

اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب والقرابة في زواج البالغة

د. خالد سماحي

أستاذ القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر

ملخص

يعالج هذا البحث مشكلة إيجاب الولاية في نكاح المرأة، وذلك بقصر البحث في المرأة البالغة فقط، لأن الإشكال يثور حولها، والاختلاف يحدد فيها، والتشريعات تتعدل وتتطور بشأنها، فلزم تسليط الضوء عليها ولو في نواح منها.

فبدأ البحث في عرض نظام ولاية النكاح كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، ببيان مفهومه ومشروعيته، والمذاهب الفقهية في حكمه، وتصوره على حقيقته من البحث في طبيعة هذا الحق الموكول إلى الولي أبا كان أو قرابة، وبيان المقاصد والغايات من تشريعه، ثم ذكر أنواعه سواء من حيث أصحابه، أو من حيث السلطات الموكلة لهم.

وباستقراء التشريعات العربية في هذه المسألة تبين أن لها اتجاهات مختلفة فيه، وتوصل البحث إلى أنه يمكن تصنيفها إلى اتجاهات ثلاثة مختلفة متعارضة أحيانا بالنظر إلى دور الولي ومدى تأثيره في انعقاد زواج البالغة.

مقدمة:

الزواج عقد خطير أولته الشريعة الإسلامية ومختلف التشريعات أهمية بالغة، نظرا لما يترتب عنه من آثار تهم أطرافه من حيث الحقوق المختلفة التي تترتب لهم، ومن حيث آثاره التي تلحق الأسرة والمجتمع كافة. بناء عليه فُصلت أحكامه وضُبطت أركانها، وكيفيات إنشائه في مختلف النظم والتشريعات ... ومن جملة تلك الضوابط والتفصيلات والرعاية الخاصة التي أوليت له، أن اشترط ركن الولي من أجل إنشائه، وضرورة أن يكون إلى جانب المرأة في عقد نكاحها، يتوقف إمضاءه عليه، ولو كانت بالغا، فلا يمكن بحال أن تستقل بعقد نكاحها بنفسها، على تفصيل بين المذاهب الفقهية المشهورة.

أما القوانين العربية التي نظمت شؤون الزواج وتوابعه تحت مسمى الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة، وقفت من مسألة الولي مذاهب مختلفة، فمنها من أبقي على ركنيته مطلقا، ومنها من نحى إلى الإيجاب النسبي، أي أبقاه في أحوال دون أخرى، ومنها من ألغاه مطلقا، وأزال أي حق يمكن أن يكون للأب أو القرابة يتوقف عليه الإذن في زواج البالغة.

لذلك كان على البحث في شأن هذه المسألة أن يستعرض أولا نظرية ولاية الزواج إجمالا كما جاءت في الشريعة الإسلامية، مبينا مشروعيته، والمغزى من تشريعها، ثم يثني باستقراء مختلف التشريعات العربية، واتجاهاتها التي تبنتها في خصوص إيجاب تولي الأب والقرابة نكاح البالغة من عدمه.

ولا شك أن مقارنة من مثل هذا البحث التي أثارها تساهم ولا شك في تطور القانون، ودعم ركائزه، وإثراء دوره، في تنظيم فعال للعلاقات بين الأفراد، وتنمية مستدامة للعلاقات الأسرية، وحفظ مصون لكيان العائلة وحقوقها المقدسة، غير القابلة للتصرف.. تلك العائلة التي عرفناها كلبنة أساسية في المجتمع.

بناء عليه نتصور إشكالية هذا البحث فيما يلي:

ما هي مواقف التشريعات العربية في مسألة إيجاب الولي كركن شرعي في زواج المرأة البالغة؟، وهل يمكن تصنيف المواقف المذكورة وفق اتجاهات واضحة ومتباينة، لكل منها مذهبه وقناعاته التشريعية؟. لاستجلاء اتجاهات القوانين العربية واختياراتها التشريعية في مدى إيجاب الولي في زواج المرأة البالغة، اقتضى بحث هاته المسألة تناوُلها من خلال مبحثين نتصور في الأول منها نظرية الولي في النكاح كما جاءت مقررة في الشريعة الإسلامية، لنبيي عليها في مبحث ثان معرفة الاتجاهات التشريعية للقوانين العربية في خصوص بحث مسألتنا وهو دور الولي ومدى تأثيره في زواج البالغة.

المبحث الأول: نظام ولاية النكاح في الشريعة الإسلامية

نعرض بإيجاز لمفهوم الولاية في النكاح، ومشروعيتها، وما ورد في الغاية من تشريعها من حيث الأصل وهو ما يعبر عنه بالمقصد التشريعي، وحكمها أي مدى إلزاميتها لإنشاء عقد الزواج، وأنواعها، كي يكتمل لدينا تصور واضح ولو مجمل لنظرية الولي في الزواج.

المطلب الأول: مفهوم ولاية النكاح ومشروعيتها.

نذكر مفهوم الولاية ونبين مشروعيتها بذكر مجمل الأدلة التي وردت في الشريعة بشأنها، ونعرج على ذكر حكمها كما جاء في المذاهب الفقهية المشهورة؛ ثم نبين ما ذكر أهل الفقه من تعليل ومقاصد في تشريع الولاية في النكاح؛ كما نعرض ما فصله الفقهاء بخصوص أنواع الولاية وتفريقهم بين المرأة ذات القدر وغيرها في التزويج بالولاية العامة.

الفرع الأول: مفهوم الولاية في النكاح.

هو جعل إذن تزويج المرأة إلى شخص معين بما يعود عليها بالمصلحة، فيملك رد عقدها مع غير كفاء وإن رضيت.

بتعبير آخر أن حق تزويج المرأة لا تستقل به بنفسها كما في التصرفات المالية مثلا، وإنما يشاركها في ذلك وليها، فله الاعتراض. ويجب أن تكون الولاية المذكورة أو الاعتراض إن وجد مبنيان على المصلحة، مصلحة المرأة ومصلحة الأسرة؛ وعليه فليس من حقه الاعتراض إن تقدم لها كفؤ يعني رجل صالح لا يوجد ما يعاب فيه ويؤاخذ عليه، فإن فعل، فهو "العضل" أي المنع غير المشروع من طرف الولي، أو التعسف باستعمال الحق من طرف الولي. ونلاحظ أن الولاية مرتبطة بشكل وثيق بصفة الكفاءة في الزواج، حتى عبر بعض العلماء كما سيأتي بأن القصد في الولاية في النكاح النظر في الكفاءة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مشروعية الولاية في النكاح وحكمها.

نتكلم عن مشروعية الولاية في النكاح والمقصود ذكر الأدلة التي وردت في الشريعة بخصوصها، ونبين حكمها في مختلف المذاهب الفقهية.

أولاً: مشروعية الولاية في النكاح.

القصد هنا إيراد الأدلة من مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية الولاية وأن لها أصلا فيها بدون الدخول في التفاصيل ومناقشة الأدلة لأنه مما لا يحتمله هذا البحث.

وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى في الآية 32 من سورة النور: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِيمَانِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾، وقوله أيضا في الآية 221 من سورة البقرة: ﴿وَلَا تَنْكَحُوا الْمَشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَّامَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تَنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾، وكذلك قوله في الآية 232 من سورة البقرة: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾.

والشاهد في هاته النصوص أن الخطاب في مثل هذه الآيات موجه للأولياء، ولا يصح العضل إلا لمن إليه العقد، وأيضا مما جاء في القرآن قصة النبي شعيب في إنكاح النبي موسى — عليهما السلام، ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّ فَإِنْ أَتَمَمْتَ حَجْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ الآية 27 من سورة القصص.

وجاء في السنة النبوية الشريفة قول رسول الله سيدنا محمد — صلى الله عليه وسلم — ﴿لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ﴾، وقوله: ﴿أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُمْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ﴾ حسب ما ورد في تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي.

وأيضا عمل أهل المدينة وهو الدليل أو المصدر التشريعي الذي يستدل به الإمام مالك؛ ونضيف هنا دليلا آخر مهما ربما لا يلتفت إليه، وهو الدليل المقاصدي، أو دليل المصلحة، نذكره ولو على سبيل الاستئناس، وهو أن أدلة كثيرة في القرآن والسنة شرعت من أجل حفظ النسب وكيان الأسرة ومصلحة المرأة والضعفاء، بما يشكل في مجموعها دليلا معنويا قويا، ومثل هذا الدليل ينبه إليه كثيرا الأصولي أبو إسحاق الشاطبي في كتابه الموافقات.

ثانيا: حكم الولي في النكاح.

الحاصل أن الأدلة المذكورة وغيرها يرى فيها جمهور الفقهاء أقصد علماء المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة أنها قطعية في إيجاب الولاية في نكاح المرأة ولا تستطيع أن تستقل فيه بنفسها بحال، أو ما يعبرون عنه بشرط صحة.

أما مذهب الحنفية فلا بد من تسليط الضوء عليه جيدا، لأن هناك لبسا، فيشاع أن المرأة يمكن أن تعقد زواجها بنفسها وفق هذا المذهب، ولا يوجد شيء اسمه الولي عندهم، وهذا غير صحيح.

الولاية في زواج المرأة متفق عليها من حيث الأصل يعني من حيث المشروعية، إلا أن الجمهور كما سبق يقولون هي شرط صحة، يعني لا ينعقد الزواج بدونها، أما الحنفية فيقولون هي شرط كمال أي لا يكمل الزواج بدونها، أي من الأكمل والأفضل شرعا أن تكون متوفرة منذ البداية. أما إذا لم تتوفر وزوجت المرأة نفسها بكفؤ فالزواج صحيح، لكن إن زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ أو بصداق أقل من المثل، فللولي حق الاعتراض على هذا والمطالبة بفسخه.

فيتفق الحنفية مع الجمهور من حيث إن للولي حقا وكلاما في صفة الكفاءة ويمكن له أن يطلب فسخ الزواج على أساسها، ويختلفون في تفاصيل ذلك؛ فعند الجمهور لا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا، شريفة أو دينية⁽²⁾، رشيدة أو سفیهة، إذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده. أما

الحنفية فيجوزون لها الإقدام على العقد بدون ولي لكن مع حقه في الاعتراض عندما يكون الشخص غير كفؤ أو أن يكون بغير صداق المثل لأنه تلحقها وتلحقهم المعرة بذلك. أما حكم الولي في القانون والاتجاهات فيه سنبيته في المبحث الثاني الآتي إن شاء الله.

الفرع الثالث: المقصد من شرع الولاية في النكاح.

بمعنى آخر ما غاية التشريع في إيجاب الولاية في النكاح والمصلحة المقصود حفظها؟. يقول الفقهاء أن المقصد من تشريع الولاية في النكاح "لحفظ النسب حتى لا تتزوج من يتضرر الأولياء بانتساب ولده إليهم"⁽³⁾، أي حماية للعلاقات الأسرية؛ وهو ما يعبر عنه أيضا ابن راشد القفصي وهو من فقهاء المالكية بقوله: "الحكمة في كون الزوجة لا حق لها في مباشرة نكاح نفسها هو أنها لما كانت لها داعية الشهوة لم يُجعل لها ذلك بل جعل إلى وليها، إذ لو أسند أمرها إليها لوضعت نفسها في دناءة، وكان ذلك مضرا بها وبالولي"⁽⁴⁾، وهو ما اختصره ابن سعيد ابن لب وهو من فقهاء الأندلس بعبارة: "القصد في الولاية في النكاح النظر في الكفاءة"⁽⁵⁾.

ويضاف إلى ما ذكر من أهداف تشريعية أن ذلك أول الفروق بين النكاح والزنا والمحادنة والبغاء والاستبضاع، فإنها لا يرضى بها الأولياء في عرف الناس الغالب عليهم. وليكون أولياء المرأة عوناً عليها في حراسة حقوقها⁽⁶⁾.

وقال ابن عاشور وهو من علماء المالكية المعاصرين: ". وفي الآية السابقة الذكر 232 من سورة البقرة: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْوَاجُكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ إشارة إلى اعتبار الولاية للمرأة في النكاح بناء على غالب الأحوال يومئذ؛ لأن جانب المرأة جانب ضعيف مطموع فيه، معصوم عن الامتهان، فلا يليق تركها تتولى مثل هذا الأمر بنفسها؛ لأنه ينافي نفاستها وضعفها، فقد يستخف بحقوقها الرجال، حرصاً على منافعهم وهي تضعف عن المعارضة⁽⁷⁾. ما ذكرناه أعلاه يبين غاية التشريع من اشتراط الولي في نكاح المرأة في الشريعة الإسلامية لضعفها في تبين عواقب الأمور فالزواج عقد خطير، ونتائجه مصيرية في الحياة على المرأة وأهلها والمجتمع كافة.

الفرع الرابع: أنواع الولاية في النكاح.⁽⁸⁾

يفصل أهل الفقه نظام الولاية في النكاح، بتقسيمها من حيث أصحابها إلى نوعين خاصة وعامة، ومن حيث مدى السلطة المخولة فيها، إلى ولاية جبر وولاية إذن كما يلي:

الولاية على النكاح من حيث أصحابها نوعان ولاية خاصة وولاية عامة. والولاية الخاصة هم: الأب، ووصيه، والقربة، والكافل، والقاضي. والولاية العامة هي الإسلام يعني أي شخص من المسلمين، أو أدرى أهل عشيرتها كما يذكر البعض.

وتنقسم الولاية من حيث السلطة المخولة فيها إلى ولاية جبر، وولاية إذن، ولا تجتمع هاتين إلا للأب فقط، أو من يقوم مقامه وهو الوصي في حدود.

والمقصود بولاية الجبر هي تزويج من له الجبر من الأولياء وليته بدون توقف على إذنها ورضاها، وهو مختص بالأب في بعض بناته، وأبنائه الصغار، والوصي إذا جعل له الأب ذلك. ففي الفقه الإسلامي يجوز للأب جبر البكر غير المرشدة أي السفهية وغير العارفة لمصالحها وإن كانت بالغاً، وللصغيرة وإن كانت ثيباً، ويستحب

استثمارها، فالجبر يقع بإحدى العلتين، وقال أبو حنيفة لا يجبر الكبيرة والشافعي لا يجبر الثيب، وهذا إذا لم يقصد الإضرار. والعلة من الجبر عندهم هي الجهل بالمصالح.

وأخذ المشرع الجزائري بمبدأ عدم إجبار البنت على الزواج مطلقا ولو كانت قاصرة، فقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

وأما الوصي من قبل الأب ووصي الوصي فيقومان في العقد مقام الأب، وإن كان الوصي امرأة استخلفت من يعقد. وأما القرابة فهم العصبة كالابن والأخ والجد والعم وابن العم، ولا يزوجون إلا البالغة بإذنها، ولا يجبر الثيب أحد منهم. وأما القاضي فيزوج البالغة عند عدم الولي، أو عضله، أو غيبته، ولا يزوج هو ولا غيره الصغيرة.

وأما الولاية العامة فتجوز في المذهب المالكي إذا تعذرت الولاية الخاصة، فأما مع وجودها فلا تجوز مع الولي المحبر فتفسخ قبل الدخول وبعده، أما مع غير المحبر فتفسخ قبله فقط.

الفرع الخامس: التفريق بين المرأة ذات القدر وغيرها في التزويج بالولاية العامة.

وهناك تفصيل مهم يشار إليه حيث يفرق الفقهاء بين المرأة ذات القدر ويسمونها الشريفة، وبين من ليست ذات قدر ويصطلحون عليها بالدينية؛ حيث يجوزون نكاح الثانية بالولاية العامة ولو بوجود الولاية الخاصة، ولا يجوزون ذلك بالنسبة للشريفة؛ فيصح النكاح بالولاية العامة في امرأة دينية مع وجود ولي خاص كأب وابن وعم لم يجبر لكونها بالغاً ثيباً أو بكرًا لا أب لها ولا وصي لها، ولا يفسخ بحال طال زمن العقد أو لا، دخل بها الزوج أو لم يدخل، لكونها - لدنائتها وعدم الالتفات إليها - لا يلحقها بذلك معرة.

ومعيار التمييز عندهم بين هذين الصنفين من المرأتين هو أن الدنيئة: هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب؛ فالخالية من النسب: بنت الزنا أو الشبهة أو المعتوقة من الجوّاري، والحسب: هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها من محاسن الأخلاق، فالغنية ذات الجمال ليست بدنيئة، وإن لم يكن لها حسب ولا نسب، والنسبية - وإن كانت فقيرة أو قبيحة - ليست بدنيئة بل كل من اتصفت بصفتين من هذه الصفات الأربع فشريفة، بل وبصفة فقط على ما قاله بعضهم⁽⁹⁾.

ولا يصح نكاح شريفة بالولاية العامة إلا إن دخل الزوج بها وطال بأن يمضي ثلاث سنين أو الولادة مرتين، أما قبل الدخول أو إن لم يطل فيفسخ.

المطلب الثاني: لصيغة الولاية في نكاح البالغة.

عند الجمهور أي المذاهب الفقهية الثلاثة هي حق مشترك بين حق الله وحق العبد الذي هو هنا الولي، ومعناه أن اشتراط الولي في عقد الزواج هو من النظام العام ومن القواعد الآمرة، ولو جوز له بالتنازل عن حقه فيما يخص شرط الكفاءة كما ذكر بعض علماء المالكية⁽¹⁰⁾.

ولهذا تجدهم يفسخون النكاح كلية إن حصل تواطؤ على إسقاط الولي في انعقاد النكاح ولو للبالغة، سواء قبل الدخول أم بعده، ويصححونه بعد الدخول في أحوال.

أما عند الحنفية فهو حق خاص بالأب أو من شرعت الولاية لصالحه، بدليل انعقاد الزواج بدون الولاية، وللولي حق الاعتراض إذا لم ير الكفاءة متوفرة وكذلك عند عدم تقديم مهر المثل.

المبحث الثاني: موقف التشريعات العربية في مدى إيجاب ولاية الأب والقرابة في زواج البالغة

قصرنا الكلام في بحث الولاية هذا على الفتاة البالغة، لأن موضوع الولاية واسع لا تستوفيه مقالة أو اثنين، ولأن غير البالغة وهي ناقصة الأهلية أو عديمتها، إرادتها ناقصة أو منعدمة، فلا عبرة بإرادتها بالاتفاق في التصرفات المالية، أو لا بد من مراجعة وليها إذا كانت ناقصة فقط. كذلك في شأن الزواج لا يلحظ وجود اختلاف مهم، فكل التشريعات تتفق كما هو الأصل على التدخل الضروري للولي من أجل قيام عقد الزواج. لكن مثار الإشكال والاختلاف البين هو في شأن زواج البالغة إذا أقدمت عليه بدون وليها المقرر لها أصالة في الشريعة الإسلامية، وهو الأب فإن لم يوجد فالقرابة وهؤلاء من يسمون بالولاية الخاصة كما سبق بيانه، فإن لم يوجد فواحد من المسلمين وهو الولاية العامة كما اصطلح عليه. وإذا استقرنا التشريعات العربية في هذا الموضوع وجدنا الاختلاف الواضح بينها في اتجاهات متباينة، وهو ما سعى هذا البحث إلى كشف الغطاء عنه، وخلص إلى أنه يمكن تقسيمها إلى ثلاثة اتجاهات واضحة، الأول يوجب الولاية في نكاح البالغة مطلقا بحيث يمكن للولي التأثير في انعقاد الزواج، والثاني يلغيها مطلقا فيستعيز بالولي أي شخص مهما كانت صفته من أجل حضور العقد فقط، وبينهما اتجاه تشريعي متوسط، يوجبها في البالغة إيجابا مؤثرا نسبيا في أحوال دون أخرى، وهو ما نفصله كما يلي.

المطلب الأول: الاتجاه القانوني الموجب مطلقا لولاية الأب والقرابة في زواج البالغة.

الاتجاه الأول يتمثل في تلك التشريعات العربية التي تبنت مذهب الجمهور في مسألة اشتراط الولي في الزواج من أنه شرط لا بد منه لإنشاء العقد، وإلا كان فاسدا يستدعي فسخه سواء قبل الدخول أم بعده. ونذكر من هذا الاتجاه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مثلا الذي نص في مادته 39 أنه: "يتولي ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها... ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما، ويثبت نسب المولود". وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: "بينت هذه المادة وجوب مباشرة الولي للعقد وحكمت ببطان العقد بدون ولي، عملا بما ورد في النصوص الواردة عن الرسول الكريم ﷺ القاضي ببطان العقد بدون ولي، وأخذا برأي جمهور أهل العلم، ودرءا للمفاسد التي قد تترتب على تولي المرأة تزويج نفسها"⁽¹¹⁾. ويمثل هذا الاتجاه أيضا قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله سنة 2005 بالأمر 02/05 حيث نصت المادة 11 قبل التعديل: "يتولى زواج المرأة وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". والمادة 33 قبل التعديل أيضا: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد، ويبطل إذا احتل أكثر من ركن واحد".

المطلب الثاني: الاتجاه القانوني الموجب نسبيا للولاية في زواج البالغات.

الاتجاه الثاني يرى وجوب الولي في النكاح لكنه إيجاب نسبي، وليس مطلقا كما عند الجمهور، وأرى أن مذهب الحنفية محله هنا، وليس مقابلا للاتجاه الأول بأن يكون ملغيا تماما لدور الولي. لأن القول بأن الحنفية لا يوجبون الولي في الزواج فيه مغالطة حسب رأيي، نعم هم لا يوجبونه على طريقة الجمهور من المذاهب الثلاثة الذين يعمدون إلى فسخ زواج البالغة إذا تخلف منه ركن الولي، ويمكن أن يلحق هذا الفسخ النكاح ولو بعد الدخول، لأن ركنية الولي عندهم من النظام العام في النكاح، وليست محصورة في حق خاص للأب أو القرابة، فيمكن التنازل عنه مطلقا. إلا أن الحنفية يختلفون عنهم بأنهم لا يفسخون نكاح البالغة التي تخلف النظر السبقي للولي في نكاحها، لكنهم لا يلغون هذا النظر كلياً، بدليل أنه يتيحون له إمكانية

النظر البعدي، وحقه ولو بعد الدخول في طلب فسخ الزواج، إذا لم يصادف زواج موليته كفؤاً أو كان بغير مهر المثل.

وموقف الحنفية كما بينته وأنه يوجب إيجاباً نسبياً الولي في الزواج هو ما أخذ به المشرع المصري، وكذلك السوري الذي نص قانون الأحوال الشخصية له في المادة 27 أنه: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح". فجعلوا الكفاءة حقاً للزوجة وأوليائها، لأن المرأة وأوليائها يتعيرون إن تزوجت من هو أدنى منها ومن لا يكافئها، أما الرجل فلا يتعير أن تكون تحته من لا تكافئه⁽¹²⁾، وكذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي⁽¹³⁾.

لكن هناك تشريعات عربية أخرى لا تطابق تماماً ما أخذ به المشرع المصري في مسألة ولاية النكاح، لكن في رأيي تضم إلى نفس هذا الاتجاه التشريعي في موضوعنا، وهو أنها توجب شرط الولي إيجاباً نسبياً وليس مطلقاً كما في الاتجاه الأول، لكن النسبية تكمن من ناحية أخرى، وهي أن الإيجاب ينصب على فئة من البالغات دون أخرى.

فمثلاً المشرع الكويتي ذهب إلى إيجاب الولي بحيث يكون له دور وحق في مراجعة أمر الزواج بالنسبة لغير الثيب أو البكر التي لم تبلغ سن الخامسة والعشرين، فنصت المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي أن: أ- الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث وان لم توجد العصبة فالولاية للقاضي. ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكراً كان أو أنثى. ب- يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها

ونصت المادة 30 منه أن: "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تبشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها".

فحضور الولي بالنسبة للثيب أو من كانت سنّها فوق الخامسة والعشرين هو شكلي فقط ليس له أي دور فعلي على شاكلة ما أخذ به المشرع الجزائري في تعميمه لهذا الدور الشكلي مع أي بالغة وأتاحه لأي شخص كان كما سيأتي قريباً.

وجاء في المذكرة الإيضاحية تبرير ما تبناه المشرع الكويتي في هذا الشأن بالقول: "وقد رُئي أن الفترة ما بين البلوغ الطبيعي وبلوغ سنة الخامسة والعشرين مرحلة حرجة للفتيات، لم تنهياً فيها نفوسهن للتبصر ومقاومة المخاطر، ولا تمتد فيها أنظارهن إلى المستقبل البعيد، وإطلاق الحرية في هذه الفترة، بتطبيق الراجح في الفقه الحنفي أو إجبارهن على الزواج بمن يختاره الولي كما جاء في مذهب مالك، كان من جرائه الكثير من المآسى، فدرءاً لذلك كله، وإقامة للأسرة على أساس حكيم، اختار المشروع أن زواج الفتاة ما بين بلوغها الطبيعي وتام الخامسة والعشرين يشترط فيه اجتماع رأيها ورأي الولي، وإن أولياء التزويج هم العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث، يليهم القاضي حسب رأي الإمام محمد ومن وافقه، وقصر هذه الولاية على الفتاة في هذه المدة، وعلى المجنون والمعتوه، ذكراً أو أنثى، دون سواهم، وقرر للولي أن يباشر عقد زواج بنته التي أتمت الخامسة والعشرين بعد أخذ رأيها، مراعاة للتقاليد، وحفاظاً على مكانة الولي..."⁽¹⁴⁾.

ونموذج آخر عن هذا الاتجاه وهو قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص المادة 22: "إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر، فإذا زوجت نفسها من كفء لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل، وإن زوجت نفسها من غير كفوء فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح".

لكنه نص في المادة 13 أنه: "لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً".

فاستثنى المشرع الأردني في اشتراطه الموجب للولي فئة الثيبات من البالغات، فلم يجعل لهم حق الموافقة على الزواج من عدمه.

المطلب الثالث: الاتجاه القانوني الملغى ملحقا لإيجاب الولاية في زواج البالغة.

بعد أن بينا الاتجاه الأول والثاني من مختلف التشريعات العربية من مسألة إيجاب أن يكون للولي دور في الموافقة على زواج البالغة، بقي الكلام على الاتجاه الثالث وهو من يلغي هذا الدور من أساسه، فلا يجعل للولي ممثلا في الأب أو القربة أي دور مؤثر في إمضاء زواج البالغة، ويكتفي أن يكون له دور شكلي بحضوره فقط غير ملزم بأن يكون محصورا في الأب أو القربة، بل يمكن أن يكون أي شخص تختاره المرأة المقدمة على الزواج. مما يعني انقلابا جذريا في حقيقة الولاية في نكاح البالغة بالنسبة لهذا الاتجاه ويكون مقابلا ومعاكسا تماما للاتجاه الأول، ويسلب أي دور للأب أو القربة يجعله مؤثرا في إنشاء المرأة البالغة لعقد زواجها، ولا يجعل له أي خصوصية تميزه عن التصرفات المالية من هذه الناحية من حيث استقلال المرأة البالغة فيها.

ويمثل هذا الاتجاه التشريع في الدول المغاربية الثلاثة التي بدأت تتجه في موضوع الولي اتجاهها موحدا، حيث سبق في ذلك التشريع التونسي بمدة طويلة الذي يقصر موافقة الولي على النكاح بالنسبة للقاصرة فقط، حيث جاء في المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية التونسي "... زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي."

أما التشريع المغربي فقد ألغى دور الولي في إبرام النكاح بالنسبة للفتاة البالغة في تعديل سنة 2004، حيث جعل الولاية حقا للمرأة فقط تمارسها كيف شئت فيمكن أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوضه لأبيها أو أحد أقاربها، فنصت المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية أن "الولاية حق للمرأة، تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها". وتلتها المادة 25 التي تنص أن: "للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

أما القانون الجزائري فقد سبق الذكر أنه لا يقر ولاية إيجاب الأب ابنته بدون رضاها، مهما تكن حالتها ولو كانت قاصرة كما جاء في المادة 13، لكنه ألغى وفق التعديل سنة 2005 بالأمر 02/05 أي دور للولي مؤثر في إبرام عقد النكاح بعدما كان معترفا به في التشريع السابق بالنسبة للفتاة البالغة من العمر سن 19 سنة فما فوق أي المرأة الراشدة وفق القانون، وأصبح دوره بالنسبة لإنشاء العقد صوريا فقط بحضوره لا بإذنه، بل يمكن أن يقوم بهذا الحضور بدله أي شخص آخر تختاره البنت المقبلة على الزواج كما جاء في المادة 1/11: "...تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره..."

وواضح أن هذا الاتجاه ينحو إلى جعل البالغة تستقل بإنشاء زواجها دون أبيها أو قرابتها، وإبعاد أي دور لهم مؤثر في انعقاد هذا الزواج مما يجعل ذكر الولي كركن بالنسبة للبالغة شكلي أو صوري خاصة مع التأكيد على كلمة "حضور" التي تعني الحضور الجسماني وتستبعد أي رأي يتوقف عليه إمضاء الزواج، وزاد المشرع الأمر تأكيدا من خلال إتاحة المجال للبالغة المقدمة على الزواج أن تملأ الحضور الجسماني المذكور بأي شخص تختاره هي من الولاية العامة بدل الولاية الخاصة ممثلة في أبيها أو قرابتها.

ولا يتغير المركز القانوني للأب والقربة المذكور من حيث نكاح البالغة، بفسخ الزواج قبل الدخول إن لم يتوفر الولي، الذي نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة، لأن المقصود من المادة الإضراب كليا عن إحضار الولي في انعقاد الزواج سواء كان أبا أو قربة أو أي شخص آخر.

خاتمة

تبين لنا من خلال هذا البحث الذي استقرأنا فيه التشريعات العربية في خصوص مسألة مدى إيجاب الولي في زواج صنف من النساء هو مثار الخلاف، نقصد المرأة البالغة، أن هناك تباين واضح بينها، واتجاهات مختلفة فيه، وتوصل البحث إلى أنه يمكن تصنيفها إلى اتجاهات ثلاثة مختلفة متعارضة أحيانا بالنظر إلى دور الولي ومدى تأثيره في انعقاد زواج البالغة.

الاتجاه الأول يتمثل في تلك التشريعات العربية التي تبنت مذهب جمهور أهل الفقه الإسلامي في مسألة اشتراط الولي في الزواج من أنه شرط لا بد منه لإنشاء العقد، وإلا كان فاسدا يستدعي فسخه سواء قبل الدخول أم بعده؛ وهو ما تبناه المشرع الجزائري إلى غاية تعديله لقانون الأسرة الجزائري سنة 2005 بالأمر 02/05.

الاتجاه الثاني يرى وجوب الولي في النكاح لكنه إيجاب نسبي، وليس مطلقا كما عند أصحاب الاتجاه الأول، فيوجبون الولي كركن في زواج البالغة لكن بقيود يرونها تحقق المصلحة، وقد سبق التمثيل لبعض التشريعات العربية التي تبنت هذا الاتجاه.

الاتجاه الثالث وهو من يلغي هذا الدور من أساسه، فلا يجعل للولي مثالا في الأب أو القربة أي دور مؤثر في إمضاء زواج البالغة، ويكتفي أن يكون له دور شكلي بحضوره فقط غير ملزم بأن يكون محصورا في الأب أو القربة، بل يمكن أن يكون أي شخص تختاره المرأة المقدمة على الزواج، وهو ما تبنته صراحة تشريعات الدول المغاربية، بما فيها الجزائر من خلال تعديل قانون الأسرة سنة 2005 بالأمر 02/05.

المولم

- 1- الونشريسي، المعيار، طبعة 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، ج 3 ص 31.
- 2- سيأتي تعريف بمذنب المصطلحين وشرح لها.
- 3- المقرئ، أبو عبد الله التلمساني، القواعد، القاعدة رقم 549، طبعة 2012، دار الأمان، الرباط، ص 305.
- 4- التوزري، عثمان بن مكى، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط 1، 1339 هـ، المطبعة التونسية، ج 2 ص 28.
- 5- الونشريسي، مرجع سابق، ج 3 ص 31.
- 6- ابن عاشور، الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ط 1، 1999، دار النفائس، عمان، الأردن، ص 321.
- 7- ابن عاشور، الطاهر، تفسير ابن عاشور المسمى "التحرير والتنوير"، ط 1984، الدار التونسية للنشر، ج 2 ص 427.
- 8- ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، دار القلم، دون تاريخ، بيروت، ص 133.
- 9- شرح الدردير على مختصر خليل (الشرح الصغير)، ط 1986، دار المعارف القاهرة، ج 2 ص 361.
- 10- شرح الدردير على مختصر خليل، مرجع سابق ج 2، ص 400.
- 11- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد 26، أبريل 2006م، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 77.
- 12- البغا، مصطفى ديب، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مطبوعات جامعة دمشق، 2007/2006، ص 219.
- 13- انظر: فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعة جامعة السليمانية، 2004، كردستان، العراق، ص 66-67.
- 14- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي عند المادتين 29 و 30.