الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

تمهيد:

بسم الله الرحمن الرحيم، وبه نستعين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آل بيته الطاهرين وأصحابه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد،

تعد الزوجية سنة من سنن الله في خلقه والتكوين، والتي جعلها عامة على الإنسان، الحيوان، والنبات، وفي هذا يقول سبحانه وتعالى:" ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون". وقد عز الله الإنسان دون غيره من المخلوقات، فجعل الزواج هو الأسلوب المفضل والوحيد للتوالد والتكاثر، وبالتالي لاستمرار الحياة وعمارة الكون فليس له الانسياق وراء رغباته وشهواته الحيوانية دون ضابط يحكمها، أو راع يحد منها، يقول الله تعالى:" يا لأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءا"[1].

فالزواج هو نواة المجتمع الإنساني وأصل وجوده، وهو القانون الذي يسير العالم على نظامه. والسنة التي تجعل للحياة قيمة وتقدير، وهو الحب الصحيح وهو التعاون في بناء الأسرة. إذ هناك فرق شاسع بين الزواج الذي أكرمنا الله به وبين العملية التناسلية التي وللأسف انساق وليزال ينساق إليها الإنسان دون مراعاة للعواقب[2].

فالإسلام رغم كل محرماته ونواهيه، إنما يرمي إلى إسعاد البشر، والرقي بهم إلى مستوى عالي...كذلك الإسلام عز الأسرة وأعطاها مكانة راقية، وصان المرأة من أن تكون ملأ مباحا لكل راتع؟ فالمرأة لم تحظ بمثل هذه المكانة في غير المجتمعات الإسلامية قديما وحديثا، لأنه وحتى الحقوق المعلنة في التشريعات الحديثة سواء تلك المتعلقة بالمرأة أو الأسرة بشكل عام تعد قاصرة مقارنة بالحقوق التي عزنا بها الإسلام.

لذلك وجب تتبع العقيدة الإسلامية في دراسة موضوع الأسرة عامة، والزواج خاصة لما حظي به هذا الموضوع من تشريع كلي، متكامل وفقا للقرآن الكريم، فهو يعالج هذا الموضوع بجميع تفاصيله وأبعاده....فلا يكاد القرآن أن يترك للسنة الشارحة شيء، أو أن يفسح المجال أمام الفقهاء لبيان التفصيلات الخاصة بالأسرة.

---

[1]: سورة النساء الآية الأولى.

[2]: الزنا هي السبب المباشر لأخطر الأمراض التناسلية الزهري والسيلان.

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

وعليه فالزواج وفقا للشريعة الإسلامية هو« عقد أو نظام أمر الله تعالى به لتنظيم الحياة الإنسانية ومنع الفوضى والإختلاط المشبوه به وتحقيق الطهر والعفاف». وهو ما سن الله عباده المرسلين عليه فيقول سبحانه وتعالى: " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا". ومن ثم نظم الزواج بجميع مقتضياته بنصوص قرآنية واضحة، وسنة نبوية شاملة، وفقه يعمل على تطبيق تلك القواعد وفقا لما تتطلبه الحياة الإنسانية على الأرض.

فجاءت الأحكام التفصيلية المبنية لطرق عقد الزواج، وما يتطلبه من أركان لصحته ومن شروط في الزوج والزوجة لتمامه وكذا إجراءات إنهاءه الآثار المترتبة على ذلك.

فأما عن أركان العقد فقد تحدث الفقهاء المسلمون عن أركان عقد الزواج وشروطه، فتحدثوا عن ركن الرضاء (الإيجاب والقبول) صيغته وطريقة التعبير عنه (الكتابة، الإشارة، التعبير الشفوي....) وتحدثوا على الشهادة فمنهم من اعتبرها شرط صحة ومنهم من ذهب إلى أنها شرط نفاد، وقد أفاضوا الحديث عن الولاية في الزواج وكون المرأة تزوج نسها بنفسها أو بواسطة امرأة أخرى مثل أمها، أم أن عقد نكاحها متوقف على وليها – الرجل–.

وإن كانت الشريعة الإسلامية لم تترك ثغرة واحدة في هذا الموضوع، وإن كانت جميع تفاصيل الزواج مدروسة. فماذا عن القانون الوضعي الجزائري، في ما يخص الأسرة عامة والزواج خاصة؟

قبل الخوض في موضوع الأسرة في القانون الوضعي الجزائري وكيف عالجها المشرع، وجب أولا التمييز بين أربعة (04) مراحل مرت بها الجزائر في إطار التنظيم الأسري.

المرحلة الأولى: هي مرحلة سابقة للاحتلال الفرنسي للجزائر، والتي كانت تطبق أثناءها أحكام الشريعة الإسلامية في الحياة عامة ومنها نظام الأسرة، وقد كان المذهب المالكي هو المطبق على جميع الأهالي ما عدا الأتراك الذين كان يطبق عليهم المذهب الحنفي[1].

---

[1]: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى 2007، دار الخلدونية ص 14...

المرحلة الثانية: أثناء الاحتلال الفرنسي للجزائر، غير المستعمر النظام القضائي ليوجه من خلاله سياسته عن طريق التأثير على الأحكام، فقد كان استعمارا استيطانيا يهدف على أبعد من الاستحواذ على الأرض بل، وإلى طمس ومحو الشخصية الجزائرية، العربية الإسلامية وتجريدها من قيمتها، عاداتها وتقاليدها.

وذلك من خلال تحريف النصوص التشريعية الإسلامية، وترويج التفسيرات الخاطئة فيما يخص الأحوال الشخصية عموما والولاية خصوصا من خلال إبراز قصور المرأة وتسلط الأباء.

المرحلة الثالثة: بعد الاستقلال وقبل صدور قانون الأسرة، ترك المستعمر فوضى عارمة في المجال التشريعي بفعل الازدواجية التي كان يعيشها الأهالي. وأمام هذا الوضع (الفراغ التشريعي) فإن المشرع الجزائري قرر تطبيق القوانين الفرنسية، إلا ما كان يمس بالسيادة الوطنية. أما في ميدان الأحوال الشخصية فقد طبق مذهب الإمام مالك باعتباره المذهب السائد في الجزائر والمغرب العربي عموما.

وأثناء هذه المرحلة صدرت قوانين متنوعة نظمت قواعد مختلفة أهمها:

إثبات وتقييد عقود الزواج وتحديد سن الزواج، ومن هذه القوانين القانون المدني وقانون الحالة المدنية...

المرحلة الرابعة: بعد صدور قانون الأسرة، وهي أهم المراحل في تاريخ التشريع الجزائري ففي سنة 1984 يكون ولأول مرة للجزائر قانون خاص بها ينظم العلاقات الأسرية، والذي كان يهدف إلى إلغاء كل علاقة تحت الضغط والإكراه.

وعموما فقد أولت الجزائر اهتماما كبيرا بالأسرة باعتبارها اللبنة الأولى لبناء مجتمع سليم باستقرارها يستقر المجتمع ويزدهر، وتظهر هذه العناية من خلال استقرار نصوص الدساتير المتعاقبة، إذ تنص المادة 17 من دستور 1963 " توضع الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع تحت حماية الدولة"، أما دستور 1989 فقد نص على ذلك في مادته 55 « الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع وتحظى بحماية الدولة والمجتمع»، ونفس ما ذهب إليه دستور 1996 إذ تنص المادة 58 منه«تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع».

أما بالنسبة للتشريع فقد أحال المشرع الجزائري تنظيم العلاقات الأسرية إلى قانون خاص[1]، مستمد من الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية كما هو الشأن في

معظم البلاد العربية والإسلامية. وقد نصت المادة الأولى منه على أنه:«تخضع العلاقات بين الأفراد الأسرة لأحكام هذا القانون».

وعليه فإن قواعد وأحكام قانون الأسرة الجزائري مستمدة من فقه الإمام مالك باعتباره المذهب السائد في الجزائر، كما يستمد بعض أحكامه من المذاهب الفقهية الأخرى مفضلا في ذلك الأخذ بما يبدو تفسيرا للنصوص ويوائم العصر ولعل الاستناد إلى قواعد الشريعة الإسلامية في تنظيم العلاقات الأسرية، تستمد مقوماتها من أسس دينية.

وقد أورد المشرع الجزائري جل العلاقات الأسرية في هذا التقنين، ونظمها بجميع تفاصيلها، من شروط إنشائها إلى غاية الآثار المترتبة على كل تصرف ونقصد بذلك أحكام الزواج والطلاق- ولما هذا الموضوع من أهمية في حياة الفرد بجميع فئاته فقد أولى الفقهاء ودارسي القانون اهتماما كبيرا به وتعددت الاتجاهات واختلفت الرؤى بخصوصه. فكانت سببا لظهور مشروع تعديل قانون الأسرة وذلك لتدارك النقائص التي اعتلت قانون 84-11 فقد اعتبره البعض قانونا جائزا يقوم على مبدأ عدم المساواة، وقد امتدت هذه الاحتجاجات إلى المحافل والمؤتمرات الدولية، كالمؤتمر الدولي السكاني الذي عقد بمصر سنة 1994، والمؤتمر الدولي الخاص بالمرأة الذي أقيم ببكين سنة 1996.

ولذلك عدلت بعض نصوص هذا القانون بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 08 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير، هذا القانون ألغى 5 مواد، وعدل 28 مادة، وأضاف 7 مواد جديدة.

وعليه فإن التعديل الجديد قد تحرك في مساحة تقدر بـ 41 مادة قانونية بين الإلغاء والتعديل والإضافة الجديدة.

وبما أن الزواج هو أحد موضوعات هذا القانون، فقد عولج بشكل تفصيلي سواء في القانون السالف (84-11) أو الحالي (05-02). فنظمت شروط انعقاده، وكيفية إنشاءه وصولا إلى إنهاءه وإلى الآثار المترتبة على أي منها. ولعل الحديث عن الأركان والشروط الخاصة بانعقاد الزواج، يدفع بنا للحديث عن ركن مهم لطالما طرح إشكالات سواء فقهية أو قانونية يتعلق الأمر

[1]: قانون رقم 84-11 المؤرخ في 3 رمضان 1404 هت الموافق لـ 09 يونيو المتضمن قانون الأسرة.

بالولي.

ولما تكتسيه الولاية من أهمية بالغة في عقد الزواج، ولما طرحته من تباين بين فقهاء الشريعة الإسلامية من جهة، وبين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من جهة ثانية، وبين القانون الوضعي القديم (84-11) والقانون الوضعي الحالي (05-02) من جهة أخرى ارتأينا أن ندرس كل من المواقف

المتباينة والوقوف عند وجهات النظر المختلفة للوصول بالتالي للرأي الأرجح، أو الرأي الذي تفرضه الشريعة الإسلامية وينص عليه القانون.

- فما المقصود بالولي؟ وماهي أقسام الولاية؟.
- ما طبيعة وجود الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية؟ هل هو ركن من أركان العقد؟ أم لا يعد كذلك؟
- هل للولي السلطة المطلقة في منع أو فرض الزواج على موليته؟
- كيف يعالج القانون الوضعي موضوع الولي في عقد الزواج؟ هل يعالجه وفقا للشريعة الإسلامية؟ فما هي الطبيعة القانونية له؟
- هل للولي سلطة في تزويج موليته وفقا لقانون الأسرة؟
- ما وضعية الولي في ظل التعديلات الجديدة لقانون الأسرة؟

إن هذه التساؤلات جعلتني أتعرض في الفصل الأول إلى الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية وذلك من خلال ثلاثة مباحث.

- المبحث الأول: نتطرق لمفهوم الولاية أقسامها وشروطها.
- المبحث الثاني: يشمل على طبيعة وجود الولي في عقد الزواج.
- المبحث الثالث: ندرس مدى سلطة الولي في منع أو فرض الزواج على المولى عليها.

أما فيما يخص الفصل الثاني فقد أفردت فيه الولي في عقد الزواج وفقا للقانون الجزائري وذلك من خلال مبحثين:

يضم الأول: الولي وفقا لقانون الأسرة (قانون 84-11).

أما في الثاني: الولي وفقا لقانون الأسرة (قانون 05-02).

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

مدخـل:

إن الولاية ولما تكتسبه من أهمية بالغة في عقد الزواج،فقد اختلفت الأسانيد و الرؤى حول مرجعيتها وما إذا كانت أثر من آثار السلطة الأبوية أو أنها طبيعة عقد الزواج.على اعتبار أن عقد الزواج لا يخص الزوجين فقط و لكنه يهم كل العائلة.

أولا: الولاية أثر من آثار السلطة الأبوية:

كانت المرأة قديما تابعة للغير في تسيير شؤونها ،ففي أثينا كانت تسمى ب : PATERIA POTESTO[1]، حيث كانت خاضعة لسلطة أبيها أو زوجها أو ابنها إن كانت أرملة.وهو الذي يساعد المرأة في تصرفاتها ويدير أعمالها و يدافع عن مصالحها أمام القضاء. وليس بإمكان المرأة سوى عقد بعض التصرفات البسيطة لسد حاجاتها العائلية.

أما روما كان النظام يسمى :PATER FAMILIAS [2]، و فيه كانت المرأة مساوية للرقيق مملوكة لرب الأسرة. وكان للزوج السلطة المطلقة عليها لدرجة أنه له عليها حتى حق الموت والحياة. والمرأة كانت تعتبر من الأشخاص الخاضعين لسلطات غيرهم وهو ما سماه القانون الروماني ب:ALIEN JULIS،و عليه كانت الزوجة تعتبر قاصرة بمجرد زواجها.

تجدر الإشارة إلى القانون الروماني إذ يعد مصدرا من مصادر القوانين الغربية عامة،و الفرنسية خاصة.والذي كان يتميز بمصادرة حرية الاختيار مما شكل عقبة لكل رضاء سليم.

ما يؤخذه على أصحاب هذه النظرة هو إسقاطهم لواقع تاريخي مرتبط بظروف سادت في الماضي ولا زالت آثارها إلى يومنا هذا في المجتمعات الغربية.

مثل المرأة الانجليزية التي لا زالت محرومة من الميراث إلى يومنا هذا ،أما المرأة الفرنسية فهي أضيق حقوقا من غيرها المسلمة حتى بعد تعديل 1938[3].

---

[1]: الدكتورة فركوس دليلة ،تاريخ النظم ،المقدمة العامة ،الجزء 1،النظم القديمة،الأطلس للنشر ،ص140.

[2]:علي علي سليمان ،نظرات قانونية ،طبعة1994،ديوان المطبوعات الجامعية ،ص52

[3]: علي علي سليمان،نفس المرجع،ص 56

وان كان بعض هذه الآثار ،ساد ويسود في مجتمعنا فان ذلك مرده إلى سياسة التجهيل التي كانت سائدة أثناء الاستعمار ،إضافة إلى بعض الفتاوى التي كانت تعزز هذا الاتجاه. أما بعد الاستعمار فقد ساهم تأخر صدور قانون الأسرة [1] في بقاء مثل هذه المظاهر .

وبعد صدور قانون الأسرة حاول المشرع استدراك هذه النقائص من خلال تكريس الرضا،أضف إلى ذلك المستوى التعليمي و الثقافي الذي بلغه الآباء و الأبناء و تطور الاجتهاد القضائي ،حيث أصبح القانون يعاقب الأب المتسلط والمتعسف و الذي لا يراع مصلحة المولى عليها.

وفي الأخير فان السلطة الأبوية لا يمكن أن تكون عائقا في وجه البنت إذا مورست في إطار القانون.ولكن العائق هو التسلط.

ثانيا: الولاية أثر من اعتبار الزواج عائلي.

يفسر أصحاب هذا الاتجاه وجود ولي إلى جانب المرأة،فالزواج يهم العائلة كلها. وعليه فان آثارها لا تعود على العاقدين وحدهما،بل تنال منه الأسرة شيئا من العار أو الفخر.

ولعل المجتمع الجزائري يأخذ بهذا المفهوم في الزواج.ومن شأن هذا المفهوم أن يحد حرية المرأة و يحول دون رضائها.مما يستوجب تجاوزه.

مايؤخد على هذا الاتجاه أن هذا المفهوم كان سائدا في القرون الوسطى بأروبا،كنتيجة للفلسفة القائمة أنذاك التي تكرس التقسيم الطبقي بين الأفراد (ROTUR-CLERGE-NOBLESSE) مما يضيق هامش الاختيار.

فا لمجتمعات أنداك كانت تهتم بالمحافظة على هذه الطبقات وما تكسبه من ثروات و فقط ،

دون الاهتمام بالتضامن الاجتماعي الذي يسود الأسرة. الذي لا يمكن تصوره الاعن طريق حرية الاختيار ورضا سليم خال من كل إكراه.

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

[1]:صدر أول قانون ينظم الأسرة في الجزائر سنة 1984،وهو القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل9يونيو.

وقد كانت المرأة في أوروبا آنذاك قاصرة ومحجور عليها، فلا تستطيع التعاقد إلا بإذن وليها[1] ،أما بعد الزواج فلا يمكنها التعاقد أو البيع أو الشراء...دون إذن زوجها الأمر الذي جعلها في وضع مزري، و الذي يختلف اختلافا كليا عن حال المرأة المسلمة وهو من بين الأسباب التي أدت إلى قيام الثورة الفرنسية للوقوف ضد هذا الإجحاف و التطرف.

غير أن الثورة الفرنسية وبما جاءت به من استقلالية للمرأة والمجتمع،يعد كذلك سلبيا.فقد استقلت الأسرة الواحدة،التي تسمح لكل فرد منها بالبحث عن المعيشة التي يحلم بها،مما يرمي إلى التفكك الأسري وقطع شبكة القرابة وبالتالي انهيار وتفكك المجتمع. ولهذا فليس للولاية مكانة في ظل التطور القائم حاليا خصوصا اعتبارها أثر من اعتبار الزواج عائليا.

[1]: سالم البهنساوي ،مكانة المرأة بين الإسلام و القوانين العالمية، دار الكتاب،لبنان ،طبعة1991،ص23.

الفصل الأول

الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية

يولد الإنسان و هو بحاجة لمن يتعده و يدير شؤونه حتى تكتمل أهليته ويتمكن من رعاية نفسه بنفسه،و تدبير أموره.و نظرا لقلة خبرة الفتاة ولعدم احتكاكها في الحياة اليومية بمجتمع الرجال، فهي تجهل طباع وأمور الرجال.فيكون الأب أو الولي ،الرجل أدرى بحال الرجال بحكم مخالطتهم لهم.وهنا تظهر أهمية الولي في عقد الزواج.

لذلك نتعرض في هذا الفصل إلى مفهوم الولاية و أقسامها في المبحث الأول .أما في الثاني نتطرق لطبيعة الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية.أما المبحث الثالث فيضم مدى سلطة الولي في منع أو فرض الزواج على المولى عليها.

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الولاية و أقسامها

إن الولاية حق شرعي لمن تثبت له و بمقتضاها ينفد الأمر جبرا عنه...وتنقسم إلى ولاية عامة وولاية خاصة،هذه الأخيرة تنقسم إلى:الولاية على النفس و الولاية على المال.

و الولاية على النفس هي المقصود في هذا البحث-أي الولاية على النفس في عقد الزواج.

المطلب الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

نتعرض في مفهوم الولاية إلى تعريف الولاية لغة و اصطلاحا ثم إلى الشروط اللازم توافرها في الولي.

الفرع الأول: تعريف الولاية.

لغة: الولاية بفتح الواو من ولي الشيء و ولى عليه،والولاية بالكسر هي النصرة و المحبة.ومنه قوله تعالى: *ومن يتول الله و رسوله،والذّين آمنوا فان حزب الله هم الغالبون[1].

و يقال ولاية بالكسر ،و ولاية بالفتح أي يجتمعون في النصرة و الولاية بالفتح المصدر.أما بكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم توليته وقمت به.

وعليه فالولي: كل من ولي أمره ،أو قام به يستوي فيه الذكر والأنثى وقد يؤنث فيقال ولية.وهو النصير قال الله تعالى:*والله ولي المؤمنين*وقد يعنى به المحب الصديق،الشريك،الجار و ابن العم.

وعند أهل الأصول: الولي كل من ولي أمرا أو قام به ،وهو المتجنب للمعاص غير النهمك في الشهوات و اللذات.

اصطلاحا: الولاية هي حق المرأة ،في أن يقوم أحد أقاربها من الرجال المعنيين بدلك لمساعدتها في إبرام عقد زواجها،والقيام بتلك الأعمال النقابية والبعدية التي يتطلبها إنشاء هذا العقد من حيث الإيجاب والقبول ،و الاتفاق على الشروط[2].

و يمكن إجمال الولاية في معنيين كما يذكره الأستاذ حسن جبوري:

المعنى الأول: هو القدرة الشرعية على التصرف الصحيح النافد سواء تصرف الإنسان لنفسه أو لغيره ،بنيابة من الشرع أو الإنسان ،مع إقرار الشارع.

[1]:الدكتور عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،الطبعة الأولى :2007،دار الخلدونية ص54

[2]:سليمان أسكاو،مقالة في الفقه الإسلامي والفقه المعاصر،مدونة الأسرة المعربية،الموقع الالكتروني
md.753@hotmail.com

الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية

-أي الولي-إذا توافرت فيه صفات الأهلية ،العقل والرشد،وهي مجمل شروط الولي وهو ما سنتعرض له بالتفصيل.

المعنى الثاني: تطلق بمعنى تنفيد القول على الغير شاء أو أبى وتشمل تصرف الإنسان على غيره من فاقدي الأهلية،أو ناقصيها في النفس والمال.

كما تطلق على تصرف الإنسان على غيره برضاه،كما في ولاية الاختيار الثابتة في تزويج المرأة الثيب البالغة،عند الشافعية والمالكية و الحنابلة،أو ولاية الاستحباب في تزويج البالغة بكرا كانت أو ثيبا.

وخلاصة القول أن الولاية،هي قدرة الإنسان على التصرف النافد لنفسه أو لغيره جبرا أو اختيارا.

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا على حقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها و رعاية لمصالحهم و شؤونهم حتى لا تضيع و تهدر،فقد أقرها الإسلام لمن عجز **عن رعاية** مصلحته،فيولى أمره لمن يحقق له النفع و يمنع عنه الضرر.

الفرع الثاني: شروط الولي.

انه حق تثبت الولاية لشخص ما وجب توافره على مجموعة من الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما اختلف الفقهاء فيه.

أولا:الشروط المتفق عليها.

1) البلوغ و العقل: وجب أن يكون الولي كامل الأهلية، عاقل غير مجنون أو معتوه أو سكران.لأن ليس لهؤلاء أهلية على أنفسهم ،بل هم محتاجين لمن يلي عليهم لقصور إدراكهم و عجزهم[1].فالولاية تتطلب كمال الحال.

2) اتحاد الدين: يجب في الولاية اتفاق دين الولي والمولى عليه،فلا ولاية لغير مسلم على مسلم ولا لمسلم على غير مسلم،و هذا ما ذهب إليه الحنابلة والحنفية،و قال الشافعية و غيرهم:يزوج الكافر الكافرة،وقال المالكية:يزوج الكافرة الكتابية مسلم،ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر تطبيقا لقول المولى عز وجل*و المؤمنين و المؤمنات بعضهم أولياء بعض*؛وقوله:*و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض*

وقوله تعالى*ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا* وفي نفس السياق يقول الرسول عليه الصلاة والسلام:*الإسلام يعلوا و لا يعلى عليه*-هذا الشرط في غير القاضي ،لأنه نائب عن الحاكم صاحب الولاية على جميع المسلمين و غير المسلمين[1].

ثانيا: الشروط المختلف فيها.

1) العدالة: اختلف الفقهاء فيما إذا كانت العدالة شرطا لثبوت الولاية.

و العدالة في الإسلام هي استقامة الدين بأداء الواجبات والامتناع عن الكبائر كالزنا و الخمر وعقوق الوالدين ونحوها،وعدم الإصرار على الصغائر[2].

عند الحنابلة و الشافعية: العدالة شرط ،فلا ولاية لغير عدل وهو الفاسق والعبرة عندهم أن الولاية في النكاح تحتاج للنظر و التقدير.فعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:*لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل*.

عند الحنفية والمالكية: لبست العدالة شرطا في ثبوت الولاية،فالفسق لا يسلب أهلية التزويج ولا يمنع وجود الشفقة لديه و رعاية المصلحة لقريبه.وهذا هو الرأي الراجع لأنه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وبعده لم يمنع ولي من ممارسة حقه(الولاية) بسبب فسقه.

2)الذكورة:تعد شرطا لثبوت الولاية عند جمهور العلماء،فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها فمن باب أولى لا ولاية لها على غيرها.

أما الأحناف فليست الذكورة شرطا لثبوت الولاية عنهم،فالأنثى لها تزويج نفسها كما لها تزويج غيرها (تليها) ،متى كانت بالغة راشدة.وهو يأخذ به القضاء المصري[3].

---

[1] : يقول الرسول عليه الصلاة والسلام*السلطان ولي من لا ولي له*.

[2]: الدكتور عبد القادر بن حرز الله،المرجع السابق،ص60.

[3]: الدكتور محمد كمال الدين إمام،الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع.

3) الرشد: وهو عند الحنابلة معرفة الكفء و مصالح النكاح لا حفظ المال،لأن الرشد كل مقام بحسبه،و معناه عند الشافعية حسن التدبير و عدم تبذير المال.

أما الحنفية والمالكية فالرشد ليس شرطا لثبوت الولاية في الزواج ،إذ يمكن للمحجور عليه تزويج غيره.

4)الخلو من الإحرام بحج أو عمره: فليس للمحرم بأحدهما أن يتولى عقد النكاح.

5) عدم الإكراه: يعد شرطا لصحة كل العقود،وقد ذكرت المالكية أنه لا يصح الزواج من ولي مكره.

متى توفرت الشروط يحق للولي عقد نكاح موليته، لكن التشريع الإسلامي أوجب عليه بعض الواجبات تجاهها نذكر من أهمها:

-1/وجب على الولي أن يزوجها لكفء ،متى رضيت به.فان امتنع من تزويجها عد عاضلا[1].

-2/يجب على الولي أن يستأذن موليته في الزواج،سواء كانت بكرا أو ثيبا.

المطلب الثاني: أقسام الولاية.

لقد سبقت الإشارة إلى أن الولاية المطروحة في البحث هي الولاية على النفس في الزواج ،وهي تنقسم إلى ولاية إجبار و ولاية اختيار عند جمهور العلماء ما عدا المالكية الذين يقسمونها إلى ولاية خاصة وولاية عامة.

الفرع الأول:أقسام الولاية عند جمهور العلماء.

1)ولاية الإجبار:

تعرف بولاية الإجبار أو ولاية الحتم ومعناها*أن ينفد الولي نكاح المولى عليها دون اعتبار لرأيها ،أي بدون إذنها ورضاها*.

تثبت ولاية الإجبار للشخص ناقص الأهلية مثل الصبي أو المعتوه المميزين أو غير المميزين.ومعنى ولاية الإجبار:حق عقد الزواج لمن له الولاية عليها من هؤلاء ،دون الرجوع إليهم لأخذ رأيهم،ويكون العقد نافذا على المولى عليه دون أن يوقف على رضائه.

وقد اختلف الفقهاء في مناط الإجبار و من يثبت له هذا النوع من الولاية:

[1] : أنظر مدى سلطة الولي في منع موليته من الزواج ، المبحث 3من هذا الفصل.

فالمالكية: يجعلون ولاية الإجبار للأب ووصيه،و يختص بجبر الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا أو المجنونة،إذا كان جنونها مطبقا باللغة أم لا.و يختص بجبر الكبيرة ،العاقلة إذا كانت بكرا.

هناك الولاية عندهم هو البكارة والصغر [1].

أما الحنابلة: فولاية الإجبار قاصرة على الأب، فلا تثبت لجد أو لغيره من الأولياء،ويختص بإجبار الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا كما يختص بجبر البكر البالغة،العاقلة أو المجنونة.

ومناط الإجبار عندهم هو البكارة والصغر.

أما الشافعية: فالولي المجبر عندهم هو الأب،والجد يختص بتزويج الصغيرة البكر البالغة،العاقلة بدون استئذانها ولا رضاها، واشترطوا لذلك شروطا منها الكفاءة ومهر المثل.

-أما بالنسبة للكفاءة فقد راح جمهور الفقهاء إلى اعتبارها شرط لزوم الزواج و قد استدلوا ب:

أ)-حديثه صلى الله عليه وسلم*ثلاث لا تؤخر الصلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت و الأيم إذا وجدت لها كفؤا*.

ب)-وقوله عليه الصلاة والسلام*تخيروا لنطفكم و انكحوا الأكفاء*[2].

أما الحنفية: فلا ولي عندهم إلا المجبر،أما البالغة الرشيدة سواء كانت بكرا أو ثيبا فلا جبر عليها لأحد،وليس للولي أن يزوج الصغيرة،ومناط الإجبار عندهم هو الصغر.

وما نخلص له في هذه المسألة:

اختلاف الفقهاء في مسألة الجبار يرجع إلى اختلافهم في موجبه،هل هي البكارة أو الصغر؟فمن قال الصغر قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغة ومن قال البكارة قال:تجبر البكر البالغة ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار.إذا انفرد قال:يجبر البكر البالغة والثيب غير البالغة.

فالتعليل الأول :تعليل أبي حنيفة،والثاني :تعليل الشافعي والثالث تعليل مالك.

---

[1] فقه السنةنالمجلد2،نظام الأسرة،حدود و الجنايات،دارا لفكر للطباعة والنشر والتوزيعص111.

[2] عبد القادر حرز الله،المرجع السابق،ص67.

2- ولاية الاختيار:

يسمى هذا النوع ب:ولاية الاختيار أو ولاية الندب والاستحباب:وهي الولي في تزويج المولى عليها باختيارها،وقد اختلف الفقهاء فيها.فان كان الرجل البالغ ،العاقل الراشد يختار زوجته ويباشر العقد بنفسه دون تدخل أحد.فهل المرأة الحرة البالغة العاقلة الراشدة يحق لها أن تباشر عقد نكاحها بنفسها دون حاجة إلى ولي،كما يباشر الرجل أم لابد من ولي يباشره نيابة عنها؟

ولاية الاختيار مستحبة عند الأحناف،أما عن الشافعية و المالكية فللمرأة الحرة البالغة الرشيدة الثيب أن تباشر نكاحها دون حاجة للولي،و ليس له أن يزوجها دونها وهو ما يستطيع فعله بالنسبة للمرأة البكر[1].

وهو ما سنفصل في دراسته ضمن مبحث كامل من خلال دراسة أراء الفقهاء في الولاية على المرأة الكبيرة البالغة و الرشيدة،و أدلة كل فريق.

الفرع الثاني: أقسام الولاية عند المالكية.

يقسم المالكية الولاية إلى: ولاية عامة وخاصة[2].

1)–الولاية الخاصة: سميت خاصة لكونها تثبت لأشخاص معينين بالذات وهم ستة:الأب–وصي الأب–قريب العصبة–المولى –والسلطان.

أسبابها: الأبوة–الايصاء–الصعوبة–الملك–الكفالة والسلطنة.

والكفيل هو من كفل امرأة مات أبوها،فقام بتربيتها وعليه له حق تزويجها.

2)–الولاية العامة: هي التي تثبت بسبب الإسلام ،كأن توكل امرأة عقد زواجها لأحد المسلمين على أن لا يكون لها أب أو وصي.

---

[1]: محمد كمال الدين،إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ص108.

[2]: الدكتور عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق،ص59.

المبحث الثاني: طبيعة الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية .

اختلفت الآراء الفقهية بشأن وجود ولي إلى جانب المرأة البالغة،في عقد نكاحها وقد انقسموا إلى فريقين:يرى الأول أن الولي ركن من أركان عقد الزواج،أما الثاني فقد ذهب إلى أن الولي ليس ركن من أركان عقد الزواج،بل و أجاز للمرأة أن تعقد وواجها بنفسها.

المطلب الأول: الولي ركن من أركان عقد الزواج.

أرادها الله عز وجل واضحة وجعل صحة عقد الزواج منوطة بموافقة الولي،فقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه:*لا نكاح إلا بولي*.

وقد ذهب الكثير من العلماء على اعتباره الولي ركن من أركان عقد الزواج،وأن المرأة لا تزوج نفسها.ولا تزوج غيرها[1].ومن هؤلاء الأئمة: مالك ،الشافعي ،أحمد ابن حنبل، ومن الصحابة:عمر،علي ،ابن عباس وأبي هريرة-رضي الله عنهم-

يستدل هؤلاء بأدلة من الكتاب والسنة،إلا أن هذا الحكم ليس مطلق فقد فرقوا بين حالة وجود ولي في عقد الزواج-أي اعتباره ركنا من أركان العقد-وحالة أخرى لا يعتبر وجود ضروريا لصحة عقد الزواج.لذلك سنتعرض في الفرع الأول لأدلة هؤلاء أما في الثاني فسنذكر من يشملهم من النساء هذا الرأي.

الفرع الأول: أدلة أصحاب هذا المذهب.

إن مرجعية أصحاب هذا الرأي في مدى ضرورة وجود ولي إلى جانب المرأة أثناء عقد نكاحها،واعتبارها ركنا من أركان العقد، هو كتاب الله وسنة رسول الله عليه الصلاة والسلام.

أولا: من الكتاب:

يقول الله تعالى*و أنكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم و أمائكم[2].

و قوله سبحانه وتعالى:*ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا[3].

---

[1] فقه السنة ،المرجع السابق،ص112.

[2]: سورة النور الآية 32

[3]سورة البقرة الآية 222؛ (4)سورة البقرة الآية 232.

وقد وجهوا الاحتجاج بالآيتين أن الله تعالى خاطب الأولياء،فلو لم يكن له دخل في العقد لما خاطبهم بذلك، فكأنه قال: ولا تنكحوا أيها الرجال مولياتكم للمشركين .وهذا دليل على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها.

كذلك قوله تعالى:*وان طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إن تراضوا بينهم بالمعروف [1]،قال الحافظ فيما يخص هذه الآية :أنها أصرح دليل على اعتبار الولي ركن من أركان العقد،وإلا لما كان لعضله معنى، إذ يأمر الله الولي أن لا يمنع موليته من الزواج ،إن رضيت هي.

وهنا يظهر أن العقد يتوقف على الولي،فلو كان للمرأة أن تعقد لنفسها لما سمي امتناع الولي عضلا لها.

وقد ذكر الشافعي في كتابه-الأم-حيث قال أن:(هذا أبين ما في القرآن من أن الولي مع المرأة نفسها حقا،و أن على الولي أن لا يعضلها إن رضيت أن تنكح بالمعروف).

ثانيا: من السنة.

عن أبي موسى رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:*لا نكاح الابولي*رواه أحمد،أبو داوود، الترمذي والحاكم،وهو ما استدل به التلمساني في مفتاح الوصول،والنفي في هذا الحديث يتجه إلى الصحة فيكون الزواج بغير ولي باطل.

-عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:*أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل،فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها،فان اشترجوا فالسلطان ولي لمن لا ولي له*[2]ومعنى ذلك أنها لا تنكح نفسها ولا ينكحها من الناس من ليس ولي لها.

-وعن أبي هريرة قال الرسول صلى الله عليه وسلم:*لا تزوج المرأة نفسها.فان الزانية هي التي تزوج نفسها[3].

---

[1] : سورة البقرة الآية 232

[2]:محمد عبد القادر أبو فارس،فقه الإمام البخاري،الجزء الثاني ،دار الثقافة،الجزائر،الطبعة الأولى،سنة1990، ص540.

[3]:بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء1ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة1999،ص120.

وما يمكن قوله في الختام أنه لم يثبت قط أن امرأة من السلف باشرت نكاحها بنفسها،فدخول الولي في عقد النكاح من لنفي الضرر والمعرة عن نفسه وعن موليته،إن أرادت وضع نفسها في غير كفؤ. مما يترتب عليه فسخ العقد قبل وبعد الدخول.

الفرع الثاني: من يشملهم من النساء هذا الرأي.

قبل الخوض في هذه المسألة ،يجب معرفة أصناف النساء لنفرق بالتالي من يشملهم هذا الطرح وعليه فأصناف النساء أربعة:

1)-البكر الصغيرة وهي التي لم تصل إلى درجة البلوغ.

2)-الثيب الصغيرة وهي التي سبق لها الزواج-أي هي مطلقة أو أرملة-ولكنها لم تصل إلى درجة البلوغ.

3)-البكر البالغة.

4)-الثيب البالغة.

تثبت الولاية جبرا في عقد الزواج على المرأة البكر،صغيرة كانت أو كبيرة. دون الثيب الصغيرة أو الكبيرة.أما بالنسبة للبكر الصغيرة فقد اتفق الفقهاء أن للأب أو الولي إجبارها على الزواج دون الرجوع لها-أي دون استئذانها-إذ يعد رضاها وعدمه سواء،وفي هذا يقول ابن المنذر:(أجمع كل من نحفظ عنه أهل العلم أن نكاح ابنته البكر الصغيرة جائز) [1].

وفيما يخص البكر البالغة،فقد ذهب الشافعي ومالك وأحمد إلى أن الأب يحق له إجبارها على الزواج،وان كان يستحب له استئذانها.

فالبكر و إن كانت بالغة عاقلة،فهي لا تعلم مصالح الزواج لأن علمها به متوقف على التجربة والممارسة،وهي تكون بالثيوبة.

المطلب الثاني: الولي ليس ركنا من أركان عقد الزواج.

يرى الأحناف أنه إذا زوجت المرأة البالغة الراشدة نفسها،بدون ولي فزواجها صحيح سواء كانت ثيبا أو بكرا [2].وقد استدل أبي حنيفة بأدلة من الكتاب والسنة النبوية.لذلك نعرض في الفرع الأول أدلة هذا المذهب وفي الثاني من يشملهم من النساء هذا الرأي.

[1]:عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق،ص56.

الفرع الأول: أدلة أصحاب هذا الرأي.

يستدل الإمام أبي حنيفة فيما يخص شرط الولي،وعدم اعتباره ركنا من أركان عقد الزواج بأدلة من الكتاب والسنة.

أولا: من الكتاب.

يقول المولى عز وجل *:فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره*وهنا يظهر عقد المرأة نكاحها بنفسها.[1]

ويقول سبحانه وتعالى:*إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن*[2]. وفيما يخص هتين الآيتين يقول أبو حنيفة:إن الله ينهي من منع مولياتهم من النساء من مباشرة عقد زواجهن[3].

-وحجة أبي حنيفة رضي الله عنه من أحاديث ماروي عن ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرا أتت الرسول صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة،فخيرها الرسول صلى الله عليه وسلم .

-وفي هذا الشأن يقول ابن القيم:*إن البكر البالغة العاقلة الراشدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها ولا يجبرها على إخراج اليسير منها بدون رضاها،فكيف يجوز أن يجبرها وتخرج بعضا منها بغير رضاها إلى من يريد هو،وهي أكره الناس فيه.وهومن أبغض شيء لها*.

---

[1]: الدكتور عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،طبعة 3،داروهمة للطباعة والنشر،ص122.

[2]: سورة البقرة الآية232.؛ (4)سورة البقرة الآية130.

[3]: فقه السنة، المرجع السابق،ص144.

الفرع الثاني: من يشملهم من النساء هذا الرأي.

إن الولي ليس ركن من أركان العقد إذا كانت الفتاة بكرا بالغة، ومرد الأمر إليها في زواجها ولا ولاية عليها.فمتى كانت راشدة عاقلة غير مجنونة ولا سفهية تملك أن تزوج نفسها بنفسها،كما تملك عقد نكاح غيرها[1].

فكما كان البلوغ نسبيا في ثبوت الولاية الكاملة وممارسة كافة التصرفات المالية،فكذلك تثبت ولايتها في أمر زواجها منفردة،وان زوجها وليها بغير إذنها كان العقد موقوفا على أجازتها إياه.

وما نخلص له في الأخير وكما يقول الدكتور عبد القادر حرز الله:*الخلاف بين الفقهاء يعود للخلاف في حجية بعض القواعد الأصولية:

1)اعتبار مفهوم المخالفة دليلا شرعيا ،فالشافعي يثبته و أبو حنيفة ينكره.

2)الاحتياج بالحديث الضعيف،فالجمهور لا يحثون به و أبو حنيفة يحتج به فيما لا يعارض القياس.

3) الاستدلال بالحديث المرسل،فالشافعي لا يحتج به إلا في حدود بينما أبو حنيفة يحتج به بل يجعله أقوى من المرسل.

4) الاختلاف في مناط الحكم بالنسبة للصغير البكر هل هو الصغر أو البكارة أو أحدهما(كما ذكرنا سابقا).

5)الاحتجاج بعمل أهل المدينة.

[1] الدكتور عبد العزيز سعد،المرجع السابق،ص124.

المبحث الثالث:مدى سلطة الولي في منع أو فرض الزواج على المولى عليه.

انه بالرغم من الاختلافات الفقهية حول موضوع وجود الولي في عقد الزواج ،ومهما تباينت الآراء فيما إذا كان ركنا من أركان العقد أم لا ، فانه يجب أن يؤخذ رأي المرأة في زواجها،و أن يعرف رضاءها من عدمه قبل العقد.

فالزواج معاشرة دائمة،وشركة قائمة بين الرجل و المرأة...ولا يدوم الوئام ويبقى الود والانسجام ما لم يعلم رضاء المرأة من عدمه.

لكن الولي ولعدة اعتبارات،كالشوكة والنفوذ الأدبي [1]قد يفرض الزواج على موليته،أو يمنعها عنه دون وضع أي اعتبار لرضائها وإرادتها.لذلك سنتعرض لمدى في المنع أو الفرض ضمن مطلبين:

المطلب الأول: سلطة الولي في منع المولى عليها من الزواج.

إن الشريعة الإسلامية وحسب ماذكرنا سالفا،تعطي للولي حق تزويج موليته لتحقيق مصلحتها،وذلك لما يتمتع به عادة من خبرة و دارية تمكن من تقرير الأصلح للفتاة،لذا فان إرادته تقوم مقام إرادتها ورضائها.

لكن هذه السلطة ليست مطلقة، فإذا امتنع عن تزويج ابنته البكر أو الثيب بدون مبرر مقبول وكان المتقدم للزواج منها ذا دين وكفوءا لها (وقد اختلف الفقهاء في موضوع الكفاءة،فهي عند المالكية اثنان هما الدين والحال بمعنى سلامة الخاطب من العيوب المثبة للخيار لا الحال بمعنى الحسب والنسب-أما عند الجمهور فهي ستة(6):الدين ،الإسلام،الحرية،النسب،المال والحرفة)،ويستطيع تقديم مهر مثلها من النساء فان الولي ظالما لموليته و يسمى في مثل هذه الحالة –عضل الولي-

[1]:النقود الأدبي :يكون من خلال علاقة الأب بأبنائه،التي تفرض الاحترام والطاعة للأب و يستجبون بالتالي إلى إرادته.

حرم الإسلام على الرجال عضل النساء الذي كان شائعا في الجاهلية .فقال سبحانه وتعالى:*يا أيها الذين امنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن...*[1].،وهو ما اتفق عليه جمهور العلماء...وان منع الولي موليته من الزواج كان من حقها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزوجها،ومن ثم فليس للولي الذي يلي الولي الظالم أن يعقد نكاح هذه المرأة (لا ينتقل الحق للأبعد) بل تنتقل الولاية مباشرة للقاضي .فالعضل في الإسلام ظلم،ورافع الظلم هو القاضي.

وهذا في غير المجبرة ،فان كانت كذلك لا يجب على الولي إجابتها لكفئها،لا لان له أن يجبرها ولو لغير كفء.

ولا يعد الولي عاضلا،في حالة امتناعه بسبب عذر مقبول كأن يكون الزوج المتقدم غير كفء.أو يكون مهرها أقل من مهر مثيلاتها.ونفس الحكم (أي لا يكون عاضلا) في حالة الرد المتكرر للأزواج إن كانت من المجبرات ،لأن أدرى بحالها منها[2].

وفي هذا يقول معقل ابن يسار:*كانت لي أخت تخطب إلى فأتاني،ابن عم لي فأنكحتها إياه،ثم طلقها طلاقا له رجعه ثم تركها حتى انقضت عدتها،فلما خطبت إلى أتاني يخبطها فقلت:لا والله لا أنكحها أبدا قال ففيّ نزلت هذه الآية :*وان طلقتم فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن...*[3].

قال:*فكفرت عن يميني،فأنكحتها إياه4.

وخلاصة القول أنه الإسلام لما أعطى للولي حق تزويج موليته،فانه قد أوجب عليه بعض الواجبات تجاهها ومن أهمها:تزويجها لكفء إن رضيت به ،سواء طلبته للتزوج به أو لم تطلبه.وإنما خطبها فرضيت به.

---

[1]:سورة النساء الآية19.

[2]:عبد القادر بن حرز الله،المرجع السابق،ص63.

[3]:سورة النساء الآية 127.

4:فقه السنة،المرجع السابق،ص121.

المطلب الثاني: سلطة الولي في فرض الزواج على المولى عليها.

لقد ناقش الفقهاء المسلمين موضوع إجبار الفتاة على الزواج كثيرا ،ولهم آراء متباينة،لكنهم لم يختلفوا في أن الفتى متى كان بالغا وعاقلا يستطيع أن يزوج نفسه بنفسه،وليس لأبيه أولوليه سلطة إجبار على الزواج دون رضاءه.كما أنهم لم يختلفوا فيما يخص زواج الثيب التي لا يجوز إجبارها على شخص لا ترغب الزواج منه[1]،وذلك تطبيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم *ليس للولي من الثيب أمر*[2].

وعليه فالمرأة لا يملك وليها إلا الرجوع إلى رأيها في أمر زواجها،بمن خطبت إليه مادمت راشدة بالغة، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنفية وجمهور الفقهاء ،الصحابة والتابعين ،ودليل ذلك من القرآن قوله سبحانه وتعالى *فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف*.

ومن السنة ما رواه أحمد وأبوا داوود وابن ماجة من حديث عبد الله بن عباس:أن جارية بكرا أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم،فذكرت إن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها الرسول علية الصلاة والسلام .ومثله ما رواه النسائي،من حديث عائشة رضي الله عنها، أن فتاة دخلت عليها فقالت:أنا أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع من خسيسة،فقالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم ،فجاء عليه السلام ،فأخبرته ،فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها.

فقالت:يا رسول الله،قد أجزت ما صنع والدي،ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء.

وفي هدا السياق يقول الشافعي في كتابه الأم :(و يشبه في دلالة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم،إذ فرق بين البكر والثيب فجعل الثيب أحق بنفسها من وليها فذل ذلك على أن أمره أن يستأذن البكر في نفسها أمر اختيار لا فرض،لأنها لو كانت إذا كرهت لم يكن له تزويجها كانت كالثيب ، وكان يشبه أن يكون الكلام فيها **أن كل امرأة أحق بنفسها من وليها**،وإذن الثيب الكلام .

---

[1]:راجع المطلب الخاص بالولي ركن من أركان العقد.

[2]:عبد العزيز سعد،المرجع السابق ص122.

وإذن البكر الصمت ولم أعلم أهل العلم اختلفوا في أنه ليس لأحد من الأولياء غير الآباء أن يزوج بكرا أو ثيبا إلا بأذنها ...) [1].

وهناك للأسف من الآباء غلب عليهم الجهل والعصبية العائلية، و أساؤوا استعمال حقهم في الولاية فاستبدوا في تزويج بناتهم دون استأذنهن ودون مراعاة لإحساسهن الإنساني . وما على المرأة في هذه الحالة إلا أن تصبر على شقائها ،مع من اختاره أبوه أو وليها دون رضاها ،أو تموت حصرا على حالها والويل لها إن خرجت عن شور أبيها، أو اعترضت على اختياره.

المطلب الثالث: ضوابط سلطة الولي.

إذا كان يحق للولي أن يجبر على الزواج،فان الضابط هو عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها . فما هو المعيار في عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها؟ ثم ما هو الجزاء المترتب في حالة تحقق الضرر الناتج عن تعسف الولي-وعليه نتطرق في الفرع الأول إلى الضابط أو المعيار في عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها ونتطرق في الثاني إلى الجزاء المترتب عن ذلك.

الفرع الأول : ضوابط عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها.

لقد حدد الفقهاء ضوابط عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها،ويمكن إجمال ذلك بتوافر شروط هي:

1-أن لا يكون بينها وبين الولي عداوة.

2-أن يزوجها بكفء.

3-أن لا يكون الزوج موسرا بمال الصداقة.

4-أن يزوجها بمهر المثل.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن تعسف الولي:

تقرر الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف عموما، تختلف هذه الجزاءات باختلاف التصرفات. وباعتبار أن الزواج هو من التصرفات القولية فإن الجزاء في تصرفات القولية هو إبطال ذات التصرف لمنع ترتيب آثاره عليها فيحول بينها وبين ترتيب آثارها عليها وعلى ذلك تعتبر العقود باطلة.

---

[1]:عبد القادر حرز الله،المرجع السابق،ص58.

الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية في الزواج، في نصوص متعددة من قانون الأسرة سواء تعلق الأمر بالقانون رقم 84-11 أو القانون رقم 05-02.

ولعل كثرة هذه المواد الخاصة تحديدا بالولي دفعت لطرح تساؤل هو ما غاية المشرع من إدراج هذا الكم من المواد في موضوع الولي؟- ذهب البعض إلى القول بأنه يريد إحكام القيد على المرأة، حتى يصبح ركن الرضاء مجردا من محتواه، وقال البعض الآخر جاء لحماية المرأة وتعزيز رضائها ومصلحتها.

لذلك سنحاول في هذا الفصل الغوص في أعماق هذه المواد، للوصول إلى نية المشرع الحقيقية من تنظيمه لركن الولي، وذلك من خلال التطرق لكل قانون على حدا – القانون رقم 84-11 و القانون رقم 05-02، فنتعرض للولي في عقد الزواج ،وفقا لقانون 84-11 في المبحث الأول من خلال 3 مطالب يضم:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وأثر تخلفه.

المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية: (من هم الأولياء).

المطلب الثالث: حدود سلطة الولي طبقا لقانون الأسرة.

أما في المبحث الثاني فنتطرق إلى الولي في عقد الزواج وفقا لقانون رقم 05-025 من خلال التعرض إلى ثلاث مطالب يضم:

- المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وأثر تخلفه.
- المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية.
- المطلب الثالث: تطبيقات الولاية في الزواج بعد صدور التعديل.

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

المبحث الأول : الولي في عقد الزواج وفقا للقانون رقم 84-11

يعد قانون الأسرة لسنة 1984، أول قانون نظم بشكل دقيق العلاقات الأسرية في الجزائر. كما أنه يعد أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد يشمل جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأهلية وميراث...وهو ما افتقدته القوانين العربية المختلفة كمدونة الأحوال الشخصية المغربية 1957، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية 1957، وقانون العائلة الأردني 1951....[1]

استمد هذا القانون أكثر أحكامه من المذهب المالكي مع الاعتماد على بعض أحكام المذاهب الأخرى وقد نصت المادة 222 منه على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وكما أن هذا القانون يجسد هوية الأسرة الجزائرية الطبيعية.

وفيما يخص الولاية في عقد الزواج فقد نظمها هذا القانون في المواد 09،10،11،12،13،32،33 منه وفصل فيها. فما هي الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج؟ هل يعتبر القانون رقم 84-11 ركن من أركان العقد؟ أم أنه شرط صحة فقط؟ ما هي الآثار المترتبة على تخلف الولي؟ لمن تثبت هذه الولاية؟ وهل يعطي هذا القانون للولي سلطة كاملة ومطلقة في تزويج المولى عليها؟

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وآثار تخلفه

إنه وحتى ينعقد الزواج صحيحا، وحتى يعترف به قانونا وجب أن يطابق نصوص هذا القانون. ومن ثم فقد تحدث المشرع على مقومات الزواج ووضعها تحت عنوان أركان الزواج. فنص في المادة التاسعة من القانون 84-11 على أنه " يتم عقد الزواج برضاء الزوجين وبولي، وشاهدين، وصداق"، ويتمعن نص المادة نجد أن القانون اعتبر هذه العناصر الأربعة أركانا لقيام عقد الزواج بتوافرها ينعقد العقد، وينعدم بانعدامها، فهل يختل العقد إن تخلف واحد منها؟ بمعنى ماذا يترتب عن تخلف ركن من أركان انعقاد الزواج. نخص بالذكر ركن الولي.

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال التعرض للطبيعة القانونية للولي في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نتطرق إلى آثار تخلف الولي في الزواج.

[1]: الدكتور عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ص 16.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي

إن الحديث عن الطبيعة القانونية للولي يدفع بنا إلى البحث في النصوص القانونية ومعرفة نية المشرع بخصوصها وكيف كيفها- هل اعتبرها ركن من أركان العقد أو أنها مجرد شرط للصحة فقط؟ ضف إلى ذلك إن كان العقد له أركان ولكل ركن شروط، فقد اختلف الفقهاء في البعض منها أهي كذلك أم هي مجرد شروط، وهذا راجع للخلاف في معنى الركن ومعنى الشرط، فالركن هو ما به قوام الشيء ووجوده فلا يتحقق إلا به، أو هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءا منه أو خارج عنه. أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزء من الحقيقة.

فماذا يعتبر الولي؟ إنه وبالرجوع لنص المادة التاسعة من هذا القانون السالفة الذكر نجد هنالك حصر لأربعة مقومات لقيام عقد الزواج وضعت تحت عنوان – أركان الزواج- تتمثل في:
رضاء الزوجين، الولي، الشاهدين والصداق. ومن ثم وجب السير حذو المشرع في دراستها أي نتطرق أولا لرضاء الزوجين باعتباره الركن الأول والأساسي لقيام عقد الزواج ولما يؤثر غيابه في الأركان الأخرى بما في ذلك ركن الولي.

نصت المادة العاشرة فقرة أولى من قانون الأسرة " يكون الرضاء بإيجاب من أحد الطرفين وقبوا من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا" لينص في الفقرة الثانية" يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

ومن استقراء نص المادة نجد إن عقد الزواج وبما أنه من العقود الثنائية وجب وجود متعاقدين (الخطيب والخطيبة)، وتوافر الإيجاب من احدهما والقبول من الآخر وعليه فإن الإيجاب والقبول ليس إلا تعبيرا عن توافق إرادتين هدفهما عقد الزواج والمشرع الجزائري لم يحدد صيغة معينة للتعبير عنهما وهو ما نستشفه من نص المادة العاشرة من نفس القانون "... بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

وغن كان هذا العقد متوقف على رضاء الزوجين، فماذا عن الولي بالنسبة للمرأة؟ نصت عليه المادة 11 من نفس القانون " يتولى زواج المرأة وليها..." ومن ثم وإن كان لا بد من موافقة ورضاء المرأة لانعقاد زواجها، فإنه لا يكفي وحده بل لا بد من تدعيمه برضاء الولي.

[1]: الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص 116.

وموافقته حتى يستطيع بالتالي ممارسة حقه النيابي. ولعل ذلك ما فرضه مجتمعنا الجزائري، وتطبعت عليه الفتاة العربية المسلمة فالفتاة وفي موقف كهذا يغلب عليها الحياء ولا تستطيع حضور مجلس العقد فتفوض أبوها أو وليها.

وهنا المشرع لم يفرق بين عقد نكاح الفتاة الراشدة أو القاصرة بل فرض وجود الولي في عقد الزواج إضافة إلى رضائها هي، وعليه فإن الإيجاب والقبول المكونين للرضا، يعتبران ركن قد فرضه القانون من المرأة ووليها معا، ومن ثم يثار التساؤل عما إذا كان رضا كل من الزوجة ووليها ركنا لا يتم العقد إلا بهما؟.

وهل المقصود به العاقدين الطرفان الأصليان وهما الزوج والزوجة، أم المقصود اللذان يتوليان إبرام العقد وهو الزوج وولي الزوجة. وهو ما سنحاول الإجابة عنه في الفرع التالي....

الفرع الثاني: آثار تخلف الولي

إن الحديث عن الآثار المترتبة على تخلف ركن الولي في عقد الزواج، وهل يعد باطلا بطلانا مطلقا أم نسبيا، وهل يفسخ أم أنه بالاستطاعة تصحيح؟ يؤدي بنا إلى الرجوع لنصي المادتين 09-11 من قانون الأسرة، إذ تنص الأولى على أنه " يتم عقد الزواج، برضاء الزوجين وبولي المرأة...." أما الثانية فتنص " يتولى زواج المرأة وليها..."، ومن ثم فقد اعتبر المشرع الولي ركنا من أركان عقد الزواج، وهو ما يؤخذ عليه[1]، إذ وبالرجوع لنص المادة 33 من نفس القانون والتي يستفاد منها أن تخلف ركن الولي، لا يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، كما هو الشأن في تخلف ركن الرضاء بل يشترط أن يقترن أي الولي بتخلف شرط آخر كالصداق، او الشاهدين، حيث تنص المادة 33 من قانون الأسرة على أنه: " إذا تم الزواج بدون ولي، أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"[2].

[1]: الأستاذ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 121.

[2]: الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص 127

وهو ما ذهبت إليه قرارات المحكمة العليا والتي بينت... إذا اختل ركنان (شرطان) من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج... ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن الشاهد صرح أنه لا يوجد ولي وصداق فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد برفض الدعوى بعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج

وهما الولي والصداق فإنهم بقضائهم طبقوا الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيق سلبي قرار بتاريخ:02-10-1989 رقم 51107 [1] .

وانطلاقا مما سبق يمكن القول أن المقصود برضاء الزوجين في نص المادة التاسعة من قانون الأسرة، وهو تراضي الزوجين الأصليين، ومن ثم فإن الإيجاب والقبول المكون للعقد عليها، والرضاء الصادر من وليها فلا يعتبر ركنا وإنما هو شرط من شروط صحة العقد لا غير.

وعليه فإذا أبرم الولي العقد أمام الشاهدين من دون موافقة المرأة اعتبر العقد غير موجود نهائيا من الناحية القانونية[2]، لتخلف ركن من أركان الانعقاد (وهو الرضاء)، أما إذا تولت المرأة عقد زواجها دون موافقة الولي، فإن العقد يعتبر قائما لكنه فاسد لتخلف أحد شروطه.

ذلك أن صلاحيات الولي تنحصر في اختيار الرجل الكف، وفي اشتراط مهر المثل أي له تزويج موليته لتحقيق مصلحتها خاصة إذا كانت قاصرا. لكن دون أن ينزل منزلتها في رضائها هي صاحبة الصلاحية الوحيدة في قبول أو رفض عقد النكاح.

المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية

إن كان الولي شرط من شروط صحة عقد الزواج، فلعل السؤال الذي يطرح نفسه من هو هذا الولي؟ بمعنى لمن تثبت ولاية تزويج الفتاة حتى يكون عقد نكاحها نافذا؟ وقبل الجواب هذا التساؤل ما حكمة مشروعية ترتيب الأولياء؟

[1]: العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية ص 17

[2] :وهو ما سنفصل فيه في مطلب حدود سلطة الوالي طبقًا لقانون الأسرة

إن ترتيب الأولياء يجب أن يتم طبقا للدور المشروط بالولي ، وذلك رعاية لمصلحة المولى عليها، إذ أن الولاية تقوم على أساسين أو شقين، يتمثل الأول في الشفقة على مصالح فاقدي الأهلية أو ناقصيها لدى أقاربهم سواء المعصبات أو غير العصابات، ومن البديهي أن هذه الشفقة متفاوتة عند الأقارب، فكلما كان الشخص أقرب قرابة كان أشفق والعكس صحيح.

أما الثاني فيتمثل في رأي الولي في حد ذاته وفي تصوراته.

فكيف ترتيب الأولياء طبقا لقانون الأسرة؟ وماذا عن هذا الترتيب؟ لذلك سنتعرض في الفرع الأول لترتيب الأولياء أما الثاني فسنتطرق لتقييم هذا الترتيب بالنسبة للباحثين في القانون.

الفرع الأول : ترتيب الأولياء وفقًا لقانون الأسرة

نص المشرع على ثبوت الولاية في عقد الزواج في المادة 11 من قانون الأسرة، ورتب الأولياء حسب إستحقاقهم لهذه النيابة. فنص على أنه:" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" طبقًا لنص المادة فإن قرابة الأبوة تأتي في المرتبة الأولى غير أنه إذا فقد الأب سقطت الولاية عنه، فمن هم – أقاربها الأولين؟ أي من يحق له ولاية الفتاة من أقاربها. لم ينص المشرع على من هم أقارب الفتاة ولم يحدد لهم في نصوص القانون. لذلك سنحاول الرجوع للمذهب المالكي الذي يعد مصدر من مصادر القانون الجزائري لنعرف من الأقارب الأولين [1] : وهذا تطبيقًا لنص المادة 222 من هذا القانون [2] .

بعد الأب يعتبر المالكية ثبوت الولاية لأقارب المرأة في زواجها بإذنها ورضاها سواء كانت بالغة بكرًا أو ثيبًا هم:

1 –**ابن المرأة** : إن سبق للمرأة الزواج فالولاية في زواجها التالي وفي غياب أبوها، تثبت لابنها بعد أخذ موافقتها، ودليل ولاية الابن على أمه:

–حديث زواج النبي صلى الله عليه وسلم بأم سلمه وفيه قولها لأبنها: يا عمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجها.

[1]: بلحاج العربي، المرجع السابق ص 122.

[2]: تنص المادة على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامي".

– تزويج أنس بن مالك أمه بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد ذلك.

2– أخ المرأة الشقيق: فللأب، فانب أخيها وإن سفل، أما أخوها لأم فلا ولاية له.

3- **الجد للأب**: فمرتبته بعد الأخ.

4- **العم**: وبعده ابنه، ثم جد الأب ثم عم الأب ثم غبنه.

5- **الكافل**: غير العاصب.

6- **الحاكم**: أو القاضي الشرعي، وذلك تطبيقا للمبدأ الشرعي " القاضي ولي من لا ولي له". وكي تثبت الولاية للأقربين بعد الأب وجب التمييز بين حالتين: حالة غياب الأب من موطنه ينتظر حضوره إذا لم يكن في الانتظار تأثير على مصلحة الفتاة فإن الولاية تنتقل إلى غيره من الأولياء الابن، الأخ، الجد.....[1].

الحالة الثانية هي إذا كان الولي الأصلي (الأب) متوفي، فإن الولاية في الزواج تنتقل حكما وبقوة القانون إلى أقرب شخص من المرأة. وفي غياب أقارب المرأة مطلقا تنتقل الولاية للقاضي مباشرة وبقوة القانون.

الفرع الثاني: تقسيم ترتيب الأولياء

لقد ذهب العديد من الفقهاء ودارسين القانون إلى القول بضرورة إعادة النظر بشأن ترتيب الأولياء. وذلك من خلال الاقتراحات التي قدمت لتعديل هذا القانون[1].

فحسب رأيهم أن ترتيب الأولياء يجب أن يكون ترتيبا دقيقا يتماشى ودور الولي باعتباره يشكل الحماية والنصرة والعون على حسن الاختيار وليس تسلطا ورفضا للرأي، وإذا كان الفقهاء في ترتيبهم للأولياء كان انطلاقا من الدور الهام فإن الواقع وظروف الأسرة آنذاك وصلة القرابة كان له معنى ديني أصبح يختلف اليوم، فلم تعد الصلة كذلك وبتلك الدرجة بسبب تعقيدات الحياة ومشاكلها الكثيرة التي أصبحت تميز الحياة العصرية اليوم وعليه منهم من اقترح إلغاء الأقارب الأولين وحصر الولاية في الأب، الجد، فالقاضي ومنهم من اقترح ضرورة حصر أو ذكر الأقارب واحد تلو الآخر.

[1]: الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع السابق ص 121

وفي هذا الشأن يقول الدكتور عبد العزيز سعد: " قانون الأسرة عندنا قد عالج مسألة الولاية في الزواج باعتماد عدة أحكام وقواعد متداخلة ويكتنفها شيء من الغموض، وذلك حينما نص في المادة 11 على أن يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها وإلا فأحد أقاربها الأولين، على أن القاضي هو ولي من لا ولي لها.... فإننا نأخذ على القانون أنه لم يوضح من أهم الأقربون للمرأة بعد الأب، لأن الموثق أو ضابط الحالة المدنية المؤهل لتحرير عقد الزواج ليس من السهل عليه معرفة من هو الأقرب للمرأة بعد الأب، لأن الموثق أو ضابط الحالة المدنية المؤهل لتحرير عقد الزواج ليس من السهل عليه معرفة من هو الأقرب للمرأة، حتى يقبل بصفته ولي لها".

المطلب الثالث: حدود سلطة الولي طبقا لقانون الأسرة

إذا كان الزواج طبقا لقانون الأسرة من العقود التي تراد لأغراض ومصالح لا تتحقق مع كل زوج، فهو يتطلب العناية والدقة في أحوال الرجال ومن يصلح منهم، ومن لا يصلح، ومن ثم فإن الولاية مرتبطة ارتباطا وثيقا بهذه المصلحة، لذلك وجب توافر بعض الشروط في الولي حتى يستطيع بالتالي أن يكفل مصلحة موليته. ولم يذكر لنا المشرع الجزائري الشروط اللازم توافرها في الولي، وهي مفصلة في الشريعة الإسلامية[1]، إذ يجب أن يكون الولي كامل الأهلية، بالغا، عاقلا، ذلك أن الولاية قائمة على النظر وتحقيق هذه المصلحة، إضافة إلى اتحاد الدين والذكورة.

وإن كان المشرع الجزائري قد جعل الولي ركن من أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة، إلا أنه حدد سلطانه في حدود وضوابط هذه المصلحة.

فللولي وفقا للقانون أن يمنع أو يفرض الزواج على موليته باسم المصلحة؟ سنتعرض في هذا المطلب إلى سلطة الولي في منع موليته من الزواج في الفرع الأول أما في الثاني فنتعرض إلى سلطة الولي في إجبار موليته على الزواج.

الفرع الأول: سلطة الولي في منع موليته من الزواج

نص المشرع في المادة 12 من قانون الأسرة 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 03 من هذا القانون.." والمكشف من نص المادة انه إذا توافرت الأركان المنصوص عليها في المادة9 من نفس القانون.

[1]: القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة

وإذا رغبت المرأة في الزواج وكان أصلح لها فليس للولي أن يمنعها لو كان اعتراضه غير عقلاني وبدون مبرر شرعي، وفي هذه الحالة للمرأة أن تلجأ للقاضي، وهو الذي يأذن لها بالزواج وهنا تحل الولاية العامة (ولاية القاضي) محل الخاصة (ولاية الأب) وبالتالي لا يجوز منع المولى عليها من الزواج.

لكن القانون هنا لم يحدد الجهة التي تكون لها سلطة الفصل في النزاع الذي يمكن أم يحصل بين الفتاة ووليها حول الزواج الأصلح لها والغير الأصلح، كما لم يبين شكل الإذن الذي يمنع القاضي والذي يتجاوز به منع الولي[1].

ثم في الفقرة الثانية من نفس المادة ينص على " غير أن للأب أن يمنع البكر من الزواج، إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، وهنا يرجع المشرع ليمنح سلطة للولي في منع موليته من الزواج إن كان وراء هذا المنع مصلحة محققة، ومن ثم يمكن أن نستنتج الشروط اللازم توافرها لمنع الفتاة من الزواج والتي تتمثل في:

- جب ان يكون الولي هو الأب
- يجب أن تكون المولى عليها بكرا.
- يجب أن تتحقق مصلحة من المنع.

وفيما يخص المصلحة قد يثور تساؤل: هل أن الأب هو صاحب السلطة في تقدير توافر أو عدم توفر المصلحة، أم هناك جهة أخرى محايدة؟ فهل المصلحة المقصودة هي مصلحة البنت أم مصلحة الأب أم تتعداهما إلى مصلحة العائلة كلها.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: " كنا نأمل أن يأخذ قانون الأسرة بالمذهب الحنفي في موضوع الولاية...يكون متماشيا مع الزمان والمكان...خاصة إذا علمنا أنه لا يوجد أي نص صريح لا في القرآن ولا في السنة الفعلية يجعل من تولي الولي زواج المرأة لانعقاد الزواج أو لصحته....".

[1]: أنظر شرط الولي في الفصل الأول من هذا البحث

وقد قرأ القضاء في تطبيقاته لنص المادة 12 السالفة الذكر انعدام سلطة الولي في منع موليته من الزواج وذلك في قرار المحكمة العليا الصادر في 03-03-1993 ملف 90468 والذي جاء فيه " من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها، وللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أركانه. ولما ثبت من قضية الحال- أن البنت راشدة، وعبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله سكن، فإن وليها – الطاعن- لم يثر الأسباب التي دفعت بع لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه[1] .

الفرع الثاني: سلطة الولي في إجبار موليته على الزواج

لقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة على انه : لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، وما يستنتج من نص المادة أن المشرع قد ألغى الولاية الجبرية على المرأة في زواجها، ولم يفرق بين البالغة والقاصرة. لكن وبالرجوع لنص المادة7 من نفس القانون، نجد أنه قد سمح بتزويج الفتيات الصغار أقل من 18 سنة والفتيان أقل من 21 سنة للمصلحة أو للضرورة، رغما عن إرادتهم وبالرغم من أنهم غير مستعدين لمثل هذه المسؤوليات.

ولكن ذلك لمجرد أن الأب يزعم مصلحة أو ضرورة قد تكون وهم في رأسه فقط.

كما أنه لا يجوز للولي أن يزوج موليته من دون موافقتها، حيث جعل الشارع الولاية اختيارية تعتمد على إذن المرأة وموافقتها والولي ليس سوى مرافق للمرأة يقف بجانبها وهو يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد.

ولقد حكم مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 31 ماي 1968 عن الغرفة الجنائية، بأنه وإن كان حضور الولي إلى جانب المرأة هو شرط أساسي إلى أن مهمة الولي محدودة في تمثيل المرأة ومباشرة العقد نيابة عنها، وعرض شروطها ومطالبها بكل أمانة وإخلاص.

[1]: الأستاذ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.

ومن هنا حكم المجلس على الولي (أب المرأة) بعقوبة الغرامة لتجاوز حدود مهمته الشرعية (ذلك أنه صرح في مجلس العقد بان الزوجة موافقة على الزواج، في حين أنها كانت ترفضه). كما أنه عاقب الزوج بعقوبة الحبس لمدة 15 يوم بتهمة الاشتراك مع الولي[1].

وما يمكن قوله في آخر هذا المبحث أن القانون 84-11، قد كرس العديد من المبادئ العامة من خلال نصوص كثيرة كضرورة الاعتداد بالمصلحة والرغبة وتجسيد الرضا الخاص بالمولى عليها من خلال ذكر هذا الركن في المادة في المادة التاسعة منه، هذا ما أعطى دفعا جديدا للقضاء في الجزائر الذي كان يعتمد على الاجتهاد بعد الاستقلال وقبل صدور قانون الأسرة فأصبحت القرارات لا تعترف بالعلاقة التي لا تتماشى والأركان المنصوص عليها في القانون.

لكن ورغم إيجابيات هذا القانون ولما ناشده من حقوق للمرأة خاصة في زواجها إلا أنه لم يسلم من النقض فكما تطرقنا في كل عنصر قد طرح مشكل بخصوص نص ما . وبهذا الصدد يقترح الدكتور عبد العزيز سعد: إخراج قانون الأسرة لموضوع الولاية على المرأة البالغة الراشدة والعاقلة من دائرة أركان عقد الزواج، ويكتفي بمنح الولي السلطة في الاعتراض ضد العقد الذي تعقده ابنته مع زوج غير كفء..ويترك له السلطة المطلقة في تزويج الفتاة المحجور عليها أو تلك المنصوص عليها في المادة السابعة والتي تتعلق بمصلحة أو ضرورة[2].

ونظرا للانتقادات التي مست العديد من المواد، والاقتراحات التي جاءت لتعديل نصوص قانون الأسرة، والمشروعات الهادفة لتحقيق المصلحة ومسايرة مقتضيات العصر فقد عدل القانون رقم 84-11 بالأمر 05-02 فكيف عالج موضوع الولاية؟ وهي الاختلافات التي جاء بها والتعديلات التي طرحها؟ وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل.

[1]: بلحاج العربي المرجع السابق ص 125

[2]: عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 127.

المبحث الثاني: الولي وفقا لقانون الأسرة رقم 05-02

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

لقد كان صدور الأمر 05-02 المتضمن لقانون الأسرة المؤرخ في 27 فبراير 2005 نتيجة حتمية لجملة الانتقادات التي وجهت لأحكام القانون رقم 84-11، والاقتراحات المقدمة من طرف رجال القانون والسياسيين.

فألغيت بموجبه المواد 12-20-38-39-67-، وتممت وعدلت المواد 4-5-6-7-8-11-13-15-18-19-22-30-31-32-33-36-37-40-48-49-52-53-54-57-64-67-72-87.

وأضيفت المواد الجديدة وهي: 3 مكرر-8 مكرر-8 مكرر1-9 مكرر-45 مكرر-53 و57 مكرر.

وعليه فقد لمس التعديل في نصوص قانون الأسرة لمواد الخاصة بالولاية مما يدفعنا إلى طرح تساؤلات عدة: كيف عالج المشرع موضوع الولي وفقا للأمر05-02؟ ما الطبيعة القانونية للولي في عقد الزواج؟ لمن تثبت الولاية فيه؟

كيف ساهم هذا القانون في القضاء؟ ما موقف المجتمع المدني منه؟ نحاول الإجابة عن كل هذه الإشكالات ضمن 3 مطالب:

يضم: المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وأثر تخلفه

المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية

المطلب الثالث: تطبيقات الولاية في الزواج بعد التعديلات

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وآثار تخلفه

إنه كما سبقت الإشارة، فالعقد لا يعترف به ولا يعتد به ما لم يوافق نصوص القانون، ومن ثم وجب معرفة ما يشترطه القانون بما يخص النيابة (الولاية) في الزواج حتى يقع صحيحا.

وإن كان القانون رقم 84-114 اعتبر الولي ركن من أركان عقد الزواج، ماذا اعتبره القانون 05-02؟ ماذا لو تخلف الولي في عقد الزواج وهو ما سنحال تفصيله في الفرع الأول نتطرق إلى الطبيعة القانونية للولي، أما في الثاني فنتعرض لأثار تخلفه وذلك من خلال مقارنته مع القانون رقم 84-11.

الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي

تنص المادة التاسعة من الأمر 05-02 على أنه "ينعقد الزواج برضا الزوجين".

وبالتالي فقد اعتبر القانون عقد الزواج ساري بمجرد رضا الزوجين، أي أنه جعل من اقتران الإيجاب بالقبول ركنا لانعقاد الزواج ويظهر الرضا من خلال التعبير عن الإرادة والتي يجب أن تكون سليمة من العيوب، صادرة عن شخص كامل الأهلية (المادة 07 من نفس القانون) أو الحصول على إذن من القاضي للقاصر ومن ثم يظهر التعديل جليل في نص المادة إذ ان المشرع حذف ثلاثة مقومات لعقد الزواج اعتبرها أركان لكامل عقد النكاح صحيح وهي: الولي، الشاهدين، والصداق فماذا عنها؟

تنص المادة 9 مكرر من نفس القانون على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج- الصداق- الولي- شاهدان- انعدام الموانع الشرعية".

هنا المشرع جعل الولي شرط أساسي في عقد الزواج، إضافة إلى الصداق، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية وهو ما أكده بنص المادة 11 من نفس القانون " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها..."[1].

ومن ثم فالعقد يحتاج لرضاء الزوجين لنشوئه صحيحا وليس للولي صلاحية مثل التي أعطاها له القانون رقم 84-11 فقد غيرت المادة 11 عن ذلك من خلال عبارة – بحضور وليها-

وهنا يظهر إلغاء الولي من عقد الزواج ولا يعتد إلا بحضوره.

وفي هذا الشأن فرق المشرع بين المرأة البالغة العاقلة وبين القاصر ، وأجاز للمرأة الراشدة عقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره، ومن ثم حتى حضوره ليس شرطا لصحة عقد الزواج وهو ما يستفاد من عبارة – أ- (المادة 11 فقرة 1 من القانون رقم 05-02)، أي يمكنها أن تلجأ لأي شخص تختاره وليا لها.

لكن بالنسبة للقاصرة اعتبر المشرع الجزائري الولي شرط من شروط الصحة وهو ما نصت عليه نفس المادة فقرة 2 " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم...".

[1]: عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ص.68.

الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة

وبالرجوع لنص المادة 7التي أحالتنا لها المادة 11 نجد انه وإضافة إلى ضرورة تولي الولي عقد النكاح وجب الحصول على إذن من القاضي[1].

الفرع الثاني: آثار تخلف الولي

لقد اسند المشرع الجزائري في نص المادة 11 من قانون 84 -11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 إلى المرأة الراشدة مباشرة أمر زواجها على خلاف المادة الأصلية(قبل التعديل)، والتي جاءت بالصيغة التالية:" يتولى زواج المرأة وليها....". ففي الأولى جعل المشرع حضور الولي شرطا لانعقاد الزواج إما في الثانية فقد كان هو من يتولى عقد النكاح.

ولعل نص المادة 33 من قانون 84-11 المعدل والمتمم للأمر 05-02 يعب عن ذلك في الفقرة الأولى منها: " ...يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". في حين تنص نفس المادة قبل التعديل على انه "...يبطل إذا اختل أكثر من ركن...". والمستشف من المادتين ان في الأولى الرضاء هو الركن الوحيد ولا يبطل بالتالي عقد النكاح عند تخلف الولي، أما في الثانية فإن اقترن تخلف الولي بتخلف شرط آخر فالعقد يبطل حينئذ.

والجواب عن تخلف الولي في عقد الزواج وآثاره نجده في الفقرة الثانية من نص المادة 11 من قانون رقم 05-02 بقولها" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

ومن ثم فإن تخلف الولي في عقد نكاح الراشدة لا يستوجب بطلان العقد ، أما إذا تعلق الأمر بالقاصر وهو ما يفهم من عبارة –أو الولي في **حالة وجوبه**– فوجوبه لا يكون إلا بالنسبة للقاصر.

من هنا وإن كان الولي شرط من شروط العقد، فيختلف الأمر بين كونه شرطا أساسيا وجد لأجل حماية النظام العام والآداب العامة، فيكون جزاء تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا، وهو ما يتحقق في حالة غياب الولي في تزويج الفتاة القاصرة.

[1]: المادة 7 من الأمر رقم 05-02 " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام سن 19 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

أو كونه شرطا قرر من اجل حماية أطراف العقد فيكون العقد قابل للإبطال (بطلان نسبي)[1] وهو ما يرد على تزويج الراشدة

المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية

نصت المادة 11 من قانون 05-02 على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". بالتمعن في نص المادة نفسها من القانون المعدل 84-11 نجد إن المشرع أحدث تغييرا جذريا في ما يخص ترتيب الأولياء، وقد ميز في ترتيب بين الفتاة الراشدة والقاصرة.

فأما بالنسبة للراشدة وحسب الفقرة الأولى من نص المادة فقد جعل المشرع وليها هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، ومن ثم فقد وسع من دائرة الولي، لا وقد أعطى للمرأة الراشدة الخيار المطلق حتى انه يمكنها أن تختار أي شخص بوجود أبوها أو احد أقاربها.

من هنا فقد خرج المشرع عن قواعد الشريعة الإسلامية، بعدم تتبعه لأي مذهب من المذاهب الفقهية التي ذكرناها، لكن الأرجح أنه جعل من رشد الفتاة كفاية لعقد نكاحها خاصة أنه لم يوجد أي نص صريح لا في القرآن ولا في السنة الفعلية يجعل من تولي الولي زواج المرأة شرطا لانعقاد الزواج وصحته، وخاصة إذا كانت هذه المرأة راشدة، بالغة مستوى عالي من الثقافة يجعلها تدرك ما ينفعها وما يضر بها. وفي هذا يقول ابن رشد" إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد الزواج كما يكتفي به في التصرف في المال... لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم.

فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز عليه الصلاة والسلام، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريب من التواتر..."[2].

[1]: بلعيش فوضيل، المرجع السابق ص 23

[2]: عبد القادر بن حرز الله المرجع السابق ، ص 72

وفيما يخص الفتاة القاصر فقد جعل الشارع الولاية للأب فأحد الأقارب ثم القاضي وهو ما يستشف من نص المادة 11فقرة 2 من هذا القانون. ومنه فقد رتب القانون الأولياء في تزويج القاصر ومن ثم لا يمكن لأي شخص الولاية على القاصر لوجود أبيها وإن تم الزواج فالعقد

باطل بطلانا مطلقا كما ذكرنا سابقا، وفي حالة غيابه لفترة طويلة قد تضيع مصلحة محققة للقاصرة أو في حالة وفاته فإن الولاية تنتقل مباشرة لأحد أقاربها الأولين. وفي هذا الإطار لم يستدرك المشرع هذا النقص والذي هاجمه الكثير من رجال القانون لعدم ذكر من هم الأولياء في قانون الأسرة، حتى يستطيع بالتالي الموظف المختص في عقد الزواج إن يأخذ أحد الأقارب ولي للفتاة.

ومع ذلك فإننا نرجع دائما لنص المادة 222 من هذا القانون السالفة الذكر ، أي أننا نأخذ بنصوص الشريعة الإسلامية وما ذهبت إليه المالكية.

وفي حالة غياب الولي الأب، وأقارب الفتاة القاصر فإن الولاية تنتقل وبحكم القانون إلى القاضي، وهو بحكم سلطته يستطيع تزويجها إن رأى مصلحة من وراء ذلك.

المطلب الثالث: حدود سلطة الولي طبقا لقانون الأسرة

إنه وبالرغم ما أقره القانون فيما يخص زواج الفتاة الراشدة، وما أعطاه لها من حرية في اختيار من يليها ، إلا إن العادات والتقاليد والعرف المعمول به في المجتمع قد تدفع الأب إلى استعمال سلطته الأبوية – لأن الولائية . سلبه إياها قانون 05-02- في تزويج البنت رغما عنها أو قد يعدلها عن الزواج هذا بالنسبة للراشدة، فماذا لو كانت قاصرة والتي يتولى هو تزويجها قانونا؟ فكيف يحد القانون من هذه السلطة سواء كان ذلك في منع أو فرض الزواج على الفتاة؟

وهو ما سنتعرض له ضمن فرعين يضم الأول سلطة الولي في منع موليته من الزواج أما في الثاني فنتطرق لسلطة الولي في إجبار المولى عليها على الزواج.

الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة

الفرع الأول: سلطة الولي في منع موليته من الزواج

لقد سبقت الإشارة إلى أن القانون رقم 84-11 قد حد من سلطة الولي في المادة 12 منه إذ كان بإمكان المرأة أن تعقد نكاحها عن كان فيه مصلحة رغما عن وليها واستنادا لسلطة القاضي الذي يحل محل الولي.

لكن التعديل ألغى هذه المادة فأصبح هنالك سكوت تشريعي فيما يتعلق بمنع المولى عليها من الزواج. وعليه فقد سار المشرع في سكوته على عدم جواز منع البنت الراشدة البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا.

أما فيما يخص الفتاة القاصر فزواجها متوقف على إذن القاضي.

الفرع الثاني: سلطة الولي في إجبار المولى عليها على الزواج

تنص المادة 13 من القانون 05-02 على انه (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له إن يزوجها بدون موافقتها).

وبالرجوع إلى تقسيمات الولاية نجد انه تنقسم إلى: ولاية حتم وإيجاب، وولاية ندب واستحباب[1] فالأولى تجعل لصاحبها حق تزويج من تحت ولايته كالصغير أو المجنون وذلك لعدم علم هؤلاء بما يتطلبه الزواج من تبصر وحسن الاختيار. وهو طبقا لقانون الأسرة ما يتعلق للفتاة القاصرة والتي وإن أعطى المشرع للأب حق تزويجها فقد منعه بنص المادة السالفة عن جبرها في أمر زواجها. و في الفقرة الثانية يمنع المشرع الولي سواء كان الأب أو غيره من الأقارب أن يزوجوا الفتاة دون أخذ موافقتها، هذا ما يحيلنا لنص المادة التاسعة من هذا القانون والتي جاء فيها" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ومن ثم وإن غاب رضاء الفتاة وعقد نكاحها رغما عنها فلها أن تلجأ للقاضي وتطلب إبطال العقد لانعدام ركن الرضا.

أما ولاية الاستحباب فلا تعطي لصاحبها الحق في تزويج من له عليه هذا النوع من الولاية كالمرأة الراشدة ، فالولي لا يستطيع إجبارها على الزواج بل لها إن تختار بنفسها وتتولى العقد بنفسها. وذلك ما هو جلي وواضح في نص المادة 11 (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها....) فإن كان شرط **حضوره** فقط فكيف له أن يجبرها، وباستطاعتها أن تختار غيره ليكون وليا لها في عقد الزواج.

[1]: نبيل صقر، المرجع السابق، ص 41

المطلب الرابع: تطبيقات الولاية والمواقف المتباينة من التعديل

إن التعديل الذي مس قانون الأسرة رقم 84-11 أحدث ضجة كبير منذ بداية تحضريه من خلال تعدد الآراء والاقتراحات التي ترمي كلها لمسايرة التطور الحاصل في التشريعات الوطنية والدولية، وذلك كله في إطار المناداة بالمساواة بين الرجل والمرأة. إلى صدوره حيث أعطاها

جدالات عدة في المجتمع، بجميع فئاته وطوائفه وباختلاف ثقافاته ومستوى تعليمه... فقد مس رجال القانون، رجال الشريعة، المرأة...

الفرع الأول: موقف القضاء

لقد سجل العديد من القضاة ورجال القانون (المحامين، الأساتذة) بعض النقائص والثغرات التي جاءت في التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة بالرغم من مرور فترة قصيرة على إقرار التعديلات، في حين أكد البعض على حسن فعل المشرع.

أولا: لقد ذهب بعض رجال القانون إلى كون المشرع قد أحسن حين أقر ركن الرضاء في المادة 09 من هذا القانون، لكن وإن كان كذلك فلماذا ألغى الولاية عليها؟ هل أحسن المشرع؟

يجيب أحد هؤلاء القانونيون حسن فعل المشرع حين أعطى الفتاة الحرية في زواجها، لكن ما يؤخذ عليه ومحوه للشخصية الجزائرية، العربية والإسلامية من خلال التوسيع من هذه الحرية في الولاية بل وانه أعطى للفتاة حق إحضار ولي آخر حتى في وجود والدها (المادة 11 قانون 05-02 ...أي شخص تختاره).

ثم يرجع إلى القول: يمكننا إن نفرض حسن نية المشرع في ذلك- لماذا؟- في كون المرأة تختار دائما الاختيارات السالمة لأنها راشدة- هل دائما توفق الفتاة في الاختيار؟- يجيبك المشرع!!

في نفس السياق تجيبنا محامية عن هذا التساؤل: بصفتك كامرأة ودارسة للقانون، ما رأيك في تعديل نصوص قانون الأسرة خاصة المتعلقة بالولاية في المادة 11؟

إن ما كنا نأمله من هذا التعديل السير نحو الأمام من خلال أسرة عصرية، ولعل العديد من نصوص القانون قد أنصفت الأسرة عامة والمرأة خاصة. لكن ما أقف عنده المادة 11 منه والتي ترمي بالمرأة والأسرة إلى هاوية الضياع- لأنها تمثل وحسب رأيي الانحلال الأخلاقي-

ثانيا: مقابل الآراء التي جاءت ضد تعديلات 2005 نجد أستاذ قانون يقر أن المادة 11 غنما جاءت كغيرها من مواد هذا القانون تطبيقا لنصوص الدستور، وتحقيقا لمبادئه – مبدأ المساواة- فطالما نادت الشعوب إلى الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة فهل إعطاء المرأة حرية اختيار وليها يحقق لها المساواة؟ يجيب: هو بداية للمساواة التي نرجوا تحققها لاحقا في المجتمع الجزائري والعربي عامة.

كما راح آخر إلى القول أن نصوص القانون واضحة وملزمة، وليس لرأيي أن يغير من الأمر فنحن ملزمين على السير حذو المشرع وما لنا سوى- تطبيق القانون-.

الفرع الثاني: موقف المجتمع المدني

نتعرض في موقف المجتمع المدني من تعديلات 2005 إلى رأي رجل الشريعة، ثم إلى رأي المرأة من خلال مجتمعها.

أولا: لقد أكد رجل دين من خلال قراءته للمادة 11 على خروج المشرع من إطار الشريعة الإسلامية واستند في ذلك إلى السنة النبوية فقال: قال رسوا الله صلى الله عليه وسلم" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل...فكيف يلغى إذن الأب كليا من عقد الزواج[1] .

ويضيف قول الله تعالى" ياأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها رجالا كثيرا ونساءا، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا" فبالزواج يدرك كل منكم فضل أبويه، عطف أبيه وحنان أمه- فكيف بإمكانك يا فتاة الزواج من دون وليك؟.

ثانيا: تجيبنا رئيسة جمعية *نسويه* على السؤال التالي: لقد تغير وضع المرأة نتيجة لتقرير المساواة والاعتراف لها بالكثير من الحقوق. وإذا انصب اهتمام المشرع بها من خلال تعديل قانون الأسرة وإعطاء الفتاة الحرية في زواجها واختيار الولي الذي ترضاه – فما رأيك؟

[1]: وقد ذكر لنا عدة أسانيد تفرض الولي في عقد الزواج، جلها ذكرناها في الفصل الأول من هذا البحث

نحن جمعية تدعوا إلى المساواة من خلال إقرار بعض الحقوق للمرأة، خاصة المطلقة لكن كل ذلك في إطار سليم وشرعي، فجمعيتنا لا تنادي إلى المساواة التي نراها في الدول الغربية والتي تجعل المرأة في مرتبة الرجل في كل المجالات، حتى نقبل بالتالي أن تزوج المرأة نفسها دون وليها .

ومن تقبل هذا الحل من النساء، فلتفرض أن لها إبنة وتزوجت دون رغبتها- فماذا سيكون رأيها آنذاك؟

وما يمكن الاستدلال به في آخر هذا المبحث رأي الأستاذ فوضيل والذي يعبر عن رأي فئته فيقول: " إن القانون رقم 05-02 ورغم الانتقادات التي وجهت له ، لكنه جاء لمحاولة التوفيق بين اتجاهين: الأول القائل بعلمانية قانون الأسرة والذي نادى به المسايرين للتوجه الاستعماري، والثاني اتجاهه شرعية قانون الأسرة أي السير وفق الشريعة الإسلامية في إطار تنظيم الأسرة، وهو ما عمل عليه القانون السالف84-11. غذ عملت المحكمة العليا بالتصدي للأحكام المخالفة للفقه الإسلامي. ومن ثم فهذا القانون جمع بين الشريعة والتطور الفكري غير المتحجر[1].

[1]: العيش فوضيل، المرجع السابق ص 09

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث نكون قد توصلنا للإجابة عن تساؤلات عدة طرحناها في التمهيد والتي يمكن إجمالها في :

1- إنه وفي ما يخص طبيعة وجود الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية، فقد اختلفت الآراء وتباينت الأسانيد رغم أنها كلها من القرآن والسنة النبوية على وجود الولي فمنه من

اعتبره ركنا من أركان العقد، ومنه من اشترطه بتمام العقد. إلا أنهم أجمعوا كلهم على وجود الولي إلا جانب المرأة في زواجها.

أما عن حدود سلطة الولي فقد أجمع الفقهاء على عدم جواز عضل أو إجبار الفتاة على الزواج، رغم أن البعض منهم أسند حق الإجبار للأب على ابنته القاصر لتحقيق مصلحتها. كما أن ترتيب الأولياء في الشريعة الإسلامية تبعا لكل مذهب هو إقرار بضرورة وجود الولي.

2- أما بالنسبة لقانون الأسرة فقد توصلنا إلى الاختلافات بين قانون 84-11 والقانون 05-02 وما أحدث كل منهم من ضجة في المجتمع.

فأما عن الأول فقد اعتبر الولي ركن من أركان عقد الزواج، وقد ثار جدل فيما يخص ركن الرضا في الزواج والولي. وأن مجرد الإشارة إلى الولي يلغي ركن الرضا. وخلصنا إلى انه لا تناقض بين هذا وذاك. ذلك أن نص المادة 09 من قانون الأسرة أشار إلى رضا المرأة بالإضافة إلى رضا الولي.

ومن ثم يظهر أن المشرع قد سرى على نحو الشريعة الإسلامية وبالرغم من انه لم يفصل في من هم الأولياء بالنسبة للفتاة بعد أبيها. إلا انه قد أقر سلطة الأب، وفي وجوده لا ولاية لغيره.

وحدد سلطة الولي من خلال نص المادتين 12-13-، فأكد على عدم جواز فرض الزواج على الفتاة وعدم تزويجها دون موافقتها. وعدم منعها ولم يفرق بين الفتاة الراشدة والقاصرة.

أما الثاني: وهو قانون الأسرة المعدل 05-02 فقد أقر المشرع الحرية للمرأة في أمر زواجها إن كانت راشدة، أرجع زواج القاصر لأبيها وذلك من خلال نص المادة11 منه. فقد أقر هذا القانون ركنا واحدا ووحيدا في عقد الزواج وهو ركن الرضا (المادة09) وجعل الوالية شرطا لكمال العقد(المادة 09 مكرر).

إلا أنه وفيما يخص هذا الشرط فقد وسع المشرع منه وأعطى للمرأة حرية كاملة لا متناهية من خلال إقرار عبارة-...أو أي شخص تختاره- وفي نفس الصدد فقد جعله ركن أو شرط وجوب بالنسبة للقاصر وفي وجود الأب لا تثبت الولاية لغيره من الأولياء التالين له.

وفيما يخص حدود سلطة الولي فبالنسبة للمرأة الراشدة لم ينص المشرع عليها باعتبار أنه أعطاها الحرية المطلقة، ليرجع في المادة 13 من نفس القانون إلى منع الولي من إجبار وليته القاصر على الزواج، ولم يتحدث عن منعها فقد كان هنالك سكوت تشريعي.

ولما جاء به التعديل من نصوص قانونية مست المجتمع بجميع شرائحه، فجاءت مجمل آرائهم تدين بنص المادة 11 منه لما تجاوز به المشرع الشريعة الإسلامية من جهة، ومبدأ هام وأساسي من الدستور– الإسلام دين الدولة– من جهة ثانية، ومادة أقرها هذا القانون نفسه وهي المادة 222 " ...يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية" من جهة أخرى. فكيف للقاضي أن يطبق نصوص الشريعة في حالة غياب نص في قانون الأسرة، وقانون الأسرة في حد ذاته تجاهل نصوص الشرع.

تجدر الإشارة في الخير إلى أنه رغم أننا نأمل أن يراجع المشرع هذه النصوص، وان يعطي من خلالها الحق للولي في تزويج ابنته، في حدود مسطرة فيكون بذلك قد طبق الشريعة الإسلامية وناصف المرأة بإعطائها حرية القبول أو الرفض.

فنحن مجبرين بتطبيق هذا القانون بحذافيره وما لنا فعله هو المثول إلى شريعتنا وعاداتنا وما ألفناه هو الزواج بالولي الأب فغيره من المقربين للمرأة.

قائمة المراجع

الكتب:

. الدكتورة فركوس د ليلة،تاريخ النظم ،المقدمة العامة ،النظم القديم،الجزء الأول،الأطلس للنشر،بدون تاريخ.

. الدكتور علي علي سليمان،نظرات قانونية،طبعة 1994،ديوان المطبوعات الجامعية .

. الدكتور محمد كمال الدين إمام ،الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي

، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع،بدون تاريخ.

. الدكتور بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة1999.

. فقه السنة ،المجلد الثاني،نظام الأسرة،الحدود والجنايات،دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع،بدون تاريخ.

. الدكتور عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة،دار وهمة للطباعة و النشر،بدون تاريخ.

. الدكتور عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،دار الخلدونية،الطبعة الأولى،2007.

ـالأستاذ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،2005.

. الأستاذ العيش فضيل،قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية،بدون تاريخ.

. الدكتور محمد عبد القادر أبو فارس،فقه الإمام البخاري،الجزء الثاني، دار الثقافة الجزائر،الطبعة الأولى1990.

ـالدكتور سا لم البهنساوي، مكانة المرأة بين الإسلام و القوانين العالمية،دار الفكر العربي،بدون تاريخ.

المصادر:

. القران الكريم:

. سورة البقرة.

. سورة النور.

. سورة النساء.

. الدساتير :

. دستور1963 الصادر بتاريخ: 1963.10.18.

. دستور1976 الصادر بتاريخ: 1976.11.22.

. دستور1989 الصادر بتاريخ: 1989.02.23.

. دستور1996 الصادر بتاريخ : 1996.11.28.

. القوانين:

. القانون رقم 11.48 المؤرخ في :9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

. القانون رقم 02.05 المؤرخ في : 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة.

المواقع الالكترونية:

md.753 hotmail.com.
www.ageriedroit.fd.dz.

الفهرس

تمهيد 01

مدخل.....06

الفصل الأول: الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية.....10

المبحث الأول:مفهوم الولاية وأقسامها.....11

المطلي الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج.....11

الفرع الأول: تعريف الولاية.....11

الفرع الثاني: شروط الولي.....12

المطلب الأول: أقسام الولاية.....14

الفرع الأول: أقسام الولاية عند جمهور العلماء.....14

الفرع الثاني: أقسام الولاية عند المالكية.....16

المبحث الثاني: طبيعة الولي في عقد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية 17

المطلب الأول: الولي ركن من أركان عقد الزواج.....17

الولي في عقد الزواج وقف للشريعة الإسلامية والقانون الوصفي الجزائري

الفرع الأول: أدلة أصحاب هذا الرأي.....17
الفرع الثاني: من يشملهم من النساء هذا الرأي.....19
المطلب الثاني: الولي ليس ركن من أركان عقد الزواج.....19
الفرع الأول:أدلة أصحاب هذا الرأي.....20
الفرع الثاني: من يشملهم هذا الرأي.....21
المبحث الثالث: مدى سلطة الولي في منع أو فرض الزواج على المولى عليها.....22
المطلب الأول: مدى سلطة الولي في منع الزواج على المولى عليها.....22
المطلب الثاني: مدى سلطة الولي في فرض الزواج على المولى عليها.....24
المطلب الثالث:ضوابط سلطة الولي.....25
الفرع الأول: ضوابط عدم إلحاق الضرر بالمولى عليها.....25
الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن تعسف الولي.....25
الفصل الثاني: الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة.....26
المبحث الأول : الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة رقم 84-11.....27
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وأثار تخلفه.....27
الفرع الأول: الولي ركن من أركان عقد الزواج.....28
الفرع الثاني: آثار تخلف الولي في عقد الزواج.....29
المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية.....30
الفرع الأول: ترتيب الأولياء وفقا لقانون الأسرة.....31
الفرع الثاني : تقييم هذا الترتيب.....32
المطلب الثالث: حدود سلطة الولي طبقا لقانون الأسرة.....33
الفرع الأول: منع المولى عليها من الزواج.....33
الفرع الثاني: فرض الزواج على المولى عليها.....35
المبحث الثاني: الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة رقم 05-02.....37
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للولي وأثار تخلفه.....37
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للولي.....38
الفرع الثاني: آثار تخلف الولي.....39
المطلب الثاني: لمن تثبت الولاية.....40
المطلب الثالث: حدود سلطة الولي طبقا لقانون الأسرة 41
الفرع الأول: سلطة الولي في منع المولى عليها على الزواج.....42

الفرع الثاني: سلطة الولي في إجبار المولى عليها على الزواج.....42
المطلب الرابع: تطبيقات الولاية والمواقف المتباينة من التعديل.....43
الفرع الأول: موقف القضاء.....43
الفرع الثاني: موقف المجتمع المدني.....44
الخاتمة.....46
قائمة المراجع.....48