Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشخصية العربية

-الولي في زواج المرأة نموذجا –

The Different Aspects in Arab Personal Status Laws

The Guardian in The Marriage of Woman As a Model

توفيق شندارلي Toufik Chandarli
كلية الحقوق و العلوم السياسية / جامعة يحي فارس بالمدية
The Faculty of Law and Political Sciences / Unversity Yahia Fares of Medea
Toufikchandarli@gmail.com

تاريخ الاستلام : 2019-01-24 تاريخ القبول : 2019-05-09

ملخص:

يعتبر موضوع الولي في زواج المرأة من أكثر الموضوعات استقطابا للجدل و النقاش بين مختلف الآراء و التيارات الفكرية، المختلفة في توجهاتها و قناعاتها، و التي غالبا ما يكون لها تأثير على المشرع في صياغة الأحكام المنظمة لهذا الموضوع. لذلك جاءت مواقف قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية متباينة جدا، رغم اعتمادها على مصدر واحد، ألا و هو أحكام الشريعة الإسلامية. فقوانين بعض الدول جاءت أحكامها متطابقة مع هذه الأحكام، دون أي تغيير لا بالإضافة و لا بالنقصان. أما البعض الآخر من الدول فأخذت بما ورد في الشريعة الإسلامية عموما،و تخلت عن بعض من هذه الأحكام تماشيا مع المبدأ العالمي القاضي بالمساواة بين الرجل و المرأة.بينما البعض الآخر اتخذ موقفا مغايرا، فهو أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية شكلا، و خالفها مضمونا.

الكلمات الدالة :

قانون الأحوال الشخصية، الشريعة الإسلامية، الولي في الزواج، أهلية الزواج، الكفاءة في الزواج، مهر المثل.

Abstract:

The subject of the guardian in the marriage of woman is one of the most controversial and debated topics between different views and intellectual currents, different in their orientations and convictions, which often have an impact on the legislator in the formulation of the provisions governing this subject. Therefore, the positions of personal status laws in Arab countries are very different, despite their reliance on one source, which is the provisions of Islamic law. The laws of some countries are in conformity with these provisions, without any change, addition or reduction. Some of the countries have followed the provisions of Islamic law in general and have abandoned some of these provisions in line with the universal principle of equality between men and women. While others have taken a different position, they have taken the provisions of Islamic law in form, and infringed in the content.

Keywords:

Personal status law, Islamic law, The guardian in the marriage, Marriage eligibility, Competence in marriage, The alike dowry.

1. مقدمة:

رغم القواسم المشتركة التي تجمع بين مختلف الدول العربية، و التي من بينها: التاريخ المشترك، اللغة الواحدة، الدين الواحد...إلخ، فإن مظاهر الاختلاف بين قوانين الأحوال الشخصية لهذه الدول عديدة و متنوعة، لا يمكن حصرها في هذا البحث، الذي سيقتصر على مسألة واحدة فقط، و هي مسألة الولي في زواج المرأة نموذجا.

من الثابت في الشريعة الإسلامية، أن الرجل البالغ العاقل يستطيع إبرام عقد زواجه، نافذا غير موقوف على إجازة أحد[i]. أما المرأة البالغة العاقلة، فقد اخْتُلِف بشأن ثبوت ولاية تزويج نفسها على قولين عموما: فالأول، يرى أنه لا يجوز لها إبرام عقد زواجها بنفسها، بل الذي يتولى ذلك وليها، و هو مذهب الجمهور[ii]. أما القول الثاني، فهو للحنفية حيث يجوز للمرأة

عندهم، أن تنشئ العقد بعبارتها من غير إشراك وليها، على شرط أن يكون الزوج كفؤا لها، و أن لا يكون مهرها أقل من مهر مثلها[iii].

إذن، فالولي في الزواج، هو ذلك الشخص الذي تثبت له سلطة شرعية في إنشاء عقد الزواج نافذا لنفسه أو لغيره [iv]، و سبب ثبوت تلك السلطة على المرأة هو الحفاظ على مصلحتها و صيانتها[v].

و للإشارة، فإن الدول العربية، و منذ الفتوحات الإسلامية لها، و إلى غاية نيل هذه الدول إستقلالها، كانت تطبق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية على اختلاف المذاهب فيها[vi].

أما بعد إستقلال هذه الدول، فقد شرعت في إصدار قوانين، تنظم مسائل الأحوال الشخصية- بما فيها مسألة الولي في زواج المرأة-فجاءت مواقفها مختلفة و متباينة، رغم وحدة المصدر المادي المستقاة منه تلك الأحكام، فمنها، ما جاءت أحكامها تشترط لإبرام عقد زواج المرأة البالغة العاقلة،توليه من طرف وليها(المبحث الأول). و منها ماجاءت أحكامها تقضي بضرورة إبرام المرأة لعقد زواجها بنفسها ما دامت بالغة راشدة (المبحث الثاني). بينما البعض الآخر، اتخذ موقفا شاذا، حيث جمع بين الرأيين السابقين معا، فجعل صيغة المرأة صالحة لإنشاء العقد من جهة، و اشترط في نفس الوقت حضور الولي من جهة أخرى(المبحث الثالث).

2. المبحث الأول :القوانين التي تثبت الولاية على المرأة في الزواج[vii]

لقد وردت أحكام قوانين الأحوال الشخصية لهذه الدول، متطابقة مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، حيث لا تعترف بصلاحية المرأة لإبرام عقد زواجها بنفسها، بل أسندت أمر تزويجها إلى الولي[viii]، و اعتبرته -أي الولي- احدى أجزاء العقد الأساسية [ix]، فلا يصح إلا بتوليه العقد، نيابة عنها، و بعد رضاها، و ذلك استنادا إلى أدلة تبرر اشتراط الولاية على المرأة (المطلب الأول). و لكي تتحقق الحكمة من الولاية، وجب اتصافه بصفات و شروط معينة (المطلب الثاني).

2.1. المطلب الأول : حجج و أدلة هذا الاتجاه

تأثرت قوانين هذا الاتجاه تأثرا واضحا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، حيث جعلت تولي عقد زواج المرأة البالغة العاقلة، لا يتم إلا بواسطة وليها، و ذلك بعد موافقتها على هذا الزواج، و هو ما جاء في المادة 28 من قانون الأسرة القطري، التي تنص على ما يلي : " يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها "[x].

إذن، لا يجوز للمرأة البالغة العاقلة في هذه الدول، أن تباشر بنفسها عقد زواجها، بل يسند ذلك إلى وليها، و ذلك تطبيقا لقوله تعالى: { و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن، فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ...}[xi].و كذلك لما روي عليه الصلاة و السلام، حيث قال : " لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها "[xii]. و كذلك أيضا، أنه لم يعرف في صدر الإسلام، و لا بعده من تزويج المرأة نفسها، و جرى عرف الناس على ذلك[xiii].

إلى جانب كل هذه الأدلة، فإن هنالك جانبا آخر لا يقل أهمية، و هو أن المرأة بطبيعتها كثيرا ما تنخدع، و تتأثر بسرعة، و تغلب حكم العاطفة، فتقدم على الزواج من رجل قد لا يصلح لها كزوج[xiv].

كما أن المرأة في الغالب لا تحضر مجالس الرجال، و بالتالي تفتقر إلى الخبرة التي تؤدي بها إلى الاغترار في أمر يتصل بالعرض و الشرف، و المرأة بفطرتها مجبولة على الحياء، و الحياء من مكارم الأخلاق، و بالتالي منع الشارع الحكيم عن المرأة كل ما يخدش ذلك، فضلا عن أن الزواج عقد حياة، فلا ينبغي أن يتساهل في أمر إبرامه [xv].

فاشتراط الولي في عقد الزواج، و توليه نيابة عنها، ليس انتقاصا من شأنها، بل فيه مصلحة لها و للأسرة معا، ذلك أن آثار الزواج لا تنحصر في الزوجين فقط، بل تمتد إلى أولادهما و أسرتهما سلبا أو إيجابا[xvi].

و عليه، فإنه في ظل هذه القوانين، أن العقد الذي لم يباشره من له صلاحية مباشرته، و هو الولي، كان عقدا غير صحيح، لأنه جاء على خلاف ما يأمر به القانون [xvii] لعدم اسيفائه جميع ما يتطلب فيه من أركان و شروط، و بالتالي يجب التفريق بين الزوجين عن طريق الفسخ، سواء حصل دخول أو لم يحصل دخول بالزوجة.

2.2. المطلب الثاني : شروط الولي

كما تأثرت أيضا قوانين هذه الدول بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من ضرورة اتصاف الولي بصفات و شروط معينة، حتى تتحقق الحكمة من اشتراط الولاية على المرأة في الزواج، حيث يجب أن يكون الولي كامل الأهلية، أي بالغا،عاقلا،

و هي من الشروط العامة المطلوبة للقيام بالتصرفات القانونية[xviii].

إضافة إلى ذلك، يجب أن يكون الولي ذكرا[xix]، فما دامت الولاية ثابتة على المرأة، فلا يمكن أن يكون وليها إمرأة من باب أولى .كما يشترط أيضا، أن يكون الولي مسلما[xx]ما دامت المولى عليها مسلمة، و السبب في ذلك أن غير المسلم لا يُؤْتَمن على مصالح المسلمة، فالولاية يشترط فيها اتحاد الدين بين الولي و المولى عليها[xxi]، و هو ما نص عليه قانون الأسرة القطري في المادة 33 فقرة(2)بما يلي:" و يشترط في الولي أن يكون ذكرا عاقلا بالغا، غير محرم بحج أو عمرة، مسلما إذا كانت الولاية على مسلمة ".

و عليه، فإنه في ظل هذه القوانين، أن العقد الذي يتمّ إبرامه من طرف ولي فاقد لاحدى الشروط المذكورة سابقا، فإنه -أي الولي - يعتبر في حكم انعدامه أصلا[xxii]، لأن الولي الصغير غير المميز أو الولي المجنون، هما في نظر القانون لا إرادة لهما، فلا يجوز لهما إبرام العقد لنفسهما، و من باب أولى لغيرهما. كما أن المرأة، ما دامت ليست لها صلاحية إبرام العقد لنفسها، فلا يجوز لها ذلك كولي .كما أن الولي إذا كان غير مسلم، فهو ممنوع من إبرام عقد زواج المسلمة، رغم كونه بالغا، عاقلا، و ذكرا.

إذن، فالعقد في مثل هذه الحالات، يعتبر عقدا غير صحيح، لأنه جاء مخالف للصورة التي أمر بها القانون، و بالتالي يجب التفريق بين الزوجين عن طريق الفسخ، سواء حصل دخول أو لم يحصل دخول بالزوجة.

في الأخير، ننوه بأن قوانين الأحوال الشخصية، التي أوجبت إبرام عقد زواج المرأة عن طريق وليها، جاءت أحكامها متطابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، لا سيما مذهب جمهور الفقهاء، فصلاحية مباشرة العقد ثابتة للولي وحده، و بالشروط المطلوبة فيه ، حيث اعتبرت هذه القوانين الولي عنصرا أساسيا لقيام العقد صحيحا، و رتبت على تخلفه عدم صحته، فلا يمكن أن يستمر كذلك، بل يجب التفريق بين الزوجين عن طريق الفسخ[xxiii]، لأنه جاء مخالف لما يأمر به القانون، فلا يثبت فيه، أي أثر من آثار الزواج الصحيح كحل المعاشرة الزوجية، أو ثبوت المهر، أو النفقة الزوجية طالما لم يحصل دخول.

إنما بعد الدخول بالزوجة، تتأكد بعض الآثار الضرورية و الحتمية، ليس كأثر للزواج غير الصحيح(الفاسد)، بل كآثار لواقعة مادية، و هي واقعة الدخول، و هذه الآثار تتمثل في وجوب اعتداد المرأة، و ثبوت نسب الأولاد، و ثبوت حق المرأة في المهر، إلى جانب حرمة المصاهرة بين المتفارقين[xxiv].

3. المبحث الثانى : القوانين التي لا تثبت الولاية على المرأة في الزواج

منعت قوانين الأحوال الشخصية لهذه الدول، الولاية على المرأة في الزواج، و هي متأثرة بما ورد في المذهب الحنفي عموما، فالمرأة -في ظل هذه القوانين[xxv]- يثبت لها الحق في تولي إبرام عقد زواجها، ما دامت بالغة عاقلة، و ذلك استنادا إلى أدلة تبرر بها صلاحيتها إبرامه (المطلب الأول). و لكي يكون العقد لازما، وجب توافر شروط معينة في إبرامها له (المطلب الثاني).

3.1. المطلب الأول : حجج و أدلة هذا الاتجاه

يبدو تأثر قوانين هذا الاتجاه واضحا بما جاء في المذهب الحنفي، حيث أثبتوا للمرأة البالغة العاقلة، الحق في أن تتولى إبرام عقد زواجها بنفسها أصالة، و أن تتولى أيضا عقد زواج غيرها وكالة بموجب أهليتها الكاملة [xxvi]، و هو ما جاء صريحا في المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية، حيث تنص على ما يلي: " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها ..."[xxvii].

و من هذه القوانين من ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث أثبتت هذه الصلاحية للمرأة البالغة العاقلة دون اشتراط موافقة الولي على هذا الزواج، حيث أشار إلى ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 19 بقوله:" لا يشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاما ".

إذن، يجوز للمرأة البالغة العاقلة في هذه الدول، أن تباشر بنفسها عقد زواجها، وذلك استنادا إلى قوله تعالى: {و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف...}[xxviii]. و كذلك استنادا لقوله عليه الصلاة و السلام:" الثيب أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها "[xxix].

و كذلك أيضا، أن الفتاة ما دامت بالغة عاقلة، تثبت لها صلاحية إبرام عقد زواجها، قياسا على ثبوت صلاحيتها للتصرف في مالها بمفردها بعد البلوغ[xxx].إلى جانب ذلك قياس ارتفاع الولاية على الفتى بمجرد البلوغ، و السماح له بتزويج نفسه بنفسه، فكان من الضروري و المنطقي،أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للفتاة البالغة العاقلة، فترتفع عنها الولاية لاتحاد العلة[xxxi]، و تطبيقا لمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة.

3.2. المطلب الثاني : شروط إبرام المرأة لعقد الزواج

وافقت مواقف قوانين بعض هذه الدول موقف الحنفية، حيث اشترطت شرط كفاءة الزوج للزوجة فقط، دون شرط ألا يكون مهرها أقل من مهر مثلها.إذن في ظل هذه القوانين، للزوم عقد الزواج، يجب أن يكون الزوج كفؤا للزوجة عند العقد لا بعده، حيث أشارت إلى ذلك المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية السوري بما يلي :" تراعى الكفاءة عند العقد لا بعده".

و نشير إلى أن قانون الأحوال الشخصية الأردني انفرد دون غيره من القوانين، بذكر شروط الكفاءة، وحصرها في عنصرين اثنين، و هما : المال و الدين، خلافا للحنفية الذين يشترطون إضافة إلى ذلك، الحرية و النسب و الإسلام و الحرفة [xxxii]، حيث جاء في المادة 21منه فقرة (أ) مايلي :" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في الدين و المال ...".

كما نشير أيضا، إلى أن الكفاءة حق ثابت للزوجة و الولي على حد سواء[xxxiii]، فكل منهما يستطيع ممارسة هذا الحق طالما لا يوجد مانع من موانع ممارسته.

و عليه، فإذا اشترطت المرأة على الشخص الذي تريد الارتباط به، أنه كفؤا لها، أو صرّح هو -أي مريد الزواج- أنه كفؤا لها ،ثم اتَّضَّح أنه غير ذلك، جاز لكل من الزوجة و الولي طلب فسخ الزواج،حسب ما أشار إلى ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 32 بقوله :" إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر أنه كفؤ، ثم تبين أنه غير كفؤ، كان لكل من الولي و الزوجة طلب فسخ العقد ".

كما يحق للولي أن يمارس حقه في الكفاءة أيضا، إذا ما زوجت البالغة العاقلة نفسها دون موافقة ولها، و تبيّن أن هذا الزوج غير كفء لها، فيجوز له طلب فسخ الزواج أيضا، و هو ما نصّت عليه المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها :" إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفؤا لزم العقد، و إلا فللولي طلب فسخ النكاح ".

و نذكر في الأخير، إلى أن ممارسة حق طلب فسخ الزواج من طرف الولي أو الزوجة،مشروط بعدم معارضته لحق آخر أقوى منه، و هو حق الولد [xxxiv]، فإذا ما حملت الزوجة، سقط الحق في طلب الفسخ، و هو ما أشار إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 30، حيث جاء فيها ما يلي :" يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة ".

لكن البعض الآخر من قوانين هذه الدول، لم يشترط أي شرط لإبرام عقد زواج المرأة البالغة العاقلة نفسها بنفسها، خروجا على مذهب الحنفية، و تأثرا بالمبادئ و التيارات الفكرية العالمية التي تنادي بضرورة المساواة التامة بين الرجل و المرأة على كافة الأصعدة بما فيها عقد الزواج.

كما نشير، إلى أن نصوص قوانين هذه الدول، و هي مجلة الأحوال الشخصية التونسية و مدونة الأسرة المغربية تخلو من أي نص، يشير لا صراحة و لا ضمنا لحق الولي في طلب فسخ زواج المرأة البالغة العاقلة، التي زوجت نفسها برضاها، حتى و لو كان الزوج غير كفء لها، و زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها.

و في الأخير، ننوه إلى أن قوانين الأحوال الشخصية، التي لم تشترط الولاية في زواج المرأة، إنما أثبتت صلاحيتها لإبرام عقد زواجها بنفسها، ما دامت قد بلغت أهلية الزواج مثلها في ذلك مثل الرجل، و هو ما يذهب إليه الحنفية في هذا الشأن، إلا أن بعض هذه القوانين تأثرت بالمبادئ و التيارات التي تنادي بضرورة المساواة التامة بين الرجل و المرأة، فهي لا تعترف بالحق في الكفاءة بالنسبة للولي و الزوجة على حد سواء، فلا يجوز لأحدهما أو كلاهما طلب الفسخ، حتى و لو اتّضح أن الزوج غير كفء لها و زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها، و هو ما جاء في المجلة التونسية للأحوال الشخصية و كذا المدونة المغربية للأسرة.

أما البعض الآخر من القوانين، و هي قانون الأحوال الشخصية الأردني و السوري، فإنهما اشترطا شرط الكفاءة فقط كما قال به الحنفية ، دون الشرط الثاني و -هو ألا يكون مهر الزوجة أقل من مهر مثلها - و عليه فإن الولي و الزوجة يحق لكلاهما طلب الفسخ ، إذا ما اتضح أن الزوج غير كفء للزوجة بشرط عدم ظهور حمل من هذا الزوج، و طالما أن العقد في هذه الحالة عقد صحيح، لكنه غير لازم، يترتب عليه جميع ما يترتب على التفريق بناءا على عقد صحيح،كاعتداد المرأة و ثبوت نسب الأولاد، كما يثبت به حق الميراث بين المتفارقين اثناء فترة العدة[xxxv].

4. المبحث الثالث : القوانين التي اشترطت الولي كعنصر في تكوين العقد مع إعطاء المرأة صلاحية إبرامه

يمثل هذا الاتجاه قانون الأسرة الجزائري، حيث انفرد بهذا الموقف دون غيره من القوانين العربية، و ذلك تحت تأثير التيارات الفكرية المتضاربة و المتضادة، حيث جاء موقف المشرع الجزائري شاذا،فهو يعتبر الولي عنصرا أساسيا في تكوين العقد من جهة (المطلب الأول). و من جهة أخرى يعطي المرأة صلاحية إبرام عقد زواجها ما دامت بالغة أهلية الزواج (المطلب الثاني).

4.1. المطلب الأول: اشتراط الولي كعنصر في تكوين

لقد اعتبر المشرع الجزائري ولي المرأة شرطا من شروط تكوين العقد الأساسية، متماشيا في ذلك مع مذهب جمهور الفقهاء[xxxvi]، - إرضاء لدعاة الإبقاء على الولي في الزواج[xxxvii]- سنده في ذلك الأدلة السابق ذكرها في المبحث الأول من هذا البحث، حيث نصّ في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على ما يلي :" يجب أن تتوفر في الزواج الشروط الآتية :

-أهلية الزواج.

-الصداق.

-الولي..."

إلا أن الملفت للانتباه، أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمذهب جمهور الفقهاء بصورة كاملة، ذلك أنه خالفهم في تحديد المهمة الموكولة للولي، لأن المعروف في مذهب جمهور الفقهاء، وهم الذين يشترطون الولي في زواج المرأة البالغة العاقلة، فدوره لا ينحصر في حضوره مجلس العقد فقط، كما جاء في قانون الأسرة حسب المادة 11منه، حيث تنص على ما يلي :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها...". و إنما يتعدى ذلك، حيث يثبت له وحده صلاحية إبرام عقد الزواج بشرط موافقة المولى عليها بهذا الزواج[xxxviii].

كما خالف المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية مخالفة صريحة، حيث ساوى بين علاقة الأب بابنته أو علاقة أحد الأقارب بقريبته، مع علاقة أي شخص تختاره المرأة بمناسبة عقد زواجها[xxxix]هذا من جهة،و من جهة أخرى فقد خالف المشرع الجزائري أيضا أحكام الشريعة الإسلامية، حيث ذكر الأولياء على سبيل الإختيار لا الترتيب باستعمال عبارة " أو" التي تفيد التخيير، حيث جاء في المادة 11 من قانون الأسرة السالف ذكرها ، قوله :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، و هو أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره "[xl].

علما بأن أحكام الشريعة الإسلامية تذكر مجموعة من الأولياء، و هم بالضرورة من الأقارب الذكور فقط، بحيث يجب احترام الترتيب الوارد في مختلف المذاهب [xli]، فلا يجوز للولي الأبعد أن يباشر عقد زواج قريبته بوجود الولي الأقرب، لأن ذكرهم جاء على سبيل الترتيب لا التخيير.

4.2. المطلب الثاني : إعطاء المرأة صلاحية إبرام عقد زواجها

تحت تأثير التيارات الفكرية المنادية بضرورة المساواة بين الرجل و المرأة، و تماشيا مع أحكام الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، و التي تنص على ضرورة القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة [xlii]، جاء تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، و الذي جسد فعلا المساواة، و أولها توحيد سن الزواج، وهو بلوغ 19 سنة من العمر بالنسبة للمقبلين على الزواج من الجنسين [xliii]، و هي نفس السن المطلوبة في الأهلية العامة في باقي التصرفات القانونية الواردة في القانون المدني[xliv].

كما جسد هذا التعديل فكرة المساواة بين الرجل و المرأة و هو ما يظهر في مسألة إبرام عقد الزواج، حيث لم يكتف بمنع الولاية في الزواج بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة كما كان قبل التعديل[xlv]، بل جعل الرجل و المرأة على قدم المساواة، ما داما بالغين أهلية الزواج، فيحق لكلاهما إبرام العقد دون موافقة أحد، طالما رضيا بهذا الزواج، فيكون صحيحا نافذا لازما، فلا يحق لأي شخص آخر طلب المعارضة في إبرام العقد، و هو ما جاء واضحا في المادة 9 من قانون الأسرة، حيث تنص على ما يلي :" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". كما أنه لم يرد أي نص في قانون الأسرة، يعطي الحق في المعارضة للولي في حالة عدم موافقته على زواج ابنته من رجل يراه غير مناسب لها كزوج.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، أن موقف المشرع الجزائري جاء شاذا و غريبا، فهو يحاول إرضاء دعاة الإبقاء على الولاية في الزواج من جهة، حيث أخذ بمذهب جمهور الفقهاء شكلا، باعتبار الولي احدى عناصر تكوين العقد، إلا أنه خالفهم من حيث المضمون، حيث غَيَّرَ دور الولي من إبرامه للعقد إلى مجرد الحضور، فهو حضور شكلي [xlvi] ليس إلا.

و من جهة أخرى، فهو يحاول إرضاء دعاة إلغاء الولاية في الزواج، فيأخذ بمذهب الحنفية شكلا، حيث أثبت صلاحية المرأة لإبرام عقد زواجها بنفسها، ما دامت بالغة أهلية الزواج، إلا أنه خالفهم، حيث لم يعط حق الاعتراض على هذا الزواج من طرف الولي ، إذا لم يكن راضيا به على رأي محمد من الحنفية، أو إذا لم تزوج نفسها من كفء لها، أو زوجت نفسها بمهر أقل من مهر مثلها على رأي باقي فقهاء الحنفية[xlvii].

خلاصة القول، أن المشرع الجزائري، لا هو أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فأثبت الولاية على المرأة، و في نفس الوقت أثبت له صلاحية إبرام عقد زواج المولى عليها كما كان ذلك قبل التعديل، و لا هو أخذ بمذهب الحنفية، فيعطي صلاحية إبرام العقد للمرأة البالغة العاقلة، و يعطي في نفس

الوقت الحق للولي في الاعتراض على هذا الزواج إن كان له موجب، فهو غير متوافق مع أي مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي رغم كثرتها و تنوع أفكارها و توجهاتها، فهي تفي بالغرض في أي مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، تجنبه هذا الخلط الذي وقع فيه.

5. خاتمة

تبيّن لنا مما تقدم، أن مواقف قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، تباينت تباينا واضحا في موضوع الولي في الزواج، هذا الموضوع الذي دائما ما يكون موضوع جدل و نقاش حاد،بين تيارات فكرية متضادة في الأفكار و الرؤى، و هي عادة ما تؤثر على موقف المشرع و ما يتبنّاه من أحكام.

فقوانين بعض الدول، و منها دولة الإمارات العربية و الكويت و قطر و غيره، جاءت أحكامها المنظمة لمسألة الولي في زواج المرأة، متجانسة مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فهي اشترطت الولاية على المرأة حتى و لو بلغت أهلية الزواج، فلخصوصية عقد الزواج و اختلافه عن غيره من العقود، لأنه يتعلق ببناء أسرة، و من ثمة بناء المجتمع، أسندت صلاحية إبرامه إلى الولي بشرط موافقة و إذن المقبلة على الزواج، و بذلك تكون هذه القوانين قد ضمنت حق هذه الأخيرة في التصريح برضاها و موافقتها على هذا الزواج من جهة، و حق المجتمع بإنشاء عقد زواج متماسك و ناجح من طرف الولي و هو أقرب أقربائها و هو الأب أو الجد.

أما الدول العربية الأخرى، فقد سلكت مسلكا مغايرا، حيث أخذت بمذهب الحنفية، فمنعت الولاية في الزواج، و أسندت صلاحية إبرام العقد للمرأة ما دامت بالغة أهلية الزواج، فبعض هذه الدول، و هي سوريا و الأردن، قد أعطت للولي حق الاعتراض على الزواج، إذا ما تزوجت المرأة بغير كفء لها، و هي منسجمة مع مذهب الحنفية.

إلا أن بعضا من هذه الدول، و هي تونس و المغرب، فقد خالفت مذهب الحنفية، و سايرت التيارات العالمية المنادية بالمساواة التامة بين الرجل و المرأة، فلم تعط حق الاعتراض للولي،ما دامت الزوجة قد رضيت بهذا الزواج، حتى و لو كان غير كفء لها، أو زوجت نفسها بأقل من مهر مثيلاتها، و في ذلك خروجا على الأعراف و العادات الإسلامية المتوارثة جيلا بعد جيل.

و أخيرا، فإن بعض قوانين هذه الدول، و التي تنحصر في قانون الأسرة الجزائري، و إن كان في الظاهر، أخذ بما هو موافق لأحكام الشريعة الإسلامية، فهو في الباطن مخالف لها، فتحديد دور الولي في مجرد حضوره عملية انعقاد العقد فقط، بدلا من إبرامه له ،يعد خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإن الاعتراف بصلاحية المرأة لإبرام عقد زواجها بنفسها، دون أي اعتراض من الولي، يعد خروجا على أحكام الشريعة الإسلامية أيضا، فهو لا أخذ بمذهب جمهور الفقهاء و راعى بين مصلحة المرأة من جهة و مصلحة الولي من جهة أخرى، و لا هو أخذ بمذهب الحنفية و راعى بين مصلحة كل من المرأة و الولي على النحو الذي بيّناه.

فهوبهذا الموقف -أي المشرع- لم يراع ما حرصت على مراعاته مختلف المذاهب الإسلامية، فيبدو أنه غلّب مصلحة المرأة - ظاهريا -على مصلحة الولي و الأسرة و المجتمع، فخصوصية عقد الزواج، تجعله يختلف عن باقي العقود الأخرى، فإذا سُمح لها -أي المرأة البالغة الراشدة - بإبرام العقود المالية، فإنه يجب منعها من إبرام عقد الزواج، لإنه عقد حياة، دون أن نهمل ما يؤكد رضاها و موافقتها هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإن الولي و هو الأب في الغالب الأعم لا يزوج ابنته بما لا ترضاه زوجا، فإن زوجها، و هي كارهة، رفعت أمرها للقضاء، لإبطال الزواج لعدم الرضا به، و بذلك نكون قد وازنا بين مصلحة الزوجة و الولي في آن واحد، و هو ما نؤكد على ضرورة الأخذ به، و بالتالي الرجوع إلى ما كان يتضمنه قانون الأسرة الجزائري من أحكام في هذا الشأن، أي المادة11 في صياغتها قبل التعديل.

6. الهوامش

1-الشيخ أحمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون، الطبعة الخامسة ، دار الجمهورية للصحافة، القاهرة، مصر،سنة النشر 2003، ص 136.

2-الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية،الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي،القاهرة،مصر، سنة النشر 2012، ص 107.

3-د. عبد العظيم شرف الدين: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،-الزواج-، الطبعة الأولى، الدار الدولية للإستثمارات، القاهرة، مصر، سنة النشر 2004، ص 330.

4-د.محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام ، -دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون -، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة النشر 1983،ص 272.

5-الإمام محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، بدون رقم طبعة، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، سنة النشر 1980، ص17.

6-أ.د. دليلة فركوس و د. جمال عياشي: محاضرات في قانون الأسرة - انعقاد الزواج-، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة النشر 2016،ص 17.

7- حسب ما توفر لدينا من قوانين، فإن قوانين الأحوال الشخصية العربية، التي تُثبت الولاية على المرأة في الزواج تتمثل في قوانين دول الخليج العربي منها : دولة الإمارات العربية المتحدة و الكويت و قطر و سلطنة عمان و اليمن،و في أفريقيا دولة موريتانيا.

8-من هذه القوانين التي صرّحت بذلك هو قانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث جاء في المادة 30 منه على ما يلي :" الثيب أو من بلغت الخامسة و العشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، و لكن لا تباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها ". فإذا كان الولي مطلوب بشأن المرأة الثيب أو البالغة 25 سنة، فإنه أوجب بالنسبة للبكر أو التي سنها دون 25 سنة. علما بأنه لا يقبل الزواج من هو دون سن 17 سنة للفتى، و 15 سنة للفتاة، و هو ما جاء في المادة 26 من ذات القانون، بقولها :" يمنع توثيق عقد الزواج أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة و يتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق".

9-فبعض هذه القوانين جعلت من الولي ركنا من أركان العقد كما جاء في المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، ما يلي :" أركان الزواج هي، الزوجان و الولي و الصداق و الصيغة ". أما البعض الآخر، فقد اعتبر الولي شرطا من شروط صحة العقد، و هو ما جاء في قانون الأسرة القطري في المادة 12 فقرة(3)ما يلي :" يشترط لصحة عقد الزواج ما يلي : -الولي بشروطه طبقا لأحكام هذا القانون ".

10-جاء هذا النص متطابقا مع كل من المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، و أيضا مع المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

11-سورة البقرة، الآية 232.

12-أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي السنن الكبرى، الجزء السابع، الطبعة الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، سنة النشر 1353ه، ص 110.

13-الإمام أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص 128.

14-د. فتحي الدريني: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، سنة النشر 2008، ص 485.

15-د. فتحي الدريني: المرجع السابق، ص 486.

16- الإمام أبو زهرة: الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 125.

17- حيث اعتبرته بعض القوانين عقدا باطلا، و هو ما جاء في المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، قوله :" الزواج الذي لم يستوفي أركانه و شرائطه المبينة في الباب السابق باطل، و لا يترتب عليه قبل الدخول أية آثار، و يجب التفريق بين الزوجين ..."أما البعض الآخر، فقد اعتبرته عقدا فاسدا،لا باطلا، حيث جاء في المادة 51 من قانون الأسرة القطري،ما يلي :" الزواج الفاسد ما اختل أحد شروطه، و لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ".

18-نور الدين أبو لحية: الأزمات الزوجية و حماية الزواج، بدون رقم طبعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، سنة النشر2009، ص 114.

19-د.عبد الفتاح تقية: قانون الأسرة - مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية، دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، سنة النشر2012، ص161.

20-د.علي حسب الله: الزواج في الشريعة الإسلامية،الطبعة الثانية، دارمطابع المقاولون العرب، القاهرة، مصر، سنة النشر1996 ،ص 126.

21-تطبيقا لقوله تعالى: { لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين} سورة آل عمران، الآية 28.

22-د. محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02،بدون رقم طبعة ، دار الوعي، الجزائر، سنة النشر 2013،ص 220.

23-أ. عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، سنة النشر1989 ، ص 185.

24-أ. فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري -، الجزء الأول، بدون رقم طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة النشر1986،ص 164.

25- أنظرعلى سبيل المثال المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية و الفصل 9 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، و أيضا المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية السوري و المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الأردني و المادة 4 من القانون الأحوال الشخصية العراقي.

26-د. الدريني: المرجع السابق،ص503.

27-علما بأن أهلية الزواج في هذه المدونة تكتمل ببلوغ كل من الفتاة و الفتى 18 سنة متمتعين بقواهما العقلية و هو ما جاء في المادة 19

28-سورة البقرة، الآية 232.

29-البيهقي: السنن الكبرى، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 115.

30-الإمام أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 127.

31-الإمام ابو زهرة، المرجع السابق،ص 127.

32-د. أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الطبعة الثالثة، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة النشر 1985،ص 182.

33-د. أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 187.

34-د. الغندور: المرجع السابق، ص 728.

35-د. عبد العظيم شرف الدين: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص 167.

36-د. العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري - وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة النشر 2012،ص 323.

37-علما بأن القانون الجزائري قبل التعديل لسنة 2005 كان يعتبر الولي ركنا من أركان العقد مثله مثل تراضي الزوجين، و نص المادة كان كما يلي :" يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق ".كما نُذكِّر بأن الولي قبل التعديل كان هو الذي يتولى إبرام العقد حسب المادة 11 حيث كانت تنص على ما يلي: " يتولى زواج المرأة ولها، و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين،و القاضي ولي من لا ولي له ".

38-د. الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، - دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية -، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة النشر 2008،ص 63.

37-أ.د. فركوس و د. عياشي: المرجع السابق، ص114.

38- علما بأن النص كان قبل تعديل سنة 2005 كان يذكر الأولياء بالترتيب لا الاختيار، حيث كان نصها كما يلي:" يتولى زواج المرأة ولها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ".

39- أ.د. محمود علي السرطاوي: شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، عمان، الأردن، سنة النشر 2007، ص 53.

40-د. توفيق شندارلي: فسخ عقد الزواج - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية -، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، نوقشت في كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، سنة 2013، ص 141.

41- عبد القادر بن داود: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، بدون رقم طبعة، دار الهلال، وهران، الجزائر، سنة النشر 2000، ص 85.

42-حيث تنص المادة 7 منه على ما يلي :" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ".

43- حيث جاء في الفقرة (2) من المادة 40 منه على ما يلي :" و سن الرشد بتسعة عشر 19 سنة كاملة ".

44- كانت صياغة المادة 11 قبل التعديل لسنة 2005 كما يلي :" يتولى زواج المرأة ولها و هو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له ".

45- د. العربي بلحاج: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 308.

46- د. محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، المرجع السابق، ص216.

47- د. بن صغير: المرجع السابق، ص218