قراءة قانونية في إشكالية الولي في نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

A legal reading in the problem of the guardian in article 11 of the Algerian Family Code

الدكتورة عمارة مسعودة

أستاذة محاضرة (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة -2-

تاريخ استلام المقال : 22-02-2019. تاريخ القبول : 15-11-2019. المؤلف المراسل : عمارة مسعودة

ملخص

تعد الولاية من المسائل الهامة في الزواج، والتي كانت ولا تزال موضع خلاف في التشريعات رغم أن الفقه قد فصل في ذلك، فبين مؤيد ومعارض، وجد المشرع نفسه مضطرا الى تعديل المادة 11 من قانون الأسرة بتعديله لسنة 2005.

دراستنا تقف على حقيقة الخلاف القانوني بشان إلزامية الولي، في نص المادة من عدمه، وقوفا على تداعيات التعديل والتغيير في ولاية الزواج، فهل الغرض من وجود الولي في عقد الزواج تخييري أم الزامي على ضوء المادة 11 من قانون الأسرة ؟

الكلمات المفتاحية : الولي، شروط الزواج، أركان الزواج، الزامية الولي، زواج البكر.

summary

Guardianship is an important issue in marriage, controversial in legislation, although jurisprudence has been clear on the subject.Between partisans and opponents, guardianship in the marriage of women the legislator was forced to modify himself Article 11 of the law on the family modified in 2005.Our legal study is limited to determining the need for the presence of a guardian in the marriage contract of a woman in the light of Article 11 of the Family Code or not.

Keywords : guardian, conditions of marriage, elements of marriage, mandatory guardian, virgin marriage.

مقدمة

عرفت الأسرة الجزائرية تغيرات سواء في شكلها، تركيبتها، او في علاقاتها الداخلية، او حتى في قيمها الاجتماعية والثقافية، ما انعكس على المنظومة القانونية المنظمة لها بالمناداة بالتغيير والتعديل في قواعد قانون الأسرة بما يلاءم هذا التحول.

ذلك أن هناك اعتراضات واختلافات مثارة حول المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، بين مؤيد لمركزها وحريتها الغير المنقوصة، ومعارض لقانون الأسرة الذي قيد من حقوق المرأة وقلصها، فلابد من تغييره بما يكرس ذلك، وهذا ما دفع بالمشرع الى تعديل هذا القانون في محاولة منه، لوضع حد لهذا الجدل والخلف.

إلا أنه تبين ان تعديل قانون الأسرة الجديد بموجب الامر 02/05 [1] جاء بجدل ونقاش كبير بين المؤيد لما جاء في التعديل، ومعارض لما جاء به في بعض نصوصه، وقد نالت مسالة الولاية في الزواج نصيبا من هذا الجدل، وانقسمت الآراء الى اتجاهين مختلفين في تفسير ما جاءت به المادة 11، بشأن الإبقاء على الولي او الغاءه في عقد الزواج، وعليه مخالفة الشريعة او مسايرتها، وذلك من خلال اتجاه يؤيد ما جاء به تعديل المادة 11 الحالي، معتبرا إياها الغت الولاية ومنحت المرأة حرية في عقد زواجها، وتجاه اخر فسر المادة بانها تخالف احكام الشريعة في اشتراط الولي اذا ما فسرنا المادة في فحواها، حيث اصبح حضوره لعقد القران شكلي لا داعي منه.

وبين هذا وذاك لابد من إعادة النظر في المادة من الناحية القانونية، لرفع اللبس والخلاف.

تطرح فكرة اشتراط وجود الولي من عدمه في عقد الزواج، خلافا كبير بين علماء الشرع والقانون، على اعتبار أن الأمر مهم جدا بالنسبة لحياة الأسرة بأكملها، ويمس بأخلاقيات الأسرة العربية المسلمة، ما يعبر عنه بإمكانية إعطاء الولي رأيه في زواج ابنته، وهل عنده الحق في القبول او الرفض، أم هي حرية شخصية بالنسبة للمرأة البالغة وما للولي من حق عليها، عليه من هنا تظهر أهمية هذه الدراسة في استقراء قانوني لنص المادة 11 من قانون الأسرة المعدل، من خلال قراءة شكلية وموضوعية لها لرفع اللبس، وتبيان موقف المشرع من الابقاء او الاستغناء عن الولي كركن في عقد الزواج، وهل تمكن من خلال تعديله لقانون الأسرة من رفع اللبس.

الإشكالية: نتناول من خلال هذه الورقة دراسة نقدية للمادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر المادة وتفسيرها ؟، من خلال تحديد مدى توفيق المشرع في تعديله للنص ؟.

و للإجابة عن هذه الاشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي لدراسة التنظيم القانوني للولي في قانون الأسرة، قبل وبعد التعديل، من خلال التعرض الى الدواعي والأسباب.

فتحليل القانوني نص المادة لمعرفة نية المشرع بنقد وتحليل المواد الخاصة بالدراسة، وقسمنا الدراسة إلى قسمين : 1-مركز المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة. 2- قراءة نقدية للمادة 11 من قانون الأسرة المعدل في 2005.

1- مركز المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة

يعتبر قانون الأسرة من اهم القوانين، التي عرفت ولاتزال تعرف الكثير من النقاشات، باعتباره يمس اهم عنصر في المجتمع الأسرة، وقد عرف هذا الأخير تعديلا في 2005 بعد نقاشات حادة، بين مؤيد ومعرض لمشروع التعديل، وذلك لأسباب مختلفة، وعليه نسلط الضوء في هذا المبحث على احكام المادة 11، تحديدا من قانون الأسرة التي كان لها الباع في عملية النقاش وأسباب المطالبة بإلغائها او تعديلها ؟.

1-1- احكام المادة 11 ضمن الامر 85-11 المتضمن قانون الأسرة قبل التعديل

اعتمد قانون الأسرة السابق 11/84 على الشريعة الإسلامية، مغلبا المذهب المالكي على بقية المذاهب، التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، من ناحية دستورية فقد استند المشرع في قواعد قانون الأحوال الشخصية، الى المادتين 151 الفقرة الثانية والمادة 154 من دستور 1976.

إذ تنص المادة الاولى على اعتبار الإسلام دين الدولة، وتنص الثانية أي المادة 154 على أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، وأهم ما يسجل على هذا القانون هو اعتماده على الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي في تطبيقه في مجال الأحوال الشخصية.

ويتضح هذا من خلال نص المادة 222 ق أ، التي تنص على أنه في حالة ما إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية، وهي المادة

التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة، دون تحديد المذهب الفقهي، الذي له اولوية التطبيق.

على العموم يتميز قانون الأسرة الذي احتوى على 224 مادة، شملت الزواج وأحكامه الطلاق وآثاره الولاية، النيابة الشرعية، أحكام المواريث والوصية والهبة، بعدة سمات هي:

- صيغت معظم مواده من أحكام الشريعة الإسلامية.

- أخذ بمختلف المذاهب الفقهية، ولم يتقيد بمذهب فقهي بذاته.

- لم يجاف هذا القانون الأعراف السائدة في المجتمع الجزائري، والتي لا تصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية، وإنما أحال القاضي في الكثير من المسائل إلى العرف. [2]

لقد جاء الفصل الاول من قانون الأسرة لسنة 1984 تحت عنوان الخطبة والزواج، متضمنا 19 مادة (من المادة 4 إلى المادة رقم 22)، إذ تناولت المادة رقم 4 التعريف بالزواج وأهدافه، حيث اعتبرته عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، أما أركان عقد الزواج فقد جاءت ضمن جملة من المواد، بدء من المادة 9 إلى المادة 17.

بالرجوع الى قانون الأسرة 11/84 خاصة ما جاء في المادة 9 منه: " يتم الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق "، وعد الولي حسب المادة ركن من اركان الزواج حسب المذهب المالكي، حيث لا يجوز للمرأة ان تزوج نفسها بنفسها، وقد جاءت المادة 11 منه مؤكدة على ذلك بقولها: "يتولى زواج المرأة وليها وهو ابوها فأحد أقاربها الاولين والقاضي ولي من لا ولي له ". والولي هو من يتولى تزويج المرأة، أي انه يجب ان تتوفر رضا الولي ومولية، ويقوم بنقلها امام المجلس العقد.

1-1-1- الولي في نص المادة **11** من قانون الأسرة **84**- **11** قبل التعديل

إن الولاية في الزواج هي من أنواع الولاية على النفس، والتي يقصد بها نفاذ الأقوال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس المولى عليه، فهي سلطة يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الأمور الشخصية للمولى عليه، كتأديبه، وتربيته، وتزويجه، وبذلك تكون ولاية التزويج من الأمور الداخلة في الولاية على النفس وجزءاً منها. [3]

والولاية في الزواج قد تكون ولاية قاصرة، او متعدية فالولاية القاصرة هي سلطة تزويج الإنسان نفسه بلا توقفها على رضا أحد ما، دام أهلاً للتعاقد فهي لا تنفك عن الأهلية مطلقا، فطالما كان الإنسان أهلاً للتعاقد كانت له ولاية على جميع شؤونه، وكانت جميع تصرفاته وعقوده نافذة في حق نفسه دون التوقف على إجازة من احد.

أما الولاية المتعدية : فالمراد منها أن يكون للإنسان حق تزويج غيره، إذ تمنح الولاية المتعدية صاحبها القدرة، على مباشرة التصرفات وإنشاء العقود ونفاذها في حق غيره[4].

يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق اعتبر الولي ركن من اركان الزواج تأثرا بالمذهب المالكي. لا يجوز للمرأة ان تزوج نفسها بدون وليها، تأكيد ذلك في المادة 11 : " يتولى زواج المرأة وليها وهو ابوها فأحد أقاربها الاولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

اعتبر الولي حسب المادة 11 شرط للزواج يترتب على وجوده صحة العقد، ان اختل الفسخ قبل الدخول والثبوت بعد الدخول حسب المواد 33 و23 منه.

1-1-2-دور الولي في عقد الزواج

حسب المادة 11 و12 منه يتولى زواج المرأة وليها، فهو من يقوم بنقلها الى مجلس العقد، فحياءها قد يمنعها من التصريح برايها في مجالس الرجال، اما حدود سلطة الولي في عقد الزواج، فقد نصت المادة 1/12 الى من تؤول اليه الولاية في حال التعسف الولي بالاعتراض على الزواج، : " لا يجوز للولي ان يمنع من في ولايته على الزواج اذا رغبت فيه وكان صالح لها". واذا وقع المنع فالقاضي، ان يأذن به مع مراعاة احكام المادة 9 من هذا القانون، وعليه اشتراط الولي هو حماية لمصلحة المولي عليها، ودرء المفاسد عنها، وصونا لها من حضور مجالس الرجال و، بالتالي اعطى المشرع هذا الدور للولي، لكنه وضع له قيد على سلطة ولايته، بان لا يمنعها من الزواج اذا رغبت به، سواء اكانت بكرا ام ثيبا فالمادة لم تخلو من الغموض، اذ انها لم تحدد المعايير التي وفقها، يتعين تحديد الزوج الأصلح.

كما أن القضاء لم يتولَّ تحديد الزوج الأصلح، لكنه حدد بعض الحالات التي يمكن ان يكون الرجل اصلح للمرأة، في حال ما اذا كان صالح وعضل الولي، يكون تعسف وبالتالي يجوز ان تلجا الى القضاء وهذا ما هو مكرس في الحكم الصادر بتاريخ 1993/3/30قضية

رب ضد رز وص م ملف رقم 90468 : " اين امتنع الاب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر، اذن القاضي بالزواج – تطبيق صحيح للقانون –.

ومتى تبين في قضية الحال ان الاب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها الامتناع فان القضاة بقضاءهم باذن المدعية بالزواج طبقوا صحيحا القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن" [5].

والواقع ان الوضع التشريعي المكرس للمرأة، في قانون الأسرة 11/84 انما وضع لم يخرج عن اجتهادات الفقه الإسلامي، التي لم تكن تجيز للمرأة ان تنفرد بتزويج نفسها دون أهلها، وليس لوليها ان يتولى، إتمام العقد بتزويجها دون استشارتها، حيث الإسلام يتوسط ذلك، فيحرص على مشاركة بين المرأة ووليها، فللمرأة ان تعرب عن رغبتها ولا تكره على الزواج ابدا، وولي المرأة بعد اذنها له ابرام العقد، وبذلك لا يستقل أي منهما بالعقد، فلا المرأة تنفرد بتزويج نفسها من دون أهلها، ولا وليها ينفرد بتزويجها من دون رايها، وليس في هذا حجر على حرية الرماة في الاختيار، لذلك فالتعديلات المدخلة على القانون بهذا الخصوص لم تكن تستهدف تكريس أي مركز قانوني للمرأة مساويا مع الرجل، بقدر ما كانت تستهدف مواءمة احكام قانون الأسرة مع اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة [6]

1-2- دواعي تعديل قانون الأسرة في 2005

الولاية في قانون الأسرة الجزائري 11/84 قبل التعديل، تعد من اهم العناصر محل النقاش، بين معارض لها ومؤيد لها ويرجع ذلك لأسباب مختلفة.

ذلك ان المرأة قد تكون غير قادرة، على إدراك وجه المصلحة، فقد لا تحسن اختيار زوجها خاصة وإنها قد طبعت على خلق وغرائز، تجعلها أشد تأثراً وأسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل، لكن اتجاها اخر يرى في لك انقاص من قيمة المرأة، فهي محامية وقاضية و..الخ، وقادرة على ان تزوج نفسها دون حاجة لولاية غيرها، من هنا بدا الاشكال وظهرت مطالبات بإلغاء الولاية.

1-2-1- : ضغط الجمعيات النسوية المطالبة بتحرير المرأة ومساواتها بالرجل

يعود فتح ملف مراجعة قانون الأسرة بالدرجة الاولى الى المنظمات النسوية، التي استطاعت تمرير مطلبها هذا مستقوية بالمتغيرات الدولية، من أبرزها إعادة النظر في مسألة

حقوق الإنسان، وخاصة حقوق المرأة والطفل، وفقا لما نصت عليه الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر.

كذلك أن إعادة النظر في قانون الأسرة، هي موجة قد طالت كل دول المغرب والمشرق العربي -نتاج مصادقة هاته الدول على المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تؤكد على ضرورة إعادة النظر في حقوق كل من المرأة والطفل، من خلال إعادة نظر هاته الدول في تشريعاتها الداخلية-، فهي إذن موجة دولية، هذا ما أكسب تنظيمات المجتمع المدني قوة في الطرح، من خلال توحد قوى هاته التنظيمات وتكتلها، كمجموعة 95 المغاربية التي تطالب بقانون أسرة قائم على مبدأ المساواة في الدول المغاربية الثلاث. ناهيك عن استفادتها من بعضها البعض، في إطار الدفاع عن حقوق المرأة والطفل.

لقد أصبح ملف مراجعة قانون الأسرة الجزائري أمرا واقعيا، فرضته المتغيرات الدولية المتمثلة في مصادقة الجزائر، على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، التي أصبحت مصدر قوة للقوى المطالبة بقانون أسرة بديل، قائم على مبدأ المساواة ما بين الجنسين، لذا أمر رئيس الجمهورية بإنشاء لجنة لمراجعة قانون الأسرة متكونة من 52 عضو[*]، .[7]

1-2-2 مراجعة قانون الأسرة فرضته اتفاقية سيداو

اتفاقية " القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "الصادرة عام 1979م. تتألف من ثلاثين مادة، تتعلق بالمساواة في الحقوق بين المرأة والرجل، في جميع الميادين المدنية والسياسية والثقافية.

والاتفاقية تدعو جميع الدول الموقعة على الاتفاقية، إلى سن القوانين التي تمنع التمييز ضد المرأة، بما فيها اتخاذ التدابير الخاصة، للتعجيل بالمساواة التامة بين الرجل والمرأة، وباتخاذ خطوات لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تجعل من التمييز عرفاً متم/اديا

و قد انظمت الجزائر الى الاتفاقية بموجب المرسوم **96-52** [8]، وبناءا على هذا الانضمام، قامت بمراجعة قانون الأسرة الجزائري الذي صار أمرا واقعيا، فرضته المتغيرات الدولية، المتمثلة في مصادقة الجزائر على هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية، التي أصبحت مصدر قوة للقوى المطالبة بقانون أسرة بديل، قائم على مبدأ المساواة ما بين الجنسين، لذا أمر رئيس الجمهورية بإنشاء لجنة لمراجعة قانون الأسرة[9] .

يبدو أن هذه التعديلات التي تنادي بها الاتفاقية، تقوم على محو كل ما له علاقة بالشريعة الإسلامية، حيث غيرت في مسألة الحضانة المحددة شرعا، وتقييد تعدد الزوجات، الولاية خاصة في الشق المتعلق بالمرأة، هذا ما يترتب عنه إضعاف سلطته، من جهة أخرى تقوم هذه الاتفاقية، على مبدأ النزعة الفردية التي تحمل في ثناياها الحرية المطلقة.

بالمقابل بالرجوع الى احكام الاتفاقية نجدها لا تتماشى، وتتعارض مع المبدأ القائل بعدم صحة زواج المرأة دون وليها، وبالرجوع الى نص المادة 15 من الاتفاقية، التي تمنح المرأة أهلية كاملة كالرجل في ابرام كل التصرفات فذلك لا يتعارض مع الفقه الاسلامي الذي منح للمرأة أهلية تأهلها لأبرام مختلف التصرفات بما فيها عقد الزواج وهي بذلك لا تتعارض من حيث المبدأ. لكن المادة 16 من الاتفاقية تدعو الى المساواة بين الرجل والمرأة في الزواج عند واثناء الزواج وحق اختيار الزوج، ، انما هي دعوة تخالف بها الفقه الإسلامي في البند أ وب منها بتجأهلها مسالة الولاية في الزواج الموجبة من وجهة نظر الفقه المالكي والحنبلي والشافعي بعدم صحة الزواج من دون ولي.

ورغم تحفظ الجزائر على الاتفاقية، فاللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، اعتبرت الحكم في المادة 11 من قانون الأسرة، لا يسمح لها ان تبرم العقد دون ولي مما يجعلها قاصرة، ودعت الى وضع احكام تمييزية لتحقيق المساواة، وطالبت الجزائر بإعطاء اولوية، عالية لمراجعة قانون الأسرة، بما يتفق واحكام الاتفاقية [10].

1-2-3- :مراجعة قانون الأسرة استجابة للمتطلبات الدولية والداخلية

جاء في عرض أسباب مشروع التعديل، على مجلس الوزراء بخصوص مادة الولاية ان : عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود، من ناحية خضوعه لقواعد وشروط تميزه عنها لاسيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل إرادة الزوجين.

وجاء إعداد مشروع قانون الأسرة بما يلي:

- توضيح الوضع القانوني لعقد الزواج على أنه عقد رضائي يتم تجسيده بالضرورة بتحرير عقد.

- إسقاط ركن الولي بالنسبة للثيب وإقراره بالنسبة للبكر.، إذن لقد تضمن المشروع التمهيدي المعد من طرف اللجنة، إلغاء شرط الولي [11].

2- قراءة نقدية للمادة **11** من قانون الأسرة المعدل في **2005**

" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور، وليها وهو ابوها، او أحد أقاربها، او أي شخص تختاره ".

تطرح المادة جملة من الإشكالات [12]: بالنظر الى المصطلحات التي استعملها المشرع، وهي كل من عبارة : تعقد، بحضور، او، وهذه الإشكالات هي :

- مسالة الزامية او اختيارية حضور الولي في عقد الزواج.
- مسالة ترتيب الولي في عقد الزواج.
- مسالة تعريف الولي في الزواج.

2-1- إشكالية وجوب الولي في عقد الزواج حسب المادة **11** من قانون الأسرة المعدل

بالرجوع الى صياغة المادة 11 من هذا التعديل، نجد المشرع كريس حق المرأة في تزويج نفسها بنفسها، اشتراط حضور الولي في هذا العقد، سواء اكان اب او أحد الأقارب او أي شخص تختاره المرأة.

وحسب جانب من الفقه[13]، يبدو ان المشرع ميز بين المرأة الراشدة والقاصرة، فبرجوع لنص المادة " تعقد المرأة الراشدة....." وهنا ثار الخلاف حول مسالة طبيعة حضور الولي هل هي الزامية ام اختيارية.

2-2- طبيعة الحضور الولي حسب المادة **11**

استعمال المشرع عبارة الحضور في نص المادة 11، اثارت العديد من التأويلات التي جعلت الفقه القانوني، ينقسم الى اتجاهين:

احدهما فسر المادة تفسيرا شكليا ظاهرا : واعتبر حضور الولي حسب المادة شكلي غير الزامي، ولا داعي منه ذلك ان، المادة حسب هذا الاتجاه لا تحتاج الى تفسير.

واتجاه ثاني فسر معنى المادة وفحواها، ÷و اعتبر استعمال المشرع عبارة " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها..... "، بـــ دليل على ضرورة وجوده عند ابرام عقد الزواج، حيث ان المشرع لم يقل بنفسها، واعتبر ان النص لم يكرس حق المرأة في مباشرة زواجها بنفسها وهو استنتاج يخالف لفظ النص وتجاوز له.

وفي هذا الشأن نقول ان الشريعة الإسلامية هي الأخرى، مليئة بالآراء والاختلافات الفقيهة، فهنا من يعتبر حضور الولي ودوره، وسلطته في التزويج من مرحلة الخطبة، الى دخول محل نظر وبحث، وانقسم فيها الفقهاء بين مطالب بإلغائه، وداعم لابقاءه [14].

وفي الاختلاف رحمة، لكن ينبغي الاخذ بالراي الراجح بدليله، فهناك من جمهور أهل العلم، من يجعلون للولي واجب بغض النظر عن اعتباره ركنا، او اعتباره شرط، وحتى الذين قالوا بعدم اشتراط، الولي عند عقد الزواج حسب الحنفية، أعطوا له دورا إيجابيا اذا له الحق وفقهم في فسخ العقد اذا تزوجت الراشدة من غير كفء لها او بغير مهر المثل [15].

2-3- :تعريف الولي حسب المادة **11** من قانون الأسرة المعدل

بالرجوع لنص المادة 11 من القانون عرف المشرع الولي بالتالي : " الولي هو ابوها او أحد أقاربها او أي شخص تختاره "الولي هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة، لكونه اباها او وصيا عليها او وكيلا لها او قريبا عاصبا او حاكما.

والولاية على المرأة في عقد الزواج مظهر تكريم للمرأة وتشريف، حيث نصب لها الشارع ممثلا يدافع عنها ويحامي عن حقوقها، في عقد لو خولته بنفسها لغلبها الحياء فأسقطت الكثير من حقوقها، الى جانب قدرة الاب على اختيار الأنسب لها، لأنه الأقدر على رؤية الأصلحلها، من خلال المظهر الذي قد يكون مخادعا لذلك احتاجت المرأة الى من يقف بجانبها. ثم إن الولاية في عقد الزواج، قائمة على التضامن في تحمل المسؤوليات، فآثاره لا تصيب الزوجين فحسب بل تنسحب الى الأهل والأولياء.

وإذا كانت كذلك الولاية، فقط طرحت المادة اشكالا اخر، هو مقصو المشرع وتعريفه لمن يكون الولي ؟، وقد استعمل المشرع في هذا التعديل عبارة "أو" التي كان لها الدور الكبير في اثارة العديد من التساؤلات.

فالولي حسب المادة :

- أبوها : هو من له على المرأة التي تريد الزواج ولادة مباشرة، ولا نقاش في ثبوت الولاية له شرعا وقانونا وعقلا ومنطقا واجتماعيا ونفسيا
- أحد الأقارب : هم العاصبون من الرجال، ولا باس بالأخذ بالرأي القائل، بولاية ذوي الارحام الرجال لكن عند عدم وجود العصبة

❖ أي شخص اخر تختاره : اثارت هذه العبارة الجديدة في قانون الأسرة، العديد من المشاكل، حيث ان هناك من فسر ظاهر الصياغة انه يمكن للمرأة الراشدة، ان تختار ايا كان ليزوجها، واثار ذلك حفيظة الكثيرين

لكن هناك اتجاه ثاني فند هذا الراي، على اساس ان الاخذ به يؤكد ان المرأة، يمكنها ان تختار حتى المجنون او المخمور....الخ، من الاشخاص وليس هناك من يمنعها، وهذا غير معقول، ونعتقد ان المشرع قصد من ذلك حالة المرأة التي لا تجد وليا من الأقارب يزوجها، ان تختار احدا من المسلمين، ليكون وليا لها وهو ما سماه بعض الفقهاء بالولاية العامة.[16]

وبالرجوع للحياة العملية فقد صرح المسؤول عن مصلحة إبرام عقود الزواج ببلدية الجزائر الوسطى، أنّ مصلحته سجلت أكثر من 2500 حالة زواج، اشتركت هذه الحالات في غياب الولي سواء الأب او الأخ او أي فرد له قرابة بالمرأة، واختلفت في صفة الولي في كل حالة، فمن جار لها، إلى صديق او زميل في العمل، او حتى شخص من الشارع لا علاقة تربطه بها، كما أكد لنا عن وجود حالات كان وكيل المرأة فيها، قريب من النسب، مضيفا أنه لا يحق له سؤال المرأة، عن هوية هذا الوكيل وكل ما عليه معرفته أثناء أخذ شهادته هو معرفة اسمه ولقبه وكذا رقم بطاقة هويته..الأمر.[17]

بالمقابل اثارت هذه الزيجات مشاكل عديدة في الاتصال بوكلاء المرأة، حيث اكد عدد من المحامين الذين تم أخذ رأيهم في هذا الموضوع، بأنهم رافعوا لنساء تزوجن بوكيل، وهن اليوم أمام القضاء في قضايا طلاق، هروب الوكيل الذي اتخذنه وليا في إبرام عقد الزواج بدل الأب او الولي من الأصول او الفروع، فقد كشف بعضهم عن اصطدامهم بحالات عديدة، استدعوا فيها هذا الوكيل ورفض المجيء، بحجة أن مهمته انتهت يوم أعطى رقم بطاقته واسمه للقاضي عن العقد، ، وعليه فتحت هذه المادة الباب واسعا للمراة للزواج دون وليها وللمشاكل المترتبة عن ذلك.[18]

المطلب الثاني : استعمال عبارة "أو" للتخيير أو للترتيب في المادة **11** من قانون الأسرة المعدل

بالرجوع لنص المادة 11 في تعريفها للولي نجدها استعملت عبارة او وهنا طرح السؤال هل استعملها المشرع للتخيير أم لترتيب حيث جاء في نص المادة ".. وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره" وبالرجوع الى النص الفرنسي نجده جاء كالتالي :

"La femme majeure conclut son contrat de mariage en présence de son **wali** qui est son **père** ou un **proche parent** ou toute autre **personne de son choix** .Sans préjudice des dispositions de l'article 7 de la présente loi le mariage du mineur est contracte par biais de son wali qui est le père, **puis** l'un des proche parent… "

أو التي استعملها المشرع إذًا للتخيير، وليس للترتيب حسبا ظاهر المادة، أو التفسير الحرفي لها. هذا ما طرحته المادة من مشاكل :

-اختلاف في تفسير بين الظاهر النص وحرفيته ومن يأخذ بحرفية النص.

-استعمال المشرع عبارة او التي تفيد التخيير او الترتيب.

- وعليه ترتيب الاولياء على سبيل الاختيار وليس الترتيب حسب جانب من المفسرين [19] وانا اوافق هذا الاتجاه.

وان كان هناك اتجاه ثان يرى في استعمال عبارة، او العديد من المعاني فهي تستعمل للإباحة والاضراب وللشك وللإبهام وللتقسيم[20]، غير انها قد تفيد الترتيب في بعض الأحيان حسب بعض الاقوال من المفسرين والفقهاء، عند قوله تعالى : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتّلوا أو يصلّبوا أو تُقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا وفي الآخرة عذاب عظيم﴾[21]. و قد اختلف المفسرون في تفسير عبارة "او" في الآية الكريمة هل تفيد التخيير، أم أن كل قاطع طريق يفعل به الإمام أو نائبه، ما راه المصلحة من هذه الأمور المذكورة، فحسب المالكية تفيد التخيير، في حين الجمهور قالوا إنها تفيد الترتيب[22]، وعليه قد تفيد هنا "أو" الترتيب وليس الاختيار في نص المادة 11 من التعديل الجديد. هذا اذا استقرئنا النص العربي، وما حدث فيه من مشاكل في التفسير، في اعتقادنا كان اجدر بالمشرع ان يتفادى ذلك بتحديد نما قصد من خلال استعماله لعبارات واضحة الدلالة، حتى لا يجد القاضي نفسه امام إشكالات وتناقضات في التفسير [23]. واذا كان هذا حال النص العربي، فان النص الفرنسي كما اسلفنا قد يفصل في هذا الجدل، ويجعل من أو التي استعملها المشرع تفيد الاختيار، وليس الترتيب.

فقد استعمل المشرع عبارة " **ou**" التي تعني بالعربية التخيير، والدليل على ذلك الفقرة الثانية من المادة التي استعمل فيها المشرع عبارة " **puis**"، التي تعني الترتيب، وهذا قد يكون حجة على موقف المشرع، ودلالة على المقصود من استعماله لهذه العبارة.

خاتمة

ختاما نقول إن الولاية تشريف وتكريم للمرأة، وليس إنقاص وتحقير وتصغير، ينبغي على كل امرأة أن تفهم ذلك، وليس من الشرائع من كرم المرأة غير الشريعة الإسلامية، تبقى مسالة الولاية في الزواج محل اختلاف، وفي الاختلاف رحمة، كما يقال.

و ما يمكن ملاحظته على المادة **11** من قانون الأسرة المعدل :

- تكريس حق المرأة في مباشرة عقد زواجه بنفسها.
- حرص المشرع على حضور الولي في عقد الزواج قبل وبعد التعديل مع إعطاء، المرأة الراشدة حق اختيار من ترغب في ان يكون وليا لها.
- الخروج عن المذهب المالكي الى الحنفي وبالتالي التأرجح بين المذهبين.
- اختلاف وجهات النظر في قراءة المادة حول الإبقاء او الغاء، مركز الولي في عقد الزواج مما فتح باب التأويل والاختلاف بين حرفية تفسير النص وفحواه :
- التعديل جاء للانقاص من حدة الصراع الذي كان بين اتجاهين متناقضين من يدعو للتحرير المرأة ومن يرجح ولاية المرأة.
- الاختلاف في التفسير والصياغة بين النص الفرنسي والعربي.
- تعديل المادة فتح الباب للتأويلات.

نصل في الأخير إلى جملة من الاقتراحات من وراء هذه الدراسة :

- ضرورة إعادة الولي كركن في عقد الزواج.
- ضرورة تحديد المشرع للمذهب المعتمد وعدم التذبذب.
- إعادة صياغة المادة 11 من قانون الأسرة بالشكل التالي : " يتولى زواج المرأة وليها وهو ابوها فأحد أقاربها والقاضي ولي من لا ولي له ".

الهوامش

1- قانون الأسرة الجزائري 84-11 المؤرخ في 9-يونيو1984 المعدل والمتمم بالامر 05-02 المؤرخ2005/2/27، عدد الجريدة الرسمية 15

2- كلتوم مسعودي، بن قفة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري 2005، الملتقى الوطني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة أيام 10/9 افريل 2013، ص 04

3 - ويعرف الفقهاء الولي انه القريب الذي ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه كالمرأة والصغير والمجنون، او هو من له على المرأة ملك او ابوة او تعصيب او ايصاء او كفالة او سلطنة، انظر بالتفصيل اسماعيل امين نواهظة، احمد محمد المومني، ص 92 وجبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة، الجزائر، دون دار نشر، واسماعيل امين نواهظة ن احمد المومني، الاحوال الشخصية، فقه النكاح ط1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة الاردن، 2010، ص 124

4 - سلام عبد الزهرة الفتلاوي، انغام محمود شاكر، مفهوم الولاية في الزواج، مجلة المحقق الحلي، للعلوم القانونية والسياسية العدد 2 السنة الرابعة، دون سنة، ص 237

5- المحكمة العليا الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 47 وديري دليلة، شنة سعاد، مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2014، ص 58

6 - حسين بلحيرش، المركز القانوني للمرأة في ابرام الزواج في القانونيين الجزائري والتونسي، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، عدد خاص، دون سنة، ص 183

7 - كلتوم مسعودي، بن قفة سعاد، المرجع السابق، ص 06

8- المرسوم الرئاسي 96-51، المؤرخ في 1996/1/22، يتضمن انضمام الجزائر لاتفاقية سيداو، عدد الجريدة الرسمية 6، علما انه على الرغم من مرور 20 سنة على تصديق الجزائر على هذه الاتفاقية مازال النقاش حادا حولها بين من يعتبرها خطوة هامة في ترقية حقوق المرأة وحمايتها من شتى أنوع التمييز، وبين من يعتبر أنها منافية لخصوصيات الشعب الجزائري وعاداته وتقاليده وأعرافه، لذلك وجب التنبيه إلى أن الجزائر قد تحفظت بمناسبة التوقيع على هذه الاتفاقية على بعض بنودها، والتي قدرت الحكومة الجزائرية أنها تتعارض مع المنظومة القيمية والدينية والاجتماعية والثقافية الجزائرية وفي هذا السياق جاء التحفظ على المادة 02 المادة 09 فقرة 02، المادة 15 فقرة 4، المادة 16، المادة 29 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

-9 - المرجع اعلاه، ص 12/11

10 - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، حول التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر، وثيقة رقم DZA/C/CEDAW2/، لآراء المعتمدة من اللجنة د 32 بتاريخ 10/الى

28 جانفي 2005 في جلستها رقم 667 و668 المعقودتين 2005/1/11 وثيقة رقم CEDAW/C/DZA/2 1229 فقرة 25و26 ص 05 وحسين بلحيرش، المرجع السابق، ص 187

11 - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، حول التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر وثيقة رقم CEDAW/C/DZA/2 1229 فقرة 25و26 المرجع اعلاه ص 7و 8

12 - انظر لمزيد من التفصيل حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات التي جاء بها قانون الأسرة في مساوئ الزواج واثاره، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2010/2009، ص 26

13- راجع بكثير من التفصيل ديري دليلة، مركز الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة -، مذكرة ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2014 ص 10

14 - علي بودفع، دود سلطة الولي في التزويج على ضوء الشريعة والقانون، دون دار نشر، دون سنة، ص 254

15 -علال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير، مجلة صوت القانون العدد2، 2014، مجلة جامعة خميس مليانة ص 55

16 - طحطاح علال، المرجع السابق، ص 65

17 - د، م، 2500 زواج بلا ولي في بلدية الجزائر الوسطى وحدها، 2010، ص1، الموقع الالكتروني : https://www.djazairess.com

18- المرجع اعلاه بنفس الصفحة

19 - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع 2008، ص 66

20- محمود حسني مغاسلة، النحو الشافي الشامل، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان، 2013، ص496 وطحطاح علال المرجع السابق، ص 65

21 - الآية 33 من سورة المائدة

22 - طحطاح علال، المرجع السابق، ص65 و66

23 - عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والاشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، العدد 23، المجلد الاول، دون سنة، ص 114 و116و 117.