

إشكالية الولي في عقد الزواج

بين الفقه والقانون الجزائري

The problem of the guardian in the marriage contract
between jurisprudence and Algerian lawد. عيدوني عبد الحميد¹

جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، الجزائر

3aidouni@gmail.com

تاريخ الوصول 2021/01/09 القبول 2021/08/21 النشر على الخط 2021/12/15

Received 09/01/2021 Accepted 21/08/2021 Published online 15/12/2021

ملخص:

أثار موضوع الولي في عقد الزواج ولازال نقاشا حادا بين فقهاء الشريعة الإسلامية مع بعضهم البعض من جهة، وكذا رجال القانون في الجزائر مع بعضهم البعض من جهة أخرى، ومرجع هذا النقاش هو في تكييف الولاية في عقد الزواج شرعا، وفي مدى اعتبارها تقييدا لحرية التعاقد ومعارضاً لمبدأ المساواة قانونا، وهذه الدراسة ستتركز حول المصلحة أو المفسدة من وجود الولاية أو فقدانها في عقد الزواج.

الكلمات المفتاحية: عقد، زواج، مصلحة، ولاية، إجبار.

Summary

The item of the guardian left an impact on the marriage contract and is still a sharp discussion between Islamic Sharia jurists with each other on the one hand, as well as the limb of the law in Algeria with each other on the other hand, and the reference to this debate is in adapting the guardianship in the marriage contract legitimately (in the sharia), and in the extent of it as a restriction of freedom of contracting and against the principle of equality legally, this study will focus on the interest or corrupting of the existence of the guardianship or its loss in the marriage contract.

keywords: Contract, Marriage, Advantage, Guardianship, Coercion.

مقدمة:

الولي في اللغة من ولي، قال الجوهري: " فلان ولي وولي عليه كما يقال ساس وسيس عليه"¹، قال ابن فارس: " وكل من ولي أمر آخر فهو وليه"²، والولاية في الاصطلاح هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي، وهي على نوعين: عامة وخاصة. فالعامة كالإمامة العظمى والخطة كالقضاء والمظالم والشرطة ونحوها؛ أما الخاصة فهي ولاية شخص على شخص آخر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.

والولاية الخاصة تنقسم إلى قسمين: أولاهما الولاية على المال؛ وثانيهما الولاية على النفس. فالولاية على المال سلطة شرعية تجعل لمن يثبت له حق النظر فيما فيه حظ للمولى عليه في ماله إنشاء العقود وتنفيذها عنه؛ أما الولاية على النفس فهي سلطة شرعية على شخص قاصر لتنشئته وتطبيبه وتعليمه وحمايته وهو ما يسمى بولاية الحفظ؛ ومن ولاية النفس إنفاذ القول على الغير في إنشاء عقد الزواج عنه وإيقاعه نافذا من غير حاجة إلى إجازة وهو ما يسمى بولاية التزويج وهو مجال بحثنا هنا³.

والحقيقة أن هذا الموضوع قد تطرق إليه الكثير من الفقهاء والباحثين، إلا أن الجديد في هذا البحث أنه ينصب على زاوية محددة قل البحث فيها وهي زاوية المصالح والمفاسد أو ما يسمى بالمقاصد مع عدم تغييب تأصيل المسألة إذ الغاية لا تنفك بتاتا عن الأصل والمصدر، فكلما كان الأساس جيدا كان ما بني عليه متينا.

والغرض من هذه المقالة مباحثة المصالح المرعية في كل من التشريعين: الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر ولاية التزويج (المطلب الأول)؛ والتشريع الأسري الجزائري باعتباره القانون الذي يحكم واقع المجتمع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية

سيجري الكلام هنا عن ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية بشيء من التفصيل والتأصيل مع التزام عدم الإستطراد، إذ لا يمكن استيعاب الموضوع من كل جوانبه، لذلك سيتم الإكتفاء بالأهم منها من بيان مفهوم ولاية التزويج (الفرع الأول)؛ وكذا التطريق إلى ولاية تزويج النساء في الشريعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم ولاية التزويج

يتضمن هذا الفرع تعريف ولاية التزويج وأنواعها (أولا)؛ وشروط الأولياء وترتيبهم فيها (ثانيا).

أولا: تعريف ولاية التزويج وأنواعها: يتم التطرق هنا إلى تعريف ولاية التزويج (أ)؛ وأنواعها (ب).

¹ - انظر، إسماعيل الجوهري، الصحاح تاج العربية و صحاح العربية، راجعه. محمد تامر وأنس محمد الشامي و زكرياء جابر أحمد، ط.1، دار الحديث، القاهرة، ص.1269.

² - انظر، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق. عبد السلام محمد هارون، ج.6، ط.1، دار الفكر، مصر، 1979، ص.141.

³ - انظر، نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، ط.1، دار الشروق، مصر، 2002، ص.12؛ وانظر، محمد النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد، السعودية، 2012، ص.50؛ وانظر كذلك، نضال أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.39؛ وانظر أيضا، أسامة مسعود، الإكراه في عقد الزواج، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.98.

أ/ تعريف ولاية التزويج: تعرف ولاية التزويج على أنها سلطة شرعية، تجعل الشخص محولا بتزويج من كان تحت ولايته أو فاقد الأهلية أو ناقصها¹، والأصل أن ولاية التزويج ولاية نظر، وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز أو الضعيف عن النظر أمر معقول مشروع لأنه من باب الإعانة على البر.

ب/ أنواع ولاية التزويج: ولاية التزويج في الشريعة على نوعين: ولاية إجبار (1)؛ وولاية اختيار (2).

1/ ولاية الإجبار في الزواج: ولاية الإجبار سميت كذلك لأن لمن يملك هذه الولاية حق الاستبداد بتزويج من في ولايته وجبرها على ذلك، ويكون العقد نافذاً²، وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف على البنت والذكر في حال صغرهما³ ومن كان في حكمها من جنون أو سفه⁴.

وتثبت عند الشافعية⁵ و الحنابلة⁶ ولاية الإجبار على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب، أما عند المالكية فتثبت ولاية الإجبار على الابن الصغير والبكر⁷، وتثبت ولاية الإجبار بالاتفاق للأب والجد دون سواهما⁸.

2/ ولاية الإختيار في الزواج: ولاية الإختيار هي حق الولي في تزوج المرأة باختيارها ورضاها، فليس له أن يستبد بالعقد⁹، وهي ثابتة لمن لم تجب عليها ولاية الإجبار.

والصواب من هذا كله أن يقال أنه لا تجبر البكر أو الثيب صغيرة أو كبيرة على الزواج مطلقاً، لما ثبت من أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم¹⁰، وهذا هو الراجح من مذهب أبي حنيفة وأحمد في أحد الروايتين، ومال إليه ابن تيمية¹¹.

¹ - أنظر، نضال أسنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.37.

² - انظر، محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، قسم الشريعة، باتنة، 2009، ص.401.

³ - قال الكاساني: "...ولما شرع الله النكاح حفظاً للنوع الإنساني وهو رابطة لها، ولا دوام إلا بين متكافئين غالباً، وكان تحصيله في كل زمان غير مقدور ولا ميسور، والصغار لا رأي لهم ولا قدرة على التمييز بين الكفاء وغيره، جعل الله لأولياهم حق تزويجهم إحترازاً لمصلحتهم خوف فوات الكفاء وألزمها الأقارب لكونهم أشفق الناس عليهم وجعلها ملزمة إذا كان المزوج الأب والجد لأن كثرة شفقتهم داعية إلى السعي وراء مصلحتهم". علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.339.

⁴ - انظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.3، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002، ص.340.

⁵ - أنظر، محمد الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص.378.

⁶ - انظر، أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.82.

⁷ - أنظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.100.

⁸ - انظر، محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.2، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982، ص.05.

⁹ - انظر، محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، ط.1، دار اليازوري، الأردن، 2010، ص.190.

¹⁰ - سليمان أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، إعداد وتعليق: عزت الدعاس وعادل السيد، ج.2، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1997، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها، ر.ح.2096، ص.398.

¹¹ - أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.3، ص.82.

ثانياً: شروط أولياء التزويج وترتيبهم: يجري الحديث هنا عن شروط الأولياء (أ)؛ وترتيبهم (ب).

أ/ شروط أولياء التزويج: يشترط في الولي أن يكون مسلماً بالغاً (1)؛ ذكراً عدلاً (2).

1/ شرط الإسلام والبلوغ في الولي: أجمع أهل العلم أن الكافر لا يكون ولياً على ابنته المسلمة¹، كما اتفقوا على أنه يشترط في الولي أن يكون بالغاً كامل الأهلية².

2/ شرط العدالة والذكورة في الولي: اختلف العلماء في شرط عدالة الولي فأثبتها الشافعية والحنابلة وخالفهم الأحناف والمالكية، قال البجيرمي من الشافعية: "والمعتمد أن الشرط في الولي عدم الفسق سواء كان عدلاً أو بواسطة..."، ثم قال: "لا يلزم أن الفاسق لا يزوج اشتراط أن يكون الولي عدلاً، لأن بينهما واسطة... والوصي إذا بلغ ولم تصدر منه كبيرة ولم تحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق"³، وقال البهوتي من الحنابلة أنه يشترط في الولي: "العدالة ولو ظاهرة ولأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق"⁴.

قال الكاساني من الأحناف: "وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا، وللناسق أن يزوج ابنه أو ابنته الصغيرين"⁵، قال ابن رشد المالكي: "إن الحالة التي بها يختار الأولياء لوليائهم الكفاء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه موجودة بالطبع..."⁶.

والراجح أن يقال أن العدالة ليست شرطاً في الولي، بل يكفي أن يكون متوسط الحال غير مشهور بمجون أو فسق فيكره اعتباره ولياً إذا وجد في الأولياء من هو أحوط للبت في دينها وخلقها، وقد جرت العادة منذ القدم أن لا يسأل عن عدالة الولي، قال الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضاً، فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير تكبير من أحد..."، ثم قال: "ولأن هذه ولاية نظر والفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة..."⁷.

أما شرط الذكورة في الولي فقد أثبتته الجمهور، وخالفهم الأحناف، قال محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: "شرط الولي عقله وبلوغه وحريته وذكوريته..."⁸، قال البجيرمي من الشافعية: "لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها"⁹، وقال

¹ - محمد بن المنذر، الإجماع، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، 1999، ص.103.

² - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.191 وما بعدها.

³ - سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص.126 و128.

⁴ - انظر، منصور البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط.1، مؤسسة الرسالة، السعودية، د.س، ص.514.

⁵ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.349.

⁶ - محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.2، ص.12.

⁷ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.352.

⁸ - علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد شاهين، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.299.

⁹ - سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج.4، ص.123.

البهوتي من الحنابلة في شروط الولي أن من بينها: "الذكورية لأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فغيرها أولى"¹، أما الأحناف فقد قال ابن عابدين في الولي أنه: "البالغ العاقل الوارث"²، ولم يذكر الذكورية.

ب/ ترتيب أولياء التزويج: الأولياء عند المالكية الإبن ثم الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب، ثم الجد لأب و إن علا، ثم أقرب عصوبتها وهم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب³.

وترتيب الأولياء عند الأحناف الابن ثم ابن الإبن وإن نزل، ثم الأب فأبوه و إن علا، ثم الأخ الشقيق ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب، ثم العم الشقيق ثم لأب⁴، أما ترتيب الأولياء عند الشافعية فأولى الناس بالمرأة أبوها و إن علا، ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه على ترتيب العصوبة في الميراث⁵، ولا ولاية عندهم للإبن على أمه. أما الحنابلة فالأب و إن علا ثم الإبن و إن نزل، ثم الأقرب من عصوبتها⁶.

ولعل مذهب الشافعية هنا أقرب للصواب فما جعل الله لمولود ولاية على والده إلا بحجر، وما كان للإبن ولاية على أمه و أبوها حي، فالأب والد و الإبن مولود، والوالد أولى من المولود، إذ لزم طاعة الوالد ولم تلزم طاعة المولود.

الفرع الثاني: ولاية الزواج على النساء شرعا

قبل الخوض في ولاية تزويج النساء يجب التنبيه هنا إلى أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية، والتي لا تشترط البلوغ لإبرام عقد الزواج لكن ينعقد قابلا للفسخ إذا طلبه الصغير الذي عقد الزواج عنه ذكرا كان أو أنثى، ولا يصح زواج غير المحبر بلا إذن المرأة ولو كانت طفلة.

ودليل أن للصغير الذكر أو الأنثى فسخ النكاح المبرم عنه ما ثبتأن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أبها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم⁷، وهذا هو الراجح من مذهب أبي حنيفة وأحمد في أحد الروايتين، ومال إليه ابن تيمية⁸، وإن كان ذلك للحجارية البنت فهو من باب أولى للفتى الذكر، أما دليل أن غير المحبر لا ينكحه أيا كان إلا بإذنه أن ولاية الإجماع تثبت بالاتفاق للأب والجد دون سواهما⁹.

¹ - منصور البهوتي، المرجع السابق، ص.514.

² - محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج.4، ط.خاصة، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص.153.

³ - محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر بن عاصم، ضبطه وصححه.محمد شاهين، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.401 وما بعدها.

⁴ - محمد البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج.2، ط.2، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1997، ص.12.

⁵ - محمد الغزالي، الوجيز في فقه الشافعية، ج.2، ط.1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، 1997، ص.11.

⁶ - عبد الله بن قدامة، المغني، تحقيق.عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ج.9، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص.355 وما بعدها.

⁷ - سليمان أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، ر.ح.2096، ص.398.

⁸ - أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.3، ص.82.

⁹ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.05.

فإن قيل لما سمح للولي المخبر إنكاح الصغيرة و البكر؟ الجواب لأن الأصل في الأب واجد أقرب الناس إلى الولد وأشفقهم عليه، وأتقوا لا يدخران جهدا في كمال النظر وبذل النصح له¹، ولعل الراجح في زواج القاصر أنه يقع نافذا شرعا إذا أبرمه الولي المخبر لكنه قابل للفسخ إذا طلبه هذا القاصر الذي أبرم العقد عنه.

واختلف الفقهاء في الولاية هل هي ثابتة على كل امرأة؟ فذهب الأحناف أنها غير ثابتة على كل امرأة، فلا تثبت على البالغة العاقلة، قال العيني عن الزواج: "وينعقد بنكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بركا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية"، قال: "وعند محمد يعقد موقوفا"²، ثم قال: "لكن للولي الإعتراض في غير الكفو"³، قال الرمفوري: "دفعنا للعار عنه، هذا إذا لم تلد، فإن ولدت فلا حق للولي في الفسخ"⁴. قال السخاوي: "سواء كانت بركا أو ثيبا إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤا لها أو غير كفء فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفؤا لها فلا أولياء حق الاعتراض"⁵.

وخالف مذهب الأحناف الجمهور، قال عبد الوهاب المالكي: "لا يصح كون المرأة وليا في عقد النكاح لا على نفسها ولا على غيرها"⁶، قال القرافي المالكي: "العاقدة الزوج أو الولي، ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بركا كانت أو ثيبا، رشيدة أو سفية، أذن الولي أم لا..."⁷، قال الشافعي: "فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فلا نكاح لها"⁸، قال ابن قدامة الحنبلي: "النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكل غير وليها وليها في تزويجها فإن فعلت فلا يصح النكاح"⁹. وأدلة الجمهور قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"¹⁰.

1- علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.339.

2- محمد العيني، الهداية، ج.4، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.574.

3- محمد العيني، نفس المرجع، ج.4، ص.583.

4- محمد الرمفوري، البناية في شرح الهداية، ج.4، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.583.

5- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.4، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2000، ص.10.

6- انظر، عبد الوهاب المالكي، الإشراف على نكت الخلاف، تحقيق مشهور آل سلمان، ط.1، ج.3، دار ابن عوفان، مصر، 2008، ص.283.

7- أحمد القرافي، الذخيرة، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ج.4، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص.201.

8- محمد بن إدريس، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.35.

9- عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.9، ص.345.

10- انظر، أحمد بن حنبل، المسند، شرح ووضع فهارسه حمزة أحمد الزين، ج.17، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 1995، مسند عائشة رضي الله عنها، رقم الحديث 24253 و 25202، ص.312 و 570؛ انظر، عبد الله بن الجارود، كتاب المنتقى من السنن المسندة، ط.1، مطبعة الفيض الكريم، حيدر آباد، الهند، 1306هـ، ص.351؛ انظر، سليمان بن الجارود، مسند أبي دود الطيالسي، تحقيق محمد التركي، ج.3، ط.1، دار هجر، جيزة، ر.ح.1566، ص.72؛ انظر، علي بن بلبان، صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، حققه شعيب الأرنؤوط، ج.9، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، كتاب النكاح، ذكر بطلان النكاح الذي نكح بغير ولي، ر.ح.4074، ص.384؛ انظر، عبد الله بن أبي شيبة، مصنف بن أبي شيبة، تحقيق حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد اللحيان، ج.6، ط.1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004، كتاب

وطعن في هذا الحديث الأحناف، فقالوا روي الحديث عن عائشة رضي الله عنها و قد خالفته بفعلها¹، فقد ثبت في موطأ مالك أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم زوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن. فقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمراً قضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً².

ورد ابن عبد البر أن: " قوله في هذا الباب أن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن أخيها من المنذر بن الزبير ليس على ظاهره ولم يرد بقوله زوجت حفصة - والله أعلم - إلا الخطبة والكناية في الصداق و نحو ذلك دون العقد"³.

وعقب عليهم بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "كان الفتى من بني أخيها إذا هوى الفتاة من بني أخيها ضربت بينهما سترًا و تكلمت، فإن لم يبق إلا النكاح قالت يا فلان، انكح، فإن النساء لا يُنكحن"⁴.

ومما يمكن أن يرد به على الأحناف أن عائشة رضي الله عنها لم تصرح برد الحديث، أما ما فعلته مع حفصة بنت أخيها فيمكن أن يحمل على وجوه، أولها أنها ما أرادت إلا الخطبة و دفع الصداق لا عقد النكاح، و ثانيها أنها أخطأت فإنها على جلاله قدرها غير معصومة إذ قد يلحقها الخطأ عن غير قصد، هذا إذا فرض جدلاً أنها أرادت العقد.

النكاح، من قال لا نكاح إلا بولي أو سلطان، ر.ح. 16151، ص. 8؛ عبد الله الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق. حسين الدارمي، ج. 3، ط. 1، دار المغني، الرياض، 2000، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، ر.ح. 2230، ص. 1397؛ سليمان أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 2، كتاب النكاح، باب في الولي، ر.ح. 2083، ص. 391؛ محمد بن ماجة القزويني، المرجع السابق، ج. 3، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 1879، ص. 326؛ محمد الحاكم، المرجع السابق، ج. 2، كتاب النكاح، ر.ح. 2766، ص. 201؛ عبد الله بن عدي الجرجاني، المرجع السابق، ج. 5، عند ترجمة سليمان بن موسى الأسدي، ر.ح. 7525، ص. 270؛ علي بن عساکر، المرجع السابق، ج. 22، ترجمة سليمان بن موسى الأسدي، ص. 369؛ محمد الترمذي، المرجع السابق، ج. 2، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 1102، ص. 392؛ أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج. 7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 13599، 169؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج. 4، كتاب النكاح، ر.ح. 3520، ص. 313؛ قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 6، ر.ح. 1840، ص. 243).

¹ - انظر، أحمد الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق. عبد الله نذير أحمد، ج. 2، ط. 2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1996، ص. 249.

² - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما لا يبين من التملك، ر.ح. 1162، ص. 324.

³ - يوسف بن عبد البر، الإستذكار، ج. 17، دار قتيبة، بيروت، 1993، ص. 72 و 73.

⁴ - في الخبر علة واحدة و هو أن عبد الملك بن جريج أحد رواة سننه و الذي مدار الخبر عليه رواه معنا وقد عرف بالتدليس. (عبد الله بن أبي شيبة، المرجع السابق، ج. 6، كتاب النكاح، من قال ليس للمرأة أن تزوج المرأة و إنما العقد بيد الرجل، ر.ح. 16192، ص. 16؛ أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج. 7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 13652، ص. 182؛ انظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، حققه. رفعت عبد المطلب، ج. 2، ط. 1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2005، من كتاب عشرة النساء، ر.ح. 1430، ص. 1640.)

قال الزركشي: " فالذي عليه الجمهور العمل بظاهر الحديث و لا يخرج عنه بمجرد عمل الصحابي " ثم زاد: " وذهب أكثر الحنفية إلى اتباع قول الراوي " ثم قال: " وقال بعض المالكية: إن كان ذلك مما يمكن أن يدرك بشواهد الأحوال، والقرائن المقتضية لذلك، وليس للإجتهد مساع في ذلك اتبع قوله، و إن كان صرفه عن ظاهره يمكن أن يكون لضرب من الإجتهد تعين الرجوع إلى ظاهر الخبر"¹، ولا يمكن أن يصنف ما فعلته عائشة رضي الله عنها إلا أنه من باب الإجتهد، زد على أن فعلها هذا يتضمن وجوها من الاحتمالات فلا يمكن أن يرد به ما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

واستدل الجمهور أيضا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي"، والحديث روي عن عائشة رضي الله عنها²، ورده الأحناف وضعفوه، قال الرمفوري: " وأما حديث عائشة رضي الله عنها فمداره على الزهري وابن جريج سأله عنه فلم يعرفه"³.

ورد عليهم الجمهور بما أورده الشريف التلمساني حين قال: "والجواب عند أصحابنا أن الأصل لم يصرح بتكذيب الفرع فإذا روى عنه العدل وجب العمل بما روى، ولا يضر نسيان المروي عنه، وقد جرت عادة المحدثين بأن يروي الأصل عن الفرع عن الأصل نفسه، إذا نسي الأصل"⁴، ومما استدل به الجمهور كذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها"⁵.

والراجح اشتراط الولي على رأي الجمهور، ولعل المصلحة في اشتراط الولاية في المرأة دون الرجل ذلك أن المرأة تغلب عليها عاطفتها، فلذلك وصفهن النبي صلى الله عليه وسلم أهن: "ناقصات عقل"⁶، ونقصان عقلهن ليس معناه سفههن، بل معناه فرط عاطفتهن كما هو معلوم خاصة في مثل هذه الأمور، فقد تجرأ عاطفتها إلى من لا يستحقها، والرجال أقدر الناس على معرفة الرجال، والولي وخاصة الأب أحرص الناس من أن لا يزوج ابنته إلا كفوًا، فالمصلحة هي حماية المرأة، لا أن الولاية وصاية على إرادة المرأة وتقيدها لها، فإن تنازع الولي مع وليته فالسلطان ولي لمن لا ولي له، فإنه أقدر وأعلم بمصلحة المرأة.

¹ - انظر، محمد الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، راجعه عبد الستار أبو غدة ومحمد الأشقر، ج.4، ط.1، دار الصفاة، القاهرة، 1988، ص.369.

² - أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشهادين عدلين، ر.ح.13719 و13720، ص.202 و303؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح من السنن، ر.ح.3533 و3534، 323 و324؛ قال الألباني: "حديث صحيح روي من حديث عائشة وأبي هريرة وجابر بن عبد الله وأبي موسى الأشعري والحسن البصري مرسلا. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، باب ركني النكاح وشروطه، ر.ح.1858، ص.258).

³ - محمد الرمفوري، المرجع السابق، ج.4، ص.577.

⁴ - محمد الشريف التلمساني، المرجع السابق، ص.20.

⁵ - علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح من السنن، ر.ح.3535 و3540، ص.325 و326؛ أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح.13632 و13634، ص.177 و178؛ قال الألباني: صحيح.. وإسناده صحيح على شرطين. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، كتاب ركني النكاح وشروطه، ر.ح.1841، ص.248).

⁶ - محمد البخاري، المرجع السابق، ر.ح.304، ص.45.

المطلب الثاني: ولاية التزويج في القانون الجزائري

بعد الحديث عن ولاية التزويج في المصدر الأول للتشريع الأسري الجزائري ألا وهي الشريعة الإسلامية وبيان المصالح المرعية فيها كان لزاما الانتقال إلى بيان موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج، وسيتم التطرق هنا إلى أمرين اثنين: الأول في الولاية والأهلية في تزويج القصر (الفرع الأول)؛ والثاني في الولاية على تزويج المرأة الراشدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الولاية والأهلية في تزويج القصر

تنص المادة 1/7 من ق.أ أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، ثم تزيد المادة 2/11 من ق.أ أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم..."، من خلال نص المادتين يتبين أن أهلية الزواج لها ارتباط كبير بولاية تزويج القاصر، فلا بد من تزويج القصر من أمرين: أولاها موافقة الولي الشرعي (أولا)؛ وثانيها توفر أهلية زواج القصر لدى القاصر (ثانيا).

أولا: الولاية على زواج القصر: إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، فالظاهر من نص المادة 11 و13 و2/33 من ق.أ أنه يأخذ بالمذهب الحنفي من التفريق بين البالغة والقاصرة، ومن إدخال القاصر الذكر في حكم القاصرة بنصه في المادة 2/11 من ق.أ أنه: "... ويتولى زواج القصر...". وهذا يعم كل قاصر ذكر كان أو أنثى، إلا أن المشرع ألغى ولاية الإجماع على كل امرأة بالغة أو قاصرة بكر كانت أو ثيبا¹، فلم يأذن للولي ابا كان أو غيره أن يزوجه إلا برضاها وموافقتها²، وأخذ المشرع الجزائري هنا بالمذهب الحنفي أيضا في ترتيب الأولياء على القصر فرتبهم ترتيب العصابات بالنفس في الإرث³.

والسؤال المطروح هنا في جزاء تخلف الولي في عقد زواج القاصر؟ جاء في نص المادة 2/33 من ق.أ أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، منطوق المادة أنه لو فرض أن قاصرا أو حتى بالغة عقدت زواجها بدون ولي ولا صداق وشهود فإنه يثبت الزواج بصداق المثل، إذ أن المشرع ألغى ما كان منصوصا في نفس المادة من قبل تعديل 2005 من أنه: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد ويظل إذا احتل أكثر من ركن".

¹ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.318.

² - تنص المادة 13 من ق.أ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". انظر، القانون 11/84، المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 27/02/2005، المتضمن تعديل و تميم القانون 11/84، المؤرخ في 09/06/1984، و المشتمل على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في 27/02/2005.

³ - قالت دليلة فركوس: "المقنن الجزائري اعتمد على رأي الإمام أبي حنيفة في ترتيب الأولياء على القصر، حيث أنه لم يقتصر على الأب ومن بعده الجد فحسب، بل تثبت عنده لجميع العصابات بالنفس حسب ترتيب الإرث بنوة أبوة أخوة عمومة ولدوي الأرحام بعدهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام أو وجد غير صالح من بينهم انتقلت إلى القاضي". انظر، دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص.115.

وعلى هذا فيمكن القول أنه في القانون القديم إذا احتل في العقد أكثر من ركن¹ يبطل الزواج، أما في القانون الجديد فلو اختلت كل الشروط ولم يتوفر إلا ركن الرضا فإنه يثبت عقد الزواج بصداد المثل، إذا فإن تراض رجل وامرأة ولو قاصرة أن يتعاشرا معاشرة الأزواج بدون إعلان للزواج ولا صدق ولا ولي ولا حتى شهود وحصل الدخول، ثم أرادا أن يثبتوا الزواج فالأمر سهل بموجب منطوق المادة 2/33 من ق.أ، فيكفي الزوج أن يدفع مهر المثل ويثبت الزواج، فإن لم يكن هذا تقنيا للزنا بطريقة مباشرة وواضحة فغالب الظن أنه ليس له مسما آخر.

ثانيا: أهلية زواج القاصر: يمكن القول بعد استقراء المواد 7 و 81 و 82 و 83 من ق أ أن كل من بلغ سن التاسعة عشر - رجلا كان أو امرأة - و كان خاليا من عوارض الأهلية و موانعها يكون أهلا لإبرام عقد الزواج².

و الإشكال المطروح هو حول زواج ناقص الأهلية و عديمها فهل يمكن له أن يتزوج؟(أ)؛ وما صحة زواجه إذا تم دون الإجراءات القانونية لترشيده القاصر للزواج (ب).

أ/ إمكانية زواج القصر: تنص المادة 07 من ق أ أنه: "...و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، إذا فيمكن للقاصر أن يكتسب أهلية إبرام عقد الزواج و ذلك بترخيص قضائي.

و لقد اشترط المشرع لتقديم الترخيص ثلاثة شروط إثنين منهما اختياريين، و شرط واحد ضروري، يفهم ذلك من ورود حرف "أو" للاختيار بين المصلحة والضرورة، فيشترط المصلحة أوالضرورة، و يشترط قدرة الطرفين على الزواج.

1-المصلحة: و هي حصول المنفعة، أو ما يفوت الكمال بفقده³، و مثاله رغبة الطرفين في الزواج⁴.

2-الضرورة: و هي ما يلحق الضرر بتركه و لا يقوم غيره مقامه، و الفرق بينها و بين المصلحة أن المصلحة ما يلحق الضرر بتركه لكنه قد يقوم غيره مقامه⁵، و مثال الضرورة: ضرورة تزويج القاصرة التي لا عائل لها و لا مال⁶.

3-قدرة الطرفين على الزواج: قد تتوفر المصلحة أو الضرورة أو يتوفر معا لكن الطرفين أوأحدهما ليس قادرا على الزواج، و القدرة على الزواج يقصد بها الاستطاعة على تكاليف الزواج المادية و المعنوية⁷.

فإذا لم تتوفر هذه الاستطاعة فيمكن للقاضي أن لا يرخص بالزواج، و شرط القدرة على الزواج شرط أساسي، فيمكن أن لا توجد الضرورة و يعطي القاضي الترخيص لورود المصلحة، أما شرط القدرة على الزواج فلا يمكن تخلفه بأي حال من الأحوال.

و الجدير بالذكر هنا أنه كان ينبغي على المشرع أن يضع الحد الأدنى لمنح الترخيص بالزواج على غرار بعض الدول العربية⁸.

¹ - وهي نفسها المسماة شروط في الأمر. 02/05 ما عدى ركن الرضا.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 158.

³ - أنظر، محمد بن عثيمين، شرح العقيدة السفارينية، ط.1، دار بن الجوزي، مصر، 2005، ص . 254.

⁴ - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن و الجزء، م .ج.ع.4، 1999، ص . 79.

⁵ - سعد الشثري، المرجع السابق، ص. 90.

⁶ - أنظر، تشوارجيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، د. م. ج، الجزائر، 2001، ص 53.

⁷ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 158.

⁸ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الإسرية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص 106.

ب/ جزاء تخلف أهلية الزواج: تنص المادة 82 من ق أ : "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من ق م تعتبر جميع تصرفاته باطله"، و سن التمييز في القانون المدني ثلاثة عشرة سنة، فكل من لم يبلغ هذه السن فتعتبر كل تصرفاته باطلة، فإذا تزوج من لم يبلغ سن الثالثة عشرة سنة كان زواجه باطل، إلا أن الإشكال يثور في حالة الزواج العرفي، فقد تتزوج الفتاة دون السن القانونية -المذكورة-.

و الإشكال يثور كذلك فيمن بلغ الثالثة عشرة سنة ولم يحصل على ترخيص أو حصل على ترخيص مزور ومع ذلك تزوج، فهل الزواج هذا صحيح؟ - خاصة أن المشرع يعترف بالزواج العرفي في المادة 22 من ق أ- لقد تضاربت الآراء الفقهية هنا على النحو التالي:

1-الرأي الأول: إن المشرع في المادة 9 مكرر من ق أ نص أنه " يجب " من أن تتوفر شروط صحة الزواج، و ذكر منها الأهلية، وعندما يصرح المشرع أنه يجب يعني أن القاعدة القانونية هنا آمرة تدخل في النظام العام، و هذا ما يتفق مع نص المادة 45 من ق م، و لا نتصور رضا بدون أهلية، ولما كان تخلف الرضا يوجب البطلان، فبتالي يعتبر الزواج باطلا¹. والنقد الموجه إلى هذا الرأي أنه جعل جزاء تخلف الركن الذي هو الرضا هو نفسه جزاء تخلف الشرط الذي هو الأهلية، وتخلف الرضا يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا أما نقصان الأهلية - حسب القواعد العامة في المادة 101 من ق أ- يجعل العقد قابلا للإبطال.

2-الرأي الثاني: يقول أصحاب هذا الرأي أن جزاء تخلف الأهلية نص عليه قانون 29 جوان 1963، إذ تنص المادة 3 منه على أنه: " يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على إخلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب"².

يقول عبد العزيز سعد: "... لهذا فإننا نعتقد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 224/63 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف أهلية الزواج"³.

و النقد الموجه إلى هذا الرأي أنه جعل تطبيق نصوص قانونية على نصوص قانونية أخرى تختلف عنها من حيث الأساس، فالسن القانونية للزواج تختلف في قانون 1963 عن قانون 1984⁴، وكذا عن الأمر 02/05⁵. فكيف تطبق القواعد الموجودة في قانون 1963 على القواعد الموجودة في قانون 11/84 والأمر 02/05؟، كما أنه وطبقا للقواعد العامة و نص المادة 2-2 من ق م نجد أن قانون رقم 224/63 قد ألغي ضمنا بالقانون 11/84 إذ أن هذا الأخير قد نظم من جديد الموضوع نفسه الذي تطرق إليه قانون 224/63.

¹- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص 61.

²- أنظر، القانون رقم. 224/63، الصادر في. 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج وتسجيله، ج.ر، ع، 44، 1963.

³- أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

⁴- أنظر، القانون 11/84.

⁵- أنظر، الأمر 02/05.

3-الرأي الثالث: قالوا إن المشرع في التعديل الجديد- أي الأمر 02/05 فرق بين الأهلية والرضا، و لقد ذكر تخلف الرضا وكذا جزاء تخلف الشروط كلها إلا شرط الأهلية، وبالتالي لزم علينا الرجوع إلى المادة 222 من ق أ التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .".

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى صحة زواج الصغيرة¹، لما ثبت أن أبي بن كعب قال²: يا رسول الله أن ناسا يقولون قد بقي من النساء من لم يذكر فيهن شيء : الصغار وذوات الحمل فنزلت: " وَاللَّائِي يَتَسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ"³.

و عليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول وبعده، و من الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من ق أ⁴.

و لعل الرأي الذي يقترّب من الصواب هو الرأي الثالث، ذلك أن المشرع كما هو ظاهر لم يغفل عن جزاء تخلف الترخيص عن سهو منه بل قصد عمدا أن لا يضع لتخلف الترخيص القضائي - هنا - جزاء، ذلك أنه يدرك أنه لو وضع جزاء له سيصطدم مع مشكلة الزواج العربي، بل سيساهم في تفشي هذه المشكلة⁵.

الفرع الثاني: الولاية في تزويج المرأة الراشدة

تنص المادة 1/11 من ق.أ: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

قال عبد القادر بن داود: "وهذا من صميم الفقه المالكي.."⁶، واستشهد بقول عبد الرحمن الجزيري: "المالكية قالوا إذا وجد أولياء أقرب وأبعد صح عقد بالولي الأبعد مع وجود الأقرب.."⁷، لكن أغفل قول المؤلف فيما بعد: "ولكن هذا في الولي غير المحبر، أما الولي المحبر فإنه لا يصح أن يباشر العقد غيره مع وجوده سواء كان المحبر أبا أو وصيا أو مالكا إلا في حالة واحدة، وهي أن يكون لذلك المحبر أب أو أخ أو ابن أو جد وقد فوض لهم أو لواحد منهم النظر في أموره..."⁸.

¹ - أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.4، ص 285.

² - أبو عبد الله الحاكم، المرجع السابق، ج. 2، ر. ح. 3878، ص 579.

³ - سورة الطلاق، الآية 4.

⁴ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 430.

⁵ - بداوي على، المرجع السابق، ص 31.

⁶ - انظر، عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خ، د.س، ص.85.

⁷ - انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.3، ط.1، دار الغد الجديد، مصر، 2015، ص.832.

⁸ - عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ج.3، ص.832.

ومما استشهد به قول ابن رشد في البداية والنهاية أنه: " ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك"¹، وأغفل قول ابن رشد قبلها: "فذهب مالك إلى أنه لا نكاح إلا بولي و أنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه"²، وأغفل كذلك قول بن الجزري المالكي أنه: " لا خلاف في المذهب في فسخ إنكاح غير الأب مع حضوره إلا إذا عقد الأخ نكاح أخته البكر بغير إذن أبيها فإن كان هو القائم بأمر أبيه جاز إن أجاز الأب"³.

فمن يقول لغير الشريفة إنكاح نفسها بولاية غير الأب يرى أن للأب أن يفسخ النكاح إذا لم يجزه، فعلى من يدعي العمل بهذا القول أن يأخذ بكفه لا ببعضه مما يميل إليه.

فالمشرع هنا ومن يميل إلى ما ذهب إليه يقسم في الولاية المرأة إلى راشدة وصغيرة على مذهب أبي حنيفة⁴، ثم يميز يميز استخلاف المرأة غير وليها على قول شاذ من المالكية ولا يأخذ بكل ما ورد في هذا الرأي بأكمله، فهل هذا إلا تتبعاً مذبذباً للرخص التي نهي العلماء عنه، قال الأوزاعي: "من أخذ بنوادير العلماء خرج عن الإسلام"⁵، وقال إسماعيل القاضي: "من جمع زلل العلماء ثم أخذ بما ذهب دينه"⁶.

يجدر التنبيه هنا إلى ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 23 جانفي 2001 أنه: "و بما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"⁷، قال العربي بلحاج: "ظاهر من هذا هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا أخذت بقول الحنفية على صحة انفراد المرأة البالغة العاقلة"⁸، وفي هذا الكلام نظر فإن

¹ - محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.2، ص.9.

² - محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، نفس المرجع، ج.2، ص.8.

³ - محمد بن الجزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص.134.

⁴ - انظر المادة 44 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة. (محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، بعناية. بسام الجابي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2007، ص.36.

⁵ - أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.10، كتاب الشهادات، باب ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، ر.ح.20918، ص.356.

⁶ - أخرجه البيهقي عن أبي العباس ابن سريج قال: سمعت إسماعيل بن اسحاق القاضي يقول: دخلت على المعتضد فدفعت إلي كتابا نظرت فيه وكان قد جمع له الرخص من زلل العلماء وما احتج به كل منهم لنفسه فقلت له: يا أمير المؤمنين مصنف هذا الكتاب زنديق، فقال: لم تصح هذه الأحاديث؟ قلت: الأحاديث على ما رويت، ولكن من أباح المسكر لم يباح المتعة، ومن أباح المتعة لم يباح الغناء وما من عالم إلا وله زلة ومن جمع زلل العلماء ثم أخذ بما ذهب دينه. فأمر المعتضد فأحرق ذلك الكتاب. (أحمد البيهقي، السنن الكبرى، نفس المرجع، ج.10، كتاب الشهادات، باب ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، ر.ح.20921، ص.356.

⁷ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في 23/01/2001، ملف رقم.253366، م.ق، ع.2، 2002، ص.440.

⁸ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.322.

فإن الاجتهاد المذكور لم يزد على أنه طبق ما كان منصوصا عليه في قانون الأسرة قبل التعديل، إذ كان ينص على أنه يثبت عقد الزواج بعد الدخول بصداد المثل إذا احتل ركن واحد ويظل إذا احتل أكثر من ركن¹.

وواضح هذا الأمر من منطوق القرار المذكور إذ جاء فيه: "حيث أنه فعلا بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع استمعوا إلى شهود أثبتوا في شهادتهم أن الزواج العربي تم بين الطرفين برضاها وعلى صدق حدد مقداره أمام إمام المسجد، وأن الزوجة ناقشت بنود عقد الزواج بنفسها دون حضور والي عليها وأمام هذا فقضاء الموضوع برفض دعوى المدعية الرامية لإثبات الزواج العربي يعتبر من غير أساس قانوني مادام الدخول قد تم ونتج عن الزواج بنتا تسمى (ح) وذلك تأسيسا على المادة 33 من ق.أ في نصها يثبت الزواج بعد الدخول بصداد المثل إذا احتل ركن واحد"، ثم أضاف القرار أنه: "وما دام ركن الوالي هو وحده المختل فإن الزواج يثبت بعد الدخول.."، إذا فلا يقال أن القرار هو من أخذ بمذهب أبي حنيفة بل النص القانوني.

قال بلحاج العربي: "لا يوجد نص ثابت الورد وصریح الدلالة في الشريعة الإسلامية يجعل الولاية على المرأة شرط في عقد الزواج"²، وفي هذا الكلام نظر إذ لو صح لم يذهب جمهور العلماء إلى اشتراط الوالي، قال الترمذي: "والعمل في هذا الباب على حديث النبي صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي) عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم، وهكذا روي عن بعض فقهاء التابعين أنهم قالوا لا نكاح إلا بولي، منهم سعيد بن المسيب والحسن البصري وشريح وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، وبهذا يقول سفيان الثوري والأوزاعي وعبد الله بن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق"³. ورأي السادة الحنفية وإن كان مرجوحا إلا أنه محترم مبني على نظر واعتبار ومراعاة المصالح، أما ما ذهب إليه المشرع في المادة 1/11 من ق.أ فمخالف للشريعة الإسلامية وما تعارف عليه الناس في المجتمع الجزائري.

قالت دليلة فركوس: "إنفرد المقنن الجزائري بالحكم الوارد في هذا النص، لا سيما في العبارة الأخيرة من هذه الفقرة، إذ لا أصل لها في الشريعة الإسلامية، فلا يعقل أن تساوي علاقة الأب بابنته أو أحد الأقارب بقريته مع أي شخص آخر تختاره المرأة بمناسبة عقد زواجها"⁴، قال جيلالي تشوار: "لم يقل بهذا أي مذهب من المذاهب، حتى المذهب الحنفي الذي يعطي للمرأة أن تتزوج بغير ولي لكن أعطى للأب حق الاعتراض"⁵.

¹ - المادة 33 من القانون 11/84 قبل التعديل.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 325.

³ - محمد الترمذي، سنن الترمذي، طبعة دار ابن الجوزي، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ص. 209.

⁴ - دليلة فركوس، المرجع السابق، ص. 114.

⁵ - انظر، الجيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، تلمسان، السنة الجامعية. 2006/2005.

وادعاء أن بعض المالكية يرون الزواج بدون ولي ادعاء خاطئ عن مالك، قال الرامفوري: "هذا النقل عنه غلط، والصحيح عنه أن الزانية إن زوجها الجار أو غيره ليس بولي جاز"¹.

قال العربي بلحاج: "المرأة الراشدة هي ولية على نفسها تتولى إدارة أموالها وشؤونها بنفسها فأولى أن نترك لها مسألة اختيار الزوج"²، وهذا الكلام فيه نظر رد عليه القراني المالكي صاحب الفروق بقوله: "تصرفها في نفسها مع غلبة شهوتها يخشى منه العار عليها وعلى أوليائها، يأخذها غير الكفو، وهي مفسدة تدوم على الأيام بخلاف المال فيكون الحجر عليها أولى من الحجر على السفية في ماله"³، وما قاله القراني ملموس في واقع الناس اليوم، فكم من بنت لم تأبه بوليها فلما عاينت الأمر بعد الزواج بان لها فضاة ما اقترفت، إذ النساء لا يعلمن بحال الرجال، ولا يعلم حال الرجال إلا الرجال، فكم من كذوب غشوم صور نفسه ملكا وديعا، كما قال تعالى: {وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ وَإِنْ يَقُولُوا تَسْمَعُ لِقَوْلِهِمْ كَأَنَّهِمْ خُشْبٌ مُسْنَدَةٌ}⁴، وقال تعالى: {وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَىٰ مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ}⁵.

والشريعة لم تقرر الولاية وصاية على إرادة المرأة، بل قررت الولاية حماية ومساندة لها وتكريما وتشريفا لمقامها إذ تطلب من أبيها، حتى يدرك الراغب لها أنها ليست بسهولة المنال، بل وراءها الرجال فيحتاط لأمره، ويعلم أنه عليه الحذر من تضييعها.

والغريب أن هناك من قال أن المصلحة من جعل الولاية فيما يتعلق بالمرأة البالغة على هذا النحو لأجل رفع الحرج عنها⁶، إذ كان لها لها أن تقاضي أبها إذا منعها من الزواج⁷، والجواب على هذا القول أن هذه المصلحة ملغاة لعدة وجوه منها أن قهر الأب بزواج ابنته بإذن القاضي دون رضاه أهون من قهره إذا تولى تزويجها واحد من عامة الناس دون إذنه هذا من جهة، ولا يختلف الحرج الواقع على المرأة سواء قاضت أبها لتتزوج ممن منعها منه وبين حرجها إذا تخطته إلى غيره فزوجها هذا من جهة أخرى.

والظاهر أن المشرع الجزائري في ولاية تزويج البالغة لم يراعي لا الفقه الإسلامي ولا حتى الأعراف الجزائرية، بل كان فعل ذلك للضغوطات الدولية وكذا لتلميع الصورة أمام المجتمع الدولي، فقد صادقت الدولة الجزائرية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1996⁸، أي في قلب أحداث العشرية السوداء التي فرضت حصارا على الجزائر.

¹ - محمد الرامفوري، المرجع السابق، ج.4، ص.575.

² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.322.

³ - أحمد القراني، المرجع السابق، ج.4، ص.201.

⁴ - سورة المنافقون، الآية.04.

⁵ - سورة البقرة، الآية.204.

⁶ - عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص.86.

⁷ - كانت المادة 1/12 من ق.أ. تنص على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"، هذه المادة ألغيت بموجب الأمر 02/05.

⁸ - أنظر، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، و لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 03/96، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج.ر، ع.3، المؤرخة في 14/01/1996.

لذا كان لزاما على المشرع حينها أن يزيل هذا الحصار بإعطاء صورة متفتحة عن الجزائر، فأثرت السياسة كثيرا على القوانين، ومن هنا تم تسييس قانون الأسرة وذلك بموجب تعديل 2005، الذي كان ليًا للنصوص القانونية حتى تقارب نص المادة 16 من اتفاقية جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹، ويمكن القول أن القانون رقم 11/84 بكل نصوصه كان أفضل بكثير مما أحدث فيه بالتعديل المسمى الأمر رقم 02/05.

قائمة المراجع

- 01- أحمد البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عطا، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 02- أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.
- 03- أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، ط.1، دار الفكر، مصر، 1979.
- 04- أحمد القراني، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 05- أحمد الحصص، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق عبد الله نذير أحمد، ط.2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1996.
- 06- انظر، أحمد بن حنبل، المسند، شرح ووضع فهارسه حمزة أحمد الزين، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 1995.
- 07- إسماعيل الجوهري، الصحاح تاج العربية و صحاح العربية، راجعه محمد تامر وأنس محمد الشامي و زكرياء جابر أحمد، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2009.
- 08- أسامة مسعود، الإكراه في عقد الزواج، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- 09- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 10- جيلالي تشوار، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، د. م. ج، الجزائر، 2001.
- 11- جيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، تلمسان، السنة الجامعية 2005/2006.
- 12- جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء، م. ج. ع. 4، 1999.
- 13- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الإسرية في بعض مسائل الزواج ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، ع.10، 2010.
- 14- دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
- 15- زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002.
- 16- سعد الشري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010.
- 17- سليمان أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، إعداد و تعليق. عزت عبيد الدعاس و عادل السيد، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1997.
- 18- سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
- 19- سليمان بن الجارود، مسند أبي دود الطيبالسي، تحقيق محمد التركي، ط.1، دار هجر، جيزة.
- 20- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2000.
- 21- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار البعث، الجزائر، 1989.

¹ - تنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة... ب/ نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل...".

- 22- عبد الله بن قدامه، المغني، تحقيق. عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997.
- 23- عبد الله بن الجارود، كتاب المنتقى من السنن المسندة، ط.1، مطبعة الفيض الكريم، حيدر آباد، الهند، 1306هـ.
- 24- عبد الله بن أبي شيبة، مصنف بن أبي شيبة، تحقيق. حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد اللحيان، ط.1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004.
- 25- عبد الله بن عدي، الكامل في الضعفاء، تحقيق. مازن السرساري، ج.6، مكتبة الرشد، مصر، 2012.
- 26- عبد الله الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق. حسين الداراني، ط.1، دار المغني، الرياض، 2000.
- 27- انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.3، ط.1، دار الغد الجديد، مصر، 2015.
- 28- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خ، د.س.
- 29- عبد الوهاب المالكي، الإشراف على نكت الخلاف، تحقيق. مشهور آل سلمان، ط.1، دار ابن عفان، مصر، 2008.
- 30- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق. علي معوض و عادل عبد الموجود، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 31- علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه و صححه. محمد شاهين، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 32- علي بن بلبان، صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، حققه. شعيب الأرنؤوط، ج.9، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- 33- علي الدارقطني، سنن الدارقطني، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004.
- 34- علي بن عساکر، تاريخ مدينة دمشق، دراسة و تحقيق. عمر العمري، ط.1، دار الفكر، لبنان، 1995.
- 35- مالك بن أنس، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2002.
- 36- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 37- محمد الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979.
- 39- محمد بن الجزري، القوانين الفقهية، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- 40- محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982.
- 41- محمد النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد، السعودية، 2012.
- 42- محمد الشريبي، مغني المحتاج، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958.
- 43- محمد الشريف التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، خرج أحاديثه وعلق عليه. مصطفى الشيخ مصطفى، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، 2008.
- 44- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، ط.1، دار اليازوري، الأردن، 2010.
- 45- محمد بن المنذر، الإجماع، ط.2، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، 1999.
- 46- محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ط.خاصة، دار عالم الكتب، السعودية، 2003.
- 47- محمد البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2008.
- 48- محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ط.1، دار الحرمين، القاهرة، 1997.
- 49- محمد بن عثيمين، شرح العقيدة السفارينية، ط.1، دار ابن الجوزي، مصر، 2005.
- 50- محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير، حققه. بشار عواد معروف، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996.
- 51- محمد بن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، حققه و خرج أحاديثه و علق عليه. بشار عواد معروف، ط.1، دار الجيل، بيروت، 1998.
- 52- محمد قدری باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، بعناية. بسام الجاي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2007.
- 53- محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر بن عاصم، ضبطه و صححه. محمد شاهين، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.

- 54- محمد البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ط.2، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1991.
- 55- محمد الغزالي، الوحي في فقه الإمام الشافعي، ط.1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، 1997.
- 56- محمد الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، راجعه. عبد الستار أبو غدة ومحمد الأشقر، ج.4، ط.1، دار الصفوة، القاهرة، 1988.
- 57- محمد العيني، الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.574.
- 58- محمد الرمفوري، البناية في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 59- محمد بن إدريس، الأم، حققه. رفعت عبد المطلب، ط.1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2005.
- 60- محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، قسم الشريعة، باتنة، 2009.
- 61- منصور البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط.1، مؤسسة الرسالة، السعودية، د.س.
- 62- نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، ط.1، دار الشروق، مصر، 2002.
- 63- نضال أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- 64- يوسف بن عبد البر، الإستذكار، ج.17، دار قتيبة، بيروت، 1993.
- 65- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، و لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 03/96، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج.ر، ع.3، المؤرخة في 14/01/1996.
- 66- القانون رقم. 224/63، الصادر في. 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج وتسجيله، ج.ر، ع.44، 1963.
- 67- القانون. 11/84، المؤرخ في. 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في. 12/06/1984.
- 68- الأمر. 02/05، المؤرخ في 27/02/2005، المتضمن تعديل و تميم القانون 11/84، المؤرخ في 09/06/1984، و المشتمل على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في 27/02/2005.