أما الشافعية فقالوا إنها تثبت للأب والجد³، أما الحنفية فهي ثابتة عندهم لكل الأولياء على الصغيرة ولو ثبت دون البالغة⁴.

أما في القانون، فالمشروع الجزائري بنص المادة 13 من قانون الأسرة⁵ وضع حدًا لجدل قديم وطويل حول مدى سلطة الولي في إجماع من في ولايته على الزواج دون رضاها⁶، ولإشارة فإن المحكمة العليا قضت بأنه لا يمكن للقاضي ولو بعد إتمام عقد الزواج أن يجبر الزوجة على الدخول⁷، وعليه فإن القانون ألغى الجبر في

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 209.

2 عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 115.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 111.

4 عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - الجزء الأول-، هامشه بالشرح المسمى بدر المتقى في شرح الملتقى، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان-، ص 333.

5 القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل، المادة 13 منه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

6 عبد القادر بن حرز الله، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، القبة-الجزائر-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ص 69.

7 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 415123، قرار بتاريخ: 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2008، ص 275.

الزواج مطلقاً، وبذلك يكون قد خالف فقهاء المذاهب الأربعة، كما يؤاخذ عليه اعتباره أن الجبر إكراه وهذا حياد عن الصواب¹.

الفرع الثاني: ولاية غير الإيجابار.

وهي ولاية الاختيار وتسمى أيضاً عند جمهور الفقهاء ولاية الشركة، وهي الولاية التي لا تنفرد فيها المرأة بإنشاء عقد زواجها وإنما يشاركها وليها في اختيار الزوج، ويتولى هو الصيغة بعد اتفاهه معها²، وهي الولاية التي يكون فيها للولي حق تولي أمر شخص دون إجباره، وذلك بإبداء النصح له حتى لا يقع فيما لا تحمد عقباه³، وهي أيضاً: "الحق الذي يملكه الولي في تزويج المولى عليه مع اشتراكه معه في الرأي والاختيار، فالولي لا يملك التقرد بتزويج المولى عليه بل لابد من موافقته على الزواج ورضاه"⁴.

فيما عرفها بلحاج العربي أنها الولاية التي يكون فيها الخيار للمرأة غير أنه يستحب أن تستشير وليها وأن يقوم هذا الأخير بمباشرة عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف⁵، ففي ولاية الاختيار يكون للولي حق تزويج من في ولايته بناء على اختيارها ورضائها⁶، ويطلق عليها الحنفية ولاية الندب والاستحاب ومعناها أن للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها ولكن يستحب أن تأذن وليها لتولي العقد⁷.

1 دليله فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة - انعقاد الزواج-، دار الخلدونية، القبة - الجزائر-، 1437هـ/2016م، ص 117.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع السابق، ص 108.

3 صاحب جلال عجاج، ولاية الإيجابار في النكاح، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، تكريت -العراق-، العدد العشرون، 1434هـ، ص 391.

4 عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانوناً، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم الإسلامية، السودان، العدد الخامس، أغسطس 2012، ص 03.

5 بلحاج العربي، المرجع سابق، ص 119.

6 وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة -الجزء الثامن-، دار الفكر العربي، دمشق-سوريا-، ص 192.

7 محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 55.

اختلف الفقهاء في من تثبت له ولاية الاختيار، فعند المالكية تثبت للأب على ابنته الثيب البالغة ومن في حكمها، كما تثبت لجميع الأولياء غير الأب حسب الترتيب سواء كانت المولى عليها بكرة أم ثيباً¹، أما الحنابلة والشافعية فتثبت عندهم لجميع الأولياء حسب الترتيب المعتمد في كل مذهب²، بينما الحنفية فعندهم يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تتفرد باختيار الزوج دون إشراك وليها ويجوز لها أن تتشأ عقد الزواج بعبارتها ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها وأن يكون راضياً على قرانها³.

أما قانون الأسرة الجزائري فالواضح من نص المادة 13⁴ أن القانون كرس أحقية المرأة البالغة الراشدة في أن تباشر عقد زواجها بنفسها⁵، ولها أن تختار أي شخص لحضور عقد قرانها سواء كان أباً أو غيره⁶، وبذلك يكون المشرع قد وسع من دائرة الولي ولم يقيد في حالة عدم وجود الأب أو أحد الأولياء ذي القربى عموماً⁷، وهو بذلك اقتبس هذا الاجتهاد من مذهب الحنفية لكنه خالف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية بمن فيهم الحنفية عندما لم ينص على حق اعتراض الأب على زواج ابنته البكر البالغة إذا عقدت زواجها على غير كفاء لها⁸، فالواضح أن فلسفة المشرع في مسألة الولاية في النكاح تتجه إلى اعتبارها أمراً شكلياً⁹، ومن ثم يمكن

1 عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 115.

2 وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة - الجزء الثامن، نفس المرجع، ص 194 و 195.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع السابق، ص 128.

4 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل، المادة 13 منه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر الفاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها..."

5 بن شويع رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 1429هـ/ 2008م، ص 65 و 66.

6 العربي بختي، المرجع السابق، ص 33.

7 عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 68 و 69.

8 دليلة فركوس وجمال عياشي، المرجع السابق، ص 115.

9 عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 111.

القول أن ولاية الاختيار في القانون تكون على القاصرة فقط¹، وقد رتب القانون من لهم الولاية على القاصر وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له².

المبحث الأول: صور غيبة الولي.

تتحصر صور غيبة الولي في إما في فقدانه أو غيابه وهذا الأخير إما تكون فيه الغيبة قريبة أو بعيدة، لذا نخصص المطلب الأول لفقدان الولي، والمطلب الثاني لغياب الولي، مع العلم أننا نقصد بالغياب المفهوم الضيف الذي يخرج منه الفقدان.

المطلب الأول: فقدان الولي.

سنتطرق في المطلب لمفهوم الفقدان في الشريعة الإسلامية ثم لمفهومه في القانون.

الفرع الأول: مفهوم الفقدان في الشريعة الإسلامية.

تعددت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية لمفهوم المفقود وإن كانت تصب في قالب واحد وعليه سنتطرق لأهمها:

عرّف الرصاع المفقود على أنه: "من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه"³، فيما عرفه صاحب مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر أنه الغائب الذي لا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته⁴، وعرفه الكاساني أنه: "اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حيّ أم ميت"⁵، في حين عرفه شمس الدين السرخسي: "المفقود اسم لموجود هو حيّ باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله وأهله في طلبه يجدون ولخفاه أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره

1 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 67.

2 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل، المادة 11 منه.

3 أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، المرجع السابق، ص 314.

4 عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، المرجع السابق، ص 712.

5 علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الجزء الثامن-، تحقيق وتعليق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، الطبعة الثانية، 1424هـ/2002، ص 303.

وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التتاد¹، أما من الفقهاء المعاصرين فقد عرف الصادق بن عبد الرحمان الغرياني المفقود أنه هو من يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره²، كما عرف أحمد حماني المفقود أنه: "من عميت أنباؤه"³.

أما بخصوص أنواع المفقود فالحنفية والشافعية لم يعطوا تقسيما للمفقود وجعلوا الفقدان صنفا واحدا تترتب عليه جميع أحكامه، في حين أن المالكية قسموا المفاقد إلى خمسة وجعلوا لكل أحكامه⁴، بينما الحنابلة قسموا المفقود إلى نوعين: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، حيث يختلف الحكم باختلاف نوع الغيبة⁵.

الفرع الثاني: مفهوم الفقدان في القانون الجزائري.

عرّف المشرع الجزائري المفقود في قانون الأسرة الجزائري، كما يستخلص تعريف آخر له في القوانين الخاصة؛ ففي قانون الأسرة سرى المشرع الجزائري مسرى الفقه الإسلامي من خلال تعريفه للمفقود حيث عرف المفقود أنه الغائب الذي لا

1 شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط-الجزء الحادي عشر-، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، ص 34.

2 الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 316.

3 أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني -استشارات شرعية ومباحث فقهية- الجزء الرابع-، راجع أصولها وصحتها ورتبها وعلق عليها وخزج أحاديثها الأستاذ: مصطفى صابر، تقديم يوسف بلمهدي، طبعة جديدة منقحة، عالم المعرفة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة-الجزائر-، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012، ص 531.

4 شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير-الجزء الثاني-، بهامشه تقارير محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية عيسى بابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة -مصر-، ص 387.

5 عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، تيسير مسائل الفقه شرح الروض المربع وتنزيل الأحكام على قواعدها الأصولية وبيان مقاصدها ومصالحها وأسراها وأسباب الاختلاف فيها - المجلد الرابع-، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض -المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، ص 188 و189.

يعرف مكانه ولا موته من حياته¹، أما في القوانين الخاصة فاعتبر المفقود هو من ثبت وجوده في مكان الكارثة ولم يظهر حيا ولم يعثر على جثته².
أما تعريفات فقهاء القانون للمفقود فهي مطابقة لما جاء في الشريعة الإسلامية، حيث عرف محمد أبو زهرة المفقود أنه غير معلوم الحال، أهو حي أم ميت³.

ومن حيث أنواع المفقود فالمشعر الجزائري قسم المفقود إلى نوعين مفقود في غيبة ظاهرها السلامة ومفقود في الحروب والحالات الاستثنائية⁴، كما أن الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر دفعت المشعر إلى إصدار نصوص خاصة غض فيها الطرف على قانون الأسرة الجزائري وتتمثل في:

- أمر رقم: 02-03 جاء بجملة من الأحكام تعالج مفقودي فيضانات باب الوادي⁵.
- القانون رقم: 03-06 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس⁶.
- الأمر رقم: 06-01 جاء بجملة من الإجراءات منها ما يخص مفقودي المسأة الوطنية⁷.

-
- 1 القانون 84-11 المعدل، المادة 109 منه: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".
 - 2 شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، تحت إشراف: بلقاسم أعراب، 2010/2009، ص 18 إلى 20.
 - 3 محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة -مصر-، ص: 220.
 - 4 القانون 84-11 المعدل، السالف الذكر، المادة 113 منه.
 - 5 أمر 02-03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، العدد: 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 الموافق 28 فبراير 2002.
 - 6 قانون رقم: 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 37 الصادر في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003.
 - 7 الأمر رقم: 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37، مؤرخة في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003).

المطلب الثاني: غياب الولي.

سنتطرق في هذا المطلب للغائب بمفهومه الضيق والذي يخرج منه المفقود، لذا سنبين مفهوم الغائب في الشريعة الإسلامية ثم نتعرض للتعريف القانوني للمفقود.

الفرع الأول مفهوم الغائب في الفقه الإسلامي.

فرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الغائب والمفقود وجعلوا لكل أحكامه، وعليه سنعرض بعض التعاريف المنتقاة من الفقه الإسلامي. فمن المعلوم أن بعض الفقهاء اعتبروا أن الغائب من كانت حياته معلومة لعدم انقطاع خبره وهذا ما يميزه عن المفقود¹، كما يطلق الغائب على من غاب وكانت أخباره موصولة وحياته معلومة²، ومن الفقهاء من عرف الغائب من غاب عن أهله مع تيقن حياته سواء كانت غيبته في مكان معلوم أو في مكان مجهول³.

وقد قسم الفقهاء الغيبة إلى غيبة قريبة وأخرى بعيدة؛ فالأولى هي التي يكون فيها الغائب في مكان يمكن الاتصال به، حيث اختلف الفقهاء في حدها فمنهم من حددها بمسافة القصر ومنهم من حددها بمسير يوم وليلة ومنهم من زاد على ذلك⁴، فيما مثل أحد الفقهاء الغيبة القريبة: "كمن خرج تاجراً في سفر لغير مقام"⁵.

1 هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي، دار دجلة، عمان - المملكة الأردنية الهاشمية-، 2010، ص 26.

2 أبو الحسن علي بن محمد بن الحبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني -الجزء 11-، تحقيق وتعليق محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م، ص 316.

3 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان - الأردن-، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م، ص 216.

4 فراس سعدون فاضل، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح -دراسة فقهية مقارنة-، مجلة كلية العلوم الإسلامية، الموصل، العراق، العدد: 12، المجلد: 06، 1433هـ/ 2012، ص 150.

5 أبي سعيد البرادعي خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، التعذيب في اختصار المدونة - الجزء الثاني-، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار للبحوث للدراسات الإسلامية وحياء التراث، دبي-الإمارات العربية المتحدة-، الطبعة الأولى، 1422هـ/2002، ص 142.

أما الغيبة البعيدة والتي يعبر عنها بعض الفقهاء بالغيبة المنقطعة، فقد عرفها ابن قدامة أنها الغيبة التي يكون فيها الغائب في مكان لا تصله الرسائل¹، وقيل تكون الغيبة غيبة منقطعة إذا كان الغائب في مكان يبعد أكثر من مسافة القصر وبمعنى آخر إذا كان في مكان يقدر إذا تم استطلاع رأيه بنوات الكفاء الخاطب الحاضر²، فيما مثل البعض غيبة الانقطاع كمن خرج في المغازي إلى بلد بعيد مثل طنجة وأقام فيها³، وسميت هذه الغيبة بالغيبة المنقطعة لأن الولي الغائب تتعذر مراجعته فينقطع عن امكان تزويج من في ولايته⁴، والغيبة المنقطعة قد يكون صاحبها مجهول الحال فيعتبر مفقودا لا غائبا⁵.

الفرع الثاني مفهوم الغائب في القانون.

لم يعرف المشرع الجزائري الغائب وإنما عرف المفقود فقط، وأشار إلى الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقر إقامته⁶، وبمفهوم المخالفة للمادة 109 من قانون الأسرة الجزائري يمكن تعريف الغائب أنه من غادر مقر إقامته وحياته معلومة ومكانه معلوم، أما من فقهاء القانون فقد عرف عبد الرزاق

1 موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني - الجزء التاسع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض-المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م، ص 385.

2 الهمام الشيخ، نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان-الجزء الأول، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، ص 314.

3 أبي سعيد البراذعي خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، المرجع السابق، ص 141 و142.

4 موفق الدين أبي محمد بن عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة، نفس المرجع، ص: 385 و386.

5 يوسف عطا محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل شهادة ماجستير تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلي-فلسطين -، تحت اشراف: الدكتور مروان القدومي، 2003، ص 24.

6 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل، السالف الذكر، المادة 110 منه: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

السنهوري الغائب أنه: " من تكون حياته محققة لكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه¹، فيما هناك من عرفه كل من توارى وبعد²، ومن الباحثين من توصل إلى أن الغائب " من ترك وطنه - اختياراً، أو اضطراراً- إلى مكان آخر و أقام فيه، وحياته معلومة و أخباره موصولة و لم تنقطع بعد و لو إجمالاً³ وهو من أحسن التعريفات غير أن ما يؤاخذ عليه هو حصر الغائب في من غادر الوطن حيث أن اللفظ الأدق هو أن الغائب من غادر الموطن، وعليه فإن تعريفات الغائب تتقاطع في شرطين يتميز بهما الغائب عن المفقود وهما: معرفة حياته وأخباره موصولة غير منقطعة.

المبحث الثاني: أثر غياب وفقدان الولي على عقد الزواج.

إن المبدأ العام شرعاً وقانوناً في عقد الزواج أن إبرام العقد يتولاه الولي نيابة عن من في ولايته؛ وأن من المعلوم أن المبدأ الذي تقوم عليه الولاية هو التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد، الذي لا تنبسط آثاره على الزوجين فقط بل تتعداهما إلى الأهل والأولياء، وذلك إما تكريماً واعتزازاً أو عارا وحطة⁴، ولكن قد يغيب الولي الأقرب أو يفقد وترغب من هي في ولايته في عقد قرانها، فهل تقول الولاية إلى من يليه في الترتيب أم كتب عليها انتظاره حتى يعود؟، وهو ما نتطرق له في مطلبين.

المطلب الأول: أثر غياب وفقدان الولي على عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.

تطرق فقهاء الشريعة لمسألة زواج المرأة في حالة غياب الولي الأقرب أو فقدانه حيث اتفقوا من حيث المبدأ وهو انتقال الولاية، وقد وضعوا لذلك ضوابط

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول- (نظرية الالتزام بوجه عام -مصادر الالتزام-)، دار احياء الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، ص 285.

2 عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين-دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني-، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، غزة-فلسطين-، تحت إشراف: ماهر أحمد السريتي، 1425هـ/2004، ص 102.

3 المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية-مصر-، الطبعة الأولى، 2011، ص 13.

4 الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 74.

حسب نوع الغيبة والضرر الذي قد يلحق بالمرأة جراء انتظار الولي الغائب، وهذا تفصيل ذلك حسب كل مذهب:

المالكية: قسم المالكية أثر فقدان أو غياب الولي على عقد الزواج إن كان

الولي مجبرا أو غير مجبر على النحو التالي:

1. غياب أو فقدان الولي المجرر: إذا فقد أو غاب الولي المجرر فإن الحكم عند المالكية يكون بحسب نوع الغيبة، بحيث إن فقد الولي المجرر أو غاب غيبة بعيدة فينتقل الحق للحاكم الذي يجوز له أن يزوج المجررة إن كانت بالغة أو خيف عليها الفساد¹، أما إن كانت غيبته غيبة قريبة معلومة المكان فلا يجوز تزويج المجررة لعلة إمكانية الاتصال بالولي، فحكمه حكم الحاضر وبالتالي إن زوجت فسخ العقد²، إلا إذا كان الطريق المؤدي إليه غير آمن وخيف عليها الضياع أو الفساد فحينئذ جاز للحاكم أن يزوجه³.

2. غياب أو فقدان الولي غير المجرر: إذا فقد أو غاب الولي الأقرب غير المجرر جاز للحاكم أن يزوجه وإن زوجها الولي الأبعد الحاضر فإن زواجها صحيح⁴.

الحنفية: اعتبروا أنه إذا غاب الولي وكانت غيبته غيبة منقطعة بحيث لا ينتظر الكفاء الخاطب جوابه انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد⁵، والمقصود عندهم بالغيبة المنقطعة هي الغيبة التي قدرها مسافة السفر⁶، علما أن الغيبة المنقطعة تشمل غياب الشخص أو فقدانه.

1 الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته - الجزء الثالث-، مؤسسة المعارف، بيروت -لبنان-، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م، ص 222.

2 عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك -الجزء الثاني-، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية -الجزائر-، ص: 39/ الحبيب بن الطاهر، نفس المرجع، ص 222.

3 أبي الوليد أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد -الجزء الثاني-، دار اشرفية، الجزائر، ص: 14 / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته-الجزء السابع-، مرجع السابق، ص 218.

4 الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص 223.

5 محمد بن الشيخ بن سليمان المعروف بداماد أفندي، المرجع السابق، ص 329.

6 الهمام الشيخ، نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص 8.

أما الشافعية فقالوا إن كان الولي الأقرب مفقودا لا تعرف حياته من مماته انتقلت الولاية إلى السلطان، أما إن كان غائبا معلوم المكان فإن كان على بعد مسافة القصر زوج المرأة السلطان أيضا، أما إن كانت غيبته دون مسافة القصر فهناك روايتان أحدهما أنها لا تزوج حتى يراجع الولي أو يوكل¹.

وبخصوص الحنابلة فعندهم إذا غاب الولي الأقرب غيبة معتبرة انتقلت ولاية النكاح إلى الولي الأبعد فإن لم يوجد فالسلطان، والولاية المعتبرة عندهم هي التي لا يصل فيها الكتاب إلى الغائب أو يصل فلا يجيب، وقد اختلفوا في حد ذلك فقيل مسافة القصر وقيل إذا كان في مكان لا تصله القوافل في السنة إلا مرة أو كان في مكان لا يقطع إلا بكلفة ومشقة، أما إذا في مكان لا توجد فيه الغيبة المعتبرة فإن الولي ينتظر ويراسل حتى يحضر أو يوكل من يقوم مقامه²، والظاهر أن الحنابلة يعتبرون أنه في حالة غياب الولي الأقرب غيبة بعيدة أو فقده تنتقل ولاية النكاح إلى الولي الأبعد فإن لم يوجد فتنقل إلى السلطان.

المطلب الثاني: أثر غياب وفقدان الولي على عقد الزواج في القانون.

إذا غاب الولي أو فقد فليس لغيابه أثر على عقد البالغة التي في ولايته لأن المشرع الجزائري اقتبس أحقية البالغة الراشدة في عقد زواجها بنفسها من فتوى الحنفية³، فالولي إذن كشرط في صحة الزواج اقتصره المشرع على القاصر وأن زواج هذا الأخير لا يكون إلا للضرورة وبإرخصة من القضاء، غير أن المشرع غفل على مسألة غياب الولي أو فقدانه على ابنته القاصر ووجدت ضرورة لنكاحها، وعلى سبيل المقارنة فإن المشرع الأردني حسم هذه المسألة حيث نص على انتقال الولاية إلى الولي الأبعد إذا كان في انتظار هذا الأخير تقويت الفرصة على

1 الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين-الجزء السابع-، إشراف: زهير شاوش، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1412هـ/1991م، ص 68 و69.

2 شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله أحمد الخرقى - الجزء الثاني-، قدم له ووضع حواشيه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م، ص 334 و335.

3 دليلة فركوس وجمال عياشي، المرجع السابق، ص 114.

المخطوبة¹ وهو ما ذهب إليه المشرع السوداني أيضاً²، وعليه وبناء على المادة 222 من قانون الأسرة يرجع القاضي إلى الشريعة الإسلامية فنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا في هذه المسألة حسب خلفية وفلسفة كل مذهب، فإذا أخذنا بالمذهب المالكي الذي هو المرجعية الدينية للجزائر نجد أن فقهاء المالكية فصلوا في المسألة حسب صفة الولي الغائب أو المفقود وكذا صفة المرأة محل الزواج وكذا نوع الغيبة، والظاهر أن فلسفة المشرع الجزائري في مسألة الولاية مؤسسة على الفقه الحنفي وهذا الأخير كما بينا سابقاً اعتبر أنه إذا فقد الولي الأقرب أو غاب غيبة منقطعة بحيث إذا تم انتظاره فات على المرأة نكاح كفاء لها زوج الأبعد، وتقدير كل ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما ينبغي على المشرع سده بإضافة مادة تحسم هذه المسألة والتي تخص زواج القاصرة فقط.

خاتمة:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الولاية في الزواج بين مضيق وموسع، فجمهور الفقهاء قالوا أنه لا يجوز للمرأة مباشرة عقد زواجها بنفسها وإنما يتولى ذلك وليها مراعاة لمصلحتها وحفاظاً على حقوقها، أما الحنفية فأجازوا للمرأة البالغة الراشدة أن تتبصر عقد زواجها بنفسها ولكن يستحب أن يتولى ذلك وليها، ولهذا الأخير حق الاعتراض على زواج من في ولايته إن تزوجت بغير كفاء لها، أما المشرع الجزائري فالواضح أنه تبنى رأي الحنفية بشيء من الاطلاق حيث أجاز للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها ولم يقيد ذلك بحق الولي في الاعتراض في حالة زواجها من غير كفاء لها، حيث اقتصر دور الولي في مباشرة عقد القاصرة فقط.

1 قانون 15 عام 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردني، العدد: 5578، الصادرة بتاريخ: 2019/02/06، المادة 17 منه: "إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تعويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي".

2 قانون سنة 1991 بتاريخ: 1991/07/24 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين، المادة 35 منه: "إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج فتنقل الولاية إلى من يليه".

إن الولي قد يفقد أو يغيب لسبب من الأسباب وفي هذا الوقت قد يتقدم إلى المرأة من يطلب يدها لإتمام نصف دينه فمن المنطق أن لا ينتظر حتى يعود لأن في ذلك ربما تفويتا لفرصة الزواج، لذلك فقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة بما يحقق مصلحة المرأة ووليها دون إفراط ولا تفريط، لذلك اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على انتقال الولاية في النكاح بسبب فقدان أو غياب الولي الأقرب ووضعوا لذلك ضوابط وأحكاما، أما المشرع الجزائري فقد كفل للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها وبالتالي لا أثر لغياب الولي عليها، أما القاصرة فيتولى وليها مباشرة العقد، لكن المشرع غفل عن التطرق لمسألة غياب أو فقدان الولي على القاصرة التي في ولايته وهو ما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناء على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فمن خلال هذا البحث توصلت إلى النتائج التالية:

- إذا فقد الولي الأقرب أو غاب غيبة بعيدة أو منقطعة فالحنفية والحنابلة قالوا أن ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد، أما الشافعية فيرون أنها تنتقل إلى السلطان، بينما فصل المالكية في المسألة إن كان الولي مجبرا أو غير مجبر، فقالوا إذا غاب الولي المجبر فلا يزوج المجبرة إلا السلطان، أما إن كان الولي غير مجبر فتنتقل الولاية إلى الولي الأبعد أو السلطان.
 - اعتبر الفقهاء إن كانت غيبة الولي الأقرب غيبة قريبة فلا تنتقل الولاية وإنما ينتظر إلا إذا خيف على المرأة الفساد فحينئذ تنتقل الولاية إلى الأحق بها.
 - حدد الفقهاء الضوابط المعتمدة لانتقال الولاية إن كانت غيبة الولي قريبة أو بعيدة أو منقطعة.
 - من حيث القانون فالمشرع الجزائري أجاز للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها وبالتالي لا أثر لغياب الولي عليها، أما دور الولي فينحصر في مباشرة عقد القاصرة فقط، لكن المشرع غفل عن الإشارة إلى مسألة انتقال الولاية في حالة غياب أو فقدان الولي الأقرب عن القاصرة التي في ولايته، ومن ثم وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بناء على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.
- وعليه توصلت من خلال هذا البحث إلى التوصيات التالية:
- أقتراح على المشرع الجزائري إضافة مادة 11 مكرر نصها كما يلي: "إذا فقد الولي الأقرب أو غاب غيبة بعيدة وتعذر استطلاع رأيه، وكان في انتظاره تفويت

لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه في الحال فإن لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي ."

- على المشرع إضافة مادة يعرف من خلالها الغائب حتى يميز بينه وبين المفقود.
- حفاظا على أعراف وتقاليد المجتمع الجزائري بات لزاما على المشرع تعديل الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها فإن لم تجد فأبي شخص آخر تختاره، وللأب حق الاعتراض على زواجها إن تم بغير كفاء لها..."

قائمة المراجع:

أولا: الكتب.

- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، دار ابن حزم، بيروت-لبنان-، طبعة دار ابن حزم الأولى، 1428هـ/2007م.
- الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته-الجزء الثالث-، مؤسسة المعارف، بيروت-لبنان-، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م.
- الهمام الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالكميرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان-الجزء الأول-، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1421هـ/200م.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية-مصر-، الطبعة الأولى، 2011
- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين-الجزء السابع-، إشراف: زهير شاوش، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1412هـ/1991م.
- أبي الوليد أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد-الجزء الثاني-، دار الشريعة، الجزائر.

- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية (الأهلية -والنيابة الشرعية -والوصية- والوقف-والتركات-)، منشورات جامعة دمشق كلية الشريعة، دمشق -سوريا-، 1437-1436هـ / 2015-2016م.
- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني-استشارات شرعية ومباحث فقهية - الجزء الرابع-، راجع أصولها وصحتها ورتبها وعلق عليها وخرّج أحاديثها الأستاذ: مصطفى صابر، تقديم يوسف بلمهدي، طبعة جديدة منقحة، عالم المعرفة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة -الجزائر-، الطبعة الأولى، 1433هـ/ 2012م.
- أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الجزء الثامن-، تحقيق وتعليق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1424هـ/ 2002م.
- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية -القسم الأول-، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان-، الطبعة الأولى، 1993.
- أبو الحسن علي بن محمد بن الحبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني -الجزء 11-، تحقيق وتعليق محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان -، الطبعة الأولى، 1414هـ/ 1994م.
- أبي سعيد البرادعي خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي الفيرواني، التعذيب في اختصار المدونة-الجزء الثاني-، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار للبحوث للدراسات الإسلامية واهياء التراث، دبي-الإمارات العربية المتحدة-، الطبعة الأولى، 14213هـ/ 2002م.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية) الجزء الأول -الزواج والطلاق-، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر-، طبعة 1999.

- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية، القبة -الجزائر-، الطبعة الأولى، 1424هـ/م.2008.
- دليله فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة -انعقاد الزواج-، دار الخلدونية، القبة -الجزائر-، 1437هـ/م.2016.
- هادي محمد عبد الله، احكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي، دار دجلة، عمان - المملكة الأردنية الهاشمية-، 2010.
- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر-الجزء الثالث-(أحكام الأسرة)، دار الكلم الطيب، دمشق - سوريا-، طبعة مصححة ومنقحة، 1431هـ/م.2010.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - الجزء السابع-، دار الفكر العربي، دمشق-سوريا-، طبعة معدلة، 2008.
- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة -الجزء الثامن-، دار الفكر العربي، دمشق-سوريا-.
- محمد الأمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار تنوير الأبصار-الجزء الرابع-، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض، قدم له الدكتور محمد برك إسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية-، طبعة خاصة، 1432هـ/م.2003.
- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الطلائع، القاهرة -مصر-.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة -مصر-.
- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة -مصر-.
- محمد بن يحيى المطهر، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة - الجزء الأول-، شركة الفرسان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر.
- موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني - الجزء التاسع-، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض-المملكة العربية السعودية-، الطبعة الثالثة، 1417هـ/م.1997.

- عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك - الجزء الثاني-، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية - الجزائر-.
- عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - الجزء الأول-، هامشه بالشرح المسمى بدر المتقى في شرح الملتقى، دار إحياء التراث العربي، بيروت -لبنان-.
- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح -الجزء الأول-، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة -المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.
- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م،
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، حسين داي - الجزائر-، 2010.
- عبد بن حرز الله، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، القبة -الجزائر-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م.
- عبد الكريم بن علي محمد النملة، تيسير الفقه شرح الروض المربع وتنزيل الأحكام على قواعدها الأصولية وبيان مقاصدها ومصالحها وأسراها وأسباب الاختلاف فيها - المجلد الرابع-، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض -المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م.
- عبد الرزاق الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء الأول-(نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام-)، دار احياء الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرق في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله أحمد الخرق - الجزء الثاني-، قدم له ووضع حواشيه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.

- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط - الجزء الحادي عشر-، دار المعرفة، بيروت -لبنان-.
- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثاني، بهامشه تقارير محمد عيش، دار إحياء الكتب العربية عيسى بابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة -مصر-.

ثانياً: المقالات العلمية.

- يوسف عطا محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل شهادة ماجستير تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلي -فلسطين -، تحت إشراف: الدكتور مروان القدومي، 2003.
- عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، معهد العلوم الإسلامية، السودان، العدد الخامس، أغسطس 2012.
- فراس سعدون فاضل، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح -دراسة فقهية مقارنة-، مجلة كلية العلوم الإسلامية، الموصل، العراق، العدد: 12، المجلد: 06، 1433هـ / 2012.
- صاحب جلال عجاج، ولاية الإيجاب في النكاح، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، تكريت-العراق-، العدد العشرون، 1434هـ.

ثالثاً: الرسائل والأطروحات.

- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين -دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني-، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بغزة، غزة-فلسطين-، تحت إشراف: ماهر أحمد السريتي، 1425هـ / 2004.
- شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، تحت إشراف: بلقاسم أعراب، 2010/2009.

رابعاً: القرارات القضائية.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 415123، قرار بتاريخ: 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2008.

خامساً: القوانين.

1- قوانين جزائرية.

- قانون رقم: 99-08 مؤرخ في: 29 ربيع الأول عام 1420 الموافق 13 يوليو لسنة 1999 يتعلق بالوثام المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 46 الصادر في: 29 ربيع الأول عام 1420 الموافق 13 يوليو 1999.

- قانون رقم: 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 24 الصادرة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو 1984، المعدل بالأمر رقم: 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 15 الصادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005.

- أمر 02-03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، العدد: 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 الموافق 28 فبراير 2002.

- قانون رقم: 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 37 الصادر في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003.

- الأمر رقم: 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37، مؤرخة في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003).

2- قوانين أردنية.

- قانون 15 لسنة 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردنية، العدد:5578، الصادرة بتاريخ: 2019/02/06.

3- قوانين سودانية.

- قانون سنة 1991 مؤرخ في:1991/07/24 يتضمن قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين.