

ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة

الجزائري

د. عبد الحفيظ بقة

جامعة المسيلة

ملخص:

تعتبر الولاية من المسائل الخلافية في الزواج، رغم أن جمهور الفقهاء لا يقر زواجا دون ولي بالغ عاقل مسلم، يعرف الكفاء من الناس ليزوجه من في ولايته، ويكون حريصا على مصلحتها ومستعدا لتحمل توابع هذا الزواج خاصة في حالة فشله.

ولقد جاء هذا البحث ليوقف على حقيقة الولاية في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري، الذي انحرف بمقتضى المادة 11 عن الغرض من وجود الولي في عقد الزواج عندما أسند الولاية لأي شخص تختاره المرأة، فأصبحت هذه المادة تلوح بنشر الفتنة وتقويض قواعد التماسك الأسري في حالة عدم تدخل المشرع لتعديلها أو تدخل المحكمة العليا لتطبيقها على أساس ترتيبها لا تخيري.

Résumé :

La tutelle est l'une des questions litigieuses dans le mariage, même si la majorité des savants ne reconnaît pas un mariage sans un tuteur, adulte, sain d'esprit, musulman, qui peut connaître la personne compétente parmi les gens et réagit au mieux de l'intérêt de celui qui est sous sa tutelle, et prêt à assumer les conséquences, surtout dans le cas de l'échec de ce mariage.

Cette étude base sur la réalité de la tutelle dans le droit musulman et dans le Code de la famille algérien, qui a dévié selon l'article 11 le but d'avoir un tuteur dans l'acte de mariage quand il a conféré cette tutelle à toute personne choisie par la femme, alors cet article est devenu un moyen de répandre la sédition et réduire les règles de la cohésion de la famille dans le cas de non-ingérence du pouvoir législatif pour modifier cet article ou l'intervention de la Cour suprême, pour que son application soit sur une base graduelle et pas optionnelle.

مقدمة:

الزواج نظام إلهي شرعه الله سبحانه وتعالى لمصلحة البشرية قصد تحقيق أهداف سامية تجمع بين حفظ الدين، النفس، النسل، النسب والعرض، وهو ما أشارت إليه المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

وقد أحاط الشارع الكريم هذا العقد بهالة من التقديس فسماه الميثاق الغليظ وخصه بعناية كبيرة لم تتوفر في غيره من العقود، ووضع الأسس التي يقوم عليها وبيّن أركانه وشروطه، ويكاد أن يكون إجماع فقهي حول هذه الأركان والشروط، وتتمثل هذه الأركان عادة في الولي، الصداق، الصيغة وهي الإيجاب والقبول المعبران عن التراضي، الشاهدان وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، إلا أن الأحناف قصرُوا أركان عقد الزواج على الصيغة، واعتبروا بقية الأركان شروط صحة، وهناك من الأحناف من أنكر شرط الولي متى عقدت المرأة مع كفاء (رواية الحسن عن أبي حنيفة ورواية أبي يوسف).

وتطبيقاً للمذهب المالكي السائد في المغرب العربي حدّد قانون الأسرة 84-11 أركان الزواج بمقتضى المادة 09 قبل تعديلها وهي الرضا، الولي، الشاهدان والصداق، وبمقتضى الأمر 05-02 تم تعديل قانون الأسرة فأصبحت الأركان المذكورة شروطاً ماعداً ركن التراضي، وأصبح بإمكان المرأة بمقتضى المادة 11 المعدلة أن تعقد زواجها بنفسها وتختار وليها من غير أبيها أو أحد أقاربها، وهو ما يفتح المجال على كل الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة، كأن تتخذ من صديقها أو زميلها أو جارها ولياً، وهذا ما يتنافى مع دور الولي ومقاصده في الشريعة الإسلامية، فهل ألغت المادة 11 المعدلة ركن الولي أم أنها أعطت بدائل لولاية الأب؟ وهل في إلغاء الولي تحرير للمرأة وترقيتها أم إهانة واحتقار لها؟

وقد اعتبر البعض هذا التعديل انحرافاً عن المذهب المالكي نحو مذاهب أخرى التي لا تشترط الولي عند زواج الراشدة قاصدين بذلك المذهب الحنفي، وحتى وإن سلّمنا بهذا الطرح فإن المذهب الحنفي بعدم اشتراطه للولي يشترط توافر شرطين أساسيين بغياهما يمكن للولي فسخ هذا الزواج وهما مهر المثل والكفاءة، فأين هو المشرع الجزائري من المذهب الحنفي؟

كس الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

وإذا اعتبرنا حضور الولي في عقد الزواج هو نقل رغبة المرأة وإرادتها إلى مجلس العقد على اعتبار أن حياءها يمنعها من حضور مجلس الرجال فإن هذا الحضور لا يكتف بأنة ولاية، بل هو نيابة اتفاقية يمكن لأي كان أن ينوب عنها في هذا المجلس حتى وإن كان غريبا عنها ولا صلة له بالولاية، وإذا اعتبرناها ولاية فهل تصح ولاية غير القريب في وجود أقاربها؟

أليس من الظلم أن تسند ولاية المرأة في الزواج إلى شخص غريب قد لا يكون حريصا على مصالحها وقد يتسبب في ضياع حقوقها، وقد يتبرأ منها في حالة فشل هذه العلاقة، مع أن الولاية على النفس تقتضي أن يتولاها الأب أو الجد باعتبارهما أكثر رحمة ورأفة ثم الأقرب فالأقرب من العصابات؟

أليس من شأن هذه المادة أن تنتشر الفتنة وتقوض قواعد التماسك الأسري والاجتماعي إذا لم يتدخل المشرع الجزائري لتعديلها وحذف عبارة "أو أي شخص آخر تختاره"؟

وفي حالة عدم تدخل المشرع لحسم هذا الأمر، أليس من الأخرى على المحكمة العليا أن تتدخل - باعتبارها الهيئة التي تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي في الجزائر وفقا لنص المادة 152 من الدستور الجزائري- وذلك بأن تجعل تطبيق المادة 11 يكون على أساس ترتيبه لا تخيري؟

وللإجابة على الإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري يتعين علينا أن نعرّج أولا على ركن الولي في الشريعة الإسلامية وموقف الفقه من مسألة اشتراط الولي في عقد الزواج من عدمه، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول: الولي في عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم الولاية

المطلب الثاني: حكم الولاية ومراتب الأولياء

المبحث الثاني: الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من مسألة وجود الولي أثناء إبرام العقد.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من مراتب الأولياء وفقا للمادة 11 ق أ.

المبحث الأول

الولي في عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية

تعتبر الولاية في عقد الزواج من المسائل المختلف فيها فقها، غير أن أغلب الفقهاء اعتبروا الولي ركنا من أركان عقد الزواج، في حين اعتبره البعض منهم شرطا فقط، أما الأحناف فقد أجازوا للمرأة أن تزوج نفسها ولكن وفق ضوابط شرعية محددة، وعليه سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم الولاية في المطلب الأول، ثم حكم الولاية ومراتبها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم الولاية

للقوف على مفهوم الولاية يتعين تعريفها لغة واصطلاحا في الفرع الأول، ثم تبيان أنواعها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف الولاية

الولاية لغة (بكسر الواو) تعني النصر والنسب،¹ وتعني أيضا الخطة والإمارة والسلطان،² ومنه ولي اليتيم وهو من يتولى أمره ويقوم بكفايته.

أما من الناحية الاصطلاحية فتعني القدرة على إنشاء العقود والتصرفات بحيث تكون نافذة غير متوقفة على إجازة أحد³، وهي سلطة شرعية يتمكن بها الولي شرعا من مباشرة العقود وترتيب أحكامها عليها من غير توقف على رضا أحد.

وعلى هذا فالولاية بمعناها العام هي: "سلطة يملك بها الإنسان القيام على شؤون غيره، ويدخل في هذا التعريف الولاية العامة وهي ولاية السلطان على الأمة، فإنه نائب عنهم شرعا لرعاية مصالحهم بمقتضى شريعة ربهم، كما يدخل في هذا التعريف الولاية الخاصة كولاية الرجل على أولاده لتربيتهم وتزويجهم وحفظ أموالهم."⁴

ومن خلال هذه التعريفات يتضح أن الولاية في الاصطلاح الشرعي تنقسم إلى قسمين ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه، أما الولاية المتعدية فهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ لغيره.⁵

كأنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجنائري

والولاية المتعدية أيضا قسمان، ولاية على المال وولاية على النفس، والولاية على الزواج من باب الولاية على النفس.⁶

والولاية على النفس تشمل مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه، وهي بهذا المعنى سلطة يملكها الولي على المولى عليه تخول له الحق في تزويجه وتعليمه وتأديبه وتطبيبه والعناية به في كل ما تحتاجه نفسه ما دام تحت الولاية شاء المولى عليه ذلك أم أبى، توفيراً لمصلحة المولى عليه نفسه، فيدخل فيها الولاية الخاصة بالزواج،⁷ والتي عرّفها الدكتور عوض بن رجاء العوفي بأنها: " سلطة شرعية لعصبة نسب أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلاً لعقده".⁸

أما الفقيه المالكي ابن عرفة فقد عرّف الولي بأنه من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام.⁹

الفرع الثاني

أنواع الولاية

تنقسم ولاية التزويج إلى ثلاثة أقسام هي: ولاية الإيجاب، ولاية النذب وولاية الشركة.

أولاً: ولاية الإيجاب، وتعني أن الولي هو الذي ينفرد برأيه في تزويج من هي تحت ولايته دون أن يكون للفتاة حق الرفض والاعتراض.¹⁰

ثانياً: ولاية النذب أو الاستحباب، وتعني أن المرأة يستحب لها أن تأذن لوليها بأن يزوجه، أي هو الذي يباشر عقد تزويجها بإذنها وموافقتها.¹¹

ثالثاً: ولاية الشركة، وتسمى عند المالكية بولاية الاختيار،¹² وتعني أنه لا بد من اشتراك الولي ومن في ولايته في الرضا بالزواج، فلا ينفرد الولي ولا يستبد بتزويج من في ولايته كما في ولاية الإيجاب، بل لابد من رضا موليته وإذنها في الزواج، وينفرد الولي بتولي العقد أو الصيغة، أي هو الذي ينشئ بعبارته عقد الزواج عليها.¹³

المطلب الثاني

حكم الولاية ومراتب الأولياء

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الولاية لزواج الرجل إن كان بالغاً عاقلاً، لكنهم اختلفوا في تزويج المرأة البالغة العاقلة، وانقسموا بين مشترط وغير مشترط فما حكم الولاية في المذاهب الفقهية؟

كأنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

وما حكم زواج المرأة دون ولي ؟ هذا ما سنتناوله في الفرع الأول، كما اختلف الفقهاء في ترتيب الأولياء فما هو الترتيب الذي انتهجه كل مذهب؟ وهل تصح ولاية غير القريب في وجود الأقارب؟ وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

حكم الولاية

إن الفقهاء في مسألة اشتراط الولي في عقد الزواج على قولين:

القول الأول لجمهور الفقهاء، ومفاده أن الزواج لا يصح إلا بولي، وليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، وليس لها أن توكل غير وليها في إبرام عقد زواجها، فإن فعلت فزواجها باطل،¹⁴ وأدلة الجمهور في ذلك قوله تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ " (البقرة 232)، وهذا الخطاب موجه للأولياء، ولو لم يكن لهم الحق في الولاية لما نهاهم الله عن العضل،¹⁵ وقوله تعالى " وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا "، وهذا الخطاب أيضا موجه للأولياء، وقوله تعالى: "فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ " (النساء 25)، فالآية تخاطب الرجال وتشتراط إذنهم، وكذا قوله تعالى " وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ " (النور 32)، فالخطاب كذلك في هذه الآية موجه للرجال،¹⁶ كما استدل جمهور الفقهاء بما ورد في السنة النبوية من أحاديث حول شرط الولي أهمها:

-الحديث الذي رواه الزهري عن عروة عن عائشة (ض) قالت قال رسول الله (ص) "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل".¹⁷

-الحديث الثاني عن أبي عباس (ض) أن النبي (ص) قال: " كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل"¹⁸، إضافة إلى قوله(ص): "لا نكاح إلا بولي"، وقوله (ص): "لا تتكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وإنما الزانية هي التي تتكح نفسها".¹⁹

أما القول الثاني فلا يشترط الولي في عقد الزواج، وتدعيما لرأيهم احتجوا بقوله تعالى: " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ " (البقرة 234)، وهذه الآية تجيز تصرف المرأة في نفسها من غير شرط الولي، ومن الآيات التي يستشهد بها هذا الفريق قوله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ"، ووجه الاستدلال بهذه الآية هو أن الله نهى عن العضل إذا زوجت المرأة نفسها من كفاء، وهذا منهج

كأنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

الأحناف، وللأحناف في استقلال المرأة بالولاية سبع روايات وهي: روايتان عن أبي حنيفة، الأولى مفادها أن البالغة العاقلة يجوز لها مباشرة عقد زواجها وزواج غيرها إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب، والثانية رواية الحسن عنه إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح، وعن أبي يوسف ثلاث روايات: الأولى لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي والثانية رجع إلى الجواز من الكفاء لا من غيره، والثالثة رجع إلى الجواز من الكفاء وغيره، وروايتان عن محمد الأولى أن العقد ينعقد موقوفا على إجازة الولي، وإن لم يجز بطل، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية.²⁰

ويعود سبب اختلاف الفقهاء في ثبوت الولاية من عدمها أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن ذلك أن الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند ممن يشترطها كلها محتملة، وكذا الآيات والأحاديث التي يحتج بها من اشترط إسقاطها هي أيضا محتملة.²¹

الفرع الثاني

مراتب الأولياء

إن مراتب الولاية عند القائلين بها نسب وسلطان ومولى، ومجرد الإسلام عند مالك، غير أن الفقهاء اختلفوا في ترتيب الولاية من النسب، فكل مذهب يرى ترتيبا معيناً، وعليه سنستعرض للترتيب الذي أخذ به كل مذهب.

* فعند المالكية الولاية معتبرة بالتعصيب ماعدا بالنسبة للابن، فالأقرب عصابة أولى بالولاية، وعند الإمام مالك الأبناء أولى بالولاية وإن نزلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب ثم الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط، ثم الأجداد للأب وإن علوا، وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ثم العمومة ثم السلطان.²²

* أما الشافعية فقد خالفوا المالكية في ولاية البنوة فلم يجيزوها أصلا فقدموا الأب ثم الجد ثم أب الجد (أي جد الأب) ثم الأخ لأبوين أو لأب.²³

* أما الأحناف فقد اتفقوا على ثبوت ولاية التزويج للعصابات، لكنهم اختلفوا في ترتيبهم فإذا اجتمع الأب والجد فالأب أولى من الجد والجد أولى من الأخ لأب وأم والأخ أولى من العم، وعند أبي يوسف ومحمد الجد والأب سواء كما في الميراث.²⁴

كأنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

* أما الحنابلة فيرون بأن أحق الناس بتزويج المرأة الحرة هو أبوها ثم أبوه ثم ابنها وابنه ثم أخوها الشقيق فالأخ لأب ثم أولادهم وإن نزلوا ثم عمومة الأب.²⁵

والمسألة المطروحة هنا إذا لم يراع هذا الترتيب فما مصير العقد؟ اختلف فيها قول مالك فمرة يقول النكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة للأقرب أن يجيز أو يفسخ فيما عدا الأب في ابنته، فإن زوجها غير الأب في حضوره فالزواج مفسوخ، وهذا ما قاله الشافعي "لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في البكر ولا في الثيب، وعليه فهل الترتيب حكم شرعي أم ليس بحكم شرعي؟ وإن كان حكما، فهل ذلك من حقوق الولي الأقرب أم حق من حقوق الله؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب، ومن رأى أنه حكم شرعي وحق للولي فهو متوقف على إجازة الولي ومن رأى بأنه حق لله فالنكاح غير منعقد،²⁶ وفي غياب الدلالة القاطعة للولاية فمن المستحسن أن يوكل أمرها لأشفق الأقارب وأحرصهم على مصلحة المرأة مهما كانت درجة قرابتهم فإن اختلفوا ترك الاختيار للمرأة.²⁷

ويشترط في الولي العاقد -كمال الأهلية بالعقل والحرية -الإسلام، -الذكورة، ولو أن الأحناف أجازوا للأب تزويج ابنتها لموفور شفقتها كشفقة الأب-البلوغ وهي مسألة خلافية لكن الأرجح أن يكون الولي بالغاً راشداً -العدالة فاعتبرها الشافعي وأحمد بن حنبل شرطاً لقوله (ص) لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل، أما الأحناف والمالكية فقد أجازوا حتى ولاية الفاسق.²⁸

المبحث الثاني

الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري

رغم ذهاب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج لا يصح إلا بولي، وليس للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها ولا أن توكل غير وليها في تزويجها، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ لا برأي الجمهور ولا برأي الأحناف (المطلب الأول)، أضف إلى ذلك فإن المشرع الجزائري خالف جمهور الفقهاء في ترتيب الأولياء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من وجود الولي أثناء إبرام العقد

بالرجوع إلى المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري الواردة تحت عنوان أركان الزواج نجد أن المشرع الجزائري اعتبر رضا الزوجين هو الركن الوحيد في عقد الزواج، بينما اعتبر بقية الأركان -المعتبرة أركاناً عند جمهور الفقهاء- مجرد شروط، ومنها الولي، وإذا رجعنا إلى المادة 11 منه نجد بأن المشرع قد أعطى للمرأة الراشدة حق إبرام عقد زواجها وبصفة مطلقة، وجعل دور الولي في العقد

كأنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

لا يتعدى الحضور الشرفي، هذا إذا تعلق الأمر بأبيها أو أحد أقاربها، أما إذا تعلق بشخص آخر - كما ورد في المادة - فإنه وحسب رأينا لا يعتبر ولياً أصلاً وإنما يعتبر نائباً أو وكيلاً عنها في إبرام العقد.

وإذا اعتبرناه نائباً أو وكيلاً فإن الزواج قد أبرم دون ولي، وقد سبقت الإشارة إلى أن الزواج لا يصح إلا بولي لقوله (ص) "لا نكاح إلا بولي"، ويقع باطلاً لقوله ص "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"

ومن أسوأ الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة أن تتخذ من صديقها أو زميلها أو جارها ولياً لها، - وهو في حقيقة الأمر - نائب عنها في إبرام العقد وليس ولياً، وهو ما يعد استفزازاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تولي أهمية بالغة وقدسيتها كبيرة لدور الولي في عقود الزواج، ناهيك عما يمكن أن يحدث عند علم الولي الشرعي بزواج ابنته دون علمه ورضاه، وقد حدثت مشاكل واقعية من هذا النوع، ووصل الأمر إلى أروقة المحاكم، ومن بين المشاكل المطروحة أن هناك فتاة زوّجها ابن خالها دون علم أبيها فأراد أبوها الاعتراض على هذا الزواج، وطرح الأمر على محام طالبا منه رفع دعوى إبطال هذا الزواج على أساس انهزام ركن الولي، وبعدما ذكره المحامي بمحتوى المادة 11 من قانون الأسرة وأفهمه بأنه ليس بإمكانه الاعتراض عن هذا الزواج لأنه زواج صحيح بالمفهوم القانوني، باعتبار أن المرأة هي التي تختار وليها دون ترتيب، تأسف كثيراً وبكى ثم قال: "لقد سلبوا مني حقي في الولاية على ابنتي".

وبهذا تكون المرأة - في حالة اتخاذها من صديقها أو زميلها أو جارها ولياً لها - قد تزوجت دون ولي، وما قد ينجر عن ذلك من مفاصد كثيرة تصل إلى الانحراف، ولن يرحمها حتى أهلها، ويقولون لها " هذا رايبك يا زواجة روحها".

وبناء على هذا التساهل من المشرع ضاعت حقوق المرأة وأصبحت غير محمية، فلا تجد الرجل الذي يحميها من هضم حقوقها والاحتتيال عليها.

وليس من الغرابة أن نجد من يستصغر عقل المرأة ويغريها بمعسول الكلام من أجل جرّها بذلك للمستنقعات النجسة مستدلين في ذلك "أن المرأة الجزائرية استطاعت أن تتولى أعلى المناصب، بل وأصبحت لا تختلف عن الرجل في أي شيء، في حين لا تتمتع بالحرية في اتخاذ قرار زواجها - باعتباره أهم محطة مصيرية في حياتها-"²⁹، ويرى فاروق قسنطيني أن الإبقاء على الولي في قانون الأسرة كشرط لإتمام عقود الزواج يمكن أن يعطي صورة سلبية عن الدين الإسلامي عند الغرب !!!!

كأنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

وانطلاقاً من هذا الطرح طالبوا بإسقاط شرط الولي لتغيير النظرة السلبية عن المرأة الجزائرية والمسلمة بصفة عامة عند الغرب. " يريدون بذلك إرضاء الغرب ولو على حساب غضب الرب"، فأبي ميوعة وصلنا إليها بهذا الطرح؟؟؟!!

ونحن نتساءل عن مدى جدية المطالب الداعية إلى إدخال تعديلات إضافية على قانون الأسرة بعد تعديل 2005، وخاصة فيما يتعلق بالولي، أيريدون أن يكون حضور الولي شكلياً أكثر مما هو عليه الآن؟؟؟ علماً أن الولي في ظل قانون الأسرة رقم 84-11 قبل تعديله كان ركناً لا يصح الزواج بدونه، إذ يفسخ العقد قبل الدخول ولا صديق فيه ويبطل في حالة اختلال أكثر من ركن واحد³⁰، إذ يتولى تزويج المرأة أبوها فأحد أقاربها، أي أن الأب هو أولى بتزويج ابنته، فإذا لم يوجد تولى أحد أقاربها ذلك وعلى سبيل الترتيب لوجود عبارة فأحد أقاربها،³¹ وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا - حتى قبل صدور قانون الأسرة- بأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن حضور وليها إلى جانبها هو شرط أساسي وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً يقضي به القاضي من تلقاء نفسه³²، إلا أن تعديل 2005 جعل من الولي شرطاً سورياً وشكلياً، وبذلك تكون المادة 11 من قانون الأسرة قد ألغت شرط الولي ولم تعط بدائل لولاية الأب، لأن البدائل يجب أن تخضع لضوابط شرعية محددة تراعي غياب الولي وتفرق بين الغيبة القريبة والغيبة المنقطعة.

ورغم اختلاف الفقهاء في حالة غياب الولي إلى من تسند الولاية هل للأقرب أم إلى السلطان، إلا أن الراجح ما ذهب إليه الجمهور، حيث يرى أنه في حالة الخشية من أن تتضرر المخطوبة بفوات الكف وتعذر الوصول إلى الولي في غيبته القريبة جاز للسلطان أن يزوج المرأة بغير إذنه،³³ أما إذا كانت غيبة الولي منقطعة فإن الراجح أن يزوجه الولي الأبعد دون السلطان،³⁴ إلا أنه لا يوجد رأي فقهي يقول بأن الولاية تسند لأي شخص تختاره المخطوبة!!.

وباسم حقوق الإنسان ومحاولة لإرضاء الغرب تعالت الأصوات من أجل إلغاء المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة، حتى يتم التماشي مع التصور الذي وضعه الغرب للمرأة في أي بلد، حيث اختصر رئيس اللجنة الوطنية لحماية حقوق الإنسان ركن الولي في أن يُخرج الأب ابنته من بيته تحت برنوسه - كما هو متعارف عليه في عاداتنا وتقاليدينا وهي أقصى سلطة يمارسها الولي - حسب تصوره.³⁵

وحتى وإن تم إلغاء الولي فإن المرأة الجزائرية مازالت محافظة، وبالتالي لا يمكن أن تزوج نفسها دون موافقة وليها وحضوره يوم إبرام عقدها ويوم زفافها، ولا يمكن أن تتحول إلى سلعة رخيصة سهلة المنال وتتنازل عن عزتها وكرامتها التي يفرضها وليها بشروطه عندما يأتي إليه الرجل خاطباً، لا يمكن أن تتنازل عن شرف حضور عقد زواجها أهم شخصيات العائلتين، لا يمكن أن تسمح لنفسها

كنه الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

أن تتعت يوما "بزوجة روحها"، ولا أن يطلق عليها وصف الزانية لقوله ص: " لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها.³⁶

كما أن وجود الولي في عقد الزواج لم يشكل أبدا مشكلة لدى الأسرة الجزائرية، ولا توجد فتاة لا ترغب في حضور أبيها عقد زواجها، وحتى الشاب المقبل على الزواج لا يقبل هو الآخر الزواج من فتاة في معزل عن أهلها.

وعليه فإن إلغاء ركن الولي لا يهدف أبدا إلى رفع كرامة المرأة وترقيتها بل يهدف إلى إهانتها واحتقارها وسلخها عن جلدتها وتركها بلا سند يدعمها أو درع واق يحميها، لأن الولي هو الملجأ الحصين والملاذ الآمن للمرأة في حالة فشل زواجها.

وإذا كان البعض³⁷ قد اعتبر المادة 11 من قانون الأسرة انحرافا عن المذهب المالكي نحو مذاهب أخرى لا تشترط الولي بالنسبة لزواج الراشدة قاصدين بذلك المذهب الحنفي، فإن المذهب الحنفي بريء من هذا الطرح، باعتبار أن أبا حنيفة أجاز للمرأة أن تزوج نفسها بدون إذن وليها، إلا أنه حافظ على حقّ هذا الولي فشدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره، ومنحه حق الاعتراض على هذا الزواج إذا كان المهر دون مهر المثل، ومع ذلك فالروايات مختلفة في المذهب الحنفي، فهناك رواية عن أبي حنيفة وهي ظاهر الرواية مفادها جواز مباشرة الحرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً إلا أنه خلاف المستحب، ورواية الحسن عن أبي حنيفة وهي المختارة للفتوى "إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح" ونقل عن أبي يوسف ثلاث روايات اختلف في ترتيبها فذكر السرخسي أن أبا يوسف قال: لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي، ثم رجع إلى الجواز مع الكفاء لا من غيره، وليس لأحد سلطة إجبارها مادامت بالغة عاقلة وإن كان من المستحب أن توكل عنها وليها العاصب في إبرام عقد زواجها³⁸، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً مع الكفاء وغيره، وبالرجوع إلى فتوى حديثة للشيخ الدكتور علي جمعة مفتي الديار المصرية أن المرأة البالغة الراشدة لا ولاية لأحد عليها وفقاً لمذهب أبي حنيفة إذا تزوجت بكفاء وبمهر مثلها، وفي حالة اختلال هذين الشرطين أو أحدهما فالولي الاعتراض على هذا الزواج، وله أن يرفع أمر زواج ابنته بغير كفاء وبغير مهر المثل إلى القاضي ليفسخ زواجها ما لم تكن حملت أو وضعت³⁹، في حين نجد أن المشرع الجزائري قد أسقط شرط الولي ولم يمنح لهذا الأخير أية سلطة تسمح له بفسخ هذا الزواج، فأين هو المشرع الجزائري من المذهب الحنفي؟؟

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من مراتب الأولياء وفقا للمادة 11 ق أ.

إذا كان الفقه الإسلامي قد فصل في مراتب الأولياء رغم الاختلاف المذهبي في ترتيب من هم أحق بالولاية، إلا أن المشرع الجزائري لم يحذو حذو أي مذهب من المذاهب الأربعة، ورغم نصه على أن الولاية للأب إلا أنه جعلها شرفية وشكلية، ولم يمنح للأب دورا فعالا في العقد، بأن جعله هو من يتولى إبرام عقد زواج ابنته بل ركّز على حضوره فقط لنقل رغبة المرأة وإرادتها إلى مجلس العقد على اعتبار أن حياءها يمنعها من حضور مجالس الرجال.

وعندما تكلم المشرع عمّن يمكن أن يحضر مجلس العقد لتمثيل المرأة فيه بدأ بالأب ثم أحد الأقارب أو أي شخص تختاره، وكأنه يريد أن يقول بأن مجلس العقد يجب أن يتكوّن من الرجال فقط على اعتبار أن المرأة حاضرة بمن ينوب عنها أو يمثلها، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يراع أي ترتيب في هؤلاء الأقارب، فهل كان يقصد بالأقارب العصابات أم كل الأقارب بما فيهم ذوي الأرحام. وهل يجوز لذوي الأرحام أن يتولوا زواج المرأة في حضور عصبتها؟ إذا كان الشرع قد أجاب على هذه المسألة وفصل فيها فإن المشرع الجزائري ترك مصطلح الأقارب مبهما، بعيدا أم قريبا، من ذوي العصابات أم من ذوي الأرحام.

ولما أورد عبارة أو أي شخص تختاره يكون بذلك المشرع قد أسقط ركن الولي، وأصبح الشخص الذي تختاره المرأة مجرد وكيل أو نائب يعبر عن إرادتها في مجلس العقد .

خاتمة:

من خلال ما سبق يتضح أن الشريعة الإسلامية قد تطرقت لكل ركن من أركان الزواج نظرا لقدسية هذا العقد ودوره في تكوين الأسرة، ومن بينها ركن الولي الذي يسميه بعض الفقهاء بشرط الولي، واتضح بما لا يدع مجالا للشك بأن المشرع الجزائري بتعديله للمادة 11 من قانون الأسرة بمقتضى الأمر 05-02 يكون قد ألغى ركن الولي في الزواج عندما منح للمرأة الحق في عقد زواجها ولكن عن طريق شخص يمثلها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر، فأصبح الأمر يتعلق بالنيابة الاتفاقية أو الوكالة ولا علاقة له بالولاية.

ويكون المشرع بذلك قد فتح المجال على كل الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة، فنتخذ من أي شخص وليا لها حتى وإن لم تتوفر فيه شروط الولي، وحتى وإن كان غير حريص على

كس الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

مصلحة من ولته، كما اتضح أن المشرع لم ينحرف عن المذهب المالكي نحو المذهب الحنفي، بل انحرف عن كل المذاهب الإسلامية.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ألغى شرط الولي فإنه من غير المعقول أن تطرح مسألة مراتب الأولياء وتزويج المرأة بالولي البعيد مع وجود الولي الأقرب.

وبهذا الصنيع يكون المشرع الجزائري قد هدم الحصن المنيع الذي يمكن أن تلجأ إليه المرأة في حالة فشل زواجها، وهو الاحتماء بوليها.

وعليه نقترح أن يتدخل المشرع لتعديل المادة 11، وذلك بحذف عبارة " أو أي شخص آخر" ويضيف مادة أخرى تضع ترتيبا لاستحقاق الولاية، وعلى المحكمة العليا أن تقوم بدورها الريادي في إطار توحيد الاجتهاد القضائي بأن تصدر اجتهادا يجعل تطبيق المادة 11 على أساس ترتيبى لا تخييري، فلا تتخذ المرأة وليا من أحد أقاربها إلا في حالة وفاة والدها، أو تعذر حضوره بعذر شرعي مقبول، ولا تلجأ إلى شخص غريب أبدا، بل كان من الأجدر أن يتولى هذه المهمة الحاكم أو القاضي لأن القاضي هو ولي من لا ولي له.

قائمة المراجع:

- 1- المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الثالثة والعشرون، دار المشرق، بيروت، 1975.
- 2- الإمام أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د س .
- 3- الخمار البقالي، عضل الولي في بلاد الغرب صوره وأحكامه ومواقف أئمة المساجد والمراكز الإسلامية والقاضي منه، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء المنعقد بتاريخ 07-07-2004 إلى 11-07-2004.
- 4- د/ الشحات ابراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة. د س.
- 5- د/ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 6- د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 7- د/ بن حرز الله عبد القادر ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 8- بولحية نور الدين، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، د س.

كده الولي في عقد الزواج والإشكلات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجنائري

9- جمال سردوك (المحامي) في تحليله للمادة 11 من قانون الأسرة، جريدة الفجر ليوم 2010/05/21.

10- د/ رجاء بن عوض العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1423 هـ

11- علي جمعة محمد، حكم الولي في النكاح، فتوى رقم 1617، مقدمة بتاريخ 2005/06/24 على الموقع الإلكتروني [httpM//alifta.org](http://alifta.org)

12- د/ فراس سعدون فاضل، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح، دراسة فقهية، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، العدد الثاني عشر، 2012.

13- محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1982.

14- محمد على الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مكتبة رحاب الجزائر، 1990

15- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر 15.

¹د/ رجاء بن عوض العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1423 هـ، ص 24.

²المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الثالثة والعشرون، دار المشرق، بيروت، 1975، ص 919.

³الإمام أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د س ص 135، وانظر كذلك: د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 96.

⁴د/ رجاء بن عوض العوفي، المرجع السابق، ص 25.

⁵الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 135.

⁶الخباز البقالي، عضل الولي في بلاد الغرب صورته وأحكامه ومواقف أئمة المساجد والمراكز الإسلامية والقاضي منه، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء المنعقد بتاريخ 07-07-2004 إلى 11-07-2004، ص 04.

⁷المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁸د/ رجاء بن عوض العوفي، المرجع السابق، ص 29.

⁹الخباز البقالي، المرجع السابق، ص 04.

¹⁰المرجع نفسه، ص 05.

¹¹المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

- 12 د/ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 64.
- 13 الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 137.
- 14 د/ فراس سعدون فاضل، غيبة الولي وأثرها في عقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، العدد الثاني عشر، 2012، ص 6.
- 15 الإمام محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت-لبنان، 1982، ص 09.
- 16 محمد على الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مكتبة رحاب الجزائر، 1990، ص 188.
- 17 الإمام محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 09.
- 18 حديث ضعيف رواه البيهقي والدارقطني.
- 19 رواه ابن ماجة والدارقطني، وأورده د/ عبد القادر بن حرز الله، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 56.
- 20 الإمام محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 09، وانظر كذلك، بولحية نور الدين، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، دس، ص 65 وما يليها.
- 21 المرجع نفسه، ص 09.
- 22 الخمار البقالي، المرجع السابق، ص 06، وانظر كذلك، الإمام محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 13.
- 23 الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 141.
- 24 الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 141.
- 25 بولحية نور الدين، المرجع السابق، ص 89.
- 26 الإمام محمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 14.
- 27 بولحية نور الدين، المرجع السابق، ص 84.
- 28 المرجع نفسه، ص 102 وما يليها.
- 29 انظر في ذلك تصريحات رئيس اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان فاروق قسنطيني، مقال منشور بجريدة الفجر يوم 2010/05/21.
- 30 تنص المادة 33 من قانون الأسرة قبل تعديلها " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد."
- 31 تنص المادة 11 من قانون الأسرة 84-11 قبل تعديلها على " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له."
- 32 انظر في ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 7 ديسمبر 1966، غير منشور، أورده د/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 122.
- 33 د/ فراس سعدون فاضل، المرجع السابق، ص 14.
- 34 المرجع نفسه، ص 17.
- 35 فاروق قسنطيني، المرجع السابق، ص 12.
- 36 د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، المرجع السابق، ص 101.

³⁷ انظر في ذلك المحامي جمال سردوك في تحليله للمادة 11 من قانون الأسرة، جريدة الفجر ليوم 2010/05/21.

³⁸ الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 88.

³⁹ د/ علي جمعة محمد، حكم الولي في النكاح، فتوى رقم 1617، مقدمة بتاريخ 2005/06/24 على الموقع

الإلكتروني <http://alifta.org>