

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

*Guardianship in the marriage contract between the supremacy of
divine legislation and the supremacy of positive legislation*

أولال علي حسن*

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد / تلمسان، (الجزائر)

alihassen.oulal@univ-tlemcen.dz

علال أمال

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد / تلمسان، (الجزائر)

berallal@yahoo.fr

تاريخ النشر: 31 / 12 / 2022

تاريخ القبول: 08 / 02 / 2022

تاريخ الاستلام: 31 / 08 / 2021

المخلص:

يعد موضوع الولاية في عقد الزواج من المواضيع الشائكة والمتشعبة، والتي عرفت اختلافات فقهية ارتبطت بتحديد مركز الولي في عقد الزواج بين الركن والشرط، بالإضافة إلى تحديد سلطاته في ترويج من هم في ولايته. وكان لتوجهات المذاهب الفقهية الأثر الواضح في قانون الأسرة الجزائري 84-11.

غير أن تعديل المشرع الجزائري لقانون الأسرة بالأمر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005، تضمن أحكاما دخيلة على المجتمع الجزائري المتمسك بأصالته الإسلامية، وذلك من خلال إغفال دور الولي في عقد الزواج، والذي أصبح مقتصرًا على الحضور في مجلس العقد، دون أن يكون له رأي سواء بالإيجاب أو السلب.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية، الفقه الإسلامي، قانون الأسرة، عقد الزواج، الولاية.

* المؤلف المرسل.

Abstract:

The subject of guardianship in the marriage contract is a thorny and complex one, which defines doctrinal differences associated with the determination of the status of the guardian in the marriage contract between the pillar and the condition, as well as his powers to marry those in his jurisdiction. The trends in doctrine have had a clear impact on Algerian family law 84-11.

However, the Algerian legislature's amendment of the Family Code to the 05-02 Ordinance of 27-02-2005 contains extraneous provisions on Algerian society, which is based on its Islamic origin.

Key Words: *Islamic law, Islamic jurisprudence, family law, marriage contract, guardianship in the marriage contract.*

المقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع واللبنة المحورية لتطوره وتماسكه وصلاحه، وهي تعرف حاليا تحولات وتطورات على المستوى الاجتماعي والسياسي والثقافي والاقتصادي وطنيا وعالميا، مما فرض على المشرع إيجاد حلول قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية، وبين العلاج القانوني لمثل هذه الأوضاع الجديدة وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات. وتبعاً لذلك فإنّ البحث في قضايا الأسرة وأحكامها يعد من المواضيع الفقهيّة والقانونية المتجددة في بعض مسائلها، وهي كذلك من المواضيع الاجتماعية التي كثر الحديث فيها وانهقدت حولها ندوات وملتقيات وطنية ودولية، وصدرت بشأنها البحوث العديدة التي أصبحت مراجع لمعرفة واقع النظام الأسري في حركته وتحولاته بمختلف أنحاء العالم.

فالولاية في عقد الزواج شأنها شأن المواضيع الأخرى، تعتبر من المواضيع الشائكة التي أثارت جدلاً واسعاً لدى رجالات الشريعة والقانون، على أساس أنها تستقي أحكامها من الشريعة الإسلامية. ففي وقت قريب، اعتبر المشرع الجزائري الولي في عقد الزواج بمثابة ركن أساسي لانعقاده، وهذا ما يظهر جلياً من خلال تصفح القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، الذي اعتبره غالبية الفقه انتصاراً للشريعة الإسلامية؛ هذه الأخيرة تعبر عن السيادة الإلهية في تشريع القوانين. في حين ظهرت أصوات تنادي بضرورة مسايرة المشرع لمتطلبات الواقع، وذلك من خلال الانتقال من الأسرة المحافظة إلى الأسرة المتحررة قوامها المساواة الحسابية بين الرجل والمرأة.

ومما سبق فإن الإشكال الرئيسي لهذه الدراسة يتمحور حول مدى تمسك المشرع الأسري الجزائري بالتشريع الإسلامي في تقنينه لأحكام الولاية في عقد الزواج؟

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي

وتتمثل أهداف هذه الدراسة، في التأكيد على المرجعية الشرعية للولي في عقد الزواج، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف المذاهب الفقهية في تحديد طبيعته. ناهيك عن مدى ضرورة مشاركة الولي في زواج من هم في ولايته، لما يملك من الخبرة والمعرفة التي تمكنه من تحقيق مصلحتهم.

بالإضافة إلى توجيه المشرع الجزائري إلى خطورة الوضع الذي قرره بموجب تعديله لقانون الأسرة، والذي من شأنه أن يؤدي إلى تفكك الأسرة الجزائرية.

وبخصوص الدراسات السابقة في موضوع الولاية في عقد الزوج، فإنه من الصعب حصرها في هذا البحث، ذلك أن هذا الموضوع محل نقاش وتجادب منذ عصر الفقهاء المتقدمين، ونجد من روادهم الأئمة الأربعة. أما بالنسبة للفقه المتأخر فكان للإمام محمد أبو زهرة مؤلفا بعنوان الولاية على النفس، الذي لخص فيه أحكام الولاية من كل جوانبها.

أما بخصوص الدراسات القانونية، فقد اعتمدنا على أطروحة دكتوراه من إعداد سمير شيهاني، تحت إشراف الدكتور محمد سعيد جعفر بعنوان: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

ونظرا للأهمية التي يكتسبها موضوع الولاية في عقد الزواج، كان لزاما علينا أن تكون طبيعة الدراسة نقدية، مركبة من عدة مناهج، أهمها المنهج الاستقرائي، الوصفي، التحليلي، وهذا ما سنحاول معالجته من خلال خطة ثنائية، (المطلب الأول) مركز الولي في عقد الزواج، (المطلب الثاني) صلاحيته في تزويج من هم في ولايته.

المطلب الأول: مركز الولي في عقد الزواج

حتى يتسنى لنا تحديد مركز الولي في عقد الزواج، وجب علينا بداية تحديد الإطار المفاهيمي لمسألة الولاية في عقد الزواج (الفرع الأول)، لنستخلص بعد ذلك طبيعة وجود الولي في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج

ويندرج في الماهية مفهوم الولاية (أولا)، وشروطها (ثانيا)، ومراتب الأولياء (ثالثا).

أولا. مفهوم الولاية:

فالولاية في اللغة من ولى، ومن أسماء الله الحسنى: الولي وهو النَّاصِر، فيقول الله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ مِّن دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾¹ وولي الشيء ولايةٌ وولايةٌ، والولي فَعِيلٌ بمعنى فاعِلٌ، من وليه، إذا قام به، ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾، والجمع أولياء، والولاية بالكسر هي المصدر، والولاية بالفتح هي الاسم، وهي المحبة والنصرة، وولي اليتيم هو الذي يقوم بأمره ويتولّى كفايته، وولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه².

أما اصطلاحاً، هي السلطة الشرعية التي تجعل لصاحبها التصرف في شؤون غيره، وهو المعنى الشائع استعماله لدى الفقهاء، بأن جعلوا الولاية بمثابة السلطة التي تمكن الشخص من إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها³. وتكون إما ولاية قاصرة، أي مرتبطة بالشخص نفسه وسببها هو سن الرشد؛ أو ولاية متعديّة إذا كانت السلطة الممنوحة للشخص متعلقة بشؤون غيره كتزويج ابنته أو التصرف في أموال من هم تحت ولايته⁴. وأسباب هذه الولاية عديدة، سواء بالقرابة النسبية كولاية الأب على أولاده، أو قرابة حكمية كولاية المعتق على من أعتقه إذا لم يكن له قريب عاصب، وهي ما تعرف بالولاء؛ بالإضافة إلى الإمامة كولاية الحاكم أو رئيس الدولة أو القضاة، وهذه الأخير تثبت لهم بصفاتهم لا بذواتهم، وهي ما تعرف بالولاية العامة⁵. وتنقسم الولاية المتعدية بدورها إلى قسمين: ولاية على المال، وهي الولاية التي تمنح السلطة للشخص على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير توقفها على إجازة أحد. بينما الولاية على النفس، فتتمثل في القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير توقفه على إجازة أحد⁶.

ومن الناحية القانونية، جاء تعريف الولاية موافقاً للمعنى الاصطلاحي، فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على الإجازة⁷، وبخصوص المشرع الجزائري، فقد نص على الولاية على المال في الباب الثاني بعنوان النيابة الشرعية⁸. أما الولاية على

¹ سورة البقرة، الآية. 107.

² ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، دار المعارف، مصر، ج. 18، د. ط. د. س. ن. ص. 4921.

³ بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ج. 1، ط. 2، 1961، ص. 163.

⁴ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، د. ط. 1994، ص. 107.

⁵ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص. 164.

⁶ فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، العراق، د. ط. 2004، ص. 87.

⁷ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج. 1، ط. 3، 2007، ص. 68.

⁸ وهي السلطة التي قررها المشرع الجزائري للولي أبا كان أو أما، اتجاه أموال القاصر، والتي يكون له بموجبها الإشراف والتصرف في هذه الأموال بما يتماشى ومصلحته، وهو ما تضمنته المادة 88 من قانون الأسرة بقولها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام". بن عزيزة حنان، إشكالية تجاوز الولي

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

النفس التي تتضمن الولاية في عقد الزواج، فقد نص عليها في القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم تحت عنوان الزواج وإنحلاله¹.

وفي هذا المقام، تندرج الولاية على النفس فقط في موضوع دراستنا، في هذا الصدد.

ثانيا. شروط الولي:

تعددت شروط الولي، وهي التكليف، الذكورية والرشد في العقد، والحرية واتفاق الدين²، وهذه شروط لا يكاد فقهاء الشريعة الإسلامية الاختلاف عليها، وتتمثل فيما يلي:

أ. الأهلية الكاملة:

تتحقق أهلية الشخص متى كان مكلفا بالخطاب الشرعي، ويكون ببلوغه بدنا، ورشده عقلا³. وعليه، تسقط عن لا عقل له لافتقاده قوة التمييز بين ما هو نافع وما هو ضار، وتتنقص عن الشخص المميز لقصور فقهه عن إدراك معاني الخطاب⁴، وهذا ما يتأكد مع قول النبي صل الله عليه وسلم: فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: «رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ»⁵.

وعلى هذا الأساس، يكون الشخص أهلا لتولي مصالح غيره متى كان عاقلا بالغا مميزا. وفي حقيقة الأمر ليست هذه المعاني إلا تعبيرا عن مصطلح الرشد، الذي يستعمل عادة لوصف الشخص الذي

حدود سلطاته على أموال القاصر في ظل قصور الجزاءات القانونية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد.4، العدد.1، 2019، ص.224.

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم: 44، 2005.

² صالح بن إبراهيم بن محمد الحصين، الاستدلال المقنع لمسائل زاد المستقنع، دار كنوز للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط.2، 2018، ص.317.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ج.7، ط.1، 2006، ص.135.

⁴ أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد القادر عبد الله العافي، مراجعة: عمر سليمان الأشقر، دار الكتبي والنشر والتوزيع، مصر، ط.2، ج.1، 1994، ص.345.

⁵ أبو داود، سنن أبو داود، تحقيق: صالح بن عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ج.4: كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق، ط.1، 1999، ح.ر: 4398، ص.363. النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.5: كتاب الطلاق: باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ط.1، 1421هـ-2001م، ح.ر: 5596، ص.265. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ب، ج.10: كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، د.ت، ح.ر: 2041، ص.658.

يملك القدرة على الإهتمام والصالح، وإصابة الصواب والإستقامة على طريق الحق وتقدير الفعل الحسن من السيئ¹.

وهو نفس المفهوم المستعمل في التشريع والفقه القانوني بما يعرف بسن الرشد، الذي يرتبط بإرادة الشخص في مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، وإدراكه لإمكانية تحمله التزامات مقابل تحصله على حقوق².

ب. اتحاد الدين:

يقول المولى عز وجل: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾³، ومدلول هذه الآية أنه لا ولاية للكافر على المسلم. والأكثر من ذلك، فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁴. وعليه، فإن اتحاد الدين بين المولى والمولى عليه، ينتج عنه بالضرورة الاتحاد في وجهات النظر بينهما في تقدير المصلحة. والأكثر من ذلك، ترتبط الولاية في عقد الزواج بالميراث بصفة تبعية، فلا ميراث مع اختلاف الدين⁵. غير أنه لا مجال لإعمال هذا الشرط في حالة الولاية العامة للحاكم، والتي تثبت بدورها حتى لرعاياه غير المسلمين⁶.

ج. الذكورة:

تباينت آراء الفقهاء حول مدى ضرورة توافر شرط الذكورة للشخص الذي يتولى عقد الزواج على غيره، حيث يرى الجمهور من المالكية⁷ والشافعية⁸ والحنابلة⁹ بأنها لا تثبت لأنثى، وقد أسسوا هذا التوجه على أساس أنه مادامت الولاية لا تثبت للمرأة على نفسها بالغة كانت أو قاصرة، فأولى ألا تثبت لها على غيرها. أما بالنسبة للحنفية، فقد أثبتوا الولاية للأم وبنت الابن والأخت والعمة وغيرهم من القرابة الوارثين،

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.8، 2005، ص.304.

² عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، د.ط، 2008، ص.111.

³ سورة آل عمران، الآية.28.

⁴ سورة الأنفال، الآية.73.

⁵ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط.4، 1983، ص.274.

⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج.7: الأحوال الشخصية، ط.2، 1985، ص.197.

⁷ حيث يرى المالكية بشرط ذكورية الولي إلى جانب البلوغ والعقل والحرية والإسلام. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات والمهديات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، ج.1، 1988، ص.473.

⁸ وقد استند الشافعية في تأكيدهم على ذكورية الولي لما روي عن بن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال: كَانَتْ عَائِشَةُ تُحْطَبُ إِلَيْهَا الْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِهَا فَتَشْهَدُ فَإِذَا بَقِيََتْ عَقْدَةُ النِّكَاحِ قَالَتْ لِبَعْضِ أَهْلِهَا رَوْحُ فَإِنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَلِي عَقْدَةَ النِّكَاحِ. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر والطباعة والتوزيع، ج.5، ط.1، 2001، ص.12.

⁹ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، ج.5، د.ط، 1403هـ، 1983م، ص.53.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي

شريطة ألا يكن عصابات مع الرجال، وهذا هو المشهور لدى الإمام أبو حنيفة، فالولاية تكون لعامة الأقارب المستحقين للميراث ذكورا كانوا أو إناثا¹.

د. العدالة:

اختلف كذلك في هذا الشرط على رأيين؛ فالأول يرى أن الولاية لا تثبت لغير عادل استنادا لقوله صل الله عليه وسلم: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»²، وفسروا المرشد بالرشيد، والفاقد ليس برشيد، وهذا رأي للشافعية³ والحنابلة⁴ في أحد قوليهما. في حين يرى أبو حنيفة⁵ ومالك⁶ والشافعي⁷ وأحمد في قول آخر⁸، أنه لا يعتبر شرطا، وأسسوا قولهم إن النبي صل الله عليه وسلم صرح بالعدل في الحديث سالف الذكر بالنسبة للشاهدين دون الولي، والإرشاد ليس مرادفا للعدل، وإنما يكون بالخبرة وفهم المصلحة، وفسق الأب لا يمنع من شفقتة على أولاده ومراعاة مصلحتهم.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج.2، ط.6، ص.241.

² ابن ماجه، المرجع السابق، ج.9: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، د.س.ن، ح.ر: 1881، ص.605. الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج.3، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ط.2، 1975، ح.ر: 1101، ص.399. أبو داود، المرجع السابق، ج.12: كتاب النكاح: باب في الولي، ح.ر: 2085، ص.302. الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج.3، ط.1، 1412هـ-2000م، ح.ر: 2228، ص.1396. ابن حبان، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.9، ط.1، 1408هـ-1988م، ح.ر: 4075، ص.386.

³ اعتبر الشافعية شرط العدالة في الولي جوهريا، تسقط معه ولايته وتنقل للولي الأبعد درجة سواء كان فسقه بشرب الخمر أو لا، أعلن بفسقه أو لا، وقال الشافعي بأن الأصح في المراد بالمرشد في الحديث بالعدل، ولأنه نقص يقدح في الشهادة، فيمنع الولاية شأنه شأن الرق. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ج.4، ط.1، 1994، ص.255.

⁴ شرط العدالة في إحدى الروايتين للحنابلة، شرط أساسي للولي فلا يلي الفاسق نكاح قريبته وإن كان أباً؛ لأنها ولاية نظرية، فنفاها الفسق، كولاية المال. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.54.

⁵ فالولاية حسبهم أساسها الشفقة والحرص على تحقيق المصلحة، وصحة الزواج المبرم من الولي الفاسق تتوقف على كفاءة الزوج ومهر المثل. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.239.

⁶ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.473. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ج.2، د.ط، د.س.ن، ص.12.

⁷ في حين يرى الشافعي في كتابه الأم إن العدالة المقصودة في الحديث خاصة بالشاهدين لا بالولي، ولو اختصت بالولي لاقتربت به صفة العدالة في الوصف لا الرشد، في قوله صل الله عليه وسلم: «...وَلِيٍّ مُرْشِدٍ...». محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.23.

⁸ وهي الرواية الثانية للحنابلة، ومقتضاها ثبوت الولاية للفاسق لأنه قريب ناظر، فكان ولياً كالعدل، ولأن حقيقة العدالة لا تعتبر، بل يكفي كونه مستور الحال. ولو اشترطت العدالة اعتبرت حقيقتها كما في الشهادة. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.54.

هـ. موقف المشرع الجزائري:

لم يتطرق المشرع الأسري الجزائري إلى الشروط الواجب توافرها في الولي، وعليه ينبغي إعمال المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تطرقنا إليها فيما سبق، والتي تكون خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي. غير أنه، وباستقراء القواعد الفقهية والنصوص الوارد في قانون الأسرة الجزائري، نجد أن سلطة القاضي مقيدة إلى حد ما في تقرير هذه الشروط، وهذا راجع إلى الاختلاف الوارد بين الفقهاء.

فلا خلاف بخصوص شرط البلوغ واتحاد الدين والعدالة. بينما شرط الذكورة، والذي رجحه جمهور الفقهاء دون الحنفية، يتعارض مع توجه المشرع الجزائري خاصة بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005¹، فنجد على سبيل المثال المادة 87 من قانون الأسرة التي منحت الأم الولاية بعد الأب، وتمنح الفقرة الثالثة من نفس المادة الولاية للأم في حالة الطلاق، دون أن يكون لها تولي عقد الزواج.

ومن هذا المنطلق، فإن فلسفة المشرع الأسري تضمنت منح المرأة دورا أكبر مما كان عليه قبل التعديل. وما يؤكد لنا يقيناً استبعاد شرط الذكورة، هو نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري الذي منح للمرأة الراشدة تولي عقد زواجها بنفسها حيث تنص على أنه: "تعقد المرأة زواجها...".

ثالثا. مراتب الأولياء:

اختلفت كلمة الفقه في تحديد مراتب الأولياء على النحو التالي:

فترتيب الأولياء بالنسبة للمذهب الحنفي، يكون على أساس القرابة التي تعتبر سببا لثبوت الولاية، وذلك لما تحمله من الشفقة في حق القريب المولى عليه، إذا كان عاجزا عن مباشرة زواجه بنفسه. ويتحدد معيارها بالميراث، فكل من استحق الميراث استحق الولاية، ومراتب الأولياء عندهم هي: ابن² المرأة ولو من زنا وابنه وإن نزل، وبعده الأب وأب الأب (الجد) وإن علا، ثم الأخ وبن الأخ، وبعدهم العم وبن العم، وفي حالة عدم وجود العصبية تنتقل الولاية إلى كل قريب يرث المرأة من ذوي الأرحام، وفي حالة انعدام هؤلاء تنتقل الولاية إلى السلطان أو القاضي³.

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم: 44، 2005.

² أخذ على هذا التوجه بأنه جعل الابن في مرتبة سابقة على الأب. غير أننا نرى بأنه توجه صحيح، ذلك أن الحالة التي يتولى فيها الابن زواج أمه هي حالة استثنائية، على اعتبار أن هذه المرأة ثيب. بينما البكر على منوال كل الفقهاء يتولى زواجها أبوها في المرتبة الأولى.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 241.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي

أما بخصوص المذهب المالكي، فقالوا بأن الولاية تثبت للأب ووصيه بالنسبة لولاية الإجماع، أما في غير ذلك فتكون للابن وابنه وإن نزل، ثم الأب، ثم الأخ فابنه وإن نزل، ثم أبي الأب (الجد)، ثم العم فابنه وإن نزل...، فغيرهم من الأقارب¹، وفي حالة انعدامهم يضيف الإمام مالك كافل المرأة غير العاصب، وبعده تنتقل الولاية إلى الحاكم².

في حين قال الشافعية بآلا ولاية مع وجود الأب، فإذا مات فالجد، ثم بني الأب والأم (الإخوة) وبنيهم، ثم العم فابنه، ثم تنتقل إلى المعتق إن كان ذكرا ثم عصبته إن وجدت، ثم الحاكم³.

أما الحنابلة، فإن مراتب الأولياء عندهم هي للأب فوصيه ثم الحاكم عند الحاجة بالنسبة لولاية الإجماع، ثم تنتقل الولاية إلى الأقرب فالأقرب من العصابات بالميراث وهي البنوة في المقام الأول ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة، ثم تنتقل إلى المولى المعتق ثم عصبته الأقرب فالأقرب ثم السلطان الأعظم فثانيه، فإن تعذر وكلت رجلا عدل يتولى عقدها⁴.

والملاحظ مما سبق ذكره، أن موضع الأب في ولايته على أولاده هو موضع ثابت بإجماع الفقهاء، لتمييزه عن غيره من القرابة، وحرصه على توفير المصلحة لمن هم في ولايته. والأكثر من ذلك، ما يوجد في قلبه من رحمة ورأفة وشفقة عليهم. غير أن الراجح هو ما جاء به فقهاء الحنفية، لما فيه من جلب الميسرة، إذ وعلى الرغم من إمكانية ثبوت الولاية لغير الأب -في حالة غيابه أو وفاته-، والتي تضيي نوعا من التفاوت في القصور والكمال في نظر الولي، غير أن هذا التفاوت في حالة القصور يمكن تداركه ببلوغ المولى عليه ومنحه الخيار إما بفسخ الزواج إذا ما رأى أن الولي قد أوقع خلا بقصور الشفقة والنظر في مصلحته⁵.

غير أن ما تم ترجيحه من الأحكام الفقهية المختلفة، لا يتناسب مع توجه المشرع الأسري الجزائري، الذي لم يتبنى الأحكام الفقهية من حيث ترتيب الأولياء، حيث جعل الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها وهذا يظهر جليا من خلال حرف العطف "أو" -الذي يفيد الاختيار لا الترتيب- الذي مكن المرأة البالغة الراشدة من تقديم الولي البعيد عن الولي القريب، حيث جاء نص المادة 11 قانون الأسرة على النحو التالي: "تعقد المرأة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي

¹ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، د.د.ن، د.ب.ن، ج.2، د.ط، ص.335.

² هذا بالنسبة للولاية الخاصة، كذلك يضيف المالكية الولاية العامة التي تعرف بولاية الإسلام لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾، سورة التوبة، الآية.71، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.472.

³ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص.258.

⁴ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.51.

⁵ بدران أو العيين، المرجع السابق، ص.123.

له". وهذا بعد أن كان قد اتبع رأي جمهور الفقهاء من خلال تحديد مراتب الأولياء وهذا من خلال نص المادة 11 من قانون 84-11 التي كانت تنص على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

ويكون المشرع الجزائري بذلك قد أغفل دور الأب واعتبر وجوده كعدمه، وما لهذا من آثار وخيمة على الأسرة الجزائرية والمرأة على وجه الخصوص، فيمكنها تولي عقد زواجها فهي حرة. وفي هذا التوجه خرق صريح لأحد الأسس الشرعية التي توطر عقد الزواج، والذي من شأنه أن يؤدي إلى فوضى اجتماعية، خاصة إذا ما تعرض هذا الزواج للفشل وانتهى بالطلاق، فإنه من الصعب أن يتقبلها أبوها وهي قد أبرمت عقد الزواج من دونه¹.

واستثناءً أبقى على دور الأب بخصوص ولاية القصر حيث ينص في المادة 2/11 قانون الأسرة معدلة على أنه: "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

الفرع الثاني: طبيعة وجود الولي في الزواج

تباينت آراء الأئمة الأربعة حول مدى اعتبار الولي ركنا في عقد الزواج أو شرطاً لصحته، ولعل هذا التباين راجع إلى عدم وجود النص القطعي الثابت، سواء في القرآن الكريم أو في السنة النبوية²، وفيما يلي نستعرض التوجهات الفقهية التي تعتبر الولي ركنا لعقد الزواج (أولاً)، والتوجهات التي تعتبره شرطاً لعقد الزواج (ثانياً)، لننتظر فيما بعد إلى موقف المشرع الجزائري من هذين الرأيين (ثالثاً).

أولاً. القائلون بركنية الولي في عقد الزواج:

الركن من رَكَنٍ يَرْكُنُ رَكْنًا وَرُكُونًا فيها وركانة وركانية، وَرَكَنٌ إِلَى الشَّيْءِ أي مَالٌ وَسَكَنٌ، فيقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا﴾³، وَرَكُنُ الشَّيْءِ جانبه الأقوى، وركن الانسان جانبه الأقوى⁴. وركن العقد ما يتوقف على وجوده وكان داخلاً في ماهيته⁵.

¹ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015، ص.26.

² الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، الجزائر، ج.1، ط.3، 2015، ص.63.

³ سورة هود، الآية.113.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ج.17، ص.1721.

⁵ عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ط.1، 2006، ص.59.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

ومما سبق، فإن اعتبار الولي ركناً من أركان عقد الزواج، يجعل منه مكوناً أساسياً في ماهية عقد الزواج ويتوقف عقد الزواج على وجوده، ويترتب على انتقائه بطلان عقد الزواج. وبهذا قال جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³، وتبعاً لذلك لا يجوز للمرأة أن تتولى زواجها سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، راشدة أو سفیهة، حرة أو أمة أذن لها وليها أم لم يأذن، وإذا تم الزواج فسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال الزواج ونتج عنه أولاد، يثبت نسبهم للشبهة⁴.

وقد استدلووا من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾⁵، وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾⁶، فالخطاب في الآيتين موجه إلى الأولياء. ولو كان لهن مباشرة زواجهن لغيرهن، كان ليقول: ولينكح الأيامي منكم، وأن يقول: ولا ينكحوا المشركين حتى يؤمنوا، وهذا دليل على أنه ليس لأحد من المخاطب فيهن أن يزوج نفسه⁷.

والأكثر من ذلك، فإن النهي الوارد في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنِ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁸، موجه للأولياء عن منع النساء من نكاح من ارتضينه من الأزواج، فلو كان لهن أمر تزويج أنفسهن، لما كان للنهي عن العضل فائدة، وقد قال الإمام الشافعي رحمه الله في هذه الآية: "ولا أعلم الآية تحتل غير هذا التفسير، لأنه إنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل، بأن يتم به نكاحها من الأولياء"⁹.

أما من السنة النبوية، قوله صل الله عليه وسلم عن عبد الله بن عباس: ﴿لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ﴾¹⁰، ووجه الدلالة أن النهي الوارد في الحديث يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة نكاحهن¹¹.

¹ عدّد الملكية أركان الزواج بالصيغة، والزوج والزوجة، والولي والصدّق. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.9.

² وعدد الشافعية أركان الزواج إلى: صيغة، وزوجة، وشاهدان، وزوج وولي وهما العاقدان. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص.188.

³ أركان الزواج لدى الحنابلة هي: الإيجاب، والقبول، والزوجين الخاليين من الموانع، والولي، فإن عقدته المرأة لنفسها، أو لغيرها بإذن وليها، أو بغير إذن لم يصح. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار العقيدة للتراث، مصر، 2004، ص.511.

⁴ ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.9.

⁵ سورة النور، الآية.32.

⁶ سورة البقرة، الآية.221.

⁷ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.471.

⁸ سورة البقرة، الآية.232.

⁹ محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.13.

¹⁰ حديث سبق تخريجه، ص.6.

¹¹ الصنعاني، سبل السلام، دار المنار، القاهرة، ج.2، د.ط. 2002، ص.157.

وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي صل الله عليه وسلم أنه قال: ﴿أَيُّمَا امْرَأَةً نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْتَهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، بَاطِلٌ، بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ مِمَّا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اسْتَحْجَرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ¹. وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي أنه قال: ﴿لَا تُرْوَجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةُ، وَلَا تُرْوَجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُرْوَجُ نَفْسَهَا²، فمفهومه صحة الزواج بإذن الولي، لأن المنع لحقه فجاز بإذنه، كنكاح العبد، لعموم الخبر الأول؛ ولأن المرأة غير مأمونة على البضع، لنقص عقلها، وسرعة انخداعها، فلم يجز تفويضه إليها، كالمبذر في المال، وإنما ذكر تزويجها بغير إذن وليها، لأنه الغالب³.

كما أن المنطق يقتضي أن المرأة عاطفية أكثر من الرجل، فمن شأن القول المزخرف أن يوقعها في زواج فاشل لا تتحقق أهدافه المنشودة. وعلى هذا الأساس، كان لزاماً إذن الولي بزواجها تأميناً لها من انخداعها ووقوعها فيه على وجه المفسدة⁴.

وفي حقيقة الأمر لا يؤثر هذا النقصان من أنوثة المرأة ودورها المجتمعي الذي يمكنها من العلم بمصالح الزواج ومقاصده، كما أنه لا يسلبها أهلية سائر التصرفات المالية، بل الأكثر من ذلك، فإنه يؤخذ بإقرارها في الحدود والقصاص⁵.

ثانياً. القائلون بشرطية الولي في عقد الزواج:

اعتبر الحنفية¹ الولي شرط صحة في عقد الزواج، حيث قالوا إن نكاح الحرة بلا ولي هو نافذ، على اعتبار أنها تصرفت في خالص حقها، والولاية بالنسبة لها هو أمر مستحب بأن تفوض أمر التزويج

¹ قال الشافعي، أخبرنا مسلم وسعيد وعبد المجيد عن بن جريج عن سليمان بن موسى عن بن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها، عن رسول الله صل الله عليه وسلم. محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص. 13. أبو داود، المرجع السابق، ج. 12: كتاب النكاح: باب في الولي، ح. ر: 2083، ص. 301-302. ابن ماجه، المرجع السابق، ج. 9: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 1879، ص. 427. الترمذي، المرجع السابق، ج. 3: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 1102، ص. 399-400. البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ج. 7، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، ط. 3، 1424هـ-2003م، ح. ر: 13596، ص. 169. الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج. 4: كتاب النكاح، 1424هـ-2004م، ح. ر: 3518، ص. 313.

² ابن ماجه، المرجع سابق، ج. 9: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ح. ر: 1882، ص. 429. البيهقي، المرجع السابق، ح. ر: 13634، ص. 178. الدارقطني، سنن الدارقطني، المرجع السابق، ح. ر: 3535، ص. 325.

³ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج. 3، ط. 1، ص. 9.

⁴ ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، ج. 9، د. ط. 1968، ص. 345.

⁵ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 252.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي

لوليها كي لا تتسبب للوقاحة، غير أنه حتى يلزم النكاح يشترط أن يكون الزوج كفاء، وألا يقل مهرها عن مهر المثل، وفي حالة انعدامه يكون للولي حق الاعتراض على العقد².

وقد استدلت الحنفية موقفهم من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾³، ذلك فإن العبرة ليست للنهي الموجه للأولياء عن العضل، وإنما قوله: ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾، وهنا النكاح مضاف للنساء لا للأولياء، والمراد بالعضل هنا المنع والحبس. والأكثر من ذلك، فالمنع على حسب أصحاب هذا الرأي موجه للزوج الذي طلق زوجته ومنعها من الزواج بمن ارتضته بعد انتهاء عدتها-على اعتبار إنه من الجائز بقاء المطلقة في بيت الزوجية قبل انقضاء عدتها⁴. ويقول عز وجل أيضا: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾⁵، ووجه الاستدلال في هذه الآية، إن عقد النكاح ملك للمرأة وحدها لقوله: ﴿...حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾، والتراجع عن النكاح في قوله: ﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا...﴾ نسب للزوجين دون ذكر الولي⁶.

ومن السنة النبوية قوله صل الله عليه وسلم، عن عبد الله بن العباس: ﴿الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَمْتُهَا﴾⁷، ومقتضى الحديث وجهان، أولهما إن النبي صل الله عليه وسلم شارك بين المرأة والولي ثم قدمها عليه بقوله: ﴿...أحق بنفسها...﴾، فإن كان إجراء العقد من الولي صحيحا، فصحته عن المرأة بنفسها أولى. أما الثاني، فيتمثل في توقف العقد على رضا المرأة، فمن غير المعقول أن يعتبر برضاها في صحة العقد، ثم يحكم عليها بالفساد إذا باشرته بنفسها⁸.

قال بن قيم الجوزية في هذا الحديث: "إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها، ويخرج

¹ انفرد الحنفية باعتبار الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، بالركن الوحيد لعقد الزواج. أما باقي الأركان التي جاء بها الجمهور، فهي تتردد ما بين شروط صحة ولزوم ونفاذ لعقد الزواج. فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج.2، ط.2، ص.95.

² علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.260.

³ سورة البقرة، الآية.232.

⁴ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.262.

⁵ سورة البقرة، الآية.230.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.262. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.1، ط.1، 1994، ص.402.

⁷ وفي رواية أبو هريرة: ﴿لَا تَنْكِحُ الْأَيْمَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، وَلَا تَنْكِحُ الْبِكْرَ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ. قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ.﴾. مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ج.2: كتاب النكاح: باب استئذان الثيب في النكاح، د.ط، ح.ر: 4121، ص.1037. الترمذي، المرجع السابق، ج.3: باب ما جاء في استثمار البكر والثيب، ح.ر: 1108، ص.408.

⁸ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.248.

منها بضعها بغير رضاها إلى من يريد هو، وهي من أكره الناس فيه، وهو أبغض شيء إليها؟ ومع هذا فينكحها إياه قهرا ويجعلها أسيرة عنده"¹.

ولما كانت المرأة البالغة أهلا لمباشرة تصرفاتها المالية من بيع وهبة بغير وليها، كانت أهلا كذلك لعقد زواجها بعبارتها، والذي يعتبر أخطر وأشد من المعاملات المالية، فإنه من الضروري أن يكون لها القرار إلى جانب وليها في مباشرته، على أساس أن آثار الزواج ستترتب لها لا لوليها².

وتأسيسا على ما سبق بيانه من قول الجمهور باعتبار الولي ركنا في عقد الزواج، وقول الحنفية باعتباره شرطا لعقد الزواج، يبقى دور الولي في عقد الزواج إيجابيا، يتمكن بموجبه من الحفاظ على مصلحة المرأة المقبلة على الزواج. وكل ما في الأمر أن الميزة التي يتمتع بها مركز الولي في قول الجمهور، هو إن دوره سابق أو معاصر لعقد الزواج. بينما مركز الولي في قول الحنفية هو لاحق لإبرام عقد الزواج.

والأكثر من ذلك، سواء اعتبرنا الولي ركنا لعقد الزواج أو شرطا لصحته، فهذا لا يمنع من توقف عقد الزواج على وجوده، ووجه الاختلاف بين الرأيين، أن الولي في قول الجمهور مرتبط بأصل عقد الزواج، وجزء تخلفه البطلان، بينما الولي على قول الحنفية مرتبط بوصف من أوصاف عقد الزواج، ويترتب على تخلفه فساد عقد الزواج.

واختلاف الفقهاء راجع في المقام الأول إلى الاختلاف في أقسام عقد الزواج، فعند الجمهور قسمان هما: العقد الصحيح والعقد الباطل. بينما الحنفية، لديهم العقد الباطل وهو ما لم يصح بأصله-أركان انعقاده- ووصفه-شروط انعقاده-. والعقد الفاسد، هو ما صح بأصله ولو يصح بوصفه. والعقد الصحيح هو ما صح بأصله ووصفه³. ومعياري التفرقة بين الرأيين، هو أن الجمهور يرون أن النهي في حالة غياب الولي موجه إلى أصل العقد، بينما الحنفية يرون أن هذا النهي موجه إلى وصف من أوصافه⁴. وسواء اعتبرنا العقد باطل أو فاسد لغياب الولي، فإنه يدخل ضمن نطاق العقد غير الصحيح.

ثالثا. موقف المشرع الجزائري:

إن المتصفح لقانون الأسرة الجزائري ما بين قانون 1984 والأمر 2005، يلاحظ تغييرا جذريا في المنهج المتبع من قبل المشرع الجزائري، والذي اعتمد بدرجة أولى على أحكام الفقه الإسلامي؛ فبعد أن

¹ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.س.ن، ص358.

² ابن قدامة، المغني...، المرجع السابق، ص.345.

³ مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، ط.1، 2014، ص.311.

⁴ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.68.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي

كان يعتبر الولاية ركنا أساسيا في عقد الزواج بموجب المادة 9 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة القديم، أصبحت الولاية شرطا من شروط صحة عقد الزواج بموجب المادة 9 مكرر من الأمر 05-02، في حين أصبحت الصيغة -الإيجاب والقبول- بمثابة الركن الوحيد لعقد الزواج بموجب المادة 09 من الأمر 02-05.

ويكون المشرع الأسري من خلال هذا التعديل قد هجر رأي الجمهور الذي يقضي بركنية الولي. والأكثر من ذلك، لا مجال للقول بأن المشرع الجزائري قد انتهج المذهب الحنفي الذي يجعل من الصيغة الركن الوحيد لعقد الزواج، والولي كشرط لصحته، لأنه أغفل دور الولي الذي يستطيع الاعتراض على الزواج الذي تم من دون موافقته، إذا ما قلّ المهر عن مهر المثل أو كان الزوج غير كفء¹.

مع الإشارة أن المشروع التمهيدي لقانون الأسرة تضمن في محتواه إلغاء شرط الولي نهائيا، وهو الأمر الذي لقي موجة من الانتقادات من طرف الأحزاب الإسلامية والهيئات الدينية، على أساس أنه لا يعبر عن مقومات الأسرة الجزائرية المسلمة، وبالفعل فقد صادق مجلس الوزراء على المشروع مع إلغاء البند المتعلق بعدم حضور الولي أثناء عقد القران، وهو ما دفع بالمشرع صياغة المادة 11 من قانون الأسرة 02-05 على المنوال المعمول به حاليا، حيث تنص على أنه: "تعد المرأة زوجها بحضور وليها أو أحد أقاربها الأولين أو أي شخص تختاره"، وهذا بعد أن كان ينص في نفس المادة من القانون 84-11 بقولها: "يتولى زواج المرأة وليها...". وعلى مستوى الساحة القانونية الجزائرية، ذهب بعض الفقه إلى أن توجه المشرع للتقليل من دور ومكانة الولي بمجرد حضوره الشكلي عند إبرام عقد الزواج، هو أمر غريب ومناقض للعادات والأعراف الجزائرية². في حين يفسره البعض الآخر بأنه محاولة من المشرع الجزائري لإرضاء طرفين؛ أحدهما ينادي بإلغاء الولي، وآخر يصر على إبقائه، فاختار التوفيق بينهما بالجمع بين متناقضين³.

وبين هذا وذاك، نعتقد أن هذا التوجه هو بمثابة استنكار لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا مجال للقول بعدم صلاحية أحكامها في هذا الزمان، وفي البيئة الإسلامية التي ينتمي إليها المجتمع الجزائري؛ إضافة إلى أن تغييب دور الولي الذي يعتبر مسألة سيادية إن صح القول -بالنسبة لكل الفقهاء مع اختلاف توجهاتهم، وهذا من شأنه أن يحدث خلا في توازن الأسرة الجزائرية المتمسكة بأصالتها الإسلامية، وهذا الأمر بين وواضح على مستوى التشريع والقضاء، لكنه ليس بين لدى المجتمع الجزائري الذي لا زال ينظر إلى مسألة الولاية كمسألة شرعية ثابتة وقطعية.

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2010، ص.87.

² بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.1، 2008، ص.66.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.40-41.

ولما كان الفقه الإسلامي مصدر رئيسي لتفسير النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 222 من قانون الأسرة. فإن المنطق يقتضي بأن تشترك مرجعية الحكم المُفسّر مع الحكم المُفسّر، وتبعا لذلك، يتوجب على القاضي عدم تجريد الحكم الفقهي المستنبط من موضعه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نجد القاعدة الفقهية تقضي بأن الأخذ بالجزء مما لا يتجزأ كالأخذ بالكل¹.

ونستخلص مما سبق، أن المادة 11 من قانون الأسرة -الذي يعتبره غالبية الفقهاء القانونيين الجزائريين مستوحى من الفقه الحنفي-، أعطى المرأة حق مباشرة عقد الزواج دون أن يمنح للولي حق الاعتراض على الزواج إذا كان الزوج غير أصلح لها، قد أفرغت من محتواها. غير أنه استثناسا بالمادة 222 من قانون الأسرة، لنا أن نمنح للولي حق الاعتراض لعدم كفاءة الزوج، على أساس أن الحكم الذي جاء به الحنفية هو حكم كلي غير قابل للتجزئة، ويعتبر المشرع الجزائري طبقا للقاعدة الفقهية سائلة الذكر قد أخذ بكل الحكم، أي بما يشمل حق الولي في الاعتراض؛ والأكثر من ذلك، لا يمكن القول بتعارض هذا الطرح مع حرية المرأة في إبرام عقد زواجها، لأنه يصب في مصلحتها، ذلك أن الاعتراض لا يتحقق إلا إذا ثبت عدم كفاءة الزوج.

وما يندى له الجبين في هذا الصدد، هو ارتفاع الأصوات التي تطالب بإدخال تعديلات إضافية على قانون الأسرة الحالي فيما يتعلق بشرط الولاية في الزواج. وفي اعتقادنا، لا مجال من جعل حضور الولي شكليا أكثر مما هو عليه الآن.

وفي حقيقة الأمر، مهما ارتفعت الأصوات التي تنادي بإلغاء الولي بصفة نهائية من تولي زواج مواليه، فإن الواقع الاجتماعي للجزائر وباقي الدول الإسلامية لازال متمسكا به، حيث لا توجد فتاة لا ترغب في حضور أبيها عقد زواجها. وحتى بالنسبة للشباب المقبل على الزواج فإنه لا يقبل الزواج من فتاة في معزل عن أهلها².

المطلب الثاني: صلاحية الولي في عقد الزواج

تبعا لما تطرقنا إليه آنفا حول مركز الولي في عقد الزواج، تبين لنا إيجابية الدور الذي يلعبه في زواج من هم في ولايته، وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة الذي تركز اختلافهم حول جزئيات يمكن اعتبارها بسيطة إلى حد كبير، مع اتفاقهم حول المبدأ العام المتمثل في ضرورة وجود الولي في عقد الزواج ودوره الإيجابي في زواج مواليه.

¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.242.

² عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد.1، ع.23، 2015، ص.115.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

وعليه، فإن السلطة المخولة للولي التي تجعل منه عنصرا أساسيا في عقد الزواج، تطرح لنا العديد من الإشكالات التي تتمحور على وجه الخصوص، حول مدى صلاحية الولي في إجبار من هم في ولايته على الزواج؟ وبموجب هذه السلطة، هل يجوز للولي منع موليته من الزواج في حالة ما إذا ارتضت شخصا معيناً أن يكون زوجها لها؟ ونختتم دراسة هذا المبحث بالتوجه الذي سلكه المشرع الجزائري في هذه الحالة.

الفرع الأول: ولاية الإيجار

يمكن تعريفها بأنها تنفيذ القول على الغير، وبالتالي، فهي تخول للولي الاستقلال وحده بعقد الزواج دون أن يكون للمولى عليها رأي في ذلك وتسمى ولاية الاستبداد، وتثبت بأربع أسس: القرابة، والملك، والولاء، والإمامة.

ولمعرفة منط الإيجار -على وجه الخصوص بالنسبة للنساء-، وجب علينا معرفة أصنافهم، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- **البكر الصغيرة:** هي التي لم تصل لدرجة البلوغ، وقد اتفق العلماء على أنه لأبيها الانفراد بعقد زواجها، وليس له أن يستأذننها إذا زوجها من كفاء¹، ويستمد جواز زواج الصغار من قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَنْسُنْ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ...﴾².

- **البكر البالغة:** اختلف الفقهاء في مدى جواز إجبارها، حيث ذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة أنه يحق لأبيها إجبارها وإن كان يستحب استئذانها³. بينما يرى الحنفية إنه من غير الجائز إجبارها على الزواج بل من الواجب استئذانها، ويكون الولي في هذه الحالة وكيلًا عنها في الصيغة⁴.

- **الثيب الصغيرة:** وهي التي تزوجت ثم مات عنها زوجها أو طلقته منه، وقد رأى مالك و أبو حنيفة و أحمد أنه لأبيها أن يجبرها على الزواج. بينما ذهب الشافعية أنه لا يجوز تزويجها حتى تصل إلى سن البلوغ⁵، وهذا راجع لعموم قوله صل الله عليه وسلم: ﴿الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا﴾¹.

¹ وقد أجمع الفقهاء أيضا على ثبوت ولاية الإيجار على الصغير المميز والغير مميز والمجنون والمعتوه. ابن عابدين، رد المحتار على الدار المختار، دار الفكر، بيروت، ج.4، ط.2، 1412هـ-1992م، ص.155. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.238.

² سورة الطلاق الآية 04.

³ ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.5.

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج.3، ط.2، ص.117. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.240.

⁵ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص.200.

-الثيب البالغة: أجمع الفقهاء على أن الثيب البالغة لا تتكح إلا بإذنها ولا يحق للأب ولا لغيره أن يزوجها دون رضاها، ووجه اتفاق الفقهاء هو قول النبي صلى الله عليه وسلم سالف الذكر: ﴿الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا﴾².

والملاحظ من خلال ما تقدم من آراء الفقهاء، أنهم اختلفوا بخصوص صنف الثيب الصغيرة والبكر البالغة، ومرد هذا الاختلاف عندهم هو علة الإجماع، فعلة بالنسبة لمن يجيزوا إجبار البكر البالغة هي البكارة، على أساس أن البكر لا تعي مصالحها في النكاح، وهو قول لدى الامام مالك وأحمد والشافعي؛ بينما علة الإجماع لمن يجيزوا إجبار الثيب الصغيرة هو الصغر وهو قول للإمام أبو حنيفة، لأنه حسبهم هو سبب العجز ووجدت الولاية لتغطية هذا العجز. غير أن والإجماع في الزواج ليس منوطا لجميع الأشخاص الذين ثبتت لهم الولاية، وهو ما لم يتفق عليه الفقهاء الأربعة في تحديده، والذي له ولاية الإجماع عند مالك وأحمد بن حنبل هو الأب والوصي، وجعلها الشافعي للأب والجد، وقال أبو حنيفة هي للعصبات جميعا³.

وعن توجه المشرع الجزائري فإنه لا مجال للحديث عن ولاية الإجماع سواء قبل التعديل أو بعده وهذا من خلال نص المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة على أنه: "لا يجوز للولي مطلقا أن يجبر من هي تحت ولايته على الزواج، كما ليس له أن يزوجه دون أخذ موافقتها" وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أنه أخذ بولاية الاختيار واستبعد ولاية الإجماع⁴. فقد جاء النص عاما، يشمل المرأة البالغة وغير البالغة، بل إنه أعطى للمرأة الراشدة حق الخيار⁵ فيمن يتولها في عقد الزواج كما سبق بيانه في ترتيب الأولياء، ولم يميز بين الثيب والبكر في عقد الزواج، وإنما جعل علة الولاية في الصغر. والأكثر من ذلك نزع سلطة الولي على الصغير الذي هو في ولايته، ومنحها للقاضي من خلال نص المادة 7 من قانون الأسرة.

غير أنه بعد تعديل المادة 13 بالأمر 05-02 أخرجت المرأة البالغة وبقيت القاصرة، حيث تنص على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها". غير أن هذا لا يعني أنه يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على الزواج، وهذا يظهر من عدة أوجه؛ أولها، أنه إذا كان لا يجوز إجبار المرأة القاصرة، فمن باب أولى لا يجوز إجبار

¹ حديث سبق تخريجه، ص.13.

² حديث سبق تخريجه، ص.13.

³ ابن نجيم، المرجع السابق، ص.117. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.240. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص.182. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص.471.

⁴ سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص.171.

⁵ وهو الأمر الذي يعتبر مخالفا لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

البالغة؛ والوجه الثاني، يتمثل في نص المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الذي منحها سلطة مباشرة زواجها بنفسها؛ أما الوجه الثالث، فيرجع لنص المادة 1/33 من قانون الأسرة الذي قرر بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا، وهذا الأخير يكون بمقتضى المادة 10 من قانون الأسرة بين طرفي علاقة الزواج وهما الزوج والزوجة، إذ لا بد من موافقتها على هذا الزواج¹.

وقد أكد القضاء الجزائري هذا الطرح في عديد قراراته، من خلال منع إجبار الولي لموليته على الزواج، فقد قضى مجلس قضاء مستغانم في قراره الصادر في 31-05-1968 بتغريم الولي بغرامة مالية جراء تصريحه بقبول ابنته بالزواج في حين كانت رافضة له، بالإضافة إلى حبس الزوج مدة 15 يوما بتهمة الاشتراك مع الولي².

وما يمكن استنتاجه مما سبق، إنه بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، أصبحت الولاية في عقد الزواج ولاية إذن واستحباب، فهي اختيارية بالنسبة للمرأة، سواء كان أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر ولو لم يربطها به أي قرابة³.

الفرع الثاني: عضل الولي

العضل من عَضَل، ويقال عَضَلَ به الأمر، عَضْلاً، أي اشتد واستغلق، وعضل عليه: ضيق عليه، وحال بينه وبين مراده ظلماً⁴. وعضل المرأة عن الزواج: حبسها، وعضل الرجل أَيْمَهُ يَعْضُلُهَا وَيَعْضِلُهَا عَضْلاً وَيَعْضِلُهَا: منعها الزوج ظلماً⁵.

ومن حيث الاصطلاح، يمكن القول إن عضل الولي هو منع العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه⁶.

ويتحقق العضل في حالة ما إذا ردّ الولي-مجبّر أو غير مجبّر- أول خاطب متى كان هذا الأخير كفاء، وهذا رأي الجمهور من الفقهاء. بينما يرى المالكية أن العضل يكون بالولي غير المجبر، دون الولي المجبر، وإن قام برد أول خاطب رغبت فيه موليته وكان كفاء، وحتى ولو تكرر منه ذلك، اللهم إلا إذا تأكد أنه كان ينوي الإضرار بموليته من خلال منعه هذا الزواج. والراجح في هذا الصدد، أن الولي

¹ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 171.

² قرار غير منشور، سمير شيهاني، المرجع السابق، ص. 171.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 322.

⁴ عيبر ربحي شاكور القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط. 1، 2007، ص. 87.

⁵ ابن منظور، ج 11، المرجع السابق، ص. 2988.

⁶ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 245.

سواء كان مجبرا أو غير مجبر يعد عاضل في حالة ما إذا رفض الزوج الكفء لموليته¹. ولعل هذا الأمر محسوم بصريح قول المولى عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾²، ومضمون الآية أن الله عز وجل لم يمنح الولي حقا مطلقا في مباشرة زواج موليته أو منعها منه، وإنما هو ملزم بمراعاة مصلحتها بدرجة أولى، لذلك فإن أي عضل وامتناع منه من تزويجها بكفء ارتضته لنفسها، هو أمر غير جائز وغير نافذ بإجماع الفقهاء³، لذلك حتى يقع عقد الزواج صحيحا وناظرا يجب على الولي الرجوع إلى موليته ويعرف رضاها، وهل هي راغبة في الزواج أو راغبة عنه⁴.

وبالتالي لا يمكن الأخذ بما قيل إن الولي يمكن أن يضر بموليته بمنعها الزواج بمن ارتضت به، لأن الباب مفتوح أمامها لرفع أمرها للقاضي إذا بدا لها أن وليها يريد حرمانها من الزواج برجل دون وجه حق، خاصة إن الغاية من تشريع الولاية، هي التوجيه والصيانة والحماية لا التسلط والاستبداد، وهذا ما يسقط كل الادعاءات التي تزعم بظلم الإسلام للمرأة وحرمانها من اختيار شريك حياتها. وعليه، فالراجح بإجماع الأئمة، هو انتقال الولاية إلى القاضي ليأمر بالتزويج أو لا يأمر به على حسب مصلحة المرأة، فلو طلب الزواج برجل وادعت كفاءته وأنكر الولي، ورأى القاضي بكفاءته، ألزمه تزويجها؛ أما إذا لم تثبت فلا زواج بينهما لتبوث منع الولي القائم على عدم كفاءة الزوج⁵.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري نجد أنه نص في المادة 12 من قانون 84-11 على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها...". وبمفهوم المخالفة يستنتج من هذه المادة إن المشرع سلك ما جاء به الفقهاء الأربعة على جواز منع الولي من زواج موليته من الشخص الذي لا يصلح أن يكون زوجها لها، وهذا ما يعرف بالاعتراض على الزواج وليس العضل، والذي جاء به فقهاء الحنفية، وفي حالة عضل الولي موليته من الزواج بكفء، جاز لها أن ترفع أمرها للقاضي ليتولى تزويجها بكفئها وهذا بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة، وهذا تطبيق سليم لحديث النبي صل الله عليه وسلم سالف الذكر: ﴿...فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَا وَلِيَّ لَهُ﴾⁶.

¹ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، الرياض، ج.2، د.ط، ص.567.

² سورة البقرة، الآية.232.

³ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص.246.

⁴ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص.127.

⁵ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص.188. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي،

المرجع السابق، ص.246. ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص.13. منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس

البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج.5، ص.62.

⁶ حديث سبق تخريجه، ص.11.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيد القانون الوضعي

أما الفقرة الثالثة، فنصت على أنه: "ليس للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، وما يلاحظ من خلال هذه الفقرة إن المشرع أجاز للولي الاعتراض على زواج ابنته البكر إذا لم يكن فيه مصلحة، غير أنه لا يجوز له منعها من الزواج إذا ارتضت زواجا صالحا وكفء لها، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 30-03-1993 حيث أنه: "لما تبين من قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية للزواج طبقوا صحيح القانون"¹.

أما بعد تعديل قانون الأسرة في 2005 ألغى المشرع المادة 12 وكفى نفسه عناء تعديلها، واكتفى بالمادة 11 من قانون الأسرة التي تؤكد حرية المرأة في مباشرة عقد قرانها مع بقاء الولي كطرف شكلي في مجلس العقد.

وبالتالي، لا توجد مادة صريحة في قانون الأسرة تمنع الولي من عضل المرأة دون سبب، ويكون المشرع قد فتح بابا لتسلط وظلم الأولياء لمن هم في ولايتهم، خاصة أن واقع الأسرة الجزائرية يؤكد أن الفتاة لا زالت تحت سلطة الأب أو الولي الذي يمارس العضل عليها بأبشع صورته خاصة في الريف. وهذه الظاهرة متأصلة ومتجذرة في المجتمع الجزائري وهي أكبر وأهم من أن يسكت عليها المشرع الجزائري أو يتجاهلها كما فعل بمقتضى تعديل 2005، وهذا مخالف لما جاءت به الشريعة الإسلامية من جهة. ومن جهة أخرى، فإنه بإلغاء المادة 12 يكون قد خرج عما جاء به الفقه الحنفي الذي يعطي للولي حق الاعتراض في حالة ما إذا كان الزوج غير كفء أو تزوجت بأقل من مهر المثل، وهذا من شأنه زعزعة استقرار الأسرة والسير نحو تغريبها وتغريب المجتمع الجزائري عموما، وفي هذا الصدد يقول أحد الفقهاء الجزائريين " كنّا نأمل أن يأخذ قانون الأسرة بالمذهب الحنفي في موضوع الولاية خاصة إذا علمنا أنه لا توجد آية صريحة أو حديث يجعلان من الولي كركن في الزواج أو كشرط لصحته، وبالتالي، على المشرع الجزائري أن يمنح حق الاعتراض للولي الأب ضد العقد الذي تبرمه ابنته من غير كفء"².

وكتقييم لموقف المشرع الجزائري نجد أن المادة 12 قبل الالغاء، قد حققت قبل إلغائها التوازن المطلوب شرعا بين عضل الولي لموليته من الزوج الكفء الذي ارتضته، وبين حق الأب في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة لابنته، وفي هذا حماية لها من الاغترار ودفعها للعار وكل ما من شأنه أن يمس بشرفها وشرف الأسرة.

الخاتمة:

في الختام، يمكن القول إنَّ الحكمة الإلهية من تشريع الولاية، هي توجيه ونصرة وكفاية المولى عليه، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالمرأة، غير أن هذه السلطة الممنوحة للولي تسقط بمجرد استعمالها في

¹ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، دط، 2009، ص.35.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.125.

غير محلها. وعليه، فإن هذا التردد الملاحظ في أحكام الولاية، كما سبق التطرق إليه، يظهر جليا من خلال الليونة والاختلاف في الأحكام التي جاء بها الأئمة الأربعة، والتي سايره فيها المشرع الأسري الجزائري من خلال قانون الأسرة 84-11.

غير أن تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 تضمن حكما مخالفا للشريعة الإسلامية، من خلال إلغاء دور الولي في زواج مواليه، حيث أصبح للمرأة الراشدة مباشرة عقد زواجها كطرف أصيل، ولا يعتد بإرادة وليها سواء بالقبول أو الرفض، بل يقتصر فقط على الحضور في مجلس العقد.

ناهيك عن إغفاله للأحكام المنظمة للولاية في عقد الزواج، خاصة المتعلقة بشروط الولي، ومراتب الأولياء في تزويج مواليه، والتي يمكن القول بأن التنصيص عليها من عدمها هو مجرد تحصيل حاصل، وذلك راجع لإلغاء دور الولي بمعناه الحقيقي الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن السلطة الممنوحة للمرأة في اختيار وليها، قد عطّلت أحكام الولاية في عقد الزواج من تحقيق أهدافها المنشودة، وأصبحت شأنها شأن الوكالة أو النيابة الاتفاقية.

وبناء على هذه النتائج، نقدم عددا من التوصيات لموضوع الدراسة، وذلك فيما يلي:

- ضرورة احترام المشرع الجزائري أسس التشريع والقواعد الأساسية فيه، فالتشريع وليد التطور الاجتماعي لزمن ومكان معينين؛ ولا نعتقد أن ما جاء به المشرع من أحكام بخصوص الولاية، يتماشى مع الأسرة الجزائرية المسلمة.

- إن الاختلاف الفقهي حول الأحكام المنظمة لسلطة الولي في مباشرة زواج من هم في ولايته، هو اختلاف فرعي؛ لا يغنيانا من اعتبار الولي في عقد الزواج من المسائل الثابتة في الشريعة الإسلامية، بالنصوص الصريحة في القرآن الكريم والسنة النبوية، لذلك فإن دسرة الإسلام كدين رسمي ووحيد للدولة الجزائرية، يحتم على المشرع عدم مخالفة أحكامه القطعية.

- الأصل في ممارسة الولي سلطته في تزويج من هم في ولايته، هو الصلاح؛ بينما استبداده وتعسفه، هو استثناء من الأصل، لذلك من الأجدر أن يكون توقيع المسؤولية على الولي، لاحق لفعله الضار لا سابق له.

- ضرورة منح الولي سلطة رقابة زواج من هم في ولايته من خلال إعادة تفعيل المادة 12 من القانون الأسرة الملغاة، التي تعطي الحق في الاعتراض على ذلك الزواج إذا كان الزوج غير كفء، أو تزوجت بأقل من مهر المثل.

- ضرورة احترام مراتب الأولياء المقرر فقها، على سبيل الترتيب لا الاختيار، والذي يستدعي إعادة صياغة المادة 11 من قانون الأسرة بحذف عبارة: "...أو أي شخص تختاره".

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

- وأمام عدم ارتياح الولي أو المولى عليه للقضاء التقليدي الذي يقتضي الخصومة بينهما، كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يرسخ فكرة القضاء البديل، الذي يمكن المولى عليه -خاصة المرأة- من اللجوء إليه في حالة إجبار الولي أو عضله عن الزواج.

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- أولاً. الكتب:**
- 1- ابن حبان، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.9، ط.1، 1408هـ-1988م.
 - 2- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج.2، د.ط، د.ت.
 - 3- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ج.4، ط.2، 1412هـ-1992م.
 - 4- ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.3، ط.1.
 - 5- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، ج.9، د.ط، 1968.
 - 6- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ب، ج.10: كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، د.ت.
 - 7- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكلبي، دار المعارف، مصر، ج.الواو، د.ط، د.ت.
 - 8- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج.3، ط.2.
 - 9- أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، صحيح مسلم، ج.2، كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1991.
 - 10- أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، د.د.ن، د.ب، ج.2، د.ط.
 - 11- أبو داود، سنن أبو داود، تحقيق: صالح بن عبد العزيز بن مـحمد بن إبراهيم آل الشيخ، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ج.4: كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق، ط.1، 1999.
 - 12- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد القادر عبد الله العافي، مراجعة: عمر سليمان الأشقر، دار الكتبي والنشر والتوزيع، مصر، ط.2، ج.1، 1994.
 - 13- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ج.7، ط.1، 2006.
 - 14- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات والممهّدات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.1، ج.1، 1988.
 - 15- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج.1، ط.1، 1994.

الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي

- 16- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2010.
- 17- بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر ج.1، ط.2، 1961.
- 18- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج.1، ط.3، 2007.
- 19- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.1، 2008.
- 20- الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج.3، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ط.2، 1975.
- 21- الدارقطني، سنن الدارقطني، تحقي شعيب الارناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.4: كتاب النكاح، 1424هـ-2004م.
- 22- شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن قتيّم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، ط.7، 1985.
- 23- الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج.3، ط.1، 1412هـ-2000م.
- 24- الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، مؤسسة الريان، الرياض، ج.2، د.ط.
- 25- صالح بن إبراهيم بن محمد الحصين، الاستدلال المقنع لمسائل زاد المستقنع، دار كنوز أشبيليا، الرياض، السعودية، ط.2، 2018.
- 26- الصنعاني، سبل السلام، دار المنار، القاهرة، ج.2، د.ط، 2002، ص.157. البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ج.7، كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، ط.3، 1424هـ-2003م.
- 27- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، 2009.
- 28- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 29- عبير ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط.1، 2007.
- 30- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، د.ط، 2008.
- 31- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج.3، الطبعة.6، 2003.
- 32- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، ج.3، ط.3، 2015.

- 33- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، العراق، د.ط، 2004.
- 34- فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج.2، ط.2.
- 35- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت، ط.8، 2005.
- 36- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، د.ط، 1994.
- 37- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ج.4، ط.1، 1994.
- 38- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للنشر والطباعة والتوزيع، ج.5، ط.1، 2001.
- 39- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط.4، 1983.
- 40- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط.3، 2010.
- 41- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد، نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، ط.1، 2014.
- 42- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، د.ط، 1403هـ، 1983م.
- 43- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار العقيدة للتراث، مصر، 2004.
- 44- النسائي، السنن الكبرى، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج.5: كتاب الطلاق: باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، ط.1، 1421هـ-2001م.
- 45- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج.7: الأحوال الشخصية، ط.2، 1985.

ثانياً. الأطروحات:

- 1- سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.
- 2- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014-2015.

ثالثا. المقالات:

1- بن عزيزة حنان، إشكالية تجاوز الولي حدود سلطاته على أموال القاصر في ظل قصور الجزاءات القانونية، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، المجلد.4، العدد.1، 2019.

2- عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد.1، ع.23، 2015.

رابعا. القوانين والأوامر:

1- الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27-02-2005، المعدل والمتمم للقانون رقم: 84-11، المؤرخ في 09-06-1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد.15، الصادرة بتاريخ 27-02-2005.