مدى فعالية أحكام الولاية في تحقيق الأمن الأسري داخل المجتمع على ضوء قانون الأسرة

The effectiveness of guardianship rules in achieving family safety in the light of the Algerian family law

طواهري محمد[1]

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،

touahrimohamed@hotmail.com

تاريخ الإرسال: 2023-04-11 تاريخ القبول: 2023-04-18 تاريخ النشر: 2023-04-26

ملخص:

تعتبر الولاية في عقد الزواج من المواضيع التي كانت ولاتزال محل جدل كبير، وتحت ضغوط بعض الجمعيات النسائية خصوصا، قام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة، فتحولت الولاية من ركن في الزواج إلى شرط من شروط الصحة. كما أن المشرع ونتيجة تأثره بالاتفاقيات الدولية التي تقر مبدأ المساواة بين الزوجين، قلص من دور الولي في الزواج.

كلمات مفتاحية: فعالية، أحكام، الولاية، الأمن، الأسري.

Abstract:

Guardianship in the marriage contract is considered one of the topics that have been and remain highly controversial; and under the pressure of some women's associations in particular, the Algerian legislator amended the Family Code, turning guardianship from a pillar in marriage into a condition of

validity. The legislator, influenced by international conventions establishing the principle of equality between spouses, has reduced the role of the guardian in marriage.
Keywords: *efficiency; rules; guardianship; safety; family.*

1- المؤلف المرسل: طواهري محمد، الإيميل: touahrimohamed@hotmail.com

مقدمة :

الأسرة جماعة من الأفراد، تجمعهم روابط الدم والزواج، تعيش معا وتتعاون، وهي الخلية الأولى واللبنة الأساسية التي يتكون منها المجتمع، فمنها يعرف الإنسان ماله من حقوق وما عليه من التزامات، فتتكون مشاعر الألفة والمحبة والأخوة الإنسانية التي تساهم في استقرار المجتمع وتقدمه وارتقائه. فالمجتمع القوي ما هو إلا زيجة من الأسر القوية لأنها وحدة البناء فيه.

وباعتبار الأسرة محور أساسي في استقرار المجتمع ونمائه داخل الدول، كان واجبا على هذه الأخيرة التدخل لتوفير الحماية اللازمة لها، من خلال نصوص قانونية. وقد كرس المشرع الجزائري هذه الحماية من خلال نصوص قانون الاسرة سنة 1984 بموجب قانون 11/84[1]، والذي يعتبر عمل تشريعي جبار لما يحمله من جمع أحكام الأسرة المبعثرة في ثنايا كتب الفقهية في نص تشريعي.

ولم يمض على تطبيق هذا القانون أكثر من عشرة سنوات حتى بدأت المطالبات والاقتراحات بالتعديل الجزئي له، التي استجاب المشرع لها بتعديله لقانون الأسرة سنة 2005[2]، الذي يحمل في طياته آثار الضغوطات السياسية على الصعيد الوطني وكذا مقتضيات العولمة ومصادقة الجزائر على مجموعة

من الاتفاقية الدولية على الصعيد الدولي، مع المحافظة على المصدر التاريخي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والأعراف الجزائرية.

ومن المسائل التي مسها التعديل الجزئي لقانون الأسرة أحكام الولاية، التي تعتبر من أهم مواضيع قانون الأسرة، نظرا للجدل الفقهي القائم بشأنها، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل ما إذا ساهم التعديل الذي مس أحكام الولاية في تحقيق حماية أفضل للأسرة داخل المجتمع. وعلى ضوء التساؤل المثار تطرح الاشكالية التالية: إلى أي مدى حقق المشرع حماية قانونية أفضل للأسرة بموجب تعديله لأحكام الولاية؟

سيتم الإعتماد في هذا المقال على المنهج التحليلي القائم على عرض الآراء الفقهية ومناقشتها، وتحليل النصوص القانونية المنظمة لأحكام الولاية.

ومن خلال هذا المقال سنحاول توضيح مدى فعالية أحكام الولاية في تحقيق الأمن الأسري داخل المجتمع، ضمن محورين أساسيين، أولهما يعالج مفهوم الولاية ثم تكييفها القانوني. أما المحور الثاني يتعلق بتقليص وظيفة الولي في الزواج وانعكاس ذلك في تحقيق الأمن الاسري داخل المجتمع.

1. مفهوم الولاية وتكييفها القانوني

لتحديد مفهوم الولاية، يستوجب تعريفها لغة وإصطلاحا، ثم تحديد تكييفها القانوني، وهذا ما سنحاول معالجة تبعا.

1.1. مفهوم الولاية:

الولاية لغة هي النصرة أو السلطة أو الإمارة، أي تولي أمر الآخرين[3]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَلَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ فَإِنَّ حِزۡبَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡغَٰلِبُونَ﴾[4]. وقوله أيضا: ﴿أَلَمۡ تَعۡلَمۡ أَنَّ ٱللَّهَ لَهُۥ مُلۡكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِۖ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِن وَلِيّٖ وَلَا نَصِيرٖ﴾[5]. وقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمۡ أَوۡلِيَآءَ﴾[6].

والولاية في اصطلاح الفقهاء تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى[7]. فإن كانت متعلقة بشؤون الشخص نفسه، كانت ولاية قاصرة عليه وحده وتتداخل مع أهلية الأداء، وإن كانت متعلقة بشؤون غيره، كأن يقوم بالتصرف في أموال أبنائه القصر أو يقوم بحضانتهم أو بتزويجهم، كانت ولاية متعددة[8]، وهي التي أطلق عليها المشرع الجزائري بالنيابة الشرعية[9].

والولاية المتعددة تنقسم إلى ثلاثة أقسام[10]:

1- ولاية على المال، وهي قدرة الولي على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها بما فيه مصلحة المتولى عليه.

2- الولاية على النفس، وهي التي يختص الولي فيها بشؤون القاصر الخاصة غير المالية، كالقدرة على إنشاء الزواج.

3- الولاية على النفس والمال معا، وهي التي تشمل الولاية على النفس أو القدرة على إنشاء العقود غير المالية ومنها عقد الزواج، والولاية على المال أو القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها ومنها عقد بيع عقار مملوك لقاصر.

ومنه يتبين أن الولاية في عقد الزواج، تصنف ضمن الولاية على النفس على الأخص، فيما تندرج أيضا ضمن الولاية على النفس والمال، أين يعتبر هذا التصنيف أوسع من سابقه[11].

2.1. التكييف القانوني للولاية

لقد نظم المشرع الجزائري الولاية في الزواج، ضمن المواد 9 مكرر و11 و13 و33 فقرة2 من قانون الأسرة، مع تغيير عميق في طبيعة هذه المواد ضمن التعديل الجزئي الذي طرأ على قانون الأسرة سنة 2005.

تنص المادة 9 من قانون الأسرة رقم 11/84 على أنه: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".

فالولي وبمقتضى هذه المادة ركنا في عقد الزواج[12]، لا يتحقق الزواج بدونه، وهذا ما ذهب إليه المالكية، يقول الشيخ خليل في مختصره: "وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة"[13].

والركن ما تتوقف عليه حقيقة الشيء[14]، فإذا اختل كان العقد باطلا، لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح من حل الاستمتاع، ووجوب المهر، والنفقة، والميراث، ولكن إذا أعقبه دخول فيكون له وجود فعلي، تترتب عليه بعض الآثار كاستثناء، فتستحق المرأة به المهر، ويثبت به نسب الولد من الرجل، وتحتسب على المرأة العدة من تاريخ المفارقة، ويدرأ به الحد ويمحوا وصف الزنا. وثبوت هذه الآثار الاستثنائية في الزواج الباطل لم تترتب على ذات العقد، وإنما ترتبت على واقعة الدخول المقترنة بالعقد الباطل[15].

غير أن المشرع الجزائري وقبل تعديله لقانون الأسرة، لم يرتب على الإخلال بركن الولي بطلان عقد الزواج وإنما فساد العقد، وهذا ما يتضح من خلال المادة 32 من قانون الأسرة رقم 11/48 إذ كانت تنص على أنه: "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج". والفسخ هو الجزاء الأقرب إلى فساد العقد لا بطلانه، فكان على المشرع أن يقول: "يبطل الزواج إذا اختل أحد أركانه".

فضلا عن ذلك، فالمادة 33 من قانون الأسرة رقم 11/84 نوعت الجزاء، فرتبت فساد العقد إذا اختل ركن واحد، كأن يكون الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، بحيث يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. أما إذا اختل أكثر من ركن فيكون الجزاء البطلان.

ومن المعلوم شرعا، أن العقد الباطل يختلف عن العقد الفاسد عند فقهاء الحنفية، فالعقد الباطل هو الذي لا تتوافر فيه مقومات انعقاده، وهذه المقومات يجمعها أصل العقد، ومن ثم يعرف العقد الباطل بأنه: مالا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه. أما العقد الفاسد، فهو العقد الذي يستوفي كل ما يدخل في أصل العقد، ولكن ينقصه صفة من الصفات أو وصف من الأوصاف التي تدخل في أصل العقد، ومن ثم يعرف العقد الفاسد بأنه: ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه[16].

وبالنسبة لعقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذا التمييز، فكثير من فقهاء الحنفية لم يفرقوا بين الزواج الباطل والزواج الفاسد[17]. وإلى جانب هذا الرأي ذهب بعض الفقهاء الحنفية[18] إلى التفرقة بين الزواج الباطل والزواج

الفاسد، وإن كانوا لم يضعوا ضابطا واضحا وصريحا للتفرقة بينهما، ويؤيد هذه التفرقة الكثير من الفقهاء المحدثين[19].

هذه الثغرات التشريعية التي كان من المفروض على المشرع أن يتداركها ضمن التعديل الجزئي لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، ولكن المشرع أمام ضغوطات بعض الهيئات والأحزاب السياسية والجمعيات النسائية، فضلا عن ذلك انضمام الجزائر إلى عدة اتفاقيات دولية، زاد المشرع في حدة الهفوة بتغيير الطبيعة القانونية للولاية من ركن إلى شرط، كما يتضح من المادة 9 مكرر بالأمر 02/05 التي تنص على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:...الولي...". فالولي طبقا لهذا النص شرط صحة في عقد الزواج[20]، الإخلال به يرتب الجزاء الذي قرره المشرع في المادة 33 فقرة ثانية المعدلة والتي تنص على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فإبرام زواج المرأة بدون ولي تربطها به صلة قرابة، وجعله إحدى الشكليات القانونية أو الإدارية، لا يخدم مصلحة المرأة، المقبلة على الدخول في مشروع حياة خطير.

2. تقليص وظيفة الولي في الزواج وانعكاس ذلك في تحقيق الأمن الأسري داخل المجتمع:

الولاية في عقد الزواج تختلف بدورها بإختلاف محل الولاية فيها، فتتجسد في ولاية الإختيار متى كان محل الولاية بالغا يملك مباشرة عقد زواجه بنفسه، وتتجسد في ولاية الإجبارمتى كان محل الولاية قاصرا عن إبرام عقد زواجه.

1.2. إنفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم مباشرة البالغة العاقلة الرشيدة عقد زواجها بإرادتها المنفردة على الأقوال التالية:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها، لصحة شرط الولي في حقها. يقول ابن جزي: "فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكرا أو ثيبا، شريفة أو دنيئة، رشيدة أو

سفيهة، حرة أو أمة، أذن لها وليها أو لم يأذن؛ فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده وإن طال ولدت الأولاد؛ ولا حد في الدخول للشبهة، وفيه الصداق المسمى"[21]. ويقول ابن قدامة: "أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها"[22]. ويقول أيضا الشيرازي : "لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقد المرأة لا يصح"[23].

القول الثاني: ذهب فقهاء الحنفية[24] إلى جواز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرا كانت أو ثيبا، بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، وإن كان يستحب لها تقديم وليها، لتولي مباشرة العقد عليها، بعد تحقق رضاها بإذنها.

القول الثالث: يفرق بعض فقهاء المالكية[25] بين المرأة الدنيئة والشريفة، فالأولى يجوز لها أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، بخلاف الشريفة فلا يجوز لها الانفراد بتزويج نفسها، ولا ينعقد زواجها بعبارتها.

القول الرابع: ذهب الإمام محمد بن الحسن - في رواية – وأبو يوسف – في رواية – والحنابلة – في رواية – وأبو ثور والأوزاعي وابن سيرين إلى جواز تولي المرأة عقد زواجها وانعقاده بعبارتها المنفردة، إلا أنه يكون موقوفا على إجازة الولي، إن رضي نفذ وإن لم يرض لم ينفذ[26]. ورد في البدائع: "... فقال محمد: ينعقد لنكاح بعبارتها، وينفذ بإذن الولي وإجازته، وينعقد بعبارة الولي، وينفذ بإذنها وإجازتها"[27].

القول الخامس: ذهب محمد بن الحسن – في رواية – إلى التفرقة في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها تبعا لوجود الولي وانعدامه، فلا يجوز انفرادها بتزويج نفسها إذا كان للمرأة ولي، ويجوز تزويج نفسها إذا لم يكن لها ولي[28].

القول السادس: ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى جواز انفراد المرأة بإجراء عقد زواجها إذا تزوجت من كفء، وعدم انعقادها بعبارتها عند الزواج في حالة زواجاها من غير كفء[29].

القول السابع: ذهب الظاهرية إلى التفرقة بين البكر والثيب في حكم انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، فالبكر لا يجوز انفرادها بتزويج نفسها، وإنما يتولى عقدها بإذنها وليها، بينما الثيب فيجوز عقدها بعبارتها المنفردة[30].

ومن زاوية القانون كانت المادة 11 من قانون الأسرة رقم 11/48 تنص على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له". فطبقا لهذه المادة، فالمرأة مهما كانت يزوجها وليها ولا تزوج نفسها، فالولي هو الذي يتولى إبرام عقد زواج المولى مهما كانت بالغة أو قاصرة. ثم القاضي لمن لا ولي له.

وبتعديل المشرع للمادة 11 من قانون الأسرة رقم 02/05 والتي تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". انتقلت الراشدة من صفة في طرف العقد إلى صفة عاقدة، بحيث تدلي على موافقتها في الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، بحضور وليها الذي هو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

وبالنسبة لخصور مجلس العقد الواردة في نص المادة السالفة الذكر، فيحتمل أن يكون حضوره مطلوبا على سبيل الإلزام لمباشرة العقد، أو أنه على سبيل الاختيار لمجرد سماع العقد، فيكون حضوره بذلك شكليا.

فالمشرع الجزائري ومن خلال هذا التعديل حاول أن يرضي بعض الأطراف ممن كانت لهم دعوات بإلغاء الولي، وفي المقابل حاول أن يرضي الطرف المصر على إبقاء شرط الولي، فاختار أن يجمع بين المتناقضين، فجاء موقفه متذبذبا، فلا هو ألغى الولي صراحة ولا أبقى عليه صراحة. وهذه المادة وإن كانت تنسجم مع التشريعات الفرنسية، فإنها لا تنسجم من تقاليد وموروثات الأمة الجزائرية.

فقد يقال أن المشرع الجزائري تبنى رأي الحنفية بخصوص ترك المرأة الراشدة مباشرة عقد زواجها بنفسها، نقول أن المشرع لم يتبنى هذا الرأي على إطلاقه، لأن المشرع لم يعط حق الولي للتدخل في إبطال الزواج، إذا لم يكن المتعاقد كفؤا، أو أن المهر ليس بمهر المثل، بينما فقهاء الحنفية يجيزون للولي حق الاعتراض في هذه الحالة.

فنظرا لخطورة عقد الزواج وتبعاته المادية والمعنوية الجسيمة، تحتاج المرأة ولو كانت راشدة لا محالة لرأي واستشارة وليها الشرعي، لتحقيق مصلحتها وضمان حقوقها. كما أن تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة وليها، وزيادة على ما فيه من إعلان رغبتها في الجنس ومواجهتها للرجال، قد ينجم عن ذلك مآسي اجتماعية كثيرة ومنها: إغفالها مناقشة شروط العقد التي ترغب إدخالها في العقد، وكذلك المساس بشرف أهلها وباعتبارهم،فالزواج رباط بين الأسرة، له مقاصد وغايات شتى، ومباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات، ويخالف المألوف في الحياة الاجتماعية[31].

ومهما يكن من أمر، فإعطاء المرأة البالغة حق الولاية على زواجها، وحق اختيار وليها لحضور مجلس العقد، يفتح أمامها باب التمرد على وليها، ولا أظن أن مثل هذا سيحقق حماية للأسرة داخل المجتمع.

2.2 إنفراد القاصرة بعقد زواجها:

وبالنسبة لانفراد الصغيرة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح مباشرة المرأة الناقصة أو عديمة الأهلية كالصغيرة والمجنونة عقد زواجها بإرادتها المنفردة، لصحة شرط الولي في زواجها، وثبوت الإجبار في حقها[32].

القول الثاني: ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الصغيرة غير المميزة لا تزوج نفسها، لصحة شرط الولي في زواجها، بينما الصغيرة المميزة أو العاقلة إذا

زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل، كان عقدها صحيحا موقوفا على إذن الأب أو الجد؛ لأنهما يملكان العقد، والقاضي إذا لم يكن لها ولي، وينفذ بإجازتها بعد البلوغ[33].

ومن زاوية القانون، ذهب المشرع الجزائري إلى عدم تزويج الصغيرة إلا لضرورة أو مصلحة يقدرها القاضي، مع ثبوت الولاية للأب بإعطائه الإذن بتولي زواج القاصرة[34]، وهذا ما تضمنته المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة والتي 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". ومن ثم لا يصح انفراد القاصرة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فالذي يتولى ذلك وليها وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي باعتباره ولي من لا ولي له.

فالولاية شرعت للحماية والمحافظة على مصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها، وعدم تجربتها للحياة الزوجية، إذ وظيفة الولي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له. ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته منح له الشارع من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر[35].

وبالنسبة لترتيب الأولياء، فالمشرع الجزائري فرق بين المرأة الراشدة وبين المرأة القاصرة، فبالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة، فالمشرع ساوى علاقة الأب بابنته أو أحد الأقارب بقريبته مع "أي شخص آخر تختاره" المرأة بمناسبة عقد زواجها، وهذا ليس عليه جمهور الفقهاء الذي حرصوا على اختيار الأعدل والأصلح أو كبير القوم – وليس أي شخص – حال انعدام الولي الأقرب والأبعد ومن له صلة قرابة بالمرأة من ذوي الأرحام، وحال انعدام الكافل والقاضي[36].

وأما بالنسبة لترتيب الأولياء على المرأة القاصرة، فالمشرع اعتمد على رأي الإمام أبي حنيفة، حيث أنه لم يقتصر على الأب ومن بعده الجد فحسب، بل تثبت عنده لجميع العصبات بالنفس حسب ترتيب الإرث (بنوة، أبوة، أخوة، عمومة) ولذوي الأرحام من بعدهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام أو وجد غير صالح من بينهم، انتقلت الولاية إلى القاضي[37].

وبإلغاء المشرع المادة 12 من قانون الأسرة ألغى حق الأب في الحيلولة دون انعقاد زواج ابنته البكر إذا كان في ذلك مصلحة، وهذا مخالفة رأي فقهاء الشريعة الإسلامية الذين منحوا للولي حق الاعتراض في حالة رغبة البنت في الزواج من غير كفء لها من الرجال[38].

وبالنسبة للمادة 13 من قانون الأسرة فعلى الرغم من أن المشرع قد وافق الشرع الحنيف والمصلحة الاجتماعية المطلقة حينما أكد على منع الولي من أن يزوج من هي تحت ولايته من دون موافقتها، إذ تنص أنه: لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها". إلا أن هذا النص القانوني له بعض الإشكالات القانونية والتي نوردها فيما يلي[39]:

- الخلط بين القصور والبكارة، إذ الجبر في الفقه الإسلامي قائم على عنصر البكارة، الذي أجمع الفقه بتزويج الفتاة التي يتوفر فيها جبرا، سواء كانت صغيرة أو بالغة، ولم يتناول الفقه الإسلامي لفظ "القاصرة" بمدلوله القانوني، فمن المعلوم أن القصر في القانون يقوم على معيارين: السن ومعيار العقل. فأيهما تخلف في الفتاة اعتبرت قاصرة، وليس له في الفقه الإسلامي ما يقابله إلا البكارة التي تتحقق في الفتاة التي يقوم الجبر في حقها، وبهذا يكون المشرع قد أخلط بين القصور القانوني والبكارة الطبيعية.

- استعمال لفظ القصور في إسقاط الجبر قانونا على الفتاة، يضفي على النص غموضا، إذ أن القصور في القانون يشمل صغيرة السن وكل فتاة حالت

دون توفر الأهلية فيها، كالمجنونة التي لا يمكن أن يُتصور الجبر في حقها ولا موافقتها، وإنما تزوج كلما وجد في تزويجها مصلحة لها من قبل وليها على قول الجمهور، وهذا ما لم يكن المقنن يقصده.

- المشرع الجزائري ومن خلال نص هذه المادة ألغى الجبر مطلقا، وهذا مخالفة لقول جمهور الفقهاء الذي يرون بأن جبر البكر هو سبيل تزويجها، ولم يخالف فيه إلا الحنفية الذي لا يرون جبرا للبكر البالغة، والشافعية الذي لا يرون – في أحد القولين – جبرا للصغيرة الثيب. ومن ثم فإن الاتفاق منصب على جبر البكر الصغيرة، فتجبر الصغيرة عندهم مطلقا، بينما المشرع ألغى الجبر تماما.

- المشرع عامل الجبر على أنه إكراه، وهذا حياد عن الصواب، إذ الجبر والمصلحة وجهان لعملة واحدة، فالولي لا يجبر الفتاة على الزواج إلا إذا وجد فيه مصلحة لها، ولا يعمد إلى جبرها إلا بما أوتي من سلطة أبوية أدبية عليها فقط، ولا يتجاوز هذا المعيار إلى استعمال غيره من الوسائل التي توقع في نفس الفتاة رهبة تحملها على الزواج من دون رضاها، وإنما يكون في نفسها عدم الميل إلى الرجل فيحملها اختيار وليها إلى ذلك حملا رحيما، لا إكراه والتعنيف الذي إن تحقق رُد العقد لأنه ناتج عن إكراه ولا إكراه في الزواج.

الخاتمة:

وفي ختام هذه الورقة البحثية، يمكن القول أن تحقيق الأمن الأسري مرتبط بوجود نصوص قانونية فعالة تتفادى أكبر قدر ممكن من النزاعات الأسرية، التي تؤثر على إستقرار المجتمع وتطوره.

ولكن الظاهر أن المشرع الجزائري وبتعديله الجزئي لقانون الأسرة سنة 2005 قد جانب الصواب في الكثير من أحكام الولاية، ومرد ذلك التغيرات الداخلية التي عرفها المجتمع الجزائري، انطلاقا من تطور المركز القانوني للمرأة في المجتمع، بحيث إزدادت حدة المطالبة بضرورة تغيير قانون الأسرة

من طرف بغض الهيئات والأحزاب السياسية والجمعيات النسائية، وهذا على الصعيد الوطني. فضلا عن مصادقة الجزائر على عدة اتفاقيات دولية (كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة)، وهذا على الصعيد الدولي.

فتم تغيير الطبيعة القانونية للولاية، من ركن إلى شرط صحة، يترتب على الإخلال به تطبيق الجزاء الذي قررته المادة 33 في فقرتها الثانية، وهو الأمر الذي جعل الفقه يعالج الولاية ضمن الشروط الشكلية لعقد الزواج وفقا لقانون الأسرة. واعتبار الولاية لها جانب شكلي لا يخدم المرأة المقبلة على الزواج، وهذا يؤثر على استقرار المجتمع.

كما اعتبر المشرع الولاية في عقد الزواج هي ولاية اختيار لا جبر فيها، تمارسها المرأة حسب اختيارها ومصلحتها، دون أخذ بعين الاعتبار ضعف المرأة وقلة تجربتها في الحياة وسرعة تأثرها عاطفيا، كما أن مباشرة المرأة لعقد الزواج يمس بشرف وسمعة الأسرة التي تعيش المرأة في كنفها، وهذا يزيد من حدة النزاعات الأسرية.

وبذلك، فنصوص قانون الأسرة تحتاج إلى تعديل جديد لا يبتعد هذه المرة عن أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء.

التهميش

[1] - قانون 11/84المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد24 المؤرخة في 12 يونيو سنة 1984.

[2] - الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد15 المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005.

[3] - أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، د س ن، لسان العرب، ج15، بيروت، دار صادر، ص406.

[4] - سورة المائدة، الآية 56.

[5] - سورة البقرة، الآية 107.

[6] - سورة الممتحنة، الآية01.

[7] - زين الدين الشهير بابن نجيم، د س ن، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، بيروت، شركة علاء الدين، ص117.
[8] - الكشبورمحمد، 2009، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، ص298.
[9] - المادة 81 وما يليها من قانون الأسرة.
[10] - فركوس دليلة، عياشي جمال، 2016، محاضرات في قانون الأسرة، الجزائر، دار الخلدونية، ص109.
[11] - فركوس دليلة، عياشي جمال، نفس المرجع، ص110.
[12] - المجلس الأعلى، غ أ ش، 1984/09/24، ملف رقم1984/09/24، ملف رقم4438، م ق، 1990، عدد1، ص64.
[13] - خليل بن إسحاق المالكي، 2014، مختصر العلامة خليل، ط1، القاهرة، دار الغد الجديدة، ط1، ص91.
[14] - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، د س ن، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، د ب ن، دار إحياء الكتب العربية، ص220.
[15] - مصطفى أحمد الزرقا، 1998، المدخل الفقهي العام، ج2، دمشق، دار القلم، ط1، ص716- 717؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، 1998، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، ص138.
[16] - عبد الغني الغنيمي، د س ن، اللباب في شرح الكتاب، ج2، بيروت، المكتبة العلمية، ص24؛ زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم، د س ن، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، بيروت، شركة علاء الدين، ص74- 75؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، 2003، رد المحتار على الر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، طبعة خاصة، الرياض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ص233.
[17] - برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، 1315، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج2، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، ص382؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، 1316، شرح فتح القدير، ج2، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، ص382؛ محمد الأزميري، د س ن، حاشية مرآة الأصول، ج1، د ب ن، د د ن، ص327.
[18] - زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، المرجع السابق، ج4، ص156؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص274.

[19] - خلاف عبد الوهاب، 1990، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الكويت، دار القلم، ط2، ص39؛ بدران أبو العينين بدران، 1961، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مصر، دار التأليف، ط2، ص138؛ شلبي محمد مصطفى، 1983، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، بيروت، الدار الجامعية، ط4، ص114- 115.

[20]- العربي بلحاج، 2015، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار هومه، ط2، ص399.

[21] - أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، 2000، القوانين الفقهية، الجزائر، دار الهدى، ص208.

[22] - موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، 1997، المغنى، ط3، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، ط3، ص345.

[23] - أبي إسحاق الشيرازي، 1996، المهذب، ط1، ج4، دمشق، دار القلم، دار الشامية، ط1، ص118.

[24] - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، 2010، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، بيروت، دار الفكر، ط1، ص361.

[25] - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، 2020، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، الجزائر، دار الإمام مالك، ط2، ص12.

[26] - بن الصغير محفوظ، 2015، أحكام الزواج، الجزائر، دار الوعي، ط2، ص207-208.

[27] - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص369.

[28] - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، النفس المرجع، ج2، ص369.

[29] - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ج2، ص391.

[30] - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، د س ن، المحلى، ج9، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية، ص460- 461.

[31] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص408- 409.

[32] - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج2، ص9.

[33] - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص88.

[34] - بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص240- 241.

[35] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص405.

[36] - بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص234.
[37] - فركوس دليلة، عياشي جمال، المرجع السابق، ص115.
[38] - فركوس دليلة، عياشي جمال ، النفس المرجع، ص115.
[39] - فركوس دليلة، عياشي جمال، النفس المرجع، ص116- 117.

قائمة المراجع:

- **المؤلفات**:

1- ابن منظورأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، د س ن، لسان العرب، ج15، بيروت، دار صادر.
2- ابن نجيم زين الدين، د س ن، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، بيروت، شركة علاء الدين.
3- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،، 2020 بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، الجزائر، دار الإمام مالك، ط.2
4- أبى محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، د س ن، المحلى، ج9، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرية.
5- أبي إسحاق الشيرازي، 1996، المهذب، ج4، دمشق، دار القلم، دار الشامية، ط.1
6- أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، 2000، القوانين الفقهية، الجزائر، دار الهدى.
7- العربي بلحاج، 2015، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، الجزائر، دار هومه، ط.2
8- الغنيمي عبد الغني، د س ن، اللباب في شرح الكتاب، ج2، بيروت، المكتبة العلمية.
9- الكشبور محمد، 2009، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج1، المغرب، مطبعة النجاح الجديدة.

10- بدران أبو العينين بدران، 1961، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، مصر، دار التأليف، 1961، ط.2
11- برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، 1315، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج2، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط.1
12- بن صغير محفوظ، 2015، أحكام الزواج، ط2، الجزائر، دار الوعي، ط2.
13- خلاف عبد الوهاب، 1990، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، الكويت، دار القلم، ط.2
14- خليل بن إسحاق المالكي، د س ن، مختصر العلامة خليل، 2014، القاهرة، دار الغد الجديدة، ط.1
15- زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم، د س ن، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، بيروت، شركة علاء الدين.
16- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، بيروت، الدار الجامعية، ط4.
17- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، د س ن، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، د ب ن، دار إحياء الكتب العربية.
18- عبد الرزاق أحمد السنهوري،1998، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2.
19- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، 2010، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، بيروت، دار الفكر، بيروت، ط1.
20- فركوس دليلة، عياشي جمال، 2016، محاضرات في قانون الأسرة، الجزائر، دار الخلدونية.
21- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، 1316، شرح فتح القدير، ج2، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط.1
22- محمد الأزميري، د س ن، حاشية مرآة الأصول، ج1، د ب ن، د د ن.
23- محمد أمين الشهير بابن عابدين، 2003، رد المحتار على الر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، الرياض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة.

24- مصطفى أحمد الزرقا، 1998، المدخل الفقهي العام، ج2، دمشق، دار القلم، دمشق، ط1.
25- موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، 1997، المغنى، ج9، الرياض، دار عالم الكتب، ط3.