

تاريخ القبول: 2018/04/11	تاريخ المراجعة: 2018/02/29	تاريخ استلام المقال: 2018/02/28
--------------------------	----------------------------	---------------------------------

الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية

وقانون الأسرة الجديد

Authority of Marriage In the Light of the Origins of Islamic Law and the new Family Code

L'autorité sur le Mariage selon les origines de la Loi Islamique et du Nouveau Code de la Famille

باحث دكتوراه/ عشاري عبد العالي

كلية الحقوق- جامعة الجزائر1

acharidroit@yahoo.com

ملخص:

يمكن تفسير التوسع في موقف المشرع الجزائري في مسألة الولاية في الزواج وخروجه عنذهب المالكي واقتباسه من المذهب الحنفي محاولة منه القضاء على الصراع الداخلي بين الاتجاهين ، و إلى الضغوط الخارجية من اتفاقيات دولية تلزم المشرع في إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، فألزمته إلى انتهاج سياسة وسطية للتوفيق بين أصول الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية. الكلمات المفتاحية: الولاية في الزواج، المشرع، الاتفاقيات الدولية، المساواة، الشريعة الإسلامية.

Abstract:

As an explanation of the expansion of the position of the Algerian legislator vis-à-vis the issue of authority in matters of marriage and its removal from the rite in force, doctrine Malekism, for Hanafism, is an attempt to put an end to the internal conflict between the two positions and the external pressures of international conventions which commits the legislator to recognize equality between men and women and obliges them to resort to a centrist policy in order to reconcile the fundamental provisions Islamic Sharia and international conventions.

Keywords: authority of marriage. Legislator .international conventions .equality .Islamic Law.

Résumé:

A titre d'explication de l'expansion de la position du Législateur Algérien vis-à-vis de la question d'autorité en matière de mariage et son écartement du rite en vigueur, à savoir le Malékisme, pour puiser Hanéfisme, est une tentative de mettre fin au conflit interne entre les deux positions ainsi que les pressions externes des conventions internationales qui engage le Législateur à reconnaître l'égalité entre l'homme et la femme et l'obligeant à recourir à une politique centriste afin de concilier les dispositions fondamentales de la Charia Islamique et les conventions internationales.

Mots clés: Autorité du mariage. Législateur. Conventions internationales. L'égalité. Charia Islamique.

Abridged Summary :

The authority of marriage is one of the issues that has sparked many debates at the center of Algerian society, which has necessitated the scientific consideration of the requirements of the new law on the family in light of the principles of the law. Islamic law regarding jurisdiction in marriage.

Through the study of the scientific and objective objective away from prejudice or ready in their regard to promote the authority of marriage with the attention of scholars of Islamic law and men of law

The authority of marriage is victory, love or solidarity Language One term is the authority to establish contracts in force for the benefit of others.

The authority is divided into several sections in terms of source authority and legitimacy of the authority of the Convention in terms of impact is divided into a special authority and a transitive authority in terms of subject is divided into life authority and authority over money and common authority.

The authority in terms of necessity and non-necessity is divided into authority of power and authority of choice.

The conditions that must be met in the guardian until the marriage contract is not provided for by the new family law. It is necessary to refer to the provisions of the Islamic Shariah. We find agreed terms, namely the condition of eligibility and the absence of the guardian from ihram by Hajj or Umrah, as well as his Islam. Is the condition of Islam.

The Malikis believe that it is right for a Muslim to marry non-Muslim women. Other doctrines stipulated the union of religion as they differed in the condition of masculinity and justice, in addition to dysfunction and age.

The attitude of Islamic jurisprudence towards the authority of marriage

Of course, there is a difference of jurisprudence on the authority of marriage, it is jurists who see it necessary to corner guardian in the marriage contract and others see not the corner of the guardian in the marriage contract.

Where the majority of scholars the Maalikis, Shaafa'is and Hanbalis, agreed that the guardian is one of the pillars of marriage.

In the other direction, the guardian is seen as a condition only in the sense that it is possible to marry without a guardian with the requirement of conjugal competence, and this is what Abu Hanifa says.

Starting from the position of the Islamic Jurisprudence as well as the new Family Code 05-02 vis-à-vis the authority on marriage, we find that the Algerian Legislator deviated from Malekism to draw on of the Hanéfisme through the first paragraph of Article 11 of the new Algerian Family Code The latter which allows any major woman to conclude her own marriage contract while the marital guardian (Wali) has no legal consideration, taking into account the phrase "any person whom the woman chooses", which it would be preferable to modify by the expression "The judge is the guardian of the person who does not have one", being applied in all the schools of Islamic thought and Arab legislation.

In addition to considering authority on marriage as a condition of marriage in accordance with Article 09 bis of the Family Code.

We also find that the Legislator has omitted the condition of jurisdiction which gives the Wali the right to solicit the dissolution of the contract in the event that his daughter has concluded it with an incompatible person.

Through Article 13 of the new Family Code, we find that it permanently nullifies the coercive authority in matters of marriage on the unmarried minor. This is contrary to the opinion of the majority of Scholars, since the Legislator has treated the coercive factor as a constraint, which is a deviation from the correctness given that coercive power and interest are the reverse and the reverse of the same coin. Coercive power is a moral paternal authority without intimidation; Consent being the foundation of marriage.

As an explanation of the expansion of the position of the Algerian legislator vis-à-vis the issue of authority in matters of marriage and its removal from the rite in force, namely Malekism, for Hanafism, is an attempt to put an end to the internal conflict between the two positions and the external pressures of international conventions which commits the legislator to recognize equality between men and women and obliges them to resort to a centrist policy in order to reconcile the fundamental provisions Islamic Shari'a and international conventions.

مقدمة:

بعد صدور قانون الأسرة الجزائري 84-11 إلا أن الصراع بقي قائما ولم يقتصر الأمر على ما يحتويه هذا القانون من ثغرات موضوعية أو شكلية وإنما تحول الأمر إلى صراع سياسي. فقد تولد عن هذا الصراع ظهور اتجاهين كل اتجاه مختلف عن الآخر له حجته وأدلته ونظرته الخاصة لقانون الأسرة 84-11 الذي يعد أول قانون ينظم الأحوال الشخصية للجزائريين.

فالاتجاه الأول:

يرى أن قانون الأسرة القديم 84-11 يتناسب والمجتمع الجزائري المسلم لأن معظم أحكامه مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه يقر بوجود بعض الثغرات القانونية يمكن إعادة النظر فيها وسدها بما يتناسب والشريعة الإسلامية.

أما الاتجاه الثاني:

فقد كان يرى أن قانون الأسرة 84-11 أنه قانون لا يتناسب إطلاقا مع التطورات الأخيرة ولا يتماشى مع ما تمليه العولمة من حقوق ومساواة بين الرجل والمرأة وكان يطالب بإلغائه كليا ، غافلا عما تحمله العولمة من أخطار على الأسرة والمجتمع . ونتيجة اشتداد الصراع بين الاتجاهين تدخل المشرع الجزائري بموجب أمر بتعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 .تعتبر أول محاولة من المقنن الجزائري لوضع حد للصراع القائم¹.

لكن المقنن الجزائري لم يكن موفق في تعديله لقانون الأسرة لأنه جانب الصواب في الكثير من الأحكام التي ادخلها ضمن التعديل 2005 وأصبحت تحتاج إلى تعديل آخر وجديد لا يبتعد هذه المرة عن أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن أهم التعديلات التي ثار حولها جدل كبير هو المركز القانوني للولي في الزواج مما أثار كثيرا من التساؤلات في أوساط المجتمع الجزائري. مما اقتضى النظر العلمي في دائرة النقاش هذا من ضرورة الوقوف على مقتضيات ما تضمنته مواد قانون الأسرة الجديد على ضوء أصول الشريعة الإسلامية، فيما يخص الولاية في الزواج. من خلال دراسة علمية وموضوعية بعيدة عن المواقف المسبقة أو الجاهزة تجاهها أن تحضا الولاية في الزواج باهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون.

فما هي الولاية ، وأقسامها ، وهل للولي في الزواج شروط ؟

وما هو موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجديد من الولاية في الزواج ؟

1 مفهوم الولاية :

لقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية للولاية وشروطها ، وأحكامها وفيما يلي تفصيل لأرائهم .

- الولاية لغة :

الولاية هي النصر أو المحبة أو التضامن و السلطة و الحكم لقوله تعالى " الم تعلم أن الله له ملك السماوات والأرض ومالكم من دون الله من ولي ولا نصيرا "

- الولاية اصطلاحا :

هي سلطة إنشاء العقود النافذة في ذمة الغير².

وبمفهوم آخر هي سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود و التصرفات النافذة من غير توقف على إجازة احد سواء له أو لغيره.³

2 أقسام الولاية :

تنقسم الولاية إلى عدة تقسيمات فهالك تقسيم من حيث مصدر الولاية و سببها فتقسم إلى ولاية شرعية وقضائية و اتفاقية، أما من حيث الأثر الناشئ عن الولاية فهناك تقسيم يجعلها ولاية لازمة ومتعدية وعامة وخاصة وإجبارية و اختيارية.

أ- الولاية من حيث المصدر :

فالولاية من حيث المصدر يمكن تقسيمها إلى قسمين:

-الولاية الأصلية (الشرعية):

وسببها النسب أو القرابة الشرعية كالبنوة و الأبوة و الأخوة و العمومة أو التعصيب و صلة الرحم.

-الولاية الاتفاقية :

فهي ترجع إلى اتفاق الأشخاص الطبيعيين، حيث يجعل بعضهم أولياء لبعض مثل :
الوكالة أو الوصاية كما يمكن أن تتحقق هذه الولاية على أساس القضاء لأن
القاضي ولي لمن لا ولي له ، من القصر والأيتام لأن الحاكم يعد شرعا نائبا على الأمة
، يستمد منها سلطته واختصاصه ونسي هذه الولاية بولاية الحكم .
ثم ولاية أي مسلم يجوز له أن يتولى تزويج من لا ولي لها إن انعدم الحاكم والقريب
من الأولياء العصابات أو ذوي الأرحام لقوله تعالى " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم
أولياء بعض "4.

ب- الولاية من حيث الأثر الناشئ :

أما من حيث الأثر الناشئ عن الولاية فهي تنقسم بدورها إلى الولاية القاصرة و
المتعدية.

-الولاية الخاصة أو القاصرة :

تثبت هذه الولاية بمجرد بلوغ سن الرشد و اكتمال الأهلية سواء بالنسبة للرجال أو
النساء.

لقوله تعالى " فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "5.

وهذا لان زوال الحجر على السفيه والقاصر ببلوغ الرشد والعقل بالإضافة إلى ظهور
علامات الرشد وحسن التصرف والتعامل في العقود والأموال.

كذلك عقد الزواج متى بلغ الشخص وأصبح عاقلا راشدا في تصرفاته يصبح أهلا
لإبرام عقد الزواج إلا المرأة عند جمهور الفقهاء غير الأحناف فرغم بلوغها ورشدها
وكمال أهليتها يمكنها إبرام مختلف العقود باختلاف أنواعها إلا عقد الزواج لان عقد
الزواج يعد ذو طبيعة خاصة .

-الولاية المتعدية :

وهي الولاية التي يتولى فيها الشخص الولاية على غيره، وتكون هذه الولاية بسبب
القربة الطبيعية أو الاتفاق والقضاء والحكم .

ولكي يتعدى الولاية الخاصة للغير بشرط أن يكون راشدا بالغا عاقلا يحسن
التصرف وتعتبر ولاية شرعية التي تثبت وتجعل الأولياء من العصابات وذوي الأرحام
لهم سلطة إنشاء العقود والتصرف في ذمة القصر ممن في ولايتهم كذلك الأوصياء و

القيمين والقضاة تثبت لهم الولاية المتعدية ، كما تسمى هذه الولاية بالولاية العامة لان القاضي تثبت له حسب الاختصاص الإقليمي.⁶

ج- الولاية من حيث الموضوع :

من هذه الجهة فان الولاية تنقسم إلى ثلاثة أقسام وهي ولاية عن النفس و المال و الولاية المشتركة.

-الولاية عن النفس :

سبب قيام هذه الولاية هي انعدام الأهلية بالنسبة للصغار و القصر حيث تستدعي هذه الولاية القيام بالتربية و الحضانة و التعليم وهذا بحكم ضعفهم وعدم قدرتهم على القيام بتسيير شؤونهم فهم بالضرورة بحاجة إلى من يرعاهم ويقوم بهم ، وهذا من الميلاد إلى غاية بلوغهم سن التمييز وفي هذا السن يكون القاصر بحاجة إلى الرعاية و التربية والحضانة التي تكون النساء بها أولى لأنهن اقدر و اصبر من الرجال .⁷ أما فيما يخص التربية و التعليم فهي مشتركة للرجال و النساء.

-الولاية على المال:

تتمثل هذه الولاية في إدارة و تسيير أموال القاصر بقصد تنمية المال و الحفاظ عليه مع استثمار هذه الأموال حتى لا تزول .

كذلك إذا كان الشخص سفيا أو قاصرا فيحجر عليه قصد منعه من تبذير ماله لان في ذلك مضرة له.

و الولاية على المال يشترك فيها الرجال و النساء متى كانوا راشدين بالغين عاقلين يحسنون التصرف.

-الولاية مشتركة :

سميت بالولاية المشتركة لأنها تضم الولايتين معا الولاية على المال و الولاية على النفس.⁸

وهي سلطة شرعية يكتسبها الولي فيقوم بإدارة الأموال ورعاية القاصر الذي في ولايته وتثبت للأصول من الرجال كالأب و الجد ثم الفروع ثم الحواشي و الأطراف ثم العصباء تتقدم على الأرحام ثم القاضي أو الوصي و القيم ثم الحاكم كما تثبت للام وغيرها من النساء متى كانت تحسن التصرف و التجارة و الأعمال .

فالولاية المشتركة تشمل الولاية على النفس وهي القدرة على إنشاء العقود غير المالية ومنها عقد الزواج، أما الولاية على المال هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها ومنها عقد بيع عقار مملوك لقاصر.⁹

ولهذا نستنتج أن الولاية في عقد الزواج تصنف في القواعد العامة أنها ولاية على النفس على الأخص فيما تندرج ضمن الولاية المشتركة فيعتبر هذا التصنيف أوسع يدخل في طياته تخويل الولي إبرام عقد الزواج .

فيما تعتبر الولاية على الأموال بعيدة عن علاقة الولي بإبرام عقد زواج من يتولى شؤونه.

د- الولاية من حيث اللزوم وعدم اللزوم:

من هذه الناحية تنقسم الولاية إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار.

-ولاية الإجبار:

وتعرف هذه الولاية على أنها السلطة التي يملكها الولي لتزويج من في ولايته من الصغار والمجانين دون إذنهم أي هنا الولي يملك حق مباشرة العقد دون موافقة من في ولايته.¹⁰

-ولاية الاختيار:

يرى جمهور الفقهاء أن المرأة العاقلة البالغة الراشدة لا يمكنها مباشرة عقد زواجها مطلقا لا لنفسها ولا لغيرها، فالولي هو الذي يباشر عنها عقد الزواج.

ماعدا الثيب لا يملك أحدا القدرة على تزويجها من دون إذنها ورضاها بما تعرف بولاية شراكة واختيار أي أنها تشترك الرأي مع وليها في اختيار الزواج .

وبخلاف الأحناف يرون أن المرأة البالغة العاقلة الراشدة يمكنها مباشرة عقد زواجها بنفسها وان كان من المستحب مباشرة الولي لهذا العقد وهذا ما يسمى " ولاية ندب و استحباب " أي الولي يكون بمثابة وكيل عنها.

ويبقى للولي عند الأحناف شرط حق الكفاءة ولا تشاركه المرأة في هذا الحق كما هو رأي الجمهور.¹¹

أي أنها إذا تزوجت من غير كفاء فمن حق الولي أبا كان أم جد في طلب فسخ عقد الزواج ولا خيار لها في ذلك.¹²

3- شروط الولي في عقد الزواج :

في الحقيقة لا نجد نصا حول الشروط الواجب توفرها في ولي الزوجة في قانون الأسرة الجزائري وهذا خلافا لما هو منصوص عليه في عدة قوانين عربية للأحوال الشخصية حيث نجد أنها نصت على العديد من المواد تبرز فيها الشروط اللازم توفرها في ولي الزوجة حتى يستطيع هذا الأخير مباشرة عقد زواج من في ولايته ، وتطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فان كل ما لم يرد عليه نص في القانون الأسرة فلا بد من الرجوع إلى أحكام الشرعية الإسلامية.¹³ لذلك علينا التطرق إلى أهم الشروط الواردة في الفقه الإسلامي، فنجد الفقهاء اختلفوا في الشروط الواجب توفرها في الولي حتى يستطيع مباشرة عقد الزواج. فهناك شروط متفق عليها وشروط مختلف فيها :

أ- شروط الولي المتفق عليها :

- شرط الإسلام فلا بد أن يكون الولي مسلم في الولاية على مسلمة فلا يزوج الكافر المسلمة ولا المسلم ، لقوله تعالى " لا يتخذ المؤمنون الكافرون أولياء من دون المؤمنين " .¹⁴

وهذا لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصلحة المسلم ويقول ابن قدامه " أما الكافر فلا ولاية له على مسلم بحال بإجماع أهل العلم " .¹⁵

أما إذا تزوج مسلم كتابية فيجوز أن يكون ولها من ملتها، وبذلك قال أبو حنيفة و الشافعي، وقول للحنابلة.¹⁶

- الأهلية يجب أن يكون الولي أهلا لذلك أي بالغا ، عاقلا لان الولاية تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير ، أي لا ولاية لمجنون أو معتوه أو صغير في الزواج لان هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم وبالتالي لا ولاية لهم على غيرهم .¹⁷

- خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة، فلا يجوز لمحرم بحج أو عمرة تولي عقد النكاح نفسه أو غيره لقوله ص " لا ينكح المحرم ولا ينكح " بالإضافة إلى عدم الإكراه لأنه لا يعقد الزواج بالإكراه للانعدام الرضا.¹⁸

ب - شروط الولي المختلف فيها :

عند الاطلاع على مختلف المذاهب نجدتها تختلف عن بعضها البعض في مسألة الولاية على الزواج و الشروط الواجب توفرها في الولي حتى يستطيع هذا الأخير مباشرة عقد الزواج .

ومن أهم النقاط التي اختلف فيها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ، شرط الإسلام و الذكورة ، و العدالة بالإضافة إلى اختلال النظر و الهرم فبالنسبة لشرط الذكورة هو شرط متفق عليه عند الجمهور ، إلا أن الحنفية يرون عكس ذلك أي بإمكان المرأة البالغة و الراشدة أن تباشر عقد زواجها بنفسها وبدون ولي لها وعلى غيرها ولاية التزويج ، مع إعطاء الولي دوما حق الاعتراض على الزواج إن لاحظ أن الزوج غير كفء مثلا فيطالب بفسخ عقد الزواج .¹⁹

أما بالنسبة لشرط الإسلام يوجد اختلاف بين الفقهاء في مسألة الإسلام ففقهاء المالكية يرون أنه يجوز زواج المسلم بكتابية، بخلاف المذاهب الأخرى ترى انه لا يمكن زواج المسلم بكتابية واشتروا اتحاد الدين.

لقوله تعالى " و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض " .²⁰

ولقوله تعالى " و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض " .²¹

أما شرط العدالة فان جمهور الفقهاء يرون أن الفاسق تجوز ولايته في الزواج وهذا راجع لان الفاسق ولي على نفسه ولئن هو في ولايته كما يمكنه أن يتولى أمر العامة.

أما الشافعية في قول، و الحنفية في رواية، فان العدالة شرط في الولي.

أما بالنسبة إلى اختلال النظر والهرم فخلافا للأحناف والمالكية على المشهور يرى الشافعية و الحنابلة و المالكية في رواية انه إن وجد شيء من هذا الاختلال انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد.²²

4-موقف الفقه الإسلامي من الولاية في الزواج :

بطبيعة الحال يوجد هناك اختلاف فقهي بشأن الولاية في الزواج فمن الفقهاء من يرى أنه من الضروري ركنية الولي في عقد الزواج و البعض الآخر يرى بعدم ركنية الولي في عقد الزواج.

حيث اجمع جمهور الفقهاء أي المالكية و الشافعية و الحنابلة على أن الولي ركن من أركان الزواج أي انه لا يكون النكاح إلا بولي.

وفي الاتجاه الآخر يعتبر الولي شرط صحة فقط بمعنى ذلك انه يمكن الزواج بغير ولي مع اشتراط الكفاءة الزوجية وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة.

وهذا يمكن تقسيم موقف الفقهاء إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول:

اجمع كل من فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة بعدم جواز المرأة أن تباشر زواجها بنفسها سواء كانت بكرا أم ثيب وفي هذا الشأن اقر الإمام ابن جزى انه لا يمكن للمرأة أن تعقد النكاح أو الزواج على نفسها كما لا يجوز لها أن تزوج غيرها مهما كانت صفتها بكرا أم ثيبا شريفة أم دنيئة، رشيدة أو سفهية، حرة أم أمة أذن لها ولها أو لم يأذن، فإذا وقع الزواج فسخ قبل الدخول وبعده.²³ وهذا لقوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا".²⁴ ولقوله تعالى: "فانكحوا من يآذن أهلهم"²⁵ هذا ما استدل به فقهاء الجمهور أي أن الله تعالى جعل مسألة تزويج النساء للرجال وهناك نهي عن تزويج المشركين بناتهم وأخواتهم ما لم يسلموا، فالخطاب للرجال دون النساء ليدل أن العقد بأيديهم لا بأيدي النساء، فالآية السابقة صريحة في اشتراط إذن الولي والتي توجي لنا أنه لا يمكن النكاح بدون ولي.

هذا ما استدل به جمهور الفقهاء من القرآن معتبرين أنه لا يمكن إبرام عقد الزواج بدون ولي، كما استدلوا من خلال السنة النبوية الشريفة عن عائشة عن النبي "ص". قال " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فنكاحها باطل". وعن أبي بردة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

كل هذه الأحاديث تدل على أنه لا يمكن للمرأة أن تباشر عقد نكاحها لنفسها أو تتولى تزويج غيرها، فلا بد من وجود الولي، واشترطت الأحاديث ذلك للحكم على صحة النكاح، ومن المعلوم أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، وبمفهوم آخر انه إذا لم يوجد الولي لم يصح النكاح.²⁶

إن إجماع فقهاء الجمهور على أنه لا بد من وجود الولي حتى تتمكن المرأة من مباشرة عقد زواجها هذا من جهة حفظ ورعاية مصلحة المرأة سواء كانت صغيرة أو بكر، بحكم أنها تقل خبرتها وبأحوال الرجال وحرصا على مصحتها ونجاحها يدخل الولي إلى جانبها ويشاركها اختيار الزوج الأصح لها.

وهذا خلافا من يرى أن الولاية في الزواج شرعت لأن المرأة ناقصة أو فاقدة للأهلية، فالمرأة مثل الرجل لها أهليتها وخير مثال على ذلك أنها تنعم بذمة مالية مستقلة عن أبيها وأقاربها وزوجها. كذلك لها نصيب في الميراث وبإمكانها أن تبرم عقود وتفسخها ما عدى عقد الزواج الذي يعد عقد من طبيعة خاصة فحفاظا عليها ووقوفا إلى جانبها ونظرا لقوله تعالى "ميثاق غليظ" أي أنه عقد ذو قيمة فهذا العقد يمكن للمرأة أن تشقى أو تسعد في حياتها فهي فعلا تحتاج إلى ولي يشاركها الاختيار، ويباشر عنها هذا العقد ذو الطبيعة الخاصة.

الاتجاه الثاني:

يتمثل هذا الاتجاه فيما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي حيث أجازوا أن تزوج المرأة نفسها كما أجازوا إمكانية تولي المرأة عقد زواج غيرها من النساء، أما بشأن الولي في الزواج فأنهم يرون من المستحب أن يتولى الولي عقد زواجها، ووضعوا شرط صحة لعقد الزواج هذا يتمثل في اشتراط أن تتزوج المرأة بكفاء، وألا يقل المهر عن مهر المثل، أما إذا زوجت المرأة نفسها بغير كفاء فأنهم حولوا حق الاعتراض عن الزواج من طرف الولي وإعطاءه الحق في المطالبة بفسخ العقد لانعدام شرط الكفاءة.²⁷

وقد قدم فقهاء هذا المذهب للاستدلال عن رأيهم هذا فيما يخص الولاية على الزواج من القرآن الكريم. بقوله تعالى " فلا جناح عليهما أن يتراجعا".²⁸ أي أنه أضاف النكاح إليهما دون ذكر الولي. ولقوله تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن".²⁹

أي أنه أضاف النكاح إليهن، فيدل على جواز النكاح بعبارة "هن" من غير شرط الولي والثاني أنه نهى الأولياء على المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا ترضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهى عنه.³⁰

هذا ما استدل به فقهاء الحنفية من القرآن الكريم فيما يخص الولاية في الزواج، أما عن السنة النبوية فقد استدل أنصار المذهب الحنفي، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، عن النبي "ص" قال: "ليس للولي منع الثيب أمر، اليتيمة تستأمر، فصمتها إقرارها" وهذا دليل على إسقاط الولاية في الزواج على الثيب كذلك قوله "ص": "الأيام أحقد بنفسها من وليها"

من خلال هذا الحديث يتضح بأن الأيم وهي المرأة التي لا زوج لها سواء كانت بكرًا أم ثيبًا لها الحق في تولي أمرها بنفسها أي يمكنها عقد الزواج بدون وليها.³¹ هذا كل ما استدل به الاتجاه الثاني مبينا أنه لا يمكن أن تبقى الولاية على المرأة في الزواج بمجرد أن تصبح راشدة بالغة عاقلة بل تبقى الولاية في الزواج بالنسبة للصغيرة شرعا. كما يمكن أن يكون الولي في الزواج قد أصابه عجز أو كبر في السن لا يستطيع أو تنقص قدرته في التصرف مما يؤثر سلبا على المرأة في حقها وفي ظل هذا نزول ولاية الغير عليها، وتثبت الولاية لها لان النيابة الشرعية تثبت بطريقة الضرورة وتزول بزوالها.³²

من خلال عرض آراء الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد قدموا حجج وأدلة مدعمة آرائهم، إلا أنهم اتفقوا في نقطة واحدة وهي لا بد من استئذان الولي والمرأة لا بد من موافقتها، لان لا زواج بانعدام الرضا أو إكراه المرأة على الزواج ومنه نخلص إلى أن الولاية في التزويج ولاية مشتركة بين المرأة ووليها مع تحكيم العرف والبيئته

5- موقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج :

تعتبر الولاية في الزواج من إحدى الإشكاليات التي شهدت نقاشا كبيرا في الجزائر وقد تناولها مختلف رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية وبعض الجمعيات النسوية المتعددة الاتجاهات، يرجع ذلك إلى عدة أسباب خاصة تعارض بعض مواد القانون القديم للأسرة 84 - 11 ووجود تيارين مختلفين أحدهما يطالب بإبقاء قانون الأسرة 84 - 11 وسد الثغرات القانونية بما يتناسب والشريعة الإسلامية، و التيار الأخر يطالب بإلغاء التام لقانون الأسرة 84 - 11 لأنه أصبح لا يتماشى ومتطلبات العصر ولا يتناسب مع ما تمليه العولمة من مساواة في الحقوق غافلا عما تحمله العولمة في طياتها من انسلاخ للمبادئ والقيم الأخلاقية،

ونظرا للانتقادات الكثيرة والتناقض الموجود في قانون الأسرة القديم 84 - 11 لم يجد المشروع حل إلا القيام بتعديل هذا القانون للقضاء على مختلف الثغرات الموجودة في قانون القديم 84 - 11. ومن أهم النقاط التي تناولها القانون القديم 84 - 11 لم تكن منسجمة مع بعضها البعض في مسألة الولي في عقد الزواج من خلال المادة 09 من قانون 84 - 11 تنص "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصادق" حسب هذه المادة نفهم أن الولي في الزواج ركن لا يمكن

أن يتم عقد الزواج إلا بحضوره وبالانتقال إلى المادة 11 من نفس القانون 84 - 11 التي تنص "يتولى زواج المرأة ولها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" فالمادة 11 من نفس القانون تؤكد أنه لا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها بدون ولي. أما كل من المادة 33,32 من قانون الأسرة 84 - 11 نجد تناقض المشرع في مركز القانوني للولي لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج وإنما شرط صحة والدليل ذلك أنه في حالة غياب الولي وعدم حضوره يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. كذلك لا يمكن أن يبطل الزواج أو يختل إلا إذا اختل ركن مضاف إليه. مثلا: الولي مع الشاهدين أو الولي مع الصداق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1989/01/02، حيث قررت أنه من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشرعية الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وحيه. ولما كان من الثابت في القضية الحال أن الشاهد صرح أنه لا يوجد المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم طبقوا بقضاءهم هذا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما³³.

من أوجه التناقض كذلك نصي المادتين 12 و13 من قانون الأسرة 84 - 11 حيث تنص المادة 12 "لا يجوز الولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا 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". من خلال نص هذه المادة المشرع لم يفرق بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج فالثيب لا تدخل تحت ولاية الإيجاب فإذا رغبت الزواج بمن هو أصلح لها فليس لولمها أن يمنعها وللقاضي أن يأذن لذلك.

أما البكر فتخضع لولاية الإيجاب يمكن لولمها أن يمنعها من الزواج إذا كانت هناك مصلحة. أما المادة 13 من نفس القانون تنص على مايلي:

"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"³⁴ من خلال هذه المادة فإن الولي لا يكون له أي مدلول فهو

لا يمكن أن يجبر من في ولايته سواء كانت بكرا أم ثيب على الزواج وهذا متناقض مع نص المادة 12 من نفس القانون.

هذه أهم أوجه التناقض فيما يخص مسألة الولاية في الزواج والتي حاول المشرع الجزائري أن يتداركها من خلال تعديل جديد.

حيث تم تعديل قانون الأسرة سنة 2005 وقد مس هذا التعديل المواد السابقة الذكر والخاصة بالولاية في الزواج. حيث أدخل مادة 09 مكرر والتي تفصل في الإشكالات السابقة فيما يخص الولاية على الزواج.

المادة 09 مكرر "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي....". من خلال هذه المادة نلاحظ أن الولي أصبح شرط صحة في عقد الزواج وهذا من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة 05 - 02.

أي يترتب عن تخلف الولي أو أي شرط آخر من شروط الصحة فسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصدق المثل وبهذا التعديل يرفع التعارض ما بين المادة 09 والمادة 33 من قانون الأسرة القديم.

كما عدلت المادة 11 من قانون الأسرة "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولاية له". وتم إلغاء المادة 12 من قانون الأسرة.

من خلال التمعن في مادة 11 نلاحظ أن المشرع أراد الاقتباس فتوى الحنفية والتي مفادها المرأة البالغة الراشدة تعقد زواجها بنفسها إلا أنه يمكن ملاحظة ما يلي:

- انفراد المشرع بالحكم الوارد في هذا النص في فقرة الأولى فهذه الفقرة ليس لها أي مدلول في الشريعة الإسلامية فلا يعقل أن تساوي علاقة الأب مع ابنته أو أحد أقاربها مع عبارة "أي شخص تختاره" كان على المشرع أن يختار بين رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولاية في الزواج شرط صحة وبين الأحناف الذين لا يعتبرونها حيث يمكن للمرأة عندهم مباشرة عقد زواجها بنفسها شرط زواجها بكفاء وبمهر المثل ويكون للأب حق الاعتراض على الزواج إذ كان الزوج غير كفاء.

أما الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة الجديد 05-02.

يتضح لنا أن المشرع الجزائري اعتمد على رأي الإمام أبي حنيفة في ترتيب الأولياء على القصر إذ أنه لم يقتصر على الأب ثم الجد بل تثبت عند جميع العصابات حسب ترتيب الإرث ولذوي الأرحام من بعدهم.³⁵

كذلك المشرع بإلغائه المادة 12 من قانون الأسرة 84-11 ألغى حق الأب في زواج ابنته البكر إذ كان هناك مصلحة، وهذا مخالف لرأي فقهاء الشريعة الذين منحوا الولي حق الاعتراض في حالة زواج البنت من غير كفاء من الرجال.

أما فيما يخص تعديله للمادة 13 من قانون الأسرة 05-02 والتي تنص "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

نلاحظ هنا خلط في إسقاط الحكم على غير محل لأن الجبر قائم على عنصر البكارة وهذا بإجماع فقهاء الشريعة سواء كانت صغيرة أم كبيرة ولم يتناول الفقه الإسلامي كلمة "القاصرة" بمدلوله القانوني وهذا يؤدي إلى إعمال الحكم القانوني على غير الشخص المخاطب به فكلمة القاصر تعني السن في القانون ومعياري العقل فالمشرع أخلط بين القصور القانوني والبكارة الطبيعية لم يوفق في انتقاء المصطلح المناسب. كما أن المشرع قام بإلغاء الجبر في الزواج مطلقا أي ألغى ولاية الإجماع على القاصر - البكر - تماما وهو مخالف لجمهور الفقهاء.

فالمشرع عامل الجبر على أساس أنه إكراه إلا أن الجبر والمصلحة وجهان لعملة واحدة فالجبر مقصود به سلطة أبوية أدبية رحمة بها لا رهبة في نفس المرأة القاصرة وإجبارها على الزواج وإنما يحملها حملا رحيمًا لا إكراه فيه على الزواج.³⁶

الخاتمة:

من خلال عرض موقف الفقه الإسلامي فيما يخص الولاية في الزواج وقانون الأسرة 84/11 نستنتج أن المشرع اقر تعديله نتيجة إلى تناقض المواد الخاصة بالولي في الزواج و إلى الصراع القائم بين التيارين على اختلاف رأيهما من منادي إلى تعديل قانون الأسرة و سد الثغرات بما يتناسب و الشريعة الإسلامية لأنه مستمد من أصول الشريعة و من منادي إلى إلغاء قانون الأسرة كليا .

قام المشرع بتعديل المادة 9 من قانون الأسرة 84/11 ليوضح لنا أركان الزواج تتمثل في الرضا فقط و إدخال مادة جديدة 09 مكرريبين أن الولي في الزواج ليس ركن و

إنما هو شرط من شروط صحة الزواج ، وبالتالي قضى على التناقض القائم فيما يخص المركز القانوني للولي في عقد الزواج .

كما قام بتعديل المادة 11 محاولا الاقتباس من فتوى الحنفية أي يمكن للمرأة الراشدة عقد زواجها لوحدها وهذا من خلال الفترة الأولى من المادة 11 إلا انه ادخل عبارة " أي شخص تختاره " فليس لها محل ولا أصل في الشريعة الإسلامية حيث كان على المشرع أن يختار بين رأي الجمهور أي أن الولاية في الزواج شرط صحة وبين الأحناف الذين لا يعتبرونها شرط صحة ويشترطون الزواج بكفاءة وبمهر المثل وإعطاء للولي حق الاعتراض إذا تزوجت المرأة البالغة بغير كفاءة من الرجال . فالولي في حق المرأة الراشدة ليس له أي مدلول ولا معتبر قانونا إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار ولا فضل في حضوره عن غيابه عند عقد الزواج وهذا من خلال عبارة " أي شخص تختاره " يستحسن تعديل هذه العبارة بعبارة " والقاضي ولي من لا ولاية له " وهذا ما عملت به جل المذاهب الفقهية وجميع التشريعات العربية .

كما قام المشرع بتعديل المادة 13 من قانون الأسرة و ما يمكن ملاحظته انه قام بإلغاء الجبر في الزواج مطلقا وهو مخالف لقول جمهور الفقهاء ، الذين يرون أن الجبر وسيلة لتزويج البكر ولم يخالف فيه إلا الحنفية الذين لا يرون الجبر للبكر البالغة الراشدة وتجبر عندهم البكر الصغيرة والمشرع ألغى الجبر تماما . كما يتبين أن المشرع عامل الجبر على أساس انه إكراه إلا أن الجبر والمصلحة وجهان لعملة واحدة لان الجبر سلطة أبوية أدبية أي حملا رحيملا لا إكراه فيه . ما يمكن تفسير توسع المشرع في تعديله الجديد لقانون الأسرة 02/05 و المتعلق بالولاية في الزواج وخروجه عن مذهب المالكي واقتباسه من المذهب الحنفي يرجع إلى محاولة المشرع وضع حد إلى الصراع القائم بين التيارين وإلى الضغوط الخارجية من اتفاقيات دولية تلزم التشريعات العربية في إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة مما ألزم المشرع إلى انتهاج سياسة وسطية للتوفيق بين أصول الشريعة الإسلامية وما تمليه الاتفاقيات الدولية في ظل العولمة .

قائمة المصادر والمراجع:

- أ.د. دليلة فركوس، د. جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، منشورات الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، سنة 2016.

- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة.
- د. محمد باوني، عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، منشورات مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، عدد1، سنة 2009.
- البغوي مصابيح السنة، ج9/38-39 والمغني ج7.
- محاضرات، الأستاذ باوني محمد، أقيمت على طلبه الماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة قسنطينة، سنة 2015.
- محاضرات، الأستاذة محروق كريمة، أقيمت على طلبه الماستر 2، تخصص قانون أسرة، جامعة قسنطينة، سنة 2015.
- د.إسماعيل أبو بكر علي الياامي، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009.
- محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978م.
- بن قدامة المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الحزفي، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، ج6.
- د. نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشرعية الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الهدى الجزائر، 2002.
- د. وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج9، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط12، د سنة.
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2.
- سورة التوبة، الآية 71.
- سورة الأنفال الآية 73.
- سورة البقرة الآية 228.
- سورة النساء الآية 25.
- سورة البقرة الآية 23.
- سورة البقرة الآية 223.
- سورة آل عمران الآية 28.
- أحمد شامي، رسالة ماجستير، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
- الكساني، بدائع الصنائع الجزء الثاني.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2 جانفي 1989، ملف رقم 5117، المجلة القضائية، 1992، العدد3، ص53.
- قانون الأسرة 11/84.
- قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم لسنة 2005.

الهوامش:

- 1 أ.د. دليلة فركوس، د. جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، منشورات الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، سنة 2016، ص 31، 32.
- 2 مصطفى شلي: أحكام الأسرة، ص 271.
- 3 أ.د. دليلة فركوس، د. جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، منشورات الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، سنة 2016، ص 108.
4. محمد باوني، عقد الزواج وأثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، منشورات مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، عدد 1، سنة 2009، ص 86.
- 5 البغوي مصابيح السنة، ج 38/9 و 39/7 والمغني ج 433/7.
- 6 محاضرات، الأستاذ باوني محمد، ألفت على طلبة الماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة قسنطينة، سنة 2015.
- 7 محاضرات، الأستاذة محروق كريمة، ألفت على طلبة الماستر 2، تخص قانون أسرة، جامعة قسنطينة، سنة 2015.
- 8 أ.د. باوني محمد، مرجع سابق، ص 88.
- 9 أنظر المادة 87، من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم لسنة 2005.
- 10 د. إسماعيل أبو بكر علي الياصري، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009، ص 120.
- 11 محمد سلام مذکور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978م.
- 12 أ.د. دليلة فركوس، د. جمال عياشي، مرجع سابق، ص 111، 110.
- 13 المادة 122 من قانون الأسرة (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشرعية الإسلامية).
- 14 سورة آل عمران الآية 28.
- 15 بن قدامة المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الحزفي، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، ج 6، ص 472.
- 16 د. نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشرعية الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الهدى الجزائر، 2002، ص 112.
- 17 د. وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، ج 9، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 12، د سنة، ص 6698.
- 18 أ.د. دليلة فركوس، د. جمال عياشي، مرجع سابق، ص 112.
- 19 د. وهيبه الزحيلي، مرجع سابق، ج 9، ص 6698.

- 20 سورة التوبة، الآية 71 .
21 سورة الأنفال الآية 73 .
22 أد. دليلة فركوس، د. جمال عياشي، مرجع سابق ، ص114،113 .
23 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص7 .
24 سورة البقرة الآية 228 .
25 سورة النساء الآية 25 .
26 أحمد شامي، رسالة ماجستير، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة2007، ص 77،78 .
27الكساني، المرجع السابق، بدائع الصنائع، ج2، ص37 .
28 سورة البقرة الآية 23 .
29 سورة البقرة الآية 223 .
30الكساني، المرجع السابق، بدائع الصنائع، ج2، ص370 .
31 أحمد شامي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص79 .
32الكساني ، مرجع سابق، بدائع الصنائع الجزء الثاني، ص370 .
33 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2 جانفي 1989 ، ملف رقم 5117، المجلة القضائية، 1992، العدد3، ص53 .
34 انظر نص المادة 12، 13 من قانون الأسرة، 11/84 .
35 أد.دليلة فركوس، د. جمال عياشي ، نفس المرجع، ص115،114 .
36 د. وهيبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، نفس المرجع، ص6694 .