ولاية الأب في تزويج البنت شرعا و قانونا

THE FATHER`S MANDATE IN MARRING A GIRL ISLAMIC LAW AND MAN MADE LAW

وهيبة بوطيش[1]

[1]جامعة الجزائر(الجزائر)، wahibaboutiche1@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2018/12/10 تاريخ القبول:2019/11/25 تاريخ النشر: مارس/2020

الملخص

قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 كان يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها. لكن بعد تعديله وبموجب المادة 11 منه أصبحت المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور أبيها على اعتبار أن دور الأب أصبح شكليا. بحيث يحق لها أن تختار أحدا من أقاربها أو أي شخص تختاره ليحضر زواجها إذا لم يحضر بنفسه.

و من الناحية الشرعية، فإن جمهور الفقهاء والعلماء المتقدمين و المتأخرين لم يقروا ولم يسمحوا بولاية المرأة على نفسها أو غيرها في مسألة الزواج وذلك لاعتبارات يقدرها فقهاء الشريعة الإسلامية.

لكن من الناحية العملية رغم أن ضابط الحالة المدنية لم يجد صعوبة في تطبيق هذه المادة فالمرأة لا تزال تحافظ على مكانة أبيها الاجتماعية في عقد زواجها.

الكلمات المفتاحية: ولاية الأب، تزويج البنت، تزويج القاصرة ، الولي، عقد الزواج، زواج الراشدة.

Abstract

Before the amendment of the famil law of 2005 was the marriage of the woman take over by her guardian means her father but after his modification according to the article 11.adult woman has her marriage in the presence of her father.

Considering that the role of the father became formality so that she has the right to choose one of her relatives or any person to attend her marriage if her father did not attend .

but in practice although the civil status officer did not find it difficult to apply this article .the woman still maintains the status of her father in the social when she do marriage contact.

Key words: father`s mandate, marring a girl, marring a minor, The guardian ,Marriage contract, Adult marriage.

المؤلف المرسل: وهيبة بوطيش ، الإيميل المهني: wahibaboutiche1@gmail.com

مقدمة

تعتبر الولاية حكما شرعيا جاءت به الشريعة الإسلامية و خصت به فئة معينة من المجتمع تفتقد التمييز والإدراك الكافيين لتسيير شؤونها الخاصة و العامة، مثل المجنون، المعتوه و القاصر. فشرعت من أجل حماية مصالحها ممن يستغل ضعفها وعدم قدرتها على التمييز.

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الولاية إلى نوعين، لكل واحدة منها مجالها الخاص وهي كما يلي:

1- ولاية على المـال و تتمثـل في عدم قدرة المـولى عليه التصرف في أمـوالـه وإدارتهـا بسبب انعـدام الإدراك والتميز أو نقصهما، فهي تخص الحمـاية الشـرعية لفئة معينة من المجتمع،و المتعلقة بالأموال مهما كانت طبيعتها من كل مظاهر الاستغـلال أو محـاولـة التصـرف فيها بالطـرق غير المشـروعة والتي تخرج عن دراسـتـي لـهـذا المـوضـوع.

2- ولاية على النفس وتتمثل في مجموعة من التصرفات التي للمولى على من هو بحاجة للولاية عليه بسبب قصره كتأديبه وتعليمه أو الولاية في تزويج البنت، فهي سلطة شرعية يملكها الولي على من هم تحت ولا يته و هذا ما سوف أتناوله بالدراسة في عقد زواج البنت.

مما لاشك فيه أن الشريعة الإسلامية أعطت للولي مكانة هامة، وكذا القوانين الوضعية في الدول الإسلامية، سواء كانت البنت راشدة أم قاصرة، حفاظا على حقوقها باعتبار عقد الزواج ميثاقا غليظ كما جاء في الآية الكريمة إذ قال الله عز وجل:

" وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا "[1].

إن مسألة وجوب حضور الولي كشرط من شروط عقد الزواج لا غنى عنه ولا يطرح أي إشكال إنما الإشكال المطروح هو مكانة الأب باعتباره ولي ابنته في عقد زواجها ومنه نطرح السؤال التالي. ما هي مكانة الأب في تزويج ابنته في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة المعدل سنة 2005؟

و للإجابة عن هذا التساؤل اتبعت المنهج التحليلي من أجل تحليل بعض نصوص قانون الأسرة المتعلقة بولاية الأب عن ابنته، سواء كانت قاصرة أو راشدة، والتطرق إلى مواقف جمهور الفقهاء، وعلماء الفقه المعاصر.

أولا : مكانة الأب في تزويج البنت الراشدة

يعد الأب ولي ابنته في عقد زواجها في المرتبة الأولى عند الفقهاء، وقد اختلف في ولاية البنت الراشدة في عقد زواجها بنفسها أم لا وعلى هذا الأساس انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الشأن إلى فريقين هما :

جمهور الفقهاء و أبو حنيفة وأتباعه.

فـهـل يـعتبر حضور الأب في عقد زواج ابـنتـه حضـور شكـلي يـمكن لأي شـخص الـقيـام بـدوره أم أن لـه مكـانة خـاصة ؟

1- موقف الفقه في مسألة انعقاد النكاح بعبارة النساء

لقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الولاية على البنت الراشدة في عقد زواجها وكل منهم له حججه وأدلته من الكتاب والسنة وكذا تفسيره لهذه المصادر ،فهناك القائلون بعدم جواز انعقاد النكاح من غير ولي قريب وهناك من يجيز للبنت الراشدة أن تعقد نكاحها بدون ولي قريب ولا تحتاج إلى إذن منه و القائلون بعدم جواز ذلك هم جمهور الفقهاء كما يلي:

أ- **موقف جمهور الفقهاء**

اعتبر مذهب الشافعية والحنابلة الولي شرطا من شروط صحة الزواج وعليه تتوقف صحة عقد الزواج وترتيب آثاره عليه و يكون العقد قابلا للإبطال بتخلف أحدها و منها الولي واستدلوا بآيات وأحاديث كثيرة ومن بين الآيات قول الله عز وجل: " وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ " [2].

كما جعل الإمام مالك رحمه الله أركان عقد الزواج خمسة وهي: الزوج، الزوجة الصيغة الولي والصداق [3]. فإذا تخلف ركن الولي يبطل العقد مطلقا.

و قد ذهب الجمهور من السلف والخلف منهم: عمر وعلى وابن مسعود وأبو هريرة والثوري وأهل الظاهرة...الخ إلى أن الولي شرط لصحة النكاح.فإذا زوجت المرأة نفسها فنكاحها باطل [4] واستدلوا من القرآن بقول الله تعالى : " وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا" [5] . ووجه الاحتجاج بالآيتين : هو أن الله تعالى خاطب بالنكاح الرجال، ولم يخاطب به النساء ،فكأن الله عز وجل قال : " لا تنكحوا أيها الأولياء مولياتكم للمشركين"[6]. وكذلك استدل الفقهاء بضرورة إذن الولي للبنت بالزواج لقول الله عز وجل تعالى:" فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ"[7].

و من الأحاديث النبوية التي استدل بها جمهور الفقهاء قول رسول الله عليه الصلاة والسلام:" لا نكاح إلا بولي" [8].كما قال عليه الصلاة والسلام في حديث آخر " لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها" [9].

إن هذا الحديث دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في النكاح لنفسها ولا لغيرها [10].

كما جاء في حديث آخر عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل فنكاحها باطل،فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجرا، فالسلطان ولي من لا ولي له" [11].

و قال الشافعي لا تعقد المرأة نكاحا، لكن لو زوجت نفسها لم يكن للولي تزويجها قبل أن يفرق القاضي بينها وبين الأول ويصح أن توكل عن وليها بإذنه رجلا يزوجها.

أما القائلون بجواز انعقاد النكاح من غير ولي هم كما يلي:

أ- موقف أبي حنيفة و أتباعه

ذهب أبو حنيفة إلى أن المرأة الحرة العاقلة البالغة لا يشترط لصحة العقد عليها وجود الولي إنما يشترط للصغيرة [1] . وحجتهم قول الله عز وجل :" فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ" (14).

كما قال أبو حنيفة: "للمرأة أن تزوج نفسها كفؤا وإن زوجت نفسها غير كفء فالنكاح جائز أيضا وللأولياء أن يفرقوا بينهما" [15]. واستدلوا بقول الله تعالى:" وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ" [16]. و معنى" فلا تعضلوهن" أي لا تمنعوهن.

و بالتالي فإن القائلين بجواز تولي البنت الراشدة زواجها بنفسها، كانت هي ركنا وكان الزوج ركنا ثانيا. وجعلوا من الولي و الشاهدين والصداق شروط صحة لتمام العقد على البنت.

لقد أجاز أبو حنيفة للبنت أن تزوج نفسها، و جعل في يد الولي حق فسخ العقد، إذا تزوجت من غير كفء، لكن أرى في هذا الموقف عدم جدوى حق الولي في فسخ الزواج بعد زواج البنت حتى وإن كان من غير كفء ما دام قد دخل بها.

إذ تكمن قيمة وجود الولي وقوة تأثيره لو كان معترضا قبل العقد وليس بعده.

فما هو موقف المشرع من زواج البنت الراشدة دون حضور أبيها ؟

2- موقف القانون من زواج البنت الراشدة

لقد تباين موقف المشرع حول وجوب حضور الأب ولي البنت في عقد زواجها من عدمه قبل تعديل قانون الأسرة وبعد تعديله وهذا ما سوف نوضحه كما يلي:

أ- موقف المشرع من زواج البنت الراشدة قبل تعديل قانون الأسرة

إن موقف المشرع قبل تعديل قانون الأسرة كان واضحا في مسألة الولاية في تزويج البنت الراشدة، ويتضح ذلك من خلال المادة 11 التي تنص على أنه : "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولى من لا ولى له". فكان للأب مكانة ومركز قانوني مؤثر في انعقاد العقد، بحيث جعل المشرع الأب هو ولي ابنته في الترتيب الأول حسب مذهب الإمام الشافعي.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع قبل تعديل المادة 11 من نفس القانون، لم يكن يعطي للبنت الحق في عقد زواجها دون أبيها والذي كان يعتبره المشرع ركنا من أركان العقد، لكن وتحسبا لأي تعسف من قبل أبيها إذا منعها من الزواج ممن رغبت فيه دون سبب جدي وكان كفء وأصلح لها، أجاز للقاضي أن يزوجها دون إذنه.

وعليه كان المشرع أحرص على مصلحتها بإسناد ولاية تزويجها لأبيها، الذي يعتبر بلا ريب أحرص الناس على مصلحتها أصلا. أما إذا كان في منع زواجها مفسدة لها وهذا ما يقع نادرا، فإن للقاضي السلطة في أن يرخص لها بالزواج، منعا لتعسف وليها.

وبالتالي فإن المادة 11 قبل تعديلها لم تكن تطرح أي إشكال إلا نادرا وكانت البنت تلجأ إلى القاضي لتعين لها وليا عند رفض أبيها تزويجها، وبالتالي لم يخرج المشرع عن تعاليم ديننا الحنيف ولا على تقاليد وأعراف المجتمع هذا من جهة.

و من جهة أخرى فإن هذه المادة كانت تنسجم وتقاليد مجتمعنا الذي لا تخرج فيه البنت عن طوع أبيها الذي هو أحق الناس بها.وهذا ما نصت عليه المادة 12:" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها و إذ وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها".

و بالتالي كان المشرع يأخذ برأي الإمام مالك رحمه الله الذي يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج لا يمكن الاستغناء عنه. حيث أعطى للأب المرتبة الأولى من حيث حقه في تزويج ابنته ولا يجوز أن يحل محله أحد خارج عن دائرة أقاربها، كما يمكنها رفع أمرها للقاضي الذي ينظر في مسألة كفاءة طالب الزواج منها، باعتبارها مسألة موضوعية ترجع للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

وفي هذا الصدد، كان يجوز للقاضي أن يزوج البنت الراشدة بدون إذن وليها، إذا كان من يطلب زواجها كفء هذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/03/30 الذي ينص على أنه:"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 مسكن فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج مما يتعين رفض الطعن لعدم التأسيس" [17].

ب – موقف المشرع من زواج البنت الراشدة بعد تعديل قانون الأسرة

إن موقف المشرع قد تراجع فيما يخص زواج البنت الراشدة بعد تعديل قانون الأسرة وتحديدا في المادة 11 في الفقرة الأولى من قانون الأسرة التي تنص على أنه:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

وبالتالي، فإن المشرع قد تخلى عن الأب الذي كان في المرتبة الأولى كولي ابنته في عقد زواجها على اعتبار أنه لم يجعل له أي مركز قانوني بعد ما كان ركنا في عقد الزواج قبل تعديل قانون الأسرة أصبح شرطا من شروط عقده فقط، ويمكن الاستغناء عنه وللبنت الراشدة أن تختار ولي يعقد قرانها دونه حيث نصت المادة 9 مكرر من نفس القانون على أنه :" يجب أن يتوافر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
-انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وبذلك يكون المشرع قد اكتفى برضا الزوجين ركن لعقد زواج الطرفين طبقا للمادة 9 من نفس القانون التي تنص على أنه:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المرأة إذا بلغت سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر (19) سنة كاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني وهو بلوغها أهلية الزواج طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة الفقرة الأولى التي تنص على أنه:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

وبالتالي يجوز للبنت الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها دون إذن وليها وهو أبوها ولا حتى حضوره بحيث أجاز المشرع لها أن يكون وليها أحد أقاربها وإن لم يوجد فقد ذهب إلى أبعد من ذلك، بحيث أجاز أن يتولى عقد زواجها أي شخص تختاره ومهما كانت صفته وإن كان صاحبها أو جارها لعموم النص.

ودون شك يعتبر حق المرأة الراشدة في عقد زواجها بنفسها ودون حضور أبيها انسلخا عن تعاليم الشريعة الإسلامية، بما أن جمهور الفقهاء والعلماء المتقدمين والمتأخرين لم يقروا ولم يسمحوا بولاية المرأة على نفسها أو غيرها في مسألة الزواج وذلك لاعتبارات شرعية يقدرها فقهاء الشريعة الإسلامية.

هذا بالنسبة لزواج البنت الراشدة. فما هو موقف المشرع من ولاية الأب في زواج البنت القاصرة ؟

إن موقف جمهور الفقهاء وعلماء الأمة سلفا وخلفا، واضح بالرجوع إلى المصادر التي كتبت في ولاية الأب في تزويج البنت الصغيرة، ولا خلاف بينهم في هذه المسألة، لكن المشرع خالف رأي جمهور الفقهاء، فيما يخص وجوب استئذان الصغيرة وعدم تزويجها دون إذنها، كما سوف نوضحه فيما يلي:

ثانيا: مكانة الأب في تزويج البنت القاصرة

حرصت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية على مصلحة الصغيرة، كما حرصت على مصلحة الفرد عموما والقصر خصوصا، في مختلف القوانين بالنظر إلى قصور قدرتها على التمييز و اختيار ما ينفعها، فهذه الفئة تحتاج إلى الحماية على الدوام ما دامت على هذه الحال.

1- موقف الفقه في تزويج البنت القاصرة

اتحدت مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية و لم تختلف في مسألة وجوب توافر إذن ولي الصغيرة في زواجها، كما أن للولي الحق في إجبارها على الزواج.ولا يكترث لرأيها.

أ- موقف جمهور الفقهاء

اتفق المالكية، الشافعية، الحنابلة وأبو حنيفة والعلماء جميعا، إلا من شذ على أن البكر الصغيرة التي لم تبلغ ، يجوز للأب أن يزوجها بدون إذنها، إذ لا تستأذن من لا تدري ما الإذن [18].

و قال الإمام الشافعي رحمه الله في هذا الشأن أن :" للأب وإن علا تزويج بكر بلا إذن بلا عداوة ظاهرة من كف موسر بالمهر الحال"[19] .كما جاء في موقف الإمام مالك رحمه الله أنه:" ليس لأحد من الأولياء

إجبار موليته على النكاح إلا الأب لابنته البكر والثيب إذا كانت صغيرة دون البالغة،فلا تزوج حتى تأذن بذلك وتعرب عن إذنها " [20].

جاء في كتاب اختلاف العلماء فيما يخص تزويج الصغار قال أصحابنا:" لأولياء تزويجهم الأقرب فالأقرب ولا خيار لهم في تزويج الأب والجد، ولهم الخيار في تزويج من سواهم"[21]. يتضح من هذا الموقف أن الصغيرة مجبرة على الزواج و ليست مخيرة على اعتبار أنها لا تدري مع من تكون مصلحتها لقصر عقلها و إدراكها و عدم تقديرها لما ينفعها .

وتجدر الملاحظة هنا،أن جمهور الفقهاء وأبا حنيفة أجمعوا ولم يختلفوا في مسألة زواج الصغيرة بدون ولي، بحيث أن الصغير لا يمكنها عقد زواجها بنفسها مطلقا، وذلك بالنظر لصغر سنها وعدم قدرتها على إدراك ما ينفعها أو يضرها، فوليها أعلم وأحرص الناس على مصلحتها وبالتالي لا تستأذن عند الزواج.

وبناء عليه فإن الصغيرة شملتها ولاية إجبار وليست ولاية اخيار، بالنظر لحالها ولا خلاف بين العلماء في ذلك.

ب- موقف بعض علماء الفقه المعاصرين

اتخذ بعض فقهاء الشريعة الإسلامية موقف مغاير فيما يخص مسألة جواز إجبار القاصرة على الزواج من عدمه ومنهم الشيخ محمد صالح العثيمين الذي ذكر في كتاب الشرح الممتع على زاد المستقنع [22].أن البكر المكلفة لابد من رضاها وأما غير المكلفة وهي التي لها تسع سنين فهل يشترط رضاها أم لا؟

الصحيح أيضا أنه يشترط رضاها، لأن بنت تسع سنين بدأت تتحرك شهوتها وتحس بالنكاح فلا بد من إذنها وهذا ما اختاره شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله،أما الصغيرة دون تسع سنين ليس لها إذن معتبر الأصل عدم الجواز وله أي الأب أن يزوجها، بمعنى أنه لا يجوز إجبار البنت على الزواج ،إذا كان سنها تسع سنين ورضاها له اعتبار أما البنت دون هذا السن، كذلك لا يجوز إجبارها.

لكن يجوز لوليها وهو أبوها أن يجبرها على الزواج في حالة الضرورة، وقد أعطى الشيخ مثال لمثل هذه الحالة، بحيث يجوز إجبارها على الزواج ممن لا ترغب فيه مراعاة لمصلحتها والضرورة التي تقدر بقدرها، كأن يكون الأب شيخ كبير في السن وله بنت صغيرة ويخشى ضياعها بعد وفاته ، فيزوجها لرجل كفء على أن يتم الدخول بها عندما تصبح مهيأة لذلك.

2- موقف القانون من تزويج البنت القاصرة

إن موقف المشرع واضح في مسألة ولاية الأب في تزويج ابنته القاصرة. و ذلك من خلال نصوص قانون الأسرة، فهل هي ولاية إجبار أم ولاية اختيار؟ و سوف نوضح ذلك كما يلي :

أ- موقف المشرع من تزويج البنت القاصرة قبل تعديل قانون الأسرة

بالرجوع إلى نص المادة 13 التي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من

في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها". يتضح جليا من خلال هذه المادة أن المشرع كان لا يجيز إجبار القاصرة على الزواج بدون موافقتها، مهما كانت الاعتبارات التي جاء بها علماء الشريعة الإسلامية. فلها حق اختيار شريك حياتها دون أن يمارس وليها سلطته في جبرها على الزواج ممن لا ترغب فيه مهما كان تصورها.

و تجدر الملاحظة هنا أن صياغة المادة حسب رأي غير صحيحة، بحيث أن المشرع لم يجز إجبار الصغيرة على الزواج التي تفيد حتما أنها لا تتزوج بدون موافقتها. فكان أحسن أن يكتفي المشرع في المادة أعلاه بقوله:" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج" بذلك تكون تامة المعنى و لا حاجة للعبارة التي تليها. وهي" لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".

فهل تغير موقف المشرع في مسألة زواج ابنته القاصرة بعد تعديل قانون الأسرة؟

ب - موقف المشرع من زواج البنت القاصرة بعد تعديل قانون الأسرة

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:" دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". نلاحظ أن المشرع استحدث هذه الفقرة التي لم تكن قبل تعديل قانون الأسرة، بحيث نص على ولاية الأب في تزويج البنت القاصرة في المرتبة الأولى، إذ أصبح للولي دور و مركز قانوني مؤثر فقط في عقد زواج القاصرة وخلا منه عقد زواج الراشدة كما ذكر أعلاه.

كما أبقى على نص المادة 13 من نفس القانون التي تنص على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".

لقد احتفظ المشرع بنص المادة بأكملها وغير فقط عبارة " أن يجبر من في ولايته" بعبارة " أن يجبر القاصرة ، و السبب في ذلك مرده إلى أن نص المادة 12 من نفس القانون قد ألغيت بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده، لا يجيز للولي مهما كانت صفته أبا أو عما أو غيره أن يجبر القاصرة على الزواج دون رضاها، لأن رضاها له اعتبار قانوني رغم قصرها وعدم تمام نضجها.

يعتبر ضابط الحالة المدنية دون سواه الموظف المؤهل قانونا بمسك سجلات الحالة المدنية و ذلك بتحرير عقود الزواج طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا وتلقي التصريح بالميلاد وكذا التصريح بالوفاة، بالإضافة إلى اختصاصات أخرى طبقا نص المادة 3 من قانون الحالة المدنية.كما يمكن للموثق تحرير عقد الزواج طبقا لنص المادة 18 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من نفس القانون" . ويجب على كليهما أن يتحققا من هوية الأطراف الزوج والزوجة و الولي والرخصة القضائية إن كانت الزوجة قاصرة.

وعليه فإن لضابط الحالة المدنية أو الموثق اختصاص عقد قران البنت، إذا كانت قاصرة إلا عند إظهار الترخيص بالزواج وذلك طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة ،بحيث أن سن الزواج هو تسعة عشر كاملة ، لكن يجوز الترخيص به قبل هذا السن لمصلحة أو ضرورة، فيقدم الطلب من قبل ولي الزوجة إلى قاضي شؤون الأسرة بعد توافر الوثائق التالية:

طلب مكتوب من قبل ولي البنت أو الذكر موقع ومؤرخ، شهادة ميلاد المعني،شهادة طبية تثبت أهلية القاصر للزواج بيولوجيا.

وبالتالي فإن الولي الذي يرغب في تزويج ابنته دون السن القانوني، فإنه يكون تحت رقابة القاضي الذي له سلطة تقدير حالة الضرورة والمصلحة التي تسمح بالزواج قبل السن القانوني، فلا يمكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق عقد قران الزوجين، إذا كان أحدهما قاصر إلا بعد تقديم الترخيص القانوني بالزواج.

وتجدر الملاحظة هنا أنه بالرغم من تقديم الترخيص القانوني بالزواج البنت القاصرة أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، فإذا غيرت رأيها بعد الحصول على الترخيص ثم أبدت رفضها بين يدا أحدهما، فلا يجوز عقد زواجها على اعتبار أنها قاصرة لا تزوج دون موافقتها.

وبعد مرور أكثر من 12 سنة من تطبيق قانون الأسرة المعدل في 2005 نجد أن بعض ضباط الحالة المدنية بالنسبة للمدن الكبرى كالجزائر العاصمة و بومرداس...الخ ، لم يجدوا صعوبة في تطبيق نص المادة 11 من نفس القانون، باعتبار أن النص واضح ولا يحتاج لأي تأويل ، فأصبح يمكنه أن يعقد زواج المرأة الراشدة دون حضور وليها وهو أبوها ، فلها أن تحضر أي شخص تختاره ليتولى حضور عقد زواجها، بما أن الأب لم يعد له أي دور فعال.

و بالرجوع إلى الناحية العملية ولكي نكون أقرب أكثر إلى الواقع سنحاول عرض بعض الإحصائيات التي تبين مدى التطبيق الفعلي لهذه المادة. وعلى سبيل المثال نجد ضابط الحالة المدنية لبلدية بومرداس لم يتم تسجيل زواج البنت الراشدة دون وليها وهو أبوها إلا خمس حالات فقط مند صدور قانون الأسرة المعدل لسنة 2005 ، فقد سجلت حالة واحدة ولأول مرة و لكل سنة على التوالي سنة 2009، 2012، 2013، 2015 ثم سنة 2017.

إن زواج البنت الراشدة دون أبيها واختبارها وليا دونه يعقد زواجها هي حالات نادرة جدا، تخص على سبيل المثال حالات استثنائية وهي كأن يكون الأب منفصل على والدة البنت الراشدة ويمتنع عن تزويجها. فتختار وليا بدل عنه أو أن تكون يتيمة وليس لها من الأقارب من يصلح للولاية عنها، أو أن يكون وليها مصاب بمرض عقلي كالجنون فليست له الولاية على نفسه ولا على غيره ، فأتاح لها القانون أن تختار من يحضر زواجها حتى وإن كان من غير قريبا، حضورا شكليا على أساس أنها هي التي تعقد زواجها بنفسها.

وبالتالي فإن هذه الحالات كانت قبل تعديل المادة 11 من قانون الأسرة، موجودة للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بأن يأذن بعقد زواج البنت التي لا تجد وليا، كما تكاد تنعدم مثل هذه الحالات في المدن الصغرى وعلى سبيل المثال، فإن مصلحة عقود الزواج لبلدية الثنية ، سوق الأحد، بني عمران لم تسجل أية حالة يعقد فيها زواج البنت دون وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها منذ سنة 2005 إلى غاية أوت 2017.

الخاتمة

تجدر الإشارة هنا أن البنت الراشدة لا تزال تحافظ على حيائها و ترابط أسرتها واعترافها بحق والدها عليها ،لأن الأب أحرص الناس على مصلحة ابنته أساسا فهو يسعى بكل جهده، لأن يسأل عن الراغب في الزواج من ابنته وهو أدرى وأعلم بنفسية الرجال وسلوكياتهم باعتباره رجلا، فالمرأة بطبيعتها تغلب عليها العاطفة وبالتالي لا تقدر الأمور على حقيقتها، فمن السهل التلاعب بمشاعرها فإن لم تستقم حياتها مع من غربت فيه وتزوجته ولم يكن صالح لها فمآلها الرجوع إلى بيت أهلها فكيف يمكنها اللجوء إلى أبيها الذي تزوجت دون رضاه.

مما لاشك فيه أن المرأة ليست لها ولاية على النفس بمفهوم لا ينتقص من شأنها أو قدراتها العقلية، إذ أن لها الولاية على مالها تتصرف فيه كما تشاء إن كانت بالغة. لكن الولاية عليها تخص فقط عقد زواجها بالنظر إلى خطورة هذا العقد، باعتباره عقدا شرعيا تنطبق عليه بعض شروط العقد المدني لكن ليس كأي عقد مدني أخر، بل له طبيعة خاصة بالنظر إلى الأبعاد التي أنشئت من أجله و إلى آثاره التي تتميز عن أي عقدا آخر.

وبالتالي فإن المرأة لا غنى لها عن وليها وهو أبوها و أحقيته في تزويجها من غيره، مهما كانت صلت قرابتها منه، سواء أكان جدها أو عمها أو خالفها أو حتى أخوها، مادام أبوها على قيد الحياة حفظا على حقوقها وصونا لكرامتها وتحقيقا لمصلحتها.

فلا شك أن تخلي المشرع عن الأب ولي البنت الراشدة في عقد زواجها مرجعه إلى تأثره بشعارات تحرير المرأة وحريتها في تصرفاتها دون رقابة عليها وكذا الجمعيات النسوية التي تنادي بتحرير المرأة مثل المرأة الأوروبية في الغرب، فوجد المشرع ضالته في مسألة أجمع عليها الفقهاء و خرج المذهب الحنفي عن رأي الجماعة فيها .

وبالتالي نلاحظ أن المشرع أخذ بمسألة جواز انعقاد النكاح بعبارة النساء أخذا بمذهب أبي حنيفة و خرج عن موقف جمهور الفقهاء،كما خرج عن موقف الفقهاء وأبو حنيفة في جواز إجبار الصغيرة على الزواج وهذا دليل على أنه اتخذ موقف واضحا ،فهو يأخذ من المذاهب ما يتلاءم ومتطلبات العصر الحالي ويتجاهل أعراف وتقاليد المجتمع في مسألة تولي الأب زواج ابنته، سواء كانت راشدة أو قاصرة.

لكن بالرغم من أن القانون منح للمرأة الراشدة الحق في أن تزوج نفسها دون حضور ولها وهو أبوها، فإنها لا تزال تحافظ على روابط أسرتها ومكانة أبيها في حياتها.

الهوامش

1- سورة النساء، الآية21.
2- سورة النور، الآية 32.
3- طالب عبد الرحمن" العلوم الفقهية الإسلامية من خلال الأحاديث النبوية" الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1998 ،ص 139.
4- أبو مالك كمال بن السيد سالم "صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة" مع تعليقات فقهية معاصرة، ناصر الدين الألباني ،عبد العزيز بن الباز، محمد بن صالح العثيمين، المجلد الثالث دار التوفيقية للتراث،2010 ص123.
5- سورة البقرة، الآية 221.
6- السيد سابق " فقه السنة " المجلد الثاني، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1992 ، ص 197.
7- سورة النساء، الآية 25.
8- رواه أحمد و الترمذي.
9- رواه ابن ماجه .
10- محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني " سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام الجزء الثالث، دار المعرفة بيروت لبنان1997،ص189.
11- رواه أحمد و الترمذي.
12- عبد الرحمان بن محمد حافظ "خلاصة الفقه على مذهب الإمام الشافعي" حرره وضبط نصه عبد الرؤوف على دار المنار الطبعة الثانية لسنة 1994 ص 129.
13- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص125.
14- سورة البقرة، الآية 230.
15- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي" اختصار أبي بكر أحمد بن على الجصاص الرازي مختصر اختلاف العلماء" دراسة وتحقيق ،عبد الله نذير أحمد، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية بدون سنة، ص 247.
16- سورة البقرة، الآية 231.
17- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1993/03/30 ، ملف رقم 90468،المجلة القضائية العدد الثالث لسنة 1994،ص 66.
18- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص129.
19- محمد سكحال الجاجي " المهذب من الفقع المالكي" الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار العلم دمشق دار الوعي للنشر والتوزيع ،الرويبة، الجزائر،2010 ص23،24.
20- عبد الرحمن بن محمد حافظ " خلاصة الفقه عل مذهب الإمام الشافعي " حرره وضبط نصه عبد الرؤوف علي ،الطبعة الثانية ،دار المنار،1994، ص 130.
21- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي" اختصار أبي بكر أحمد بن على الجصاص الرازي مختصر اختلاف العلماء" المرجع السابق، ص 257.
22- محمد بن صالح العثيمين "الشرح الممتع على زاد المستقنع" المجلد الثاني عشر، الطبعة الأولى دار بن الجوزي، العربية السعودية، الرياض، 1929،ص 56،57.