المجلد 4 عدد خاص السنة 2024 مجلة البحوث الأسرية ص.ص: 90 - 105
الترقيم الدولي المعياري للدورية: ISSN : 2773-3580 الترقيم الدولي الإلكتروني للدورية: EISSN : 2773-4463

الصياغة القانونية المعيبة لحكم الولاية في زواج المرأة الراشدة وفقا لتعديل قانون الأسرة سنة 2005

The flawed legal formulation of the guardianship ruling in the marriage of an adult woman in accordance with the amendment to the Family Law in 2005

الدكتورة أم الخير بوقرة
جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، مخبر قانون الأسرة، الجزائر
mlkhrbouguerra@gmail.com

الاستلام: 2024/09/15 **القبول:** 2024/09/18

ملخص:

إن الصياغة القانونية المعيبة للمادة 11، الفقرة الأولى، المعدلة بالأمر رقم 05-02، والتي تناولت بالتنصيص موضوع الولاية في زواج المرأة الراشدة، كانت محل تأويلات عدة، وذلك على اعتبار الألفاظ أو العبارات التي لم تدل دلالة واضحة على المقصود منها، بأن غلب عليها الغموض، مما كان له الأثر البالغ على الدور الذي يؤديه الولي، سواء بالإيجاب أو بالسلب. وعليه جاءت هذه المداخلة لتبحث في تأويلات الصياغة القانونية المعيبة للمادة 11، الفقرة الأولى؟ وكيف أنها انعكست على الدور الذي قد يؤديه الولي في زواج المرأة الراشدة؟

الكلمات المفتاحية:

الصياغة القانونية المعيبة، الغموض، تأويل النص، المرأة الراشدة، حضور الولي.

Abstract:

The flawed legal wording of Article 11, first paragraph, as amended by Decree No. 05-02, which deals with the issue of guardianship in the marriage of adult women, was interpreted several times, considering the fact that the words or phrases did not clearly indicate their meaning, as they were ambiguous which had a significant impact on the role played by the guardian, whether positively or negatively. Therefore, this paper examines the interpretations of the flawed legal wording of Article 11, first paragraph, and how it affected the role that the guardian may play in the marriage of an adult woman.

key words: Defective legal drafting, ambiguity, interpretation of the text, adult woman, presence of guardian.

*المؤلف المرسل.

مقدمة المقال:

إن نصوص قانون الأسرة، وكغيره من القوانين الأخرى، سواء أكانت ذات صلة بالقانون العام أو بالقانون الخاص، قد يكتنفها الغموض والإبهام، أو النقص والقصور، أو التناقض في بعض الأحيان، وقد يكون مرّد ذلك الصياغة القانونية المعيبة، ونظرا لأن مصدر نصوص قانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية، نجدها قد كرست أحكاما شرعية ثابتة لا تحتاج لأي اجتهاد، في حين أنه في كل مسألة لم يرد التنصيص عليها، أوجبت الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، مما يتعين معه القول بفتح المجال للاجتهاد، وكان لذلك أثره على قضاء شؤون الأسرة، الذي أصدر العديد من الاجتهادات، وفي أكثر من مسألة، هذا، وإن وقع في فخ تناقض البعض منها.

كذلك التعديل الوارد على قانون الأسرة سنة 2005 لم يكن موفقا إلى حد بعيد، فبدل أن يكرّس حلولا ناجعة لعديد الإشكالات التي قد تجد مصدرها في الصياغة القانونية المعيبة، نجده إمّا أنه اتخذ مسلكا سلبيا، فلم يُعدّل ما يجب تعديله، وإمّا أنه قام بالتعديل، فزاد الوضع تعقيدا، ولعلّ أبرز ما يمكن الاستشهاد به في هذا السياق الولاية في زواج المرأة الراشدة، الموضوع الأكثر انتقادا على اعتبار أنه كرس حكما دخيلا على مجتمعنا تضمنته المادة 11، الفقرة الأولى، من الأمر رقم 05-02[(1)]، ومؤداها أن تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

فنص المادة غلب عليه الغموض والإبهام، مما أثار الإشكال ربّما من حيث صياغته التقنية كما يراه البعض[(2)]، ويكون النص غامضا أو مبهما « إذا كان أحد ألفاظه أو مجموع عباراته يحتمل التأويل، بأن كان له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي، وهو يفسّر النص قصد تطبيقه، أن يختار أيا من معانيه التي يراها أدنى إلى الصواب وأقرب إلى مقصود المشرع »[(3)].

إن الصياغة المعيبة التي انصبت عليها المادة 11 واستدعت التأويل، عبارتين: « بحضور وليها » و« أي شخص آخر تختاره » هذه المرأة الراشدة لأن تعقد زواجها، وهي المرأة التي بلغت السن القانونية للزواج المحددة بالمادة 7 من نفس الأمر رقم 05-02.

وعليه، جاءت الإشكالية **لتبحث في تأويلات الصياغة القانونية المعيبة لحكم الولاية في زواج المرأة الراشدة على إثر التعديل الوارد على قانون الأسرة سنة 2005؟ وأثرها على دور الولي في زواج هذه المرأة الراشدة؟**

للإجابة على الإشكالية ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين، نتطرق من خلالهما إلى تأويلات الصياغة القانونية المعيبة لحكم الولاية في زواج المرأة الراشدة **(المبحث الأول)**، وأثرها على دور الولي في عقد هذا الزواج **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: تأويلات الصياغة القانونية المعيبة لحكم الولاية في زواج المرأة الراشدة

لقد فتحت المادة 11 الباب لتأويلات عدّة، ذلك لأن المشرع الأسري أقرّ للمرأة البالغة الراشدة الحق في إبرام زواجها، فاعتمد في ذلك صياغة قانونية واضحة في ظاهرها من زاوية، ومبهمة في مقصودها من زاوية أخرى، كما قيّد ممارستها لهذا الحق بحضور وليها وهو أبها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

وللتفصيل في هذه التأويلات نتطرق إلى تولي المرأة الراشدة عقد زواجها بحضور وليها **(المطلب الأول)**، وبيان الولي المباح له حضور هذا الزواج **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تولي المرأة الراشدة عقد زواجها بحضور وليها

إن المادة 11 في شقها « تعقد المرأة الراشدة زواجها » وردت في صياغة قانونية واضحة إلى حد ما من ظاهر قراءتها، بأن أقرّت صراحة للمرأة الراشدة الحق في أن تعقد زواجها، غير أنها أثارت عديد الملاحظات **(الفرع الأول)**، وأما الشق الثاني منها « بحضور وليها »، فقد جاء استكمالا للشق الأول، ما قد يستفاد منه الحضور الشكلي للولي، وهو ما يقودنا إلى التساؤل حول مدى اشتراط حضور الولي في زواج المرأة الراشدة؟ **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تولي المرأة الراشدة عقد زواجها

لقد تقدم معنا القول بأن صياغة المادة 11 في شقها « تعقد المرأة الراشدة زواجها» أثارت عديد الملاحظات، فمنها ما يتعلق بعدم وضوح المقصود بالمرأة الراشدة المخاطبة بالنص **(أولا)**، ومنها ما يتعلق بعدم وضوح المقصود بعبارة « تعقد زواجها»، وهي العبارة التي تستدعي التساؤل فيما إذا كانت المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها بنفسها أم أنها تفوض ذلك لوليها؟ **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بالمرأة الراشدة المخاطبة بالنص

لم يتبين من عبارة « تعقد المرأة الراشدة زواجها » فيما إذا كانت المقصودة بالمخاطبة المرأة الراشدة البكر أم المرأة الراشدة الثيب[4]، في حين أن المذهب الحنفي، والذي تأثر به المشرع الأسري[5]، أجاز لكلتيهما الانفراد بعقد زواجهما بغير ولي، فالأولى (البكر) أجاز لها أن تزوج نفسها بنفسها دون حاجة إلى إذن الولي ولا حاجة إلى أن يتولى عقد زواجها نيابة عنها، بل تتولاه بنفسها، وسواء أكان الزوج كفؤ لها أم لم يكن، وسواء تزوجت بمهر المثل أم بأقلّه، فهي تتصرف بخالص حقها ولا أحد يمنعها، ويثبت لوليها الحق في الاعتراض على زواجها بغير كفؤ أو بأقل من مهر المثل[6].

والثانية (الثيب) أيضا أجاز لها الحنفية، ومعهم الظاهرية والجعفرية، بأن تزوج نفسها بنفسها أي بعبارتها ولو بدون إذن وليها، مستدلّين بالحديث الشريف من كونها « أحق بنفسها من وليها »، وهذه الأحقية تشمل إذنها لوليها بتزويجها ورضاها بالزواج، وكذا مباشرتها العقد بنفسها لنفسها، حيث يُرجح في هذه الحالة أن تحصل على إذن وليها، لأن هذا الإذن إذن عام في زواج البكر والثيب لقوله ﷺ « لا نكاح إلا بولي »، فإن عضلها بعدم إذنه لها بالزواج بكفؤ أو بعدم تزويجه لها به، لم يجز لها أن تعقد زواجها بنفسها، بل عليها أن ترفع أمرها للقاضي، وأن تثبت العضل حتى يأذن لها بتزويج نفسها أو يأذن للولي الذي يلي العاضل بتزويجها، أو يزوجها القاضي[7].

ثانيا: المقصود بعبارة «تعقد زواجها»

لم يتبين أيضا من عبارة «تعقد زواجها»، فيما إذا كانت المرأة الراشدة هي من تعقد زواجها بنفسها، أم أنها تفوض أمر تزويجها لوليها، أبا كان أو قريبا لها، غير أن التأويل المقصود في اعتقادنا هو أن تزوج نفسها بنفسها، فلو كان المقصود تخييرها بين أن تعقد زواجها بنفسها، أو أن تفوض أمر تزويجها لوليها، لكانت صياغة عبارة « تعقد المرأة الراشدة زواجها » مختلفة.

فبالمقارنة مع المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية[8]، ونصها: **«للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأيها أو لأحد أقاربها»**، نجد صياغتها القانونية واضحة الدلالة -لا تحتاج لأي تأويل-، سواء في شقها المتعلق بتخيير هذه المرأة الراشدة بين أن تعقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لوليها، أو في شقها المتعلق باختيار وليها، أبوها كان أو أحد أقاربها، والدليل على ذلك استعمال المادة المذكورة حرف الـ « أو » لمرتين متتاليتين،

وهو الحرف الذي يفيد التخيير وفق ما درّجنا عليه في دراستنا لقواعد اللغة العربية، وكذا امتداد حكمها لما ورد في المادة 24 من الإقرار الصريح للمرأة الراشدة بحقها في الولاية، والذي تمارسه بحسب اختيارها ومصلحتها.

الفرع الثاني: مدى اشتراط حضور الولي في زواج المرأة الراشدة

لقد جاء في تفسير صياغة المادة 11 أنها تضمنت حرف الـ « بـ » المتصل بلفظة « حضور»، مما يفيد التأكيد على اشتراط حضور الولي في زواج المرأة الراشدة، وهو الرأي الذي يرى بأنه لا حجة للذين ألغوا الولي تماما، وأن قولهم مردود عليهم بصراحة المادة 11[9].

وجاء في تفسير آخر أن هذه المادة لا تعكس أي معنى لحضور الولي إذا لم يكن له أي تأثير في عقد زواج من في ولايته، وحتى غيابه عن مجلس العقد لا يؤثر في الزواج لا بالبطلان ولا بالفسخ، ولا هو يتوقف على موافقة الولي[10]، وفعلا هذا ما يستشف من قراءة المادة 33، الفقرة الثانية، من الأمر رقم 05-02، والتي نصت على الأثر الذي يترتب على تمام الزواج بدون ولي متى كان واجبا، وهو الفسخ قبل الدخول من دون صداق، والتثبيت بعد الدخول بصداق المثل، علما أن الولي لا يكون واجبا إلا في زواج القاصرة بدليل المادة 11 الفقرة الثانية من نفس الأمر، وهو أبوها، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي -في حال أن لم يكن لها ولي-، وطبعا بقيد عدم الإخلال بأحكام المادة 7، والتي حددت السن القانونية للزواج بـ 19 سنة لكل من الرجل والمرأة، كما أوجبت الحصول على ترخيص قضائي بالزواج قبل بلوغ السن المشار لها، وذلك لمصلحة أو لضرورة، وأن يتم التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

فإذا أخذنا بظاهر صياغة المادة 11 أي بمعنى مجرد حضور الولي، فإن زواج المرأة الراشدة لا يتأثر إذا لم يحضر الولي، ذلك لأنها هي التي تعقد زواجها بنفسها لنفسها، كذلك لو أخذنا بمفهوم مخالفة المادة 33 الفقرة الثانية نستشف أن الولي غير واجب في زواج البالغة الراشدة، وهذا حكم حتما يناقض المادة 9 مكرر التي جعلت الولي شرطا من شروط الزواج[11]، وذلك من دون أن تفصل بين زواج المرأة الراشدة وتلك القاصرة، ذلك لأنها صياغتها جاءت عامة وواضحة الدلالة من حيث صيغة الوجوب المستعملة.

كذلك القرار الصادر بتاريخ 10-02-2011[12] عن المحكمة العليا، نستشف منه، ولو ضمنا، أنه حفظ للولي مكانته في تزويج المرأة، وذلك بأن فصل بينه وبين الشاهد، فكرّس المبدأ القاضي بأنه: **« لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج ».**

الملاحظ من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس لمّا قاموا بتسبيب قرارهم -المطعون فيه بالنقض- أخلطوا بين الولي والشاهدين الواجب حضورهما في مجلس العقد، إذ جاء في حيثياته: **« ..... وقضاة المجلس استندوا إلى شخصين لإثبات زواج عرفي مع أن أحدهما وهو الولي وأب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج وإلا اعتبر ذلك مخالفا لنص المادتين المذكورتين، ما دام أن عقد الزواج لم يبن فيه تاريخ الزواج العرفي حتى يمكن تطبيق القانون الواجب لأنه إذا كان الزواج المطالب بإثباته قد تم قبل سريان الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فإن أحكام المادة 9 من ذلك القانون هي التي تطبق، وإذا كان بعد ذلك، فإن أحكام المادة 9 مكرر هي التي تطبق، وخصوصا وأن الشاهد (م م) صرّح بأن الإمام الثاني الذي التجئوا إليه وهو (ب ع) قام بقراءة الفاتحة، لذلك كان بإمكان قضاة المجلس سماعه كشاهد ».**

وإذا كان هذا القرار حاسما من حيث فصله بين الولي والشاهدين كشرطين مستقلين وجب توافرهما في مجلس العقد، إلا أنه لمّا تطرق لعدم ثبوت التاريخ الذي تم فيه الزواج العرفي ليتسنى تطبيق القانون الواجب، هل هو القانون رقم 84-11 أو الأمر رقم 05-02؟ يكون قد أشار ضمنا للمركز القانوني للولي، فقد يحتل موضع الشاهد في ظل تطبيق أحكام الأمر رقم 05-02 بسبب أنه يشترط حضوره في زواج المرأة الراشدة.

هذا ما خلص إليه البعض بصدد تحليله للمادة 11، من حيث أنه أصبح للولي وضعين مختلفين[13]، فهو شرط في حق القاصرة كونه من سيتولى العقد، وشاهد على عقد زواج الراشدة كونها هي من ستتولى العقد، وبالتالي يكفي أن يكون حاضرا في مجلس العقد[14]، غير أن القول بذلك مردود عليهم بحكم ما كرسته المادة 9 مكرر من الأمر رقم 05-02، والتي جعلت كلا من الولي والشاهدين شرطين مستقلين، بل أن مرتبة الولي تقدمت مرتبة الشاهدين من حيث الصياغة القانونية للمادة المذكورة، وهذا إنّما يدل على أهمية المركز القانوني لكل من الولي والشاهدين في زواج المرأة عامة.

المطلب الثاني: الولي المباح له حضور زواج المرأة الراشدة

لقد جاء التنصيص على حضور الولي زواج المرأة الراشدة، والتي تملك حرية اختيار وليها مطلقا، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، هذه الصياغة المعيبة -وبخاصة في شقها « أو أي شخص آخر

تختاره » كانت محل استنكار وتعقيب من زاوية التخيير بين الأولياء **(الفرع الأول)**، وما يترتب عليه من آثار سلبية لا يُحمد عقباها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التخيير بين الأولياء

للمرأة الراشدة إذن حرية اختيار وليها مطلقا، الأمر الذي أثار اهتمام الكثير من أهل الاختصاص والباحثين في مجال شؤون الأسرة، والذين أقّل ما يقال في حقهم أنهم يرفضون هذا التخيير، وهو ما نتطرق له بالتفصيل أدناه:

1) أن ترتيب الأولياء مبني على التخيير لورود حرف الـ « أو » في نص المادة، وتأويله بحسب قول البعض[15]: « أن المرأة تستطيع بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، وهذا الأمر غريب في مجتمعنا، لأنه يتناقض مع العرف الجاري في هذا الشأن».

2) أن التخيير المكرس بحرف الـ « أو » يفضي إلى التساوي بين حضور الأب وحضور من تختاره المرأة لعقد زواجها، وكذا لفظة « تختاره » الواردة بالشق الأخير من المادة 11، والتي لم يتبين منها فيما إذا كان ذلك في حال غياب الأب أو أحد الأقارب، أو في حال وجودهم، سواء امتنعوا عن تزويجها أو لم يمتنعوا[16].

3) أن عبارة « أي شخص آخر تختاره » لا أصل لها في الشريعة الإسلامية، وأن التساوي بين علاقة الأب بابنته أو أحد الأقارب بقريبته مع أي شخص تختاره أمر غير معقول[17]، إلا أن يكون المقصود منها أن تختار شخصا من بين الأقارب[18]، وهذا تأويل يُتحسب لصالح المشرع الأسري.

4) أن عبارة « .... أي شخص آخر تختاره » كما فسّرها البعض[19] « قد تشمل الذكر والأنثى، وقد يساء تطبيقها لعمومها، ومن تم ينبغي التقيد دائما فيما أُبهم من مسائل بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ....، مع ضرورة إرفاق القوانين بمذكراتها الإيضاحية ليتبين للقاضي والمتقاضي ومساعدي القضاء نية المشرع من الألفاظ العامة والمشتركة التي يتسع معناها لأكثر من معنى واحد تحتمله، وهذا بغرض الحد من تناقض الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص القانونية »، وهذا الاقتراح، وإن كان يساعد في التصدي للصياغة المعيبة للمادة 11، إلا أنه صعب التطبيق على أرض الواقع، فمن جهة يحيل إلى البحث في أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك ليس بالأمر اليسير على قاضي شؤون الأسرة الذي يفتقر للتكوين

الشرعي والفقهي، ومن جهة أخرى يطلب تمكينه من المذكرة الإيضاحية للقانون الذي سيطبقه، في حين أن الحل الأيسر أن يُمكنه من نص واضح الدلالة في ظاهره وفي مقصوده.

الفرع الثاني: أثر التخيير بين الأولياء

إذا كانت المرأة الراشدة تعقد زواجها، وهي مخيرة في ذلك بين أبيها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر لا يمت لها بأية صلة قرابة، فإن ذلك سيرتب أثره بالسلب على اعتبار أن التخيير قد يدفعها إلى العصيان والتمرّد على وليها، وذلك بأن تتزوج بمن ترضاه، هذا، ولو لم يرض به هذا الولي الذي لا يملك حتى حق الاعتراض على زواجها بغير كفء، أو بأقل من مهر مثيلاتها.

بل أكثر من ذلك قد تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور شخص أجنبي تختاره بإرادتها الحرة، وهو لا يمت لها بأية صلة قرابة، الصلة التي تعد أحد أسباب ولاية التزويج[20]، على أن القاضي ولي من لا ولي له، فقد لا يكون لها أبا أو قريبا تختاره ليحضر زواجها، هذا إذا أخذنا بالتعبير الحرفي للمادة 11.

والقرابة المقصودة هي رابطة النسب بين من تثبت له الولاية وبين من تثبت عليه، وهي ما اشترط فيها أكثر الفقهاء أن تكون قرابة عصبة بين الولي والمولى عليها، وهذا على خلاف ما ذهب إليه البعض منهم إلى أن مطلق القرابة تكون كافية لثبوت الولاية[21]، ومنه يُثار التساؤل حول المقصود بأحد الأقارب المنصوص عليهم في المادة 11؟ هل يراد بهم الأقارب مطلقا؟

المبحث الثاني: أثر الصياغة القانونية المعيبة على دور الولي في زواج المرأة الراشدة

إذا كان للولي في زواج من في ولايته دور فعال قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 **(المطلب الأول)**، فإن التساؤل يطرح بشأن هذا الدور بعد التعديل؟ ذلك لأن مختلف التأويلات المنصبة على المادة 11، وبسبب صياغتها المعيبة، كانت دافعا لأن نتساءل مجدّدا عن دوره بخاصة في زواج المرأة الراشدة؟ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: دور الولي في زواج المرأة الراشدة قبل تعديل سنة 2005

لقد كان للولي قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 دور فعّال في زواج المرأة الراشدة على اعتبار مركزه القانوني، فهو من كان يتولى عقد زواجها **(الفرع الأول)**، وذلك تحت طائلة الجزاء المقرر قانونا، فسخا كان أو بطلانا، بحسب الأحوال **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: المركز القانوني للولي

الولي في القانون رقم 84-11[22] كان ركنا يقوم عليه عقد الزواج كما جاء التنصيص في المادة 9، وذلك إلى جانب رضا الزوجين، والشاهدين والصداق، ومنه لم يكن للمرأة أن تنفرد بعقد زواجها، بل أن وليها هو من يعقد زواجها بالنيابة عنها، على أن تكون راضية به، فالرضا بالزواج -كان ولا يزال- ركنا واجب المراعاة، إن انعدم كان الزواج باطلا كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 18-07-2000 عن المحكمة العليا[23]، والذي كرس مبدأ مفاده: **« يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا. ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج ».**

جاء في حيثيات القرار المذكور: **« أن الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي .....، ويتم بتوافر أربعة أركان هي رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق، ولمّا أعلنت الطاعنة منذ البداية عدم رضاها عن هذا الزواج، فإن القبول يكون منعدما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، مما يجعله قابلا للإبطال، ولمّا قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج، يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل وخالفوا بقضائهم القانون، فعرضوا قرارهم إلى النقض والإبطال، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ..... ».**

الجدير بالذكر أن منح الولي أمر تزويج من في ولايته لا يصل حد إجبارها على ذلك، فالمادة 13 من نفس القانون منعت الإجبار في الزواج، وذلك بأن لم تجز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا أن يزوجها بدون موافقتها، ومنه يكون الولي ملزما بالحصول على موافقة من في ولايته على تزويجها، فرضاها بالزواج مبدأ لا يمكن الخروج عنه.

كذلك المادة 12 من نفس القانون (الملغاة) تضمنت في فقرتها الأولى، التنصيص على عدم جواز منع الولي من في ولايته من الزواج متى رغبت فيه وكان أصلح لها، وأنه إذا وقع المنع يكون للقاضي سلطة الإذن

به، ومنه يكون المشرع الأسري قد احتاط لمسألة المنع أو العضل من الزواج، والذي قد يعكس لنا من جهة تعسف الولي في حق ابنته، بأن يمنعها من الزواج متى رغبت فيه وكان أصلح لها، وهو ما يعطيها الحق في اللجوء إلى القضاء لأن تطلب الإذن بزواجها، ومن جهة أخرى يثير الإشكال بشأن تقدير القضاء لمدى صلاحية الزواج لهذه المرأة؟ وما هو المعيار الذي سيعتمده في تقدير ذلك؟

وعليه، فالمادة 12 في فقرتها الأولى كانت واضحة في دلالتها ولم تستدع التأويل، بحيث تضمنت قاعدة عامة شملت بها كل من المرأة البكر والثيب، غير أن الفقرة الثانية منها أوردت استثناء يفيد إمكانية منع الأب ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها، وهو ما فسّره البعض[24] باضطراب وتأرجح المشرع الأسري في المسألة.

ترتيب الأولياء أيضا نال اهتمام المشرع الأسري، فالمادة 11 قبل تعديلها تناولت المسألة بالتنصيص، فجعلت الأب في المقام الأول، يليه أحد الأقارب الأولين في المقام الثاني، ليأتي القاضي في المقام الثالث على اعتبار أنه ولي من لا ولي له، فهذا الترتيب في الأولياء مرّده ورود حرف الـ « ف» في نص المادة، وهو الحرف الذي يفيد الترتيب، مما يعكس دون أدنى شك الدور الفعال الذي كان يؤديه الولي في زواج من في ولايته.

الفرع الثاني: جزاء اختلال ركن الولي

القاعدة أنه إذا اختل أحد الأركان، فإن الزواج يُفسخ وفق ما جاء التنصيص عليه في المادة 32، وتفصيل ذلك وفق ما حدّدته المادة 33 أنه قد يترتب على انعقاد الزواج بدون ولي الفسخ أو البطلان، بحسب الأحوال، ومنه يُفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه إذا تم بدون ولي (أو شاهدين أو صداق)، بينما يُثبت بعد الدخول بصداق المثل إن اختل ركن واحد (الولي أو الشاهدين أو الصداق)، كما أنه يُبطل إن اختل أكثر من ركن واحد من الأركان المذكورة (الولي أو الشاهدين أو الصداق).

المطلب الثاني: دور الولي في زواج المرأة الراشدة بعد تعديل سنة 2005

تباينت الآراء بشأن دور الولي في زواج المرأة الراشدة، فرأي قال بأن دوره أصبح شكليا فحسب **(الفرع الأول)**، بينما قال رأي آخر بخلاف ذلك، وأن المشرع الأسري لم يُلغ الولي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الدور الشكلي للولي في زواج المرأة الراشدة

ذهب رأي[25] إلى القول بأن لفظة « تعقد » الواردة بالمادة 11 فيها إسناد الفعل إلى المرأة أي أنها هي التي تعقد زواجها بنفسها، بينما لفظة « حضور » الولي لا تدّل على الفعل أي أنه مجرد حضور شكلي، وهو ما عكس تذبذب موقف المشرع الأسري في زواج المرأة الراشدة، ذلك لأنه لم يلغ الولي صراحة ولم يشترطه صراحة.

غير أن هذا الرأي مردود عليه، وذلك على اعتبار أنه يناقض فحوى المادة 9 مكرر من الأمر رقم 05-02 التي جعلت من الولي شرطا، وأن ما يتوافق وتفسير المادة 11 تفسيرا سليما هو أن يحضر الولي بإرادته لا بجسده، فيعبر عنها في زواج من في ولايته (المرأة الراشدة)، سواء بالقبول أو بالرفض، وأن تكون له كلمة من خلال المناقشة والطلب[26].

والملاحظ في هذا السياق أن الحضور الشكلي للولي في زواج المرأة الراشدة يكاد يكون محل إجماع الكثير من أهل الاختصاص والباحثين في مجال شؤون الأسرة، فمنهم[27] من رأى بأن المشرع الأسري أراد تهميش سلطة الولي في زواج المرأة الراشدة، ذلك لأنه ساوى بين طرفي العقد، بأن منح للمرأة نفس المركز القانوني للرجل في إبرام عقد الزواج، غير أنه أخفق في ذلك نظرا لأن العدل لا يتحقق بالمساواة أحيانا، وبخاصة أن المرأة تختلف عن الرجل من حيث الخلقة، والجانب الفسيولوجي لكل منهما.

ومنهم[28] من رأى بأن المشرع الأسري اشترط فقط حضور أي شخص في زواج المرأة الراشدة، هذا ولو كان الأب موجودا، ومنه لا أهمية كبيرة للولي طالما أن المرأة الراشدة غير ملزمة بإحضار ولي معين بذاته، أبا كان أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، فهي تملك الحق في أن تعقد زواجها بنفسها.

الفرع الثاني: عدم إلغاء دور الولي في زواج المرأة الراشدة

نشير بداية إلى أن القائلين بعدم إلغاء دور الولي في زواج المرأة الراشدة قلّة، فالأستاذ الدكتور عبد القادر بن داود، في كتابه الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد[29] قال بأن: « المشروع لم يلغ الولي بل استقر الرأي وتعين جمع شمل شتات المواد الأربعة السالفة (11- 12- 13- 33) في مادة واحدة تممت بمادة مكررة بغرض جعل الناس لا ترى المادة 33، وهي موجودة منذ 1984 .....، فجاء في القانون الجديد اختيار

وسطي جعل الولاية حقا للمرأة يجوز لها تفويضه واختيار من يستخلفها في زواجها عند الاقتضاء من عامة المسلمين ».

والملاحظ أن المادة 11 فعلا أعطت للمرأة الراشدة الحق في الولاية، إلا أنه لا يستشف منها تفويض هذا الحق للولي، فعبارة « بحضور الولي » لا تفيد لا التفويض ولا الاستخلاف، بل أن المرأة الراشدة مُنحت الحق في اختيار -وبكل حرية- من يحضر عقد زواجها، أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر-، وهو الاختيار الذي جاء من دون أي قيد يُذكر، وهذا حتى لا نُبرأ المشرع الأسري من الصياغة المعيبة التي وقع فيها.

والذي نستنتجه أن المشرع الأسري أعدم دور الولي في زواج المرأة الراشدة بالنظر للصياغة المعيبة للمادة 11، بحيث اكتفى بالتنصيص على حضور الولي فحسب، والحضور بالمعنى الحرفي للكلمة يفترض أن لا يكون للولي دور في مجلس العقد، لا إيجابا ولا سلبا، وأن انفراد المرأة بعقد زواجها دون إشراك وليها فيه ثابت بنصوص قانونية نوردها لأهميتها:

1) المادة 9 أوجبت في انعقاد الزواج أن يتبادل الزوجين رضاهما بهذا الزواج، وذلك من دون التنصيص على أخذ موافقة ولي المرأة في الاعتبار وإشراكه في أمر تزويجها.

2) المادة 9 مكرر جعلت من الولي شرطا في عقد زواج المرأة عامة، راشدة كانت أم قاصرة، لكن في غياب التنصيص على الأثر القانوني المترتب على تخلف هذا الشرط بالنسبة للمرأة الراشدة.

3) المادة 10 أوجبت في الرضا تمامه بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، وهذا فيه تأكيد على أن الاعتبار كل الاعتبار لطرفي عقد الزواج أي للرجل والمرأة.

لا يفوتنا أيضا أن نشير إلى أن صياغة النص القانوني قد تكون مرنة، وذلك بأن: « تقتصر على وضع الفكرة أو المعيار تاركة تحديد ما يدخل فيها من مفردات لتقدير من يقوم بتطبيق القاعدة ذاتها »[30]، كما قد تكون جامدة تقتضي صب محتوى النص القانوني في معنى محدد لا يُترك معه مجال أو فرصة للتقدير، فتحدد الشخص المخاطب به النص، والواقعة المعنية بالمخاطبة، وأخيرا الحكم القانوني المثبت لها، والذي يعتبر ثابتا وموحدا لا يختلف باختلاف الأشخاص والوقائع[31].

ومنه نجد أن صياغة المادة 11 جاءت مرنة، وذلك على اعتبار أنها تناولت فكرة أو بالأحرى موضوع عقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، كما كرست معيار الاختيار الذي يُمكنها من اختيار وليها أبا كان أو قريبا لها أو أي شخص آخر، هذا، ونجد أنفسنا نأسف لعدم عثورنا على اجتهاد قضائي (منشور) يتعلق بالمسألة محل البحث، بأن يُفسر عبارة حضور الولي أو الشخص المختار لحضور زواج المرأة الراشدة، ونسعد في آن واحدة، فذلك (أي عدم عثورنا) ربّما يدل على أن المرأة الجزائرية لا تزال متمسكة بتزويج وليها لها لما فيه من خير لها وللأمة جمعاء.

فلو أن الصياغة كانت جامدة لما احتملت المادة 11 أكثر من تأويل، وهذا مقارنة بالمادة 25 من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاءت واضحة الدلالة في ظاهرها ومقصودها، بأن منحت المرأة الراشدة الحق في الولاية كما تقدم معنا، فأناطت لها صلاحية عقد زواجها بنفسها أو تفويض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، ومنه لم يكن هناك مجال لأي تأويل.

خاتمة المقال:

في ختام هذه الدراسة نشير إلى أن صياغة المادة 11 السالفة الذكر، والتي منحت المرأة الراشدة الحق في أن تعقد زواجها أخذا برأي المذهب الحنفي، ولو في جزء منه، جاءت غامضة مبهمة نظرا لصياغتها المعيبة، فالألفاظ أو العبارات التي تضمنتها هذه المادة استدعت تأويلها أكثر من تأويل، مما انعكس بشكل كبير على الدور الذي يؤديه الولي في زواج المرأة الراشدة، غير أنه وبالرغم من تباين الآراء التي ذهبت إلى تأويل هذا الدور، إيجابا كان أو سلبا، وبالنظر للعادات والتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري، لا نجد الأسرة الجزائرية تقبل أن تعقد هذه المرأة الراشدة زواجها بدون وليها، ولا أن تعقده بحضوره حضورا شكليا، وبخاصة أنها تُمجّد دوره في زواج المرأة عامة، سواء كانت راشدة أم لا، وسواء كانت بكرا أم ثيبا.

النتائج:

استنتجنا من خلال هذه الدراسة:

1) أن التنصيص على اشتراط الولي في المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 جاء عاما ودون تخصيص، بينما جرى التمييز في المادة 11 بين الولي في زواج المرأة الراشدة وتلك القاصرة.

2) أن الصياغة القانونية للمادة 11 أعدمت دور الولي في زواج المرأة الراشدة، ذلك لأنها أناطت التعبير عن الإرادة في الزواج للمرأة الراشدة دون إشراك وليها في ذلك.

3) أن الصياغة القانونية للمادة 11 صياغة مرنة غير واضحة الدلالة، ذلك لأنه لم يتبين منها إن كانت المرأة الراشدة مخيرة بين أن تتولى تزويج نفسها بنفسها أم أنها تُفوض ذلك لوليها.

4) أن المشرع الأسري لم يأخذ برأي المذهب الحنفي مطلقا، وذلك لأنه لم يحفظ للولي حقه في الاعتراض على زواج المرأة الراشدة بغير كفء، أو بأقل من مهر المثل.

5) أن المشرع الأسري سكت عن حق الولي في منع، أو عضل من في ولايته عن الزواج، وإن كان سكوته يجد له إسنادا صريحا في المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تقضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب النص القانوني.

6) أن اختيار المرأة الراشدة حضور أي شخص لعقد زواجها اختيار قد يعكس خروجها عن عادات وتقاليد الأسرة الجزائرية التي تُمجّد دور الولي في زواج المرأة عامة.

الاقتراحات:

نقترح، على ضوء ما قدمناه من نتائج، أن يُعاد النظر في صياغة المادة 11 الفقرة الأولى منها، وذلك بما يفيد:

1) إناطة صياغة النصوص القانونية في المادة الأسرية عامة لأهل الاختصاص الفقهي والشرعي، القانوني واللّغوي، على أن تكون صياغة جامدة يتم من خلالها تكريس حكم ثابت لا يحتاج لأي تأويل.

2) رّد الاعتبار للولي من خلال تكريس دوره الإيجابي في زواج المرأة الراشدة، ولو باستدراك ما أغفله المشرع الأسري من حفظ حقه في الاعتراض على الزواج إن تمّ بغير كفؤ، أو بأقل من مهر المثل.

3) ترتيب الأولياء ترتيبا خاليا من التخيير بين هذا وذاك من الأولياء، ومراعاة الولي الأقرب بدل الولي الأبعد، بحيث يحتل الأب المقام الأول، بينما يحتل الأقارب الأولين المقام الثاني، والقاضي المقام الثالث في حال أن لم يكن للمرأة ولي.

4) حذف عبارة « أو أي شخص آخر تختاره » تفاديا لعصيان وتمرّد المرأة الراشدة على وليها، وما قد ينجر عنه من آثار سلبية تنعكس بدرجة أولى على علاقتها بأسرتها خاصة، وبالمجتمع عامة.

هوامش المقال:

1. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.
2. عبد القادر بن داود، موسوعة الفكر القانوني، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، دون سنة نشر، ص86.
3. محمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء 1، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة 18، دار هومة، الجزائر، 2011، ص304.
4. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص182.
5. هذا ما تأمله البعض قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005. لأكثر تفاصيل أنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر، 1996، ص125.
6. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، الجزء 6، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص430.
7. المرجع نفسه، ص462.
8. أنظر المادة 25 من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المعدل، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5184، المؤرخة في 5 فبراير 2004.
9. علال طحطاح، "نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير"، مجلة صوت القانون، العدد 2، أكتوبر 2014، ص56.
10. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، الطبعة 3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص43.
11. وهو شرط تمام لا شرط صحة. لأكثر تفاصيل أنظر: عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص99.
12. قرار مؤرخ في 10-02-2011، ملف رقم 600991، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011، ص ص274-276.
13. أو بالأحرى أن الولي والشاهد يتساويان في المركز نفسه. لأكثر تفاصيل أنظر: بوعزيز أمينة، "الإشكالات الناتجة عن المصادقة على اتفاقية سيداو -المادة 11 من قانون الأسرة نموذجا- الولي بين الإبقاء والإلغاء"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 2، 2023، ص659.
14. محمد بجاق، "مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015، ص 159. أنظر أيضا: بوعزيز أمينة، المرجع السابق، ص659.
15. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، الطبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص66.
16. محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص182.

17. دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص114.
18. المرجع نفسه، ص114، الهامش رقم 2.
19. عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص ص86-87.
20. أسباب ولاية التزويج خمسة، وهي: القرابة، الملك، الولاء بنوعيه: ولاء العتاقة وولاء الموالاة، الإمامة، الوصية. أنظر: عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص341 وما يليها.
21. المرجع نفسه، ص341.
22. أنظر المادة 9 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، المؤرخة في 12 يونيو 1984.
23. قرار رقم 249128 مؤرخ في 18-07-2000، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 2، 2003، ص ص267-269.
24. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص122.
25. من هذا الرأي: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص216. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص42.
26. علال طحطاح، المرجع السابق، ص58.
27. حسين محداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير، تخصص: قانون أسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص27.
28. بوعزيز أمينة، المرجع السابق، ص659.
29. عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص88.
30. خالد جمال أحمد حسن، "ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها"، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون .. أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 2، الجزء 1، مايو 2017، ص125.
31. المرجع نفسه، ص121.