الولاية في الزواج بين النظرية والتطبيق

أ. سعاد زغيشي

العلوم القانونية جامعة باتنة

مقدمة :

لقد إعتنى الإسلام منذ الأزل بحماية الإنسان في جميع مقوماته المادية والأدبية تحقيقا للمقصد العام من التشريع الذي هو جلب المصالح ودرء المفاسد، لذلك نجده تعالى شرع كل ما يحفظ الضروريات الخمس: الدين والنفس والمال والعرض والعقل (والتي تسمى في العلم المقاصدي بالكليات الخمس)، سواء من حيث الوجود أومن حيث العدم، لكي يقوم الانسان بوظيفته الكبرى وهي الخلافة في الأرض، وقد وضع تعالى كل الضمانات التي تهيئ له آداء هذه الوظيفة من بدء خليقته إلى مماته؛ ومن بين هذه الضمانات الزواج.

إن الزواج في أي لغة كانت هو العلاقة الشرعية بين رجل و إمرأة تقوم بها الحياة الزوجية مرتبة لجميع آثارها ومحققة لأسمى أغراضها وهو التناسل[1].

ولما كان الزواج أسمى العلاقات الإنسانية وارقعيها، بها يحفظ الزوج فرجه، والولد نسبه، أحاطها الشارع الحكيم بجملة من الأحكام، والتي تختلف بحسب طبيعة الزوجان بدء بالخطبة وإنتهاء بالفرقة سواء بطلاق أو بوفاة، ومن هذه الأحكام الولاية في الزواج.

فما هي الولاية ؟ وهل هي حق على المرأة ؟ ومن له حق مباشرتها ؟ وما مداها؟ وما نظرة القانون للولاية ؟ ثم ما نظرة المجتمع لها ؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها في هذا الموضوع إن شاء الله.

أولا- ماهية الولاية:

1- في اللغة: إن الولاية في اللغة مصدر كلمة ولي وتدور مادتها- بفتح الواو وكسرها- على القرب. والولاية عند اللغويين تطلق على المحبة والنصرة وتدبّر الأمور على الإمارة وغيرها. فهي بالفتح بمعنى النصرة، وبالكسر بمعنى السلطان والملك[2].

2- اصطلاحا: نجد لها تعريف عند الأحناف وآخر عند المالكية .

فالأحناف: يعرفون الولاية بتنفيذ القول على الغير شاء ذلك الغير أم أبى[3]. ويقصد بالتنفيذ مباشرة التصرفات بحيث تصح لازمة[4].

أما المالكية: فقد عرفوا الولاية على جانب واحد من جوانبها وهو الولاية في الزواج، فقالوا: الولي هو ولي المرأة أو الزوج إن كان محجورا عليه[5].

وماذكره العدوي: الولي في الزواج من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام[6].

لقد وجهت إنتقادات كثيرة للتعريفين[7]: مما جعل بعض المتأخرين يعرفون الولاية على أسس وإعتبارات شرعية وقانونية ولعلّ أنسب هذه التعاريف تعريف بدران أبو العينين إذ يرى بان الولاية سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها[8].

فقوله بأن الولاية سلطة شرعية لإحتوائها على القوة في التنفيذ، وشرعية لأن مصدرها الشرع، تجعل لمن له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات، وهذا يعني أن يكون كامل الأهلية، وأن يكون قصده رعاية الشؤون الشخصية والمالية للمولى عليهم.

3 – الولاية في القانون الجزائري :

يعتبر القانون الجزائري الولاية ضربا من ضروب النيابة التي بها تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني مع انصراف أثاره إلى ذمة الأصيل.

والاختلاف الذي أراه بين الفقه الإسلامي والقانون في مصدر الولاية، إذ في الأول مصدرها الشارع الحكيم (الله تعالى) لأنها سلطة شرعية بينما في القانون قانونية أي من وضع المشرع القانوني، لأن ولاية الأب مثلا في القانون الوضعي هي نيابة قانونية إستمدها الأب من القانون، والقانون لم يعرف الولاية بل نجد فقهاء القانون يعتمدون تعريف الحنفية للولاية لأنه التعريف الوحيد في الفقه الإسلامي، ولعلهم لجأوا إلى هذا التعريف استقراء للمادة الأولى من القانون المدني الفقرة 2 والتي تنص على أنه: إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وكذا استقراء للمادة 222

من قانون الأسرة : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

ثانيا – أقسام الولاية :

للولاية تقسيمات باعتبارات مختلفة في الفقه الإسلامي نوجزها في الآتي[9]:

– تقسيم الولاية من حيث شمولها وعدمه إلى عامة وخاصة:

1– العامة: وتشمل ولاية الإمام والسلطان والقاضي ومستندها قوله ﷺ: (السلطان ولي من لا ولاية له)[10]

2– الخاصة: كولاية الأب والوصي والقيم ومتولي الوقف وغيرهم. وهي تثبت من جهتين جهة النسب وجهة السبب.

– فالنسب: كالأبوة والبنوة ومشاكلها في العصوبة كالأخوة والجدودة والعمومة.

– والسبب : الملك والايصاء والتولية بالتوكيل والولاء.

والولاية الخاصة مقدمة وأقوى من الولاية العامة في الفقه الإسلامي.

– من حيث سلطتها إلى إختيارية وإجبارية :

1– الإختيارية: وهي التي تثبت فيها للولي حق التصرف في شؤون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته. كتزويج الحرة البالغة العاقلة. وكالوكالة التي موضعها توكيل التصرف إلى الغير.

2– الاجبارية: هي التي فرض فيها الشرع أو القضاء أمر التصرف لمصلحة المولى عليه بالنيابة عنه إلى شخص أخر يقوم مقامه. وينعقد فيها قوله جبرا عليه.

– من حيث تعديها وعدمه إلى قاصرة ومتعدية:

1– القاصرة: هي ولاية الشخص على نفسه وماله وتثبت لكل بالغ عاقل كامل الأهلية: بحيث تخول له مباشرة التصرفات كلها. وسميت قاصرة لأن الأثر فيها لا يتعدى من يتمتع بها.

2- المتعدية: هي التي تخول للشخص التصرف في شؤون غيره ولو جبرا عنه وهي نوعان ولاية على النفس، وولاية على المال.

ونحن لا يهمنا هنا سوى الولاية على النفس.

أما أقسام الولاية في القانون، فقد استقى القانونيون تقسيمات الولاية كذلك من الفقه الإسلامي.

ثالثا - ولاية تزويج الصغار في الشريعة والقانون والواقع.

1- حكم تزويج الصغار : اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

- رأي الجمهور: يقول الجمهور بصحة تزويج الصغير والصغيرة بولاية الأب وغيره ممن تثبت له ولاية تزويجهم[11].

واشترط المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية أن تكون الصغيرة بكرا لا ثيبا. فإن كانت ثيبا لم يجيزوا ذلك لأحد حتى تبلغ[12].

وقال الحنيفة يزوجها الأب بكرا كانت أو ثيبا ما لم تبلغ، كما يزوجها غيره كالأخ والعم...[13]. واشترط المالكية في تزويج الصغار المصلحة[14].

- رأي ابن حزم: ذهب إلى جواز تزويج الصغيرة فقال : وللأب أن يزوج ابنته البكر الصغيرة ما لم تبلغ بغير إذنها، ولاخيار لها إذا بلغت. فإن كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ، ولا إذن لها قبل أن تبلغ[15].

ثم قال بعدم جواز إنكاح الصغير. فقال: "ولا يجوز للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فإن فعل فهو مفسوخ أبدا، واجازه قوم ولا حجة لهم إلا قياسه على الصغيرة[16]".

رأي ابن شبرمة وأبي بكر الأصم وعثمان البتي: يقولون بعدم صحة نكاح الصغار حتى يبلغوا[17]. ذلك لأن المقصود من النكاح هو النسل والتحصين. وهذا لا يتحقق إلا بالبلوغ.

2 - **من له الحق في تزويج الصغار :**

فالمالكية: جعلوا تزويج الصغيرة والصغير للأب فقط أومن جعل له الأب ذلك، وحجتهم ما للأب من شفقة ورأفة غير موجودة في غيره[18].

الشافعية : لا يزوج الصغيرة والصغير إلا الأباء أي الأب والجد وإن علا[19].

الحنابلة: الأب ثم وصي الأب بعد موته، ثم الحاكم عند الحاجة[20].

الحنفية : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من العصبات وغيرهم، ولها الخيار إذا بلغت[21].

3- القانون الجزائري في تزويج الصغار ونظرية الواقع :

كانت العادات من قبل تعمل على تزويج الشباب في سن مبكرة، ولكن بعد انتشار الحياة المدنية أصبح الزواج مسألة ثانوية لا يفكر فيها الشباب إلا بعد تكوينهم علميا وعمليا.

عالج قانون الأسرة موضوع الزواج تحت عنوان أهلية الزواج بحيث نصت المادة 7 بعد تعديلها وفقا للأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 : تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج[22].

وهكذا نجد المشرع الجزائري جعل سن 19 سنة هي سن الرشد والبلوغ للفتاة والفتى كما هو الحال في القانون المدني المادة 40 الفقرة 2 التي تنص على: وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة[23].

إذن فسن 19 سنة هي السن القانونية التي يسمح بها القانون لإبرام عقد الزواج. والملاحظ هنا أن القانون الجزائري أخذ برأي ابن شبرمة وابي بكر الأصم والبتي من الفقهاء الذين خالفوا جمهور الفقهاء ومنعوا تزويج الصغار حتى يبلغوا الحلم. غير أنه واستثناءا من هذه القاعدة فقد يسمح القانون بتزويج من لم يبلغ هذا السن إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة ترجى من هذا الزواج المراد إبرامه، وذلك بعد أن يحصل على إذن أو رخصة يطلبها من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرة إختصاصها المعني نفسه أو وليه، ثم يتعين على

القاضي دراسة هذا الطلب دراسة جدية وفحصه بعناية تامة تمكنه من معرفة ما إذا كان الزواج في هذه السن يحقق مصلحة للزوجين أو لأحدهما أو كانت ضرورة لازمة للتزويج، وتأكد من قدرة الطرفين على الزواج. وهذا يعني أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة الرقابة على تزويج الصغار الذين لم يبلغوا السن القانونية المحددة. وجعل منه وليا غير مباشر لهم أو أمينا على مصالحهم[24].

ويعتبر الزواج قبل اكتمال الأهلية قابلا للفسخ قبل الدخول في حالة واحدة، وهي إذا تم الطعن فيه من قبل احد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة، أما بعد الدخول فيكون باطلا نسبيا أي عقد فاسد بالمصطلح الحنفي، ويمكن الطعن فيه من قبل أحد الزوجين فقط، وهذا ما اشارت إليه المادة 3 من القانون رقم 224-63 الصادر في 24 جوان 1963 بالجريدة الرسمية عدد 44، وإذا تم إنعقاد هذا العقد دون إحترام للسن القانونية ودون وجود مصلحة ترجى من وراءه فإنه تطبّق على ضابط الحالة المدنية أو قاضي الأحوال الشخصية أو من تولى هذا العقد من أولياء الزوجين عقوبة جزائية تقدر بالحبس من 15 يوم إلى 3 أشهر، أو بغرامة مالية من 400 إلى 1000دج[25].

وعلى إفتراض أن هناك مصلحة أو ضرورة تقضي بزواج القاصر فمن يتولى هذا الزواج بعد ترخيص القاضي؟.

أشارت المادة 11 الفقرة 2 معدلة إلى أنه يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لاولي له[26].

لقد جعل المشرع الجزائري الولاية بالنسبة للقاصر للأب أولا ثم لأحد الأقارب الأولين ثم للقاضي لمن لا ولي له، ولم يفرق في هذا بين الذكر والأنثى، لأن كلمة القصر تشملهم، والقاصر في القانون هو فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو لجنون أو لعته أو لسفه وذلك باستقراء المادة 81 من قانون الأسرة، والمادة 44 من القانون المدني، حيث تنص المادة 81 من ق.أ على أنه : من كان فاقد الأهلية أوناقصها لصغر السن أو جنون أوعته أوسفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم[27].

أما المادة 44 من ق.م تنص على أنه يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية...[28].

وطبقا لهاتين المادتين يكون الذي ليس له أهلية قاصرا، وكل قاصر يكون في حاجة ماسة إلى من يرعى أموره ويحفظ أمواله، ويسمى الشخص الذي يتوالى عنه هذه العملية وليا، وتسمى هذه العملية الولاية[29].

ثم أن المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة في فقرتها الثانية تنص على أنه: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول. ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل[30]؛ وحالة وجوب الولي لا تكون إلا بالصغر أو بالجنون أو بالعته أوالسفه، لأن البالغ الراشد العاقل لا يحتاج إلى الولاية باستقراء المادتين 9 و11 من قانون الأسرة المعدل[31].

فالمادة 9 تنص على أنه: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية.

والمادة 11 تنص على أنه : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

نلحظ أن المشرع لم يتكلم عن حالة فقدان الأهلية بالجنون والعته والسفه، مع أن الواقع يزوج هؤلاء لمصلحة أو لضرورة ومنه نصل إلى القول أن الولاية واجبة على القاصر لصغر أو جنون أولعته أو لسفه[32]، أنه لا بد من ترخيص من طرف القاضي لتسجيل عقد زواج القصر، وأنه لا بد من مراعاة مراتب الولاية في هذا التزويج وفقا لما نصت عليه المادة 11 الفقرة 2 من قانون الأسرة المعدل: الأب أولا وفي حالة عدمه تنتقل الولاية إلى الأقارب الأولين وفي حالة عدمهم فإلى القاضي. ولنا أن نتساءل هنا عن من هم الأقارب الأولين؟.

المعتمد في القانون أن الأقارب الأولين هم الأقارب من جهة العصبة إلى الدرجة الرابعة بعد الأب أي الابن فالجد فالأخ الشقيق أو لأب[33]، وقد أشارت إلى ذلك المادة 369 من قانون العقوبات الجزائري: لا يجوز إتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة...[34]

فهذه المادة تنص ضمنيا أن الدرجة الرابعة تعبر عن الأقارب الأولين، وإلا فلا معنى للتحديد هنا.

وبهذا نجد قانون الأسرة قد شذ عن كل المذاهب الفقهية في ترتيب الولاية على القاصر[35] ولا ندري ما هو مستنده في ذلك! ، قد يكون تحقيق المصلحة.

ثم نجد المشرع الجزائري يشذ مرة أخرى بأن جعل للقاصر الولاية الإختيارية، مع أن جمهور الفقهاء جعلوا لها ولاية إجبار وهذا مانصت عليه المادة 13 المعدلة من قانون الأسرة : لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها[36].

فما معنى هذه المادة ياترى؟ وماحكم القاصر الذكر؟ وما حكم المجنون والمعتوه والسفيه؟ وهل تطبق هذه المادة في حكم الجميع؟ أم على القاصر الفتاة فقط عاقلة كانت أم مجنونة أم معتوهة أم سفيهة؟.

كان على المشرع الجزائري أن يوضح ذلك إذ هذا السكوت يفتح باب الاجتهاد مرة أخرى أمام القضاء، فلو كان يقصد بالقاصرة الصغيرة العاقلة، فما حكم زواج المجانين إذن؟ مع أن الشريعة الاسلامية والأعراف تبيح ذلك تحت شرط الولاية.

إن موافقة القاصرة لا معنى له هنا سواء كانت عاقلة أو مجنونة لأن هذا الزواج أصلا مبني على الضرورة والمصلحة التي يراها الأب أو أحد الأقارب الأولين أو القاضي بعد الترخيص، وهنا تطرح عدة أسئلة. من هو القاضي الذي يرخص لهذا الزواج؟،ومن هو القاضي الذي يكون وليا في حالة إنعدام الأب والقرابة، أهو نفسه الذي يرخص ويكون وليا في آن واحد؟ أم قاضيين أحدهما للترخيص والآخر للولاية؟...

رابعا– ولاية تزويج المرأة البالغة بين الشريعة والقانون والواقع :

1–حكم تزويج المرأة البالغة في الفقه الإسلامي :

قضية تزويج المرأة البالغة العاقلة قضية شائكة إختلف فيها الفقهاء، وذهبوا فيها مذاهبشتى وحاصل هذه الآراء مذهبان :

– ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل في المشهور عنه إلى أنه لا يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر عقد زواجها لا لنفسها ولا لغيرها، بل إذا وكلت رجلا غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج، لأنها لا تملك تزويج نفسها، فلا تستطيع تمليك غيرها مالا تملكه، وهذا مروي عن عدد من فقهاء الصحابة[37]، إذ يجب أن يكون هذا الزواج بحضرة ولي يتولى عقد الزواج ويشرف على مراسيمه.

– وذهب الحنفية إلى جواز ذلك بصرف النظر عن إختلافهم في استقلالها بذلك أولا، فيجوز لها أن تزوج نفسها وأن تكون وكيلة لغيرها إيجابا وقبولا، وإن كانوا يقولون يستحب لها أن تستأذن وليها، فإن لم تفعل كان عملها مكروها[38]. فكأن الولاية هنا ولاية ندب واستحباب، وهذا الجواز مشروط بشرطين، وإلا جاز للولي الإعتراض وطلب الفسخ وهما:

1– كفاءة الزوج

2– مهر المثل.

2– تزويج المرأة البالغة في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون الأسرة بعد التعديل على أنه : ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين. يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : أهلية الزواج الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج[39]. ونص في المادة 11 الفقرة 1 من نفس القانون بعد التعديل : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختارة[40].

ومنه فالولي شرط في عقد الزواج، إذا لا يتم الزواج إلا بحضوره، وإلا كان العقد قابلا للفسخ قبل الدخول لا بعده طبقا لما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة بعد التعديل :

يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.[41]

ولنا أن نسأل عن حالة وجوب الولي؟

أعتقد أن المشرع الجزائري هنا يقصد حالة القاصر. ومنه نرى أن الولي في الزواج في القانون بعد التعديل جعل الرضا شرط إنعقاد وعبر عليه بالركن الذي ينعقد به الزواج، إذا إختل فإن العقد يتعرض للبطلان، أما بقية الشروط فهي شروط صحة(من ولي وصداق وشاهدين) ورتب على تخلفها الفسخ قبل الدخول لا بعده مع ثبوت مهر المثل.

فالولي إذن شرط صحة، وحضوره واجب في عقد الزواج، إلا أن حضوره شكليا لا غير، إذ ليس له من شيء في العقد، فالمرأة هي التي تباشر العقد، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 11 الفقرة الأولى من قانون الأسرة بعد التعديل : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها[42]....، فإذا تم العقد دون حضوره يفسخ العقد إن لم يتم الدخول، بينما إذا تم الدخول بالزوجة فيثبت العقد ويمضي مع وجوب مهر المثل.

3- مراتب الأولياء في قانون الأسرة بعد التعديل:

لم يهتم المشرع الجزائري بترتيب الأولياء بنقيض الفقه الإسلامي الذي رتب الولاية حسب القرابة النسبية أي الأقارب العصبات الأقرب فالأقرب، لأن (النكاح للعصبات) كما روي عن علي رضي الله عنه[43]، ويكون ترتيبها حسب أصحاب الميراث، ويقع فيها من الحجب ما يقع في الميراث.

لقد جعل المشرع الولاية بالنسبة للمرأة البالغة في الزواج بحسب إختيارها، إذ لها كل الحرية في إختيار من يناسبها أن يكون لها وليا في الزواج بمن تريد، الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره هي.

وعلى هذا الأساس نتساءل من أين استقى المشرع هذه المراتب في تزويج المرأة البالغة؟ وإذا كان المشرع قد جعل الولاية إختيارية بالنسبة للقاصرة، فأي نوع من الولاية هنا؟ هل هي ولاية إختيارية ؟ أم هي نوع آخر من الولاية ليس لها تصنيف في الفقه الإسلامي؟ أما الولاية الاجبارية فهي أمر مستبعد.

يرى الأحناف أن الولاية هي ولاية إجبار فقط أي على القاصر، وتثبت للأقارب العصبات الأقرب فالأقرب وتكون على الترتيب الآتي: البنوة، ثم الأبوة ثم الأخوة، ثم

العمومة، وتنتقل لذوي الأرحام عند عدم العصبات الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم ثم الأصول مهما علين ثم تنتقل للفروع ثم الجد الغير الصحيح ثم الأخوات ثم الأعمام من جهة الأم ثم العمات مطلقا ثم الأخوال والخالات وأولادهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام إنتقلت الولاية إلى الحاكم وهو قول أبي حنيفة[44]. والحاكم هو القاضي الآن.

بينما ذهب الجمهور إلى تقسيم الولاية إلى إجبارية واختيارية وقد سبق الحديث عن النوع الأول[45]، أما الاختيارية فقد ذهب المالكية إلى أن الولاية الإختيارية تثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة، ثم الجدودة، ثم العمومة ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة، ثم الكافل للمرأة غير العاصب ثم الحاكم أو القاضي اليوم، ثم كل مسلم بالولاية العامة إن لم يوجد أحد من الأولياء السابقين، ومنهم الخال والجد من جهة الأم، والأخ لأم. فلكل مسلم تزويج المرأة الشريفة أو الوضيعة بإذنها ورضاها.

أما الشافعية: فإنهم رتبوا الولاية على النحو التالي: الأبوة الأخوة، العمومة ثم المعتق، ثم السلطان.

أما الحنابلة: فالأبوة ثم البنوة ثم الأخوة ثم العمومة ثم المعتق ثم عصبته ثم السلطان[46].

وعليه فإننا نجد المشرع الجزائري قد اجتهد في جزئية من جزئيات النكاح وهي الولاية في الزواج وهذا يسمى الإجتهاد بالتجزي، وهو أمر مقبول عند أغلب العلماء بشرط أن تتوفر فيه شروط الإجتهاد المطلق من فهم مقاصد الشريعة كلها، والتمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها[47]. كما أن المشرع لفق بين المذاهب الفقهية في هذه الجزئية، إذ إعتبر الولاية شرطا من شروط الزواج وهو مذهب الجمهور غير الحنفية، ولم يرتب على عدمها الفسخ بعد الدخول مع العلم أن الجمهور قالوا بفساد العقد قبل وبعد الدخول[48].

أما الحنفية: فقد جعلوا الولاية مندوبة ومستحبة فقط وتكون بطريق الولاية أو الوكالة، فلا يترتب على عدمها الفسخ لا قبل ولا بعد الدخول إلا في حالة واحدة وهي زواج المرأة البالغة بغير الكفء، فهنا نجد الحنفية قد شددوا في الكفاءة بين الزوجين، واعتبروها شرط للزوم العقد، ويتوقف العقد على إذن الولي إذا كان الزوج غير كفء، والأولياء في الكفاءة عند الأحناف هم العصبة[49] إن المشرع الجزائري جعل من الولاية شرطا، ثم جعل للمرأة

البالغة حق إختيار من يتولاها في الزواج، فكلمة "أو" تفيد التخير لا الترتيب، وبهذا يكون قد مال إلى المذهب الحنفي، وهذا خروج عن المذهب المالكي وتلفيق دون وجود ضرورة ملحة.

ومما يعاب كذلك على قانون الأسرة بعد التعديل، جعله الولاية لأي شخص آخر تختاره المرأة البالغة إن لم يتم إختيار الأب أو أحد الأقارب، فكلمة شخص في القانون تشمل الذكر والأنثى، مما يدفعنا إلى التساؤل: هل تجوز ولاية المرأة على المرأة مادام المشرع الجزائري مال إلى مذهب الأحناف في الولاية؟.

يشترط جمهور الفقهاء غير الحنفية الذكورية في الولاية، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها فعلى غيرها أولى، وقال الحنفية ليست الذكورة شرطا في ثبوت الولاية، فللمرأة البالغة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير بطريق الولاية أو الوكالة[50].

والأرجح هنا أن أي شخص آخر المقصود به ذكر، لأن المشرع إعتبر الولاية شرطا من شروط الزواج بالنسبة للمرأة البالغة وفق ما ذهب إليه الجمهور، والجمهور على أن الذكورية شرط من شروط الولي، وعليه أستبعد أن يكون أي شخص آخر هو إمرأة، إذ لا يمكننا أن نلفق في شروط الولاية بين مذهب الجمهور، ومذهب الحنفية الذي هو أصلا لا يعتبر الولاية شرطا من شروط صحة الزواج بالنسبة للمرأة البالغة.

وبناء على ماسبق فعلى الموثق أو الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج أن يراعي توفر ركن الرضا الصريح والشفهي بين الزوجين، وتوفر حضور شاهدين وولي الزوجة وتوفر صداق معين، وأن يراعي كل الشروط الإدارية والشرعية سواء في الزوجين أو في الشاهدين أو في الولي أو في الصداق قبل أن يباشر عملية تحرير العقد وتسجيله[51]، وعلى من له المصلحة والصفة(الأب أو العصبة) أن يطعن في الزواج لانتفاء شرط من الشروط وذلك قبل الدخول، لأن العقد يثبت بعد الدخول بصداق المثل كما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة بعد التعديل.

4- الولاية على المرأة البالغة بين القانون والواقع :

الأصل في الولاية: يتولى كل أمر الأقدر عليه والأصلح له الجامع لكل الشروط التي تجعله يقوم بما أنيط به على أحسن وجه وأتمه، والولاية إنما هي قائمة على أساس النظر والشفقة وليس على العضل والتسلط لقوله تعالى "و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"[52].

فالمرأة سريعة التأثر والإنخداع، يغريها الثناء ومعسول القول وتغلبها العاطفة، فتخضع لحكمها ولا يمتد نظرها إلى المستقبل، ثم إن المرأة إذا بلغت صار حكمها أغلظ لكونها ترمقها العيون، وتسبق إليها الظنون كما قال الماوردي[53]. فوجود الولي ضمانة إجتماعية وحصن للمرأة من التلاعب بعرضها، وخاصة أن المجتمع لا يزال ينظر إلى المرأة نظرة دونية فالمشكلة إذن ليست مشكلة تقنين على الإطلاق بل هي مشكلة ذهنيات وثقافات، فنحن في حاجة إلى إصلاح ثقافي ونفسي وفكري يطال مفهوم الزواج والأسرة والمرأة والرجل قبل الحديث عن القوانين، لأن القانون يلجأ إليه في حالة النزاع والتخاصم وليس في الحالات العادية الطبيعية وخصوصا في ميدان الزواج حيث العلاقة يجب أن تتأسس على المشاركة والتفاهم وليس على مساطر القوانين[54].

يقول الأستاذ العربي بن الشيخ: إن تزويج المرأة نفسها بأي شخص تختاره للولاية قد يوقعها في إشكالات إجتماعية ومادية ومعنوية، فتستنجد بوليها فلا تجده، ربما لأنها تخلت عنه في لحظة ضعف، ثم أصبحت في ضرورة إليه، والفقه المالكي في الحقيقة حافظ على كثير من الروابط الأسرى، فإذا تركنا هذا الباب مفتوحا قد نقع في إشكالات لم يعهدها المجتمع الجزائري[55].

ويقول الأستاذ المحامي أحمد نواصري: أنه إذا تم التعديل في شرط الولاية فهذا يعني أنه سيمس بسلامة الأسرة التي يكفلها الدستور في مادته 58 والتي تنص على مايلي : تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع[56].

ومهما كان هذا التعديل المتعلق بالولاية في الزواج فإنه لا يمس العقد الشرعي، إذ الشعب الجزائري مالكي المذهب، وهو حريص على تقليد مذهبه وخاصة في العلاقات الزوجية، فهي تحكمها الشريعة والأعراف والتقاليد أكثر مما يحكمها القانون، والمعروف

عرفا كالمشروط شرطا، وبالتالي يبقى القانون مجرد غطاء شكلي لمن يريد أن يشذ عن العقد الشرعي لإنشاء علاقة إباحية في ظل مادة قانونية بعيدا عن أعين الأهل، وأعين المجتمع.

خاتمة :

أخلص إلى القول أن الولاية حق مشترك بين الفتاة البالغة الراشدة ووليها، فلا يصح لأحدهما أن يباشره ابتداء، بل لا بد من توافر رضا الاثنين معا، ثم يباشره الولي، وإذا باشرته الفتاة يكون العقد صحيحا مادام الولي راضيا عن ذلك، إلا أن مباشرة المرأة للعقد غير مستحسن في العرف وهو خروج عن المألوف، فإبقاء الحياتها وصونا لكرامتها وعفتها، تترك ذلك لوليها.

وهذا ما ذهب إليه كثير من الفقهاء ومنهم الحنفية مثل محمد بن الحسن[57]، ثم أن الولاية على المرأة في الزواج في الشريعة الإسلامية لم تسقط أبدا حق المرأة في التعبير عن إرادتها، بل أعطاها المشرع الحكيم حق إختيار الزوج وحق الإذن والرضا في الزواج، وحق رؤية الخاطب في حدود شرعية حفاظا عليها وعلى كرامتها في حال العدول، ثم أعطاها الحق في التمتع بزوجها وتمانه بالمعروف بعد الزواج وغيرها من الحقوق بما يتوافق وطبيعتها.

الهوامش:

---

[1]– د.محمد محدة، الخطبة والزواج (الجزائر، دار شهاب باتنة، ط:2 ، 1994م) ص 92

[2]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة ولي (لبنان، دار صادر بيروت، 1414هـ، 1994م)، 15/ 407 وما بعدها، وابن الشحري، ما إتفق لفظه واختلف معناه، حرره وحققه أحمد حسن بسج (لبنان، دار الكتب العلمية بيروت، ط: 1، 1417هـ، 1996م) ص333.

[3]– ابن عابدين، حاشيته على رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ويليه تكملة ابن عابدين للمؤلف دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1412هـ،1992م)3/ 55.

[4]– أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية(مؤسسة الثقافة الإسلامية الإسكندرية، ط:1) ص265.

[5]– عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام (تونس المطبعة التونسية ط:1، 1339 هـ) 29/2

[6]- علي بن أحمد العدوي ، الحاشية على شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص30.

[7]- ينظر: حورية تاغلابت، الولاية على النفس (رسالة نيل شهادة الماجستير، فرع شريعة وقانون) كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، باتنة، 1419هـ، 1999م، ص 27، 28

[8]- بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية ونظرية الملكية والعقود (مؤسسة شباب الجامعة)، ص 456.

[9]- حورية تاغلابت، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها بتصرف.

[10]- رواه الترميذي في سننه كتاب النكاح، باب ماجاء:لا نكاح إلا بولي دار الكتب العلمية بيروت3/ 408

[11]- ينظر الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب (دار الكتب العلمية، بيروت) 10/3، والسرخسي، المبسوط (دار الكتب العلمية بيروت، ط:1، 1993م) 212/4، وابن رشد، بداية.

[12]- ابن حزم، المحلي، تحقيق عبد الغفار سليمان البداري (دار الكتب العلمية، بيروت) 39/9.

[13]- المرجع نفسه، وينظر الرازي، التفسير الكبير (دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1990م) 23/ 184

[14]- محمد عليش، منح الجليل (لبنان، دار الفكر، بيروت، ط: 1، 1404هـ، 1984م) 315/3.

[15]- ابن حزم، المرجع السابق، 38/9.

[16]- ابن حزم، المرجع السابق، ص44.

[17]- ابن حزم، المرجع السابق، ص44.

[18]- ينظر كلا من : القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد أبو خبزة (دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 1994م)222/4.

والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (دار الفكر، بيروت)222/2.

وغيرهما.

[19]- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دراسة وتحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1415هـ- 1994م) 246/4 ومابعدها، والماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد بن معوض وعادل أحمد عبد الموجود (دار الكتب العلمية بيروت، ط:1، 1994م) 127/11 وغيرهما.

[20]- ابن قدامة، الكافي في مذهب الإمام أحمد (المكتب الإسلامي بيروت، ط:3، 1402هـ،1989م)3/ 12 و13 وغيره.

[21]- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (دار الكتب العلمية، بيروت)238/2 وما بعدها، وابن الهمام، فتح القدير، علق عليه عبد الرزاق غالب المهدي (دار الكتب العلمية، بيروت، ط:1، 1415 هـ-1995م) 277/3 وما بعدها، وغيرهما.

[22]- ينظر الجريدة الرسمية، عدد 15 ،2005م ،ص 19.

[23]– القانون المدني، نشر وزارة العدل (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986م) ص07.

[24]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج (الجزائر، دار البعث قسنطية .ط:2، 1989م) ص 96 وما بعدها بتصرف .

[25]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، 1988م)1/62.

[26]– الجريدة الرسمية العدد 15 ، المرجع السابق، ص20.

27– قانون الأسرة، منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1990م، ص 26.

[28]– القانون المدني، المرجع السابق، ص 8

[29]– عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة ، المطبعة العربية، غرداية، ط: 11، 1988م ص7.

[30]– الجريدة الرسمية العدد 15، المرجع السابق، ص 21.

[31]– نفس المرجع، ص 20، وسوف يأتي الحديث عن تزويج المرأة البالغة فيما بعد.

[32]– باستثناء الحنفية فقد جوزوا زواج السفيه بغير الولاية بعد البلوغ. ينظر: د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (الجزائر، دار الفكر، طبعة خاصة 1413هـ-1992م)7/ 85.

[33]– سبق الإشارة إليها

[34]– د/ نواصر العايش، تقنين العقوبات (الجزائر، مطبعة عمار قرفي باتنة، 1991م) ص 179.

[35]– ينظر رأي الجمهور في حكم تزويج الصغار من المقال.

[36]– الجريدة الرسمية، المرجع السابق، ص 20.

[37]– ينظر : محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام (دار النهضة العربية، بيروت. ط:2، 1397 هـ- 1977م)، ص258.

[38]– نفس المرجع، ص 258.

[39]– الجريدة الرسمية، المرجع السابق، ص 20.

[40]– الجريدة الرسمية، المرجع السابق، ص20.

[40]– نفس المرجع، ص 21.

[41]– نفس المرجع، ص 21.

[42]– نفس المرجع، ص21.

[43]– د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق، ص199.

[44]– د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 199 وما بعدها بتصرف، ومحمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 266 وما بعدها.

[45]– ينظر : حكم تزويج القصر من المقال.

[46]- داوهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 201 وما بعدها بتصرف.

[47]- داوهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (الجزائر، دار الفكر) 2/1075 وما بعدها.

[48]- ابن جزي، القوانين الفقهية (الجزائر، دار الكتب،1408هـ،1987م) ص160.

[49]- داوهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 235 وما بعدها.

[50]- داوهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 195 وما بعدها.

[51]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 158 بتصرف

[52]- سورة البقرة/232

[53]- الماوردي، المرجع السابق،6/342.

[54]- ينظر : سماح هيلي، إصلاح القوانين..أم إصلاح الذهنيات،

= articlehttp://www.chihab.net/modules.php?name=news & file

sid =302 &

[55]- نفس المرجع

[56]- نفس المرجع

[57]- محمد عبد السلام محمد، العلاقات الأسرية في الإسلام، مكتب الفلاح الكويت، ط:1، 1401 هـ، ص 77.