دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)

إيمان الزهرة حميدي
طالب دكتوراه
جامعة الجلفة

الملخص باللغة العربية:

تطرح فكرة إشتراط وجود الولي من عدمه في عقدالزواج خلافا كبير بين علماء الشرع والقانون على إعتبار أن الأمر مهم جدا بالنسبة لحياة الأسرة بأكملهاويمس بأخلاقيات الأسرة العربية المسلمة، ما يعبرعنهبإمكانية إعطاء الولي رأيه في زواج إبنته، وهل عنده الحق في القبول أو الرفض أم هي حرية شخصية بالنسبة للمرأة البالغة وما للولي من حق عليها.

أن تناولنا مفهوم الولاية بشكل عام ودليل شرعيتها من الكتاب والسنة ومن ثمة أسباب الولاية ويتبعها ترتيب الأولياء بالنسبة للفقه المالكي والتشريع الجزائري وكذا مدى إلزامية هذا الترتيب بالنسبة للمرأة البالغة والقاصرة، ثم نطاق الولاية بالنسبة للولي في إبرام عقد الزواج ومدى حدود سلطته في إبرام عقد الزواج في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري ومدى إمكانية العضل بالنسبة للولي عند المرأة القاصر أو الراشدة.

RÉSUMÉ:

Mettez l‹idée de l‹exigence d‹un tuteur ou non dans le contrat de mariage un grand désaccord entre les théologiens et la loi au motif qu‹il est très important pour la vie de toute la famille et affecter l‹éthique de la famille arabe musulmane ,est exprimée dans la possibilité de donner l‹avis gardien sur le mariage de sa fille ,et s‹il a le droit à l‹acceptation ou le rejet Ou si c‹est la liberté personnelle pour les femmes adultes et ce que le gardien légitime.

Que nous avons eu affaire avec le concept de l‹Etat en général et guider leur légitimité du livre et de l‹année et il y a des raisons de l‹état ,suivi de l‹ordre des Patriarches de la jurisprudence de al-Maliki et la législation de l‹Algérie ,ainsi que l‹étendue de obligatoire cet arrangement pour les femmes ,adultes et mineures ,la portée du mandat de la Couronne de conclure un contrat de mariage et l‹étendue des limites de son pouvoir de conclure un contrat de mariage La jurisprudence al-Maliki et le droit de la famille algérien et l‹étendue du potentiel musculaire pour le tuteur dans le cas d‹une femme mineure ou adulte.

مقدمـة :

تعتبر الأسرة هي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع حيث تتميز بنظام إجتماعي فريد من نوعه يضمن تنظيم وديمومة البشرية، لما لها من دور هام يمارس على مستوى الفرد والمجتمع على حد سواء،فسعت كل القوانين الوضعية لتطبيق ما جاء في

الشريعة السماوية على العمل للحفاظ على هذا الإرث الإنساني العظيم، أين سنت شبكة من القوانين والقواعد التي تحافظ وتحمي هذه الأسرة.

وقد حرص الشارع على تنظيم الزواج لحماية الأسرة كونه الرابط الجامع والمنظم لوجود هذه العلاقة وما يترتب عليها من آثار، حيث حدد أهم الشروط الواجب توافرها حتى يقوم عقد الزواج على أساس سليم خالي من أي عيوب ومن بين هذه الشروط ومن أهمها شرط الولي وهو موضع دراستنا.

وللتعمق في الموضوع أكثر يجب أن نطرح بعض الإشكاليات:ما مكانة الولي في عقد الزواج ؟ وهل هو يمارس دوره الحقيقي في إبرام عقد الزواج ؟ وما مدى تأثيره في هذا العقد ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية المطروحة سابقا نقترح الخطة التالية :

المبحث الأول: أحكام الولاية في عقد الزواج.

المطلب الأول: مفهوم الولاية.

المطلب الثاني: أسباب الولاية.

المطلب الثالث: ترتيب الأولياء.

المبحث الثاني: نطاق الولاية في عقد الزواج.

المطلب الأول: حدود سلطة الولي في إبرام عقد الزواج بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: حدود سلطة الولي في إبرام عقد الزواج بالنسبة للفقه المالكي.

المطلب الثالث: عضل الولي.

المبحث الأول : أحكام الولاية في عقد الزواج.

شرعت الولاية في الإسلام حفاظا على حقوق العاجزين عن التصرف رعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لاتضيع وتهدر، وشرع شرط الولي للمرأة دون الرجل في إبرامها لعقد الزواج نظرا لخطورة هذا العقد وتبعاته المادية والمعنوية الجسيمة.[1]

المطلب الأول : مفهوم الولاية.

بدأت فكرة الولاية أساسا إنطلاقا من حماية حقوق وحريات أطراف العلاقة الزوجية، لما لها من أثربالغ معنوي مهم في إستمرار وإستقرارهذ العلاقة، الأمر الذي طرح إمكانية جعلها شرطا للصحة من عدمها.

ومن خلال هذا المطلب سنعرف الولاية في عقد الزواج، مع تحديد دليل شرعيتها من الكتاب والسنة.

الفرع الأول : تعريف الولاية.

الولاية بكسر الواولغة هي المحبة والنصرة، ومنه قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَوَلَ اللَّهَ وَرَسُوْلَهُ وَالَذِينَ آمَنُوْا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمْ الْغَالِبُونْ ﴾[2].

أما في الإصطلاح الشرعي فهي تنفيذ القول على الغيروالإشراف على شؤونه، أوهي القدرة على إنشاء العقد نافذا غيرموقوف على إجازة أحد، وتنقسم الولاية إلى ثلاث أقسام: ولاية على النفس، ولاية على المال، الولاية عن النفس والمال معا.

والولاية على النفس هي التي تهمنا في هذا الشأن بإعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج، وتكون للأب والجد وسائر الأولياء من العصبات حسب ترتيبهم في الميراث، والولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبـــول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها.[3]

الفرع الثاني: دليل شرعية الولاية

يرى المالكية أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة النساء ولو كانت المرأة كاملة الأهلية، ولهذا فقد إشترطوا في صحة الزواج أن يباشر الولي العقد بنفسه وكل ما للمرأة إذا كانت ثيبا الإشتراك مع وليها في إختيار الزوج.

وإذاعقدت المرأة على نفسها أو غيرها يفسخ قبل البناء وبعده ولو طال الزمان بينهما، بل لو أجازه الأولياء أو كان بإذنهم، ويفسخ العقد بطلقة ولها المسمى من الصداق إن دخل بها، وقال: لا ميراث فيما عقدته المرأة لضعف الخلاف فيه، خلافا لمذهبه في الأنكحة المختلف فيها، أو نقل عنه ثبوت التوارث أيضا.[4]

وإستدلوا في ذلك بما يلي:

أولا: الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَنْكِحُوْا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾ [5] ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلاَ تَنْكِحُوْا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّى يُؤْمِنُوْا ﴾ [6] وقوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوْا الأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ [7] ووجه الإحتجاج في الآيتين أنه تعالى خاطب بالنكاح الرجال ولم يخاطب النساء، وقوله تعالى : ﴿ فَلاَ تَعْضِلُوْهَنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالمَعْرُوْف ﴾[8]، وروي عن البخاري في سبب هذه الآية عن بن يسار قال :« زوجت أخت لي من رجل فطلقها حتى إنقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لابأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية –فلا تعضلوهن- فقلت ألا أفعل يا رسول الله، قال نعم، قال : فقمت فزوجتها إياه ».

قال إبن حجر: هذا أصرح دليل على إعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنها لوكان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يقال إن غيره منعه منه.

ثانيا: السنة: ما روى أبو داود والترمذي وإبن ماجة عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا نكاح إلا بولي ».

- ما روى إبن ماجة وأحمد الطبراني والبهقي والدار القطبي وضياء المقدسي عن إبن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان ».

- ما روى إبن ماجة والدار القطبي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ».

- ما روى البخاري عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قال: « إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: ونكاح منها، نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو إبنته فيصدقها ثم ينكحها.... » ثم حكت بقية أنكحة الجاهلية التي تعتبر في الشرع زنا: « فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم »، والحديث إستدل به البخاري على أن النكاح الصحيح لابد فيه من ولي يزوج وليته، وإلا كان من نكاح الجاهلية.[9]

- ما روى البخاري عن إبن عمر: « أن عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة قال: لقيت عثمان بن عفان، فعرضت عليه فقلت،

إن شئت أنكحتك حفصة، فقال: لا أتزوج يومي هذا فلقيت أبا بكر فقلت: إن شئت أنكحتك حفصة » والحديث إستدل به البخاري على أن الولي هو الذي يزوج وليته لقول عمر « أنكحتك ».[10]

المطلب الثاني : أسباب الولاية

السبب ما يتوصل به أي أمر من الأمور، وكل من حصل له سبب من أسباب الولاية تثبت له الولاية بذلك السبب، وأشارت بعض الكتب الفقهية إلى أسباب الولاية مثل ما ورد في تعريف إبن عرفة وهي إما الملك أو الأبوة أو التعصيب أو الإيصاء أو الكفالة أو السلطان وسنستثني في دراستنا هذه (سبب الملك) لأنه إندثر ولم يعد له وجود لإنتفاء ملك الرقيق.

1- الأبوة: وتثبت للأبوة الأصلية أو الحكمية ونعني بذلك الأب أو الجد وإن علا وهي أقوى أنواع الولاية، لأن الولد فرع الأب، أما المالكية فإنهم يثبتونها للأب دون الجد.[11]

2- التعصيب: يرى الإمام مالك - رحمه الله – أن الولاية معتبرة بالتعصب إلا الإبن، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة لأب والأم ثم الأب ثم بنوا الإخوة للأب والأم، ثم للأب فقط، ثم بنوا الإخوة للأب وإن علوا، والجد وأبوه أولى من الأخ وإبنه ثم العمومة على الترتيب الإخوة وإن سفلوا، وهناك خلاف داخل المذهب في تقديم الإخوة الأشقاء ولأب وبينهم على الجد.

جاء في مواهب الجليل: « المعروف أن الأحق الإبن وإن سفل ثم الأب ثم الأخ للأب ثم إبنه ولو سفل ثم الجد ثم العم ثم إبنه ولو سفل ».

قال الحطاب هذا: " أي تقدم الإبن على العم" إذا لم تكن الإبنة في حجر أبيها أو في حجر وصي لها، أما إذا كانت في حجر أبيها أو وصيها فالأب مقدم على الإبن وكذلك الوصي ووصي الوصي.

3- الإيصاء: والمقصود بالإيصاء هنا أن تكون الوصية سببا من أسباب الولاية على المرأة في التزويج وعرفه الفقهاء بأنه: « من عهد إليه ولي الأمر بنكاح بناته أو إحداهن بعد وفاته » ومن الجدير بالذكر أن الوصاية فيها معنى النيابة عن الولي، وهي تشبه الوكالة من حيث هذا المعنى إلا أن هناك فرقا ينبغي الإشارة إليه، وهو أن الوكيل يكون نائبا عنه في حياته، أما الوصي فيكون نائبا عنه في مماته.

وتثبت الولاية بسبب الوصية من الولي، وهذا مذهب المالكية والراجح عن الإمام أحمد– رحمه الله -.[12]

4- الكفالة: تكون للكافل الذي كفل إمرأة فقدت والدها، حيث يكون قد قام بتربيتها مدة زمنية معينة فيكون له حق الولاية في تزويجها بشرط أن تكون هذه المدة الزمنية معتبرة.[13]

5- السلطان: وذكر إبن قدامى المقدسي – رحمه الله - « أن السلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه ذلك، وهناك خلاف في والي البلد والصحيح جواز الولاية له عند عدم وجود القاضي، إذا إحتاط للمرأة في المهر والكفء، لأنه ذو سلطان ».

وأما الدكتور « عبد الكريم زيدان « فبين أن المقصود بالإمامة بوصفها سببا من أسباب الولاية في النكاح هو: الإمامة العامة فتثبت لصاحبها وهو الإمام العام، أي الخليفة أو نائبه وهو القاضي، وولاية التزويج هذه من لا ولي له.

روي عن طريق سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه قال: « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو سلطان»[14]،

وجه الدلالة ثبوت ولاية السلطان حال عدم وجود العصبة أو من يقوم مقامهم، وهو دليل على إعتبار السلطنة سببا من أسباب ولاية النكاح، حيث أن من شروط ثبوت ولاية السلطان في النكاح هي عدم وجود الولي الخاص مطلقا أو في حالة عضلالولي أو غيابه ولكن من الذي يزوجها عند غياب الولي الأقرب، أهو الولي الذي يليه؟ أو السلطان؟

يرى جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والحنبلية في حال غياب الولي الأقرب يزوجها الذي يليه رتبة.

قال إبن رشد: « إذا غاب الولي الأقرب إنتقلت الولاية إلى الأبعد ».

وقال البهوتي: « وإن غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة ولم يوكل من يزوج زوج الولي الأبعد دون السلطان، لأن السلطان ولي من لا ولي لها، وهذه لها ولي ما لم تكن أمة غاب سيدها فيزوجها السلطان ».

إن الولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناها إلى الأبعد وهو مقدم إلى السلطان كما إذا مات الأقرب، لأن السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي.[15]

المطلب الثالث : ترتيب الأولياء

يقصد بترتيب الأولياء النظر في مدى أسبقية ولاية أحدهما على الأخر مع وجود جميع من يحق لهم الولاية وفي هذا الشأن سوف نرى رأي كل من المذهب المالكي والمشرع الجزائري، ما سنطرحه فيما يأتي:

الفرع الأول : ترتيب الأولياء حسب الفقه المالكي

أولا: السيد المالك ولو أنثى: فله أن يجبره أمته أو عبده على الزواج بشرط عدم الإضرار بها كالتزوج من أي عاهة كالجذام أو البرص، فلا جبر للمالك.

ثانيا: الأب رشيدا كان أو سفيها ذا رأي: فله تزويج البكر ولو عانسا جبرا عنها ولو بدون مهر المثل أو غير كفء، كأن يكون أقل حالا منها وليس للأب جبر إبنته إذا رشدها أي جعلها رشيدة أو أطلق الحجر عنها لصيرورتها حسنة التصرف.

ثالثا: وهي الأب عند عدم الأب بشروط ثلاث :[16]

أ- أن يعين الأب للوصي الزوج بأن يقول له زوجها من فلان، أو يأمره بجبرها صراحة كأن يقول له زوجها ممن أحببت.

ب- أن لا يقل المهر عن مهر المثل.

ج- أن لا يكون الزوج فاسقا.

بعد الأب ووصيه في البكر والصغيرة والمجنونة، لا جبر لأحد من الأولياء الآتي ذكرهم على الأنثى الصغيرة أو الكبيرة، وإنما تزوج البالغة لا الصغيرة بإذنها ورضاها سواء كانت البالغة بكرا أو ثيبا.

رابعا: تقديم إبن المرأة في العقد عليها برضاها: ثم إبنه يقدم على والد المرأة أي على جده ودليل ولاية الإبن على أمه حديث زواج النبي صلى الله عليه وسلم بأم سلمة وفيه قولها لإبنها: يا عمر قم فزوج رسول الله.

- تزويج أنس إبن مالك أمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد وفيه قول لأم سليم لإبنها أنس: قم فزوج أب طلحة، فزوجها ولو عقد والد المرأة مع وجود إبنها أو إبن إبنها جاز ولا ضرر.

خامسا: ثم والد المرأة.

سادسا: ثم أخ المرأة الشقيق للأب، فإبن أخيها وإبن سفل، أما أخوها للأم فلا ولاية خاصة له.

سابعا: ثم الجد للأب فمرتبته بعد الأخ وإبنه كالولاء والصلاة على الجنازة.

ثامنا: ثم العم ثم إبنه ثم جد الأب ثم عم الأب ثم إبنه.

تاسعا: ثم كافل المرأة غير العاصب.

عاشرا: ثم الحاكم أو القاضي الشرعي.

الحادي عشر: ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين ومنهم الخال والجد من جهة الأم والأخ لأم.

الفرع الثاني : ترتيب الأولياء حسب قانون الأسرة الجزائري

المادة 11 قانون الأسرة الجزائري[17]: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

أولا: ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة:

1- قرابة الأبوة: هي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها وهنا حصرها القانون في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنه إستبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله يستنتج هذا من مسألة الترتيب حسب مفهوم النص القانوني.

2- القرابة: يفهم من نية المشرع أنه ترك الحرية للمرأة في إختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد الزواج، وبهذا يكون المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج.

3- الولي المختار: في حالة عدم إختيار الأب أو أحد الأقارب خول المشرع الحق للمرأة إختيار الولي، وبهذا يكون خول لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عنها لذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة في مسألة إختيار الولي.

ثانيا: ترتيب الأولياء بالنسبة للبنت القاصر:

1- قرابة الأبوة: الأبوة هي القرابة تؤهل صاحبها لممارسة الولاية سواء كان الأب أو الجد وإن علا، لأن لا فرق بينهما من الشفقة على الفروع غير أن الأولوية للأب عند وجوده.

2- الإخوة: متى تعذرت قرابة الأبوة تثبت للإخوة فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب وتقدم هذه الأخيرة على[18] قرابة الأخ لأم وفقا لنص المادة 154 قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: " إذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد وإتحدوا في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة وورثوا بالتعصيب وإشتركوا في المال بالسوية " وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد.[19]

3- العمومة: وإذا كانت الولاية تقوم على عنصر الشفقة، فإن قرابة العمومة تأتي في الدرجة الرابعة لنيل الولاية على النفس، ومتى تعذر الأعمام المولى تقدم الجهة الأكثر قرابة فيقدم العم الشقيق على العم لأب، ويقدم العم لأب على العم لأم، طبقا لقاعدة الأقرب تقدم على الأبعد حسب نص المادة 154 قانون الأسرة الجزائري.

4- القاضي: أما عند عدم وجود هذه الأصناف من الأقارب، ترجع الولاية للقاضي بإعتباره وليا لمن لا ولي له طبقا لنص المادة

11 قانون الأسرة الجزائري.

ووجود الولي في عقد الزواج من شروط البناء الأساسية، يتميزعن بقية العقود بما تترتب عليه من آثارمهمة، وما يؤكد ضرورة الولي في عقد الزواج الإعتماد عليه حتى في المذاهب التي لا تشترط الولي في العقد كالحنفية، وهذا ما سارعليه للمشرع الجزائري وفقا للمذهب الذي يقر البطلان في عقد الزواج في حالة عدم موافقة الولي.[20]

إن سبب الإختلاف في ترتيب الأولياء يعود إلى طرح التساؤل هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابتا بالشرع بالولاية أم ليس بحكم شرعي؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب أم ذلك حق من حقوق الله؟ فمن لم يرى الترتيب حكما شرعيا، قال: يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال: النكاح منعقد فإن أجازه الولي جاز وإن لم يجزه إنفسخ، ومن رأى أنه حق الله، قال: النكاح غير منعقد وقد أنكر القوم هذا المعنى في المذهب.[21]

المبحث الثاني : نطاق الولاية في عقد الزواج.

ويقصد بنطاق الولاية في الزواج البحث في مجال اتساعها وضيقه حين ممارستها، وفي هذا إختلف الشرع والقانون وهوما سنبينه فيما يأتي:

المطلب الأول : حدود سلطة الولي في إبرام عقد الزواج بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

من خلال نص المادة 11 المعدلة بالأمر 02-05 التي تنص : ‹› تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره...››

نلاحظ أن القانون لما نص على أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها جعل حضور الولي شرطا للزومه، بما مؤداه أن المرأة الراشدة إذا زوجت نفسها بدون حضور وليها كان الزواج موقوفا على إجازة الولي.

ودليلنا على ذلك أن النص عبر « تعقد المرأة » بما مؤداه أنها إذا عقد زواجها إنعقد العقد صحيحا، ولكن القانون بإشتراطه لحضور الولي جعل حضوره لإجازة العقد، الإجازة قد تكون وقت العقد وقد تكون بعده، يضاف إلى ذلك أن حضور الولي عقد الزواج ليس مقصود به إنعقاد العقد، لأن الحضور هنا متروك تقديره للمرأة الراشدة والحضور هنا متروك تقديره للمرأة الراشدة فقد تختار شخصا آخر غير وليها.[22]

فقد إبتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الإختيار من قبل المرأة ولم يراع الترتيب بين القرابة ولا بين القرابة والأجانب، فللأجنبي أن يلي عقد زواج المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب وأخ أو أي قريب آخر حيث ورد العطف على الأب (والتي تفيد التخييروالترتيب) وعندئذ لم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد ذا مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، وأعطاهما نفس الدور والدرجة فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد، كما أنهما يخضعان لإختيار المرأة والرجل.[23]

كما تنص المادة 9 مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان وإنعدام الموانع الشرعية للزواج " حيث وضع الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج، فهل يعني ذلك أن غياب أو تغييب الولي عن مجلس إبرام عقد زواج إبنته سيؤدي بالضرورة إلى بطلان أوفساد العقد؟ أوأن هذا الولي غير معتبرقانونا وأنه

إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار؟ ولا فضل بحضوره عن غيابه عند عقد زواج إبنته ؟ ثم ما الهدف من نص الفقرة الثانية من المادة 39 المعدلة " ... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ".

ومن خلال دراستنا لهذه المادة نرى أن المشرع ذكر صفة الولي في حالة وجوبه مما يبين لنا أن هناك حالات أخرى لا تشترط الولي وهو نص المادة 11 المعدلة، حيث كلف المرأة الراشدة بإبرام عقد زواجها بنفسها ولها كامل الحرية في إختيار أي ولي، كما أن للقاصر أن تتزوج بدون ولي وذلك في حالة الدخول ففي حالة الدخول فإنه يثبت الزواج بصداق المثل.[24]

ولقد ألغى المشرع الجزائري ولاية الإجبار من نص المادة 12 قانون الأسرة الجزائري والتي كانت تنص: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، فإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت ".

غير أنه قد أغفل مسألة مهمة وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني وذلك حين يجبر الولي ابنته عموما على الزواج بمن لا ترضاه فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة ؟ وهل يكون صحيحا أو باطلا ؟ في رأي إبن شويخ لابد من التفرقة بين أمرين :

أولا: الأمر الأول: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلا.

ثانيا: الأمر الثاني: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة (الإكراه المعنوي)، فهنا يكون العقد قابلا للفسخ في هذه الحالة، إذ يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد بإقامة الدليل بكافة الطرق على وجود الإكراه ويكون لها هذا الحق سواء قبل الدخول أو بعده.[25]

وفقا لتعديلات الأمر 02-05 نرى أن الشارع جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج المادة 9 مكرر، غير أنه ترك الإختيار للمرأة لممارسة الولاية بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره المادة 11 المعدلة، كما أن إنعدام الولي قد لا يؤدي إلى إنعدام الزواج لأن المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري تطبق في حدود المادة 33 من نفس القانون.

أما بالنسبة للقصر نجد أن المشرع من خلال نص المادة 11 في فقرتها الثانية قد راعى الترتيب وعنصر الشفقة التي تقوم على أساسه الولاية بحيث في حالة عدم وجود الأقارب الأوليين يؤول الأمر إلى القاضي الذي يعد بدوره وليا من لا ولي له، حيث أبقى المشرع للولي الشرعي دوره الحقيقي في حالة تزويج القصر، وفي هذه الحالة إعتمد المشرع على القرابة والترتيب فيها وأعطى للقاضي دوره الذي ينبغي أن يقوم به.[26]

وبهذا النص يكون المشرع قد قرر حماية القصر في عقد الزواج ولم يخرج عن القاعدة العامة الموجودة في القوانين الأخرى لما توليه من أهمية لهذه الفئة التي بحاجة إلى حماية أكثر.[27]

المطلب الثاني : حدود سلطة الولي في إبرام عقد الزواج بالنسبة الفقه المالكي.

الولاية عند المالكية تنقسم إلى قسمين ولاية إختيار وولاية إجبار، أما ولاية الإختيار فتشمل الثيب فلا تتزوج إلا بإذنها وإختيارها وأن تتكلم بلسانها، فلابد أن تتزوج برضاها بالقول ولا يزوجها الولي إلا بإذنها وذلك تماشيا مع قول رسول الله صلى الله عليه

وسلم : « ليس للولي من الثيب أمر »وقوله: « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها » ، فهذا الحديث قد دل صراحة على جعل الحق إلى الثيب في نفسها وإمتناع أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها.[28]

أما ولاية الإجبار هي سلطة ثابتة شرعا، بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليها من غير موافقتها أو رضاها بسبب الصغر أو البكارة ، أو فقدان العقل.

ولقد أشرنا من قبل من تكون لهم سلطة الإجبار، حيث تشمل البكر وذلك لأن الولي أحق بالبكر بسبب بكارتها وإن كانت بالغة، لذا وسع المالكية في سلطة الأب على إجبار البنت البالغة حتى التي تزوجت وظلت بكرا أي لا تزال بكارتها، وفارقت زوجها ولم تفتض بكارتها كان حق الأب دائما في ممارسة ولاية الإجبار والمستحب أن يستأذنها للخير وإذنها صمتها.[29]

يرى الفقه المالكي بعدم إشتراط البكارة في الصغيرة لإجبارها على الزواج فهم لا يشترطون في الصغيرة أن تكون بكرا حتى تثبت عليها ولاية الإجبار من وليها، ومعنى ذلك أنه يجوز لوليها أن يزوجها وإن كانت ثيبا.

فهؤلاء يعتبرون أن الصغيرة بمعناه وما يترتب عليه من أحكام قائمة لم تتغير ولو أصبحت الصغيرة ثيبا والصغر عندهم موجب لثبوت هاته الولاية على الصغيرة وليس على الثيوبة، فالصغير - كما هو مشهور– عاجز في الغالب عن تدبير شؤون نفسه، والإختيار الصحيح والتخطيط للمستقبل، فوصف الصغر لا زال قائما وهو ملازم للصغير لا ينفك عنه إلا عند البلوغ وحجتهم في ذلك مايلي :

- أن من يعجز عن ولاية نفسه وماله، فالولي يستبد بالعقد عليه وذلك كالبكر وتأثير ذلك أن الشرع بإعتبار صغرها أقام رأي الولي مقام رأيها كما في حق الغلام، وكما في حق المال والثيوبة ليست سببا في زوال الصغر القائم، الذي لا ينفك عن صاحبه فالصغر صفة ملازمة للبنت الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا.

- لأن مع الرأي لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر، إذ أنها تبقى على صغرها ورأيها رغم ثيوبتها، ولو ثبت لها رأي فهي عاجزة عن التصرف بحكم الرأي، فيقام رأي الولي رغم رأيها كالتصرف في المال تماما.

- لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر، والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورة، ثم الغلام يجبر في الصغر وكذا البنت.[30]

المطلب الثالث: عضل الولي.

قد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معارضة من أهلها أو من الولي، فكيف سيكون الوضع في هذه الحالة ؟

لم يتعرض قانون الأسرة لهذه الحالة لأن الراشدة هي التي تتولى عقد زواجها بنفسها، فإن الولي ليس من صلاحياته المعارضة في إبرام العقد لأن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها، ويتضح لنا ذلك من خلال دراستنا لنص المادة 11 قانون الأسرة الجزائري، كما أنه لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد، أو التي يشترطها الزوج وتقبلها (المواد 19.10.9 قانون الأسرة الجزائري إن الولي ليس له سلطة قبول أو رفض الزواج) [31] .

ليس هناك عضل في قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للمرأة الراشدة وخاصة أنه تم إلغاء نص المادة 12 من قانون الأسرة

الجزائري التي كان يتكلم فيها عن العضل.

المادة 13 قانون الأسرة الجزائري: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها "، فالقانون خرج عن ولاية الإجباربأن نص على أن الولي لا يجوز له أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج كما لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها، مؤدى هذا لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يمنع الصغيرة التي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وهنا يأتي دور القاضي ليقدر مدى صلاحية هذا الزواج بالنسبة لها فإن تحقق له ذلك أذن بزواجها.[32]

ومن هنا ركز المشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث جعلها ولاية إختيارية تعتمد على إذنها وموافقتها، فالولي هنا هو ممثل القاصر الذي يقف بجانبها ويكتب إسمه في عقد الزواج، وهو الذي يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد في حدود مهمته، ولقد إشترط القانون موافقة المرأة وعدم منعها من الزواج إذا رغبت فيه مما يحيط الولاية بسياج من الحماية والرعاية والحرية بعيدا عن الضغط أو الإجبار أو الإكراه.[33]

وهو بذلك يكون قد وضع حدا نهائيا لنقاش طويل وقديم حول مدى صلاحية وسلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا ترغب فيه، وإذ أجبر الولي الفتاة على الزواج وأبرم عقد زواجها في بلد أجنبي تقبل قوانينه إجبار البنات على الزواج فإن مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية، لأنه سيكون مخالف لنص المادة 37 من قانون الحالة المدنية التي تشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد خارج الوطن ألا يخالف الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها قانون بلده لإمكانية عقد الزواج.[34]

أما بالنسبة للفقه المالكي فلقد أجازوا إجبار البنت الصغيرة على النكاح سواء أن كانت بكرا أو ثيبا، أما البكر الصغيرة فلقد إتفق العلماء على أن لأبيها أن يجبرها على الزواج وليس عليه أن يستأذنها، بل إن عبارتها ساقطة فرضاها وعدمه سواء.

حيث أنه يجوز إجبار الصغيرة على الزواج فهناك إمكانية عضلها عن الزواج ممن تريد أو تختار، وفي حالة إذا كانت ترغب في شخص تقدم لخطبتها وكان هذا الشخص كفء وإختار لها أباها شخص آخر بنفس الكفاءة أو أقل ، فهنا الإختيار لأبيها وليس لها بحجة أنها صغيرة وهو أدرى بمصالحها.[35]

خاتمة :

وعليه فإن خلاصة ما يمكن أن نقوله بشأن حكم الولاية في عقد الزواج في الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، أن الفقه المالكي دعم رأيه بحجج قوية من نصوص قرآنية وكذلك أحاديث سنية، أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه يظهر لنا أن المشرعين الجزائريين واضعي تعديل 02-05 لا يريدون أن يكون للولي أي تأثير على عقد زواج المرأة الراشدة التي في ولايته ويظهر دور الولي في زواج القاصر فقط.

إن تقاليدنا وموروثاتنا الثقافية والدينية قد سارت منذ زمن بعيد على إعتبار أن المرأة لا تزوج نفسها وأن وليها هو الذي يزوجها، لذلك يمكن القول إن إستثناء المشرعين الجزائريين إلى إختلاف المذاهب الفقهية، ومصادقة الجزائر على إتفاقية سيداو (القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة) وتأثرهم بأحكام المادة 146 القانون المدني الفرنسي يكونون قد خالفو آراء فئة كبيرة من الفقهاء المسلمين، ولا سيما المالكيين منهم وأنهم أيضا يكونون قد عملوا على تدمير قواعد التماسك العائلي، وعلى

إيقاع الفتنة بين العائلات.

وحبذا لو أن المشرعين في الجزائر الذين لا يعجبهم تزويج الولي لمن هي في ولايته أن منحو الولي المتعثر حق الإعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد الزواج من غير كفء، أو فاسق أو فاجر، مع العلم أن أمر الزواج لا يهم المرأة وحدها بقدر ما يهم أسرتها.

ومن ثم، فإن تغييب الولي وتهميشه عند الإقتضاء، وإبرام زواج المرأة بدون ولي تربطها به صلة قرابة من الأصول أو الفروع وجعله إحدى الشكليات القانونية والإدارية لا غير هي من الأمور التي لا تخدم مصلحة المرأة على الإطلاق، وهي بصدد إبرام أخطر العقود وأقدسها في الحياة، وهو ما ساعد بشكل كبير في إنتشار ظاهرتي الخلع والطلاق.

الهوامش:

1- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007 ، ص 54.

2- سورة المائدة، الآية 56.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج-، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ، ص 238.

4- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الأول والثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان – الأردن -، 2009 ، ص 151- 152.

5- سورة البقرة الآية 221.

6- سورة البقرة الآية 221.

7- سورة النور الآية 32.

8- سورة البقرة الآية 232.

9- عبد الله إبن الطاهر السويسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته ، الكتاب الأول – الزواج- ، مكتبة النجاح الجديدة الطبعة الأولى ، دار البيضاء – المغرب- ، 2005 ، ص 99 - 101.

10- عبد الله إبن الطاهر السويسي التناني، المرجع السابق ، ص 102.

11- محمد سمارة ، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان – الأردن -، 2008، ض 87.

12- نقال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة، دار النشر للثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2011، ص 89 – 137.

13- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 17.

14- الدار القطبي، سنن أبو داود، كتاب النكاح – باب لا تنكح المرأة إلا بولي -، الطبعة الرابعة، بيروت – لبنان -، 1986، رقم الحديث 32 ، ص 317 .

15- نقال محمد أبو سنينة، مرجع سابق، ص 125- 128.

16- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق ، ص 63 - 64.

17القانون 11-84 المرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

18

19- عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 147-148.

20- نفس المرجع، ص 149- 150.

21- محمد إبن أحمد محمد إبن رشد القطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان -، 1996، ص 15- 16.

22- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، مطابع شتات دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 52.

23 عبد القادر داودي، مرجع سابق ، ص 112.

24- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003، ص 41 – 42.

25- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008 ، ص174.

26- عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 112.

27- عيسى حداد، مرجع سابق، ص 141.

28- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996 ص 122.

29- عيسى حداد، مرجع سابق، ص 127.

30- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – أحكام الزواج - مرجع سابق ، ص 244 - 246.

31- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ، ص 53.

32- نفس المرجع، نفس الصفحة .

33- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – زواج وطلاق - ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ، ص 125.

34- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 123.

35- عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص 57.

قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

الدار القطبي، سنن أبو داود، كتاب النكاح – باب لا تنكح المرأة إلا بولي -، ط4 ، لبنان، 1986 ، رقم الحديث 32 ، ص 317.

القانون 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

أحمد محمد علي داود، **الأحوال الشخصية**، الجزء الأول والثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2009.

أحمد نصر الجندي، **شرح قانون الأسرة**، مطابع شتات دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط2، الجزائر، 2008.

بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – زواج وطلاق** -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج**- ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

.2010

عبد القادربن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.

عبد الله إبن الطاهر السويسي التناني، **مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته**، الكتاب الأول – الزواج-، مكتبة النجاح الجديدة الطبعة الأولى، المغرب، 2005.

عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996.

عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دار هومة، ط2، الجزائر، 2003.

عيسى حداد، **عقد الزواج**، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

محمد إبن أحمد محمد إبن رشد القطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، ط1، لبنان، 1996.

محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية – شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2008.

نقال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة، دار النشر للثقافة والتوزيع، ط1، عمان، 2011.