

مكانة الولي في انعقاد الزواج - دراسة تأصيلية مقارنة
The role of the wali in the marriage contract
Comparative Foundational Study



عقلة علاء^{1*} ، دريدر ملكي²

¹ مخبر الدولة والإجرام المنظم، جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة 10000 (الجزائر)،

a.okla@univ-bouira.dz

² جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة (الجزائر)،

m.dridr@univ-bouira.dz

تاريخ الإرسال: 2024/09/12 تاريخ القبول: 2024/11/04 تاريخ النشر: 2024/12/01

ملخص:

لقد حظي الولي في عقد زواج المرأة باهتمام العديد من الفقه وأهل العلم وهذا نظرا لخصوصية الزواج وما يتطلبه من أركان وشروط تميزه عن باقي العقود.

حاولت هذه الدراسة أن تبرز المكانة التي يتمتع بها الولي بالنسبة لزواج المرأة خاصة تلك الراشدة، وذلك بالوقوف على أهم آراء الفقهاء في الإسلام والذين اختلف موقفهم بين الجمهور الذي ذهب إلى عدم صحة الزواج بدون الولي، وبين الأحناف الذين أجازوا للمرأة عقد نكاحها بنفسها شرط توفر الكفاءة بمن تنوي الزواج به وألا يقل مهرها عن مهر المثل. أما المشرع الجزائري فقد جاءت نظريته متباينة بتباين الظروف التي صدر بشأنها قانون الأسرة، فبعدما كان يعد الولي ركنا إلى جانب بقية الأركان في الزواج في قانون 84-11 أخذ بذلك مذهب الجمهور، أصبح يعتبره في قانون 05-02 شرطا لصحة الزواج تأثرا بانضمامه لاتفاقية سيداو واستجابة لمطالب النسوية وذلك باكتفاء حضوره عند إبرام موليته لزواجها مع عدم ترتيب أي أثر قانوني عند انعدامه باستثناء الفسخ الذي يتقرر قبل الدخول في حالة زواج القاصرة.

الكلمات المفتاحية: زواج ; ولي ; امرأة ; ركن ; شرط; صحة

Abstract:

The wali in women's marriage contract has garnered significant attention of many jurists and scholars and that lead to the privacy of marriage and what it need from pillars and conditions that makes it special from other contracts.

This study tried to show the place of wali for the women's marriage specially the adult one, and that by standing on the most important opinions of jurists in islam and those who had differing positions between the majority, who argued that marriage without wali is invalid, and the Hanafi school, which permitted a woman to contract her marriage by herself on the condition that there is mutual compatibility with the one she intends to marry and that her dowry is not less than the dowry of someone comparable.as for the algerian legislator his

view was different cause the differing circumstances under which the Family code was issued, thus after having considered wali as a pillar besides to the other pillars of marriage in 84-11 code, in accordance with the position of the majority, he began to consider wali as a condition to validity of marriage influenced by his adherence to SIDAW convention, and in response to the feminist critiques, by merely requiring his presence at the conclusion of her marriage contract, without attributing any legal effect in his absence, except for annulment, which is determined prior to consummation in the case of a minor's marriage.

Key words: Marriage ; Wali ; Women ; Pillar ; Condition of validity

* المؤلف المرسل

مقدمة:

شرع المولى عزوجل الزواج للغايات السامية التي يحققها هذا العقد، فهو السبيل الوحيد لاستمرار النسل البشري وحفظه من الزوال، فضلا عن كونه منشأ كل الأسر وسبب بقائها، ونظرا لقدسية الزواج وخصوصيته عن غيره من العقود، فقد تولى الله تعالى تنظيمه في محكم تنزيله واضعاً ضوابطه وأسسها التي يقوم عليها مسميا إياه بالميثاق الغليظ.

ولقد أجمع الفقهاء وأهل العلم على أن للزواج قواعد لا يقوم بدونها (الرضا، الولي، الصداق، الشاهدان وخلو الزوجين من الموانع الشرعية) غير أن مكنم الخلاف كان حول تصنيف هذه الأسس ما إذا كانت أركاناً أم شروطاً، باستثناء الرضا الذي اتفق الجميع على اعتباره ركناً من أركان الزواج.

ويأتي الولي في مقدمة هذا الخلاف حيث انقسم الفقه حول أهميته في زواج المرأة البالغة وهذا راجع للاختلاف في الأدلة الشرعية في مسألة الولاية من حيث قطعية ثبوتها ودلالاتها، في حين لم يحظى زواج البنت القاصر بهذا القدر من الجدل. وباعتبار أن التشريع الإسلامي مصدر رئيسي يعتمد عليه قانون الأسرة الجزائري في جل نصوصه، فقد امتد موضوع عدم الاتفاق على مكانة الولي في زواج المرأة لأحكامه لا سيما تلك المنظمة لشرط الولي في باب الزواج، وسط تغيير في دور الولي من ركن وجوب في ظل قانون 11-84 إلى شرط صحة في قانون 02-05 بعد التعديل الذي جاء استجابة لمطالب الجمعيات النسوية والأصوات المتأثرة بالقيم الغربية التي تنادي دائماً بمطلق المساواة بين الجنسين والتي لا صلة لها بالبتة مع ما نعتنقه من موروث إسلامي وقيم وأخلاق فاضلة.

أمام هذا العمق من الجدل الفقهي والقانوني حول مسألة الولاية في الزواج والإشكالات التي لازالت تثيرها في الواقع العملي خاصة بعد تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 والذي فتح المجال لكل من تنوي إبرام الزواج في تجاهل وليها (الأب) واستبداله بمن تشاء، كان لابد من تسليط الضوء على العديد

من النقاط التي تمثل صلب البحث وجوهره، وعليه يجد الباحث نفسه أمام الإشكالية التالية: كيف ينظر المشرع الجزائري لمكانة الولي في الزواج الذي تبرمه الفتاة الراشدة؟ وهل جاءت نظريته متأثراً بمذاهب الفقه الإسلامي؟

من أجل الإجابة على هذه التساؤلات ارتأى الباحث أن يتبع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال أولا التأصيل الشرعي للخلاف الفقهي حول مسألة الولي في تزويج المرأة وتحليل تلك الآراء، إلى جانب استقراء أحكام بعض المواد من قانون الأسرة الجزائري عبر مرحلتيه ومقارنتها برأي مذاهب الفقهاء لمعرفة النظرة التي ثبت عليها المشرع الجزائري في هذا المجال.

المبحث الأول: التكييف الفقهي للولي في عقد الزواج

المبحث الثاني: التكييف القانوني للولي بين الركن والشرط

المبحث الأول

التكييف الفقهي للولي في عقد الزواج

بداية يشير لفظ الولاية في اللغة إلى المحبة والأمانة والخطبة بكسر الواو وإلى النصرة بفتح الواو، والولي: الصديق والنصير والتابع المحب، والمولاة: ضد المعادة، والولي: ضد العدو،¹ أما في الاصطلاح فهي تفيد تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد². وتنقسم الولاية بحسب الفقه إلى ثلاثة أنواع: ولاية على النفس، ولاية على المال، ولاية على النفس والمال معا وتندرج ضمن الولاية على النفس ولاية الزواج التي يقصد بها سلطة وصلاحية إنشاء عقد الزواج، وهي تثبت للأب والجد وجميع الأولياء من العصبة بحسب ترتيبهم في الإرث. وتنقسم بدورها إلى: ولاية إجبار والتي تعد ولاية كاملة باعتبار أن الولي له مطلق السلطة فيها بإنشاء الزواج على من هي في ولايته دون أن يشاركه أحد، ولاية اختيار: وهي ولاية المشاركة أو ولاية الإذن تتقرر للولي على المرأة البالغة العاقلة³. ويشترط الفقهاء في الولي حتى يمارس ولايته مجموعة من الشروط وقد اختلف حول بعضها أهمها أن يكون مسلماً بالغاً متمتعاً بكفاءته العقلية، وأن يكون ذكراً لأن المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها، شرط العدالة وشرط عدم الإحرام.

¹ ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه، دار المعارف، القاهرة، مصر، دت، مادة ولي 4920/6

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 238

³ شامي أحمد، قانون الأسرة طبقاً لأحدث التعديلات "دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

لم يختلف أهل العلم حول مشروعية الولاية في زواج المرأة فهي ثابتة بالنصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، فالحكمة من تشريعها أنها جاءت لأجل المرأة نفسها حماية لحقوقها وصونها لكرامتها من الخوض في شرفها ومراعاة لمصلحتها كون أن الرجال أعلم بالرجال من النساء، إضافة لإمكانية جعل المرأة تشرك أسرتها في قرارها في اختيار شريكها لأن الزواج مسألة تخص كلا الأسرتين معا. غير أنهم اختلفوا في مدى صحة العقد إذا ما باشرته المرأة أصالة عن نفسها أو بالوكالة عن غيرها¹، وقد نتج عن هذا الانقسام عدة آراء إلا أن الفقهاء اختلفوا في النهاية إلى رأيين شهيرين اجتهدا منهم في حسم المسألة وذلك بالاستناد إلى مختلف الأدلة الشرعية كل بحسب حججه.

المطلب الأول: رأي جمهور الفقهاء في حكم الولي في الزواج

يمثل جمهور الفقهاء في هذا الرأي كل من المالكية والشافعية والحنابلة وقد ذهبوا إلى أن الولي شرط صحة في عقد النكاح أي لا يصح العقد بدونه، ولا يجوز للمرأة بأن تزوج نفسها ولا حتى تزويج غيرها عن طريق التوكيل سواء كانت بكرا أم ثيبا فإن فعلت فزواجها باطل ومعهم أبو يوسف من الحنفية في رواية، ورأى البعض منهم وهم المالكية والشافعية بأن الولي ركن من أركان الزواج وهو ما اصطلاحوا عليه في كتبهم²، وهذا رأي كثير من الصحابة كابن عمرو علي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم³، ومهما يكن من الأمر فإن الرأي الذي استقروا عليه هو وجوب وجود الولي في عقد الزواج فلا يجوز للمرأة أن تبرم عقد زواجها إلا بوليها لأنه ليس بمقدورها أن تنفرد في مباشرة الزواج لنفسها ولا لغيرها. وقد استدل الجمهور في رأيه على العديد من الحجج المستنبطة من الكتاب والسنة والأثر والمعقول.

الفرع الأول: من الكتاب والسنة النبوية

سيتم ذكر الأدلة الشرعية التي وقف عليها جمهور العلماء في اجتهداهم في تفسير اشتراط الولي في عقد النكاح كالآتي:

أولا: أدلتهم من القرآن الكريم

توجد العديد من الآيات الكريمة التي استند إليها الجمهور من أهل العلم في اشتراطهم للولي في الزواج من بينها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا

¹ ط.د جبارة زينب، دور الولي في زواج المرأة، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، العدد 11، الجزء الأول، ص 254

² محمد بجاج، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي الجزائر، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015، ص 150، 152

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا دمشق، الطبعة الرابعة، 2020، ص 3190، 3191

تَرْضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ¹، يستدل من هذا الخطاب الإلهي أنه موجه للأولياء فالله سبحانه وتعالى أمر الأولياء بعدم عضل النساء بغية الإضرار بهن والعضل هنا يفيد منعهن من العودة إلى أزواجهن²، فلو لم يكن للولي الحق في ولاية التزويج لما نهاه الله عن العضل³. وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَّتَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ⁴﴾ وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا⁵﴾ يستدل من الآية الأولى أن الخطاب الرباني بالإنكاح يكون للأولياء على الأيأمى والأيم هي البنت التي ليس لها زوج سواء كانت بكرة أم ثيباً⁶، ونقلنا عن القرطبي عند تفسيره لهذه الآية أن فيها دليلاً على أنه لا نكاح إلا بولي⁷، وفي الآية الثانية الخطاب أيضاً موجه للأولياء النساء من الرجال بالألا ينكحن المشركين حتى يؤمنوا فلو كان الأمر بالزواج عائد إليهن وحدهن لما كان الخطاب موجهاً للرجال⁸، وكذلك قول الله عز وجل: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ⁹﴾ الآية هنا تخاطب الرجال صراحة وتشتط أن يتم النكاح بإذنهم، فجعلت إذن الولي شرطاً لنكاح المرأة وإلا بطل الزواج بدونه¹⁰.

ثانياً: أدلتهم من السنة النبوية المطهرة

حديث رسول الله ﷺ: ((لا نكاح إلا بولي¹¹)) رأى أهل العلم من هذا الحديث أن فيه دليلاً قوياً على اشتراط الولي في صحة زواج المرأة، وهو مفهوم عام في النساء سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرة أم ثيباً، شريفة أو دنية¹².

¹ سورة البقرة، الآية 232

² الإمام محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1982، ص 09

³ ط، د مودع محمد أمين، التكييف الشرعي والقانوني للولي في عقد الزواج، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مخبر الدراسات الدستورية والنظم السياسية، العدد الأول، جانفي 2017، ص 338

⁴ سورة النور، الآية 32

⁵ سورة البقرة، الآية 221

⁶ محمد بجاق، المرجع السابق، ص 153

⁷ محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وأي القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006، ص 462

⁸ جبارة زينب، المرجع السابق، ص 257

⁹ سورة النساء، الآية 25

¹⁰ محمد بجاق، المرجع السابق، ص 154

¹¹ رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث 2085، ص 238، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1880، ص 204، 205

¹² أ، د سمير شهباني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص

عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل..¹)) وقال الألوسي في هذا الحديث: "والذي أميل إليه أن الأمر لمطلق الطلب وأن المراد من الإنكاح: المعاونة والتوسط، وتوقف صحة النكاح في بعض الصور على الولي يعلم من دليل آخر². في هذا الحديث دلالة صريحة على عدم صحة نكاح المرأة بدون ولي يتولى زواجها، وفيه دلالة أيضا على اعتبار العقد الذي يتم من دون إذن الولي باطلا وفيه مبالغة في تأكيد بطلان النكاح خاصة أن لفظ البطلان تكرر ثلاث مرات مما يدل على تأكيد فسخه قبل الدخول وبعده³.

قوله صلى الله عليه وسلم: ((لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها⁴)). يصرح رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديثه بأن المرأة ليس بمقدورها تزويج نفسها لا بالأصالة عن نفسها ولا نيابة عن غيرها، كما ليس لها أن تعقد الزواج دون الرجوع لإذن وموافقة الولي⁵. وذكر عبارة الزانية وهي عبارة شديدة في حق من تقوم بتزويج نفسها دليل على قبح الفعل والتبرؤ منه⁶، فمن تنكح بغير إذن وليها فهي في حكم الزانية.

كما استدلل جمهور الفقهاء في رأيهم من حديث الحسن البصري في سبب نزول قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ قال: ((حدثني معقل بن يسار، أنها نزلت فيه، قال: زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، قلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال فزوجها إياه⁷). لقد جاء الحديث ليؤكد سبب نزول الآية السابقة ليكون دليلا على وجوب الولي لأن الآية منعت عضل الولي وإلا فأين الحكمة من منع العضل لو لم تكن الولاية في يد الرجل.

¹ رواه أبو داود، المرجع السابق، حديث رقم 2087، ص 237، وابن ماجه، المرجع السابق، حديث رقم 1837، ص 204

² محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، مكتبة الغزالي، دمشق، 1981، ص 188

³ سمير شهباني، المرجع السابق، ص 346

⁴ رواه ابن ماجه، المرجع السابق، حديث رقم 1882، ص 1890

⁵ محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ 2016 م، ص 329

⁶ سمير شهباني، المرجع السابق، ص 346، 347

⁷ رواه البخاري، الصحيح، الجزء 7، ص 16 و ص 58، رواه أبو داود، السنن، المرجع السابق، حديث رقم 2087، ص

الفرع الثاني: أدلتهم من الأثر والمعقول

سنحاول في هذا الفرع تبين بعض الأدلة التي استدل بها جمهور الفقهاء في رأيهم بعدم صحة الزواج بدون ولي وذلك من الأثر والمعقول كما يلي:

أولاً: من الأثر

وهي الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين التي دلت على عدم صحة الزواج الذي تعقده المرأة دون وليها وذلك مهما كانت صفتها، وسيتم ذكر أهم هذه الآثار عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم. صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"¹. وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، لا نكاح إلا بإذن ولي"². وقد صح عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أنه قال: "لا نكاح إلا بإذن ولي أو سلطان"³. وقال أبو هريرة رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة المرأة، فإن البغي إنما تنكح نفسها"⁴.

ثانياً: من المعقول

توجد العديد من الأدلة التي توافق العقل ومنطق الفكر في مسألة اشتراط الولي في زواج المرأة سنذكر من بينها:

أ- أن الزواج من العقود التي خصها الله عز وجل بالتنظيم والتشريع وهذا لما يحققه الزواج من مقاصد عظيمة وغايات بالغة في السمو وآثار هامة في حياة الأسر، فكان إسناد أمره للأولياء من الرجال على اعتبار أنهم أكثر دراية وأشد حرصاً على تحقيق مصلحة المرأة، فهو بذلك يتميز عن باقي العقود والتصرفات المالية التي تباشرها المرأة من دون ولاية عليها فهي لا تقترب من الزواج في خطورة أثره وعظم مقصده⁵.

ب- أن المرأة تتسم بفطرتها بالحياء وبالابتعاد عن مجالس الرجال، فمن حسن تربيتها عدم ذكر الزواج لا سيما أمام الرجال فخوضها في مسألة الزواج يشعر من حولها بوقاحتها ورعونتها مما يجعل الناس ينفرون منها فتلحق بذلك ضرراً بها وينال من سمعة أسرتها⁶.

¹ رواه مالك ابن أنس، الموطأ، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، ص 525

² رواه البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 07، ص 111

³ رواه عبد الرزاق، المصنف، ج 6، رقم 10483، ص 198، الشافعي، المسند، المجلد 2، رقم 1110، ص 1292

⁴ رواه الشافعي، المسند، مجلد 2، رقم 1431، ص 1642

⁵ جبارة زينب، المرجع السابق، ص 258

⁶ سمير شهاني، المرجع السابق، ص 353، 354

ج- المرأة عاطفية في اختياراتها متسعة في قراراتها فإن ترك لها أمر زواجها قد تسيء اختيار الزوج جالبة لنفسها ولأسرتها تعاسة أبدية فيما تبقى لها من حياتها، فكان لاشتراط إذن وليها في الزواج بهدف إرشادها للرجل الأصالح بما يتمتع به الأولياء من خبرة وتمحيص لمعادن الرجال في الحياة.

د- إن اشتراط الولاية في تزويج المرأة لم يكن بسبب نقصان أهلية المرأة أو فقدانها، لأن الشريعة الإسلامية لا تنظر بهذه الزاوية للأثنى بدليل أنها كفلت للمرأة ذمة مالية مستقلة تماما عن ذمة الرجل مكنتها من مباشرة جميع التصرفات المالية¹، إنما جعلت الولاية حتى تشرك الفتاة اهل بيتها في الرأي والمشورة لكي يسندوها في حياتها الزوجية ويكونوا معول إصلاح في زواجها لا معولا للهدم.

المطلب الثاني: رأي فقهاء المذهب الحنفي في الولي

بعد أن رأينا موقف جمهور الفقهاء في اشتراط وجوب الولي في النكاح الذي تعقده المرأة والأدلة التي ارتكزوا عليها في رأيهم، لم يتبقى سوى الحديث عن رأي الحنفية في هذه المسألة لا سيما أنهم في اتجاههم هذا قاموا بالرد على رأي الجمهور.

ذهب الحنفية إلى عدم ضرورة اشتراط الولي في عقد الزواج وإن كان لها أن تستأذنه على وجه الاستحباب، فالزواج عندهم يصح بدون ولي² فقالوا أن المرأة تنفرد بزواجها من غير أن تشرك وليها كما لها أن تنثني العقد بعبارتها وهو ينشأ بعباراة النساء صحيحا³، وخلافا للرأي الأول فهم يرون أن للمرأة البالغة العاقلة الحق في مباشرة عقد نكاحها بنفسها سواء كانت بكرا أم ثيبا، وفي أن تكون ولها في إبرام زواج غيرها من النساء، غير أنه يحق للولي في أن يعترض على الزواج إذا ما كان الزوج الذي قامت باختياره غير كفء أو إذا قل مهرها عن مهر المثل فالكفاءة لديهم حق يتقاسمه كل من المرأة والولي⁴، عندها يكون لوليها حق الاعتراض ويلجأ للقاضي من أجل فسخ العقد⁵.

استدل أصحاب الحنفية في قولهم بعدم اشتراط الولي في صحة زواج المرأة بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة والأثر ومن المعقول أيضا.

¹ شامي أحمد، المرجع السابق، ص 78

² محمد بجاق، المرجع السابق، ص 155

³ الإمام محمد أبو زهرة، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، دون بلد النشر، 1957، ص 128

⁴ د. شامي أحمد، د. بن شنوف فيروز، الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج "دراسة على ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث، جوان 2017، ص 204

⁵ جبارة زينب، المرجع السابق، ص 254

الفرع الأول: من الكتاب والسنة النبوية

سيتم ذكر الأدلة الشرعية التي وقف عليها جمهور العلماء في اجتهادهم في تفسير اشتراط الولي في عقد النكاح كالآتي:

أولاً: أدلتهم من القرآن الشريف

قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ¹﴾ الآية الكريمة من أهم الآيات التي استند عليها الحنفية في موقفهم من الولي، فالله سبحانه وتعالى أضاف النكاح للمرأة واعتبر نكاحها لنفسها في هذه الآية محرماً على أن تنتهي الحرمة عند انكاحها لنفسها من ثان، وهذا دليل على صحة عقد المرأة زواجها من دون توقفه على مباشرة وليها له فهي من تعقد الزواج إلى جانب زوجها الذي طلقها من غير الحاجة لذكر الولي².

قوله عز من قائل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ³﴾ الدلالة بالنسبة للحنفية لهذه الآية من وجهين: الوجه الأول أن المولى أضاف النكاح للمرأة وفيه دلالة على جواز النكاح بعبارتها من غير شرط الولي، والثاني أن الله ينهي الأولياء عن القيام بمنع النساء من الزواج بمن تراضى من الرجال⁴ وهو ما سماه سبحانه بالعضل. كذلك قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ⁵﴾ هذه الآية كسابقاتها تدل على جواز عقد المرأة نكاحها بنفسها من غير ولي⁶، وهي تحمل خطاباً موجهاً للنساء دون الرجال.

¹ سورة البقرة، الآية 230

² الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 248

³ سورة البقرة، المصدر السابق

⁴ محمد بجاق، المرجع السابق، ص 156

⁵ سورة البقرة، الآية 234

⁶ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996، ص 101

ثانيا: أدلتهم من الأحاديث النبوية الصحيحة

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها¹)). إن هذا الحديث قطع صلة ولاية الولي عن المرأة²، وقام بإسقاط أي اعتبار للولي في عقد الزواج³.

قول النبي ﷺ: ((الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها⁴)). وجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي أقرب ولاية المرأة على نفسها كونها قد اكتملت في بلوغ العقل والحرية فلا يبقى موليا عليها وحكمها كحكم الصبي العاقل عندما يبلغ⁵.

عن أم سلمة قالت: ((دخل علي ﷺ بعد وفاة أبي سلمة، فخطبني إلى نفسي، فقلت، يا رسول الله، إنه ليس أحد من أوليائي شاهدا، فقال: إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك، قالت: قم يا عمر، فزوج النبي صلى الله عليه وسلم، فتزوجها⁶)). يستفاد من هذه الواقعة أن الرسول ﷺ قام بخطبة أم سلمة إلى نفسها وهذا دليل على أن أمر الزواج كان منسوباً إليها لا لأوليائها، كون أن ابنها عمر كان طفلاً صغيراً لا ولاية له، وصارت أم سلمة هي من عقدت زواجها بنفسها⁷.

الفرع الثاني: من الآثار والمعقول

وهي تلك الأدلة والحجج التي وقف عليها كبار الحنفية في مدى صحة زواج المرأة لنفسها دون اشتراط الولي، وهي منقولة عن آثار الصحابة رضوان الله عليهم وعما يتوافق وعقل الإنسان.

أولاً: أدلتهم من آثار الصحابة

جاء في الأثر أنه روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي فأجاز النكاح، وفي هذا خير دليل على أنه يحق للمرأة أن تزوج نفسها أو أن

¹ أحمد بن حنبل، المسند، الجزء 3، حديث رقم 3087، ص341، قال أحمد محمد شاكر: ((إسناده صحيح))، أبو داود، السنن، باب في الثيب، حديث رقم 2100، ص364

² الكاساني، المرجع السابق، الصفحة نفسها

³ الجصاص، المرجع السابق، ص102

⁴ رواه مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم 1461، ص559، 558

⁵ محمد بجاق، المرجع السابق، ص157

⁶ الحاكم المستدرک، الجزء 2، حديث رقم 2793، ص214، 213، وقال: ((صحيح على شرط مسلم))، النسائي، السنن، حديث رقم 3254، ص504

⁷ الطحاوي، شرح معاني الآثار، الجزء 3، ص12

ترفع أمرها إلى غير الولي، ويعتبر العقد صحيحاً¹. روي عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمان، المنذر بن الزبير، وعبد الرحمان غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمان قال: ومثلي يصنع هذا به، ومثلي يفتات عليه، وكلمت عائشة المنذر بن الزبير، فقال المنذر: ذلك بيد عبد الرحمان، فقال عبد الرحمان: ما كنت أرد أمراً قضيته، فقرت حفصة عند عبد الرحمان، ولم يكن ذلك طلاقاً².

ثانياً: أدلتهم من المعقول

أ- من أهم الأدلة العقلية التي اعتمد عليها الحنفية أن المرأة عندما تقوم بتزويج نفسها فإنها في الحقيقة تتصرف في حق خالص لها، ولها كامل الأهلية في ذلك التصرف كونها بالغة عاقلة وحرّة، فالأمر تماماً كما لو أنها تصرفت في مالها بنفسها فمادامت المرأة قادرة على مباشرة التصرفات المالية فإن بمقدورها مباشرة عقد الزواج أيضاً³.

ب- لما بلغ من المرأة العقل والحرية فأصبحت ولية نفسها في النكاح تماماً كالصبي عندما يبلغ، والمعلوم أن ولاية الزواج ثبتت للأب على الصغيرة نيابة عنها شرعاً، وذلك لأن الزواج من التصرفات النافعة التي تتضمن مصلحة المرأة في الدين والدنيا، وباعتبارها عاجزة عن بلوغ ذلك الهدف لوحدها كانت ولاية الأب عليها وببلوغها عقلاً زال سبب العجز فأصبح بإمكانها التصرف في نفسها وبذلك تنتهي ولاية الغير عليها وتثبت ولايتها لنفسها، وما قيام الأولياء بعقد النكاح إلا على سبيل الاستحباب لكي لا ينسب للمرأة شيئاً من الوقاحة إذا ما خرجت إلى مجالس الرجال عند توليها النكاح بنفسها⁴.

ج- من حق المرأة العاقلة البالغة أن تطالب ولها بالزواج وعلى ولها أن يستجيب لها وإلا كان عاضلاً، أما الصغيرة فلا يلزم بالإيفاء به تجاهها، كما أن للمرأة البالغة اختيار الزوج برضا واتفق فلو لم يكن لنقصان عقلها اعتبار لما كان لها حق الاختيار⁵.

من خلال ما تم عرضه من آراء لكبار العلماء في الفقه الإسلامي وعلى الرغم من اختلاف نظريتهم لمكانة الولي في إبرام عقد الزواج، إلا أنه نجد اتفاقهم بالكلية والإجماع على وجوب رضا المرأة في زواجها إذ لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يزوج من هي في ولايته بغير رضاها كما لا يحق له أن يمنع من تولي عليها من الزواج بمن وقع اختيارها عليه لا سيما إن كان نكاحها به يحقق المصلحة الدينية والدنيوية لها.

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 5، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر، ص 10

² رواه مالك، الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما لا يبين من التملك، ص 555

³ السرخسي، المرجع السابق، ص 12

⁴ الكاساني، المرجع السابق، الصفحة نفسها

⁵ السرخسي، المرجع السابق، الصفحة نفسها، الكاساني، المرجع السابق، ص 249

أما عن رأينا من بين الرأيين فهو لا يعدو أن يخالف موقف جمهور العلماء القائل بضرورة وجود الولي في زواج المرأة وأن يباشر بنفسه إبرام العقد بعد التأكد من موافقتها ورضاها بمن وقع الاختيار عليه، ذلك أن للولي دورا لا يمكن الاستغناء عنه ولا حتى الانقاص منه مهما اختلفت الأماكن والظروف وأيا كانت الضغوطات الممارسة من أجل التصغير والاقصاء من أهميته، فكيف لا يكون الولي الأحق بولاية ابنته وهو أقرب الناس إليها درجة وأكثر الناس علما بمصالحها وحقوقها وأحرصهم على سعادتها وصالحها، فضلا عن أن اشراك الولي في تزويج الفتاة هو السبيل الوحيد لدرء الشبهات وسد الأفواه التي تريد النيل من سمعة وشرف المرأة فالإسلام دين الكمال لا يشرع أمرا إلا ومن وراءه عظيم الحكمة التي لا يتفقهها إلا من أتاه الله خيرا كثيرا.

المبحث الثاني

التكييف القانوني للولي بين الركن والشرط

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري كما أن نص المادة 222 من قانون الأسرة يحيلنا لمبادئ الشريعة عند عدم وجود نص منظم لعلاقة أو مسألة ما، ولقد مر قانون الأسرة في الجزائر بمرحلتين هامتين في تاريخه وهي مرحلة قانون الأسرة 84-11 المؤرخ في 29 يونيو 1984¹ والذي يعتبر أول قانون منظم للعلاقات الأسرية بنصوص مستقلة تضمنت العديد من المسائل من بينها إبرام الزواج والأركان التي يجب أن يحتويها، والذي كان جليا أن الولي أحد هذه الأركان بدليل نص المادة 09 قبل التعديل فكان تأثر المشرع الجزائري بمذهب جمهور الفقهاء واضحا في تلك الفترة، لكن هذا الأمر لم يدم طويلا فقد شهد انضمام الجزائر ومصادقتها لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" التي تحفظ بشأنها المشرع على 05 مواد لكن ذلك التحفظ لم يمنعه من تعديل قانون الأسرة الذي جاء تلبية لبند تلك الاتفاقية ولضغوط الحركات النسوية والأحزاب المساندة لها بدعوى تمكين المرأة ومساواتها التامة مع الرجل لا سيما مركزها كزوجة في الأسرة الجزائرية.

ومن بين أبرز التعديلات كان تعديله لنص المادة 09 جاعلا من الولي مجرد شرط يضاف إلى بقية الشروط في انعقاد الزواج دون أن يرقى لمرتبة الركن مثل هو الحال لركن الرضا بالنسبة للزوجة، إلى جانب تعديله لنص المادة 11 التي همشت دور الولي وقلصته في زواج الراشدة من عاقد للزواج بمشاركة وليته إلى مجرد حاضره في ظل القانون الحالي.

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق 09 يونيو 1984، جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان 1404، الموافق 12 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم

المطلب الأول: الولي ركن لزواج المرأة في قانون 11-84

إن المطلع على أحكام قانون الأسرة قبل التعديل يجد أن المشرع ومما لا يدعو أي مجال للشك كان يعتبر الولي ركنا لا غنى عنه في زواج المرأة شأنه كشأن ركن الرضا، حيث نصت المادة 09 منه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة..."، الأمر الذي أكدته المادة 11 بقولها: "يتولى زواج المرأة ولها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"¹. فكلتا المادتين أفادت أن إبرام زواج المرأة سواء كانت قاصرة أم بالغة لا يتم إلا بولي وهو ما يدل على أن المشرع الجزائري قد أخذ بولاية الاختيار ولم يسمح للمرأة بأن تنفرد لوحدها لممارسة حق إبرام عقد زواجها².

إن الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري تجاه الولي في انعقاد الزواج كان منطقيا وطبيعيا لأنه لم يخالف مذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم صحة عقد النكاح الذي تعقده المرأة بدون ولها كونهم لا يعترفون بالعقد الذي تبرمه بنفسها وهذا استنادا للأدلة الشرعية السابقة، فواضعوا قانون الأسرة آنذاك حاولوا الحفاظ على تماسك الأسرة الجزائرية والقيم والأعراف التي تحكمها من خلال التأكيد على دور الولي في عقد الزواج بما يتمتع به من خصوصية كبيرة لاسيما عندما اعتبر القانون كل من الرضا والولي وحتى الصداق والشاهدين أركاننا أساسية في انعقاد الزواج وهو ما عبرت عنه المادة 09 والمادة 11 بالنسبة لركن الولي من قانون 11-84. كما أن الملاحظ من نص المادتين السابقتين أنهما خاطبتا المرأة بشكل عام من دون أي تفريق بين القاصرة والراشدة وبالتالي وجب الولي في زواجهما وإلا اعتبر الزواج باطلا بدونها.

لكن وعلى الرغم من أن المشرع في هذه الفترة كان ينسب مباشرة عقد زواج المرأة صراحة إلى الولي تأثرا برأي جمهور الفقهاء، إلا أنه على صعيد آخر سار القضاء بخلاف ذلك الاتجاه³ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23 أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون"⁴، الذي يظهر من هذا الاجتهاد هو أخذ

¹ شامي أحمد، بن شنوف فيرزو، المرجع السابق، ص 205

² حمداني هجيرة، الولاية وحق المرأة في اختيار الزوج بين الشريعة والقانون، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد 9، العدد 2، السنة 2021، ص 215

³ جبارة زينب، المرجع السابق، ص 214

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 253366، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الثاني، ص 440

المحكمة العليا برأي الحنفية القائل بجواز أن تنفرد المرأة بإبرام عقد نكاحها وهذا عكس ما نص عليه قانون الأسرة الذي كان يعتبر الولي هو من يتولى عقد الزواج دون أية تفرقة بين المرأة الثيب أو البكر¹. كما جاء في قرار آخر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 02 جانفي 1989 أنه: "...ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج"²، هذا القرار يستنتج منه أنه فرق بين الأثر المترتب على انعدام ركن الرضا في الزواج وبين انعدام بقية العناصر أو الأركان الأخرى، حيث رتب بطلان العقد عند تخلف ركن الرضا في حين لا يبطل العقد إلا إذا تخلف ركنان اثنان من بقية العناصر الأخرى غير الرضا، وهو ما يفيد بأن العناصر الأخرى المكونة للزواج ليست إلا شروطا وما اصطلح عليها بالأركان كان من باب المجاز الذي جاء به القانون تأثر منه برأي فقهاء المالكية الذي كانوا يطلقون على الشروط بعبارة الأركان³.

بالانتقال لنص المادة 32 التي جاءت تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل والتي كانت تنص: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"....، وكذلك المادة 33 التي نصت: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد". باستقراء المادتين نجد أن المشرع الجزائري رتب حكم الفسخ في الزواج الذي يختل فيه أحد أركانه، في حين أقر البطلان عندما يختل ركنان اثنان في العقد أي أنه لم يكن يعترف بالولي كركن بمفرده في حالة انعدامه في عقد الزواج فإذا ما أبرم الزواج برضا الزوجين والصداق وبحضور الشاهدين وانعدم الولي كان الجزاء الذي يتقرر هو الفسخ قبل الدخول أو الثبوت بعده بصداق المثل، أما في حالة إبرام الزواج برضا الزوجين والصداق وبدون ولي ولا شهود كان الحكم هنا بطلان النكاح بدليل نص المادة 33 السابقة، كما أن المشرع لم يفرق في أثر الانعدام بين الركن والشرط محدثا الخلط بينهما حيث أشركهما من حيث الحكم في الفسخ في نص المادتين، فمن المعلوم أنه طبقا للقواعد العامة في القانون المدني اختلاف حكم كل من الركن والشرط باعتبار أن الركن يرتبط بالعقد بالوجود وعليه ينعدم هذا الأخير بتخلف الركن ويؤدي إلى الزوال الكلي للعقد ومحو جميع أثاره وهو ما يفيد البطلان المطلق، في حين لا يتعدى أثر تخلف الشرط سوى الفسخ أو الانفساخ طالما أنه يمس بصحة العقد لا بكيانه.

¹ جبارة زينب، المرجع السابق، الصفحة نفسها

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 02 جانفي 1989، ملف رقم: 51107، المجلة القضائية،

1992، عدد 03، ص 53

³ محمد بجاق، المرجع السابق، صفحة سبق الإشارة إليها

المطلب الثاني: الولي شرط صحة لزواج المرأة في قانون 02-05

لم يستطع قانون الأسرة الصمود طويلا أمام المطالبات والضغوطات الدولية والمحلية بتعديله لا سيما تلك المواد المتعلقة بالزواج والولي، ولعل أبرز الأسباب التي أدت لصدور أمر 02-05 هي اتفاقية سيداو والتأثير القوي للجمعيات النسوية الذي وصل إلى داخل أروقة البرلمان، هذه الاتفاقية التي تلزم الدول المنضمة والتي صادقت عليها بضرورة تطبيق وموائمة بنودها مع القانون الداخلي¹ جاءت من أجل تكريس المساواة في العديد من المجالات بين المرأة والرجل خاصة في مجال الحقوق الأسرية، وقد تضمنت المادة 16 منها النص على وجوب التزام جميع الدول الأطراف على اتخاذ التدابير التي تحد من التمييز بين الرجل والمرأة في الزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص التساوي في إبرام عقد الزواج وحرية المرأة في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الكامل². فجاء تعديل قانون الأسرة بناء على أوامر من رئيس الجمهورية آنذاك، والذي كلف لجنة وطنية تعمل على صياغة مشروع القانون مكونة من خيرة نخب المجتمع، غير أن صراعا داخليا أثير بين تيارين متناقضين أحدهما مثل التيار الإسلامي المحافظ والآخر مثل تيار العلمانية الذي شجع مبادرة الحكومة من أجل هذا المشروع، غير أن الذي جاء به قانون الأسرة المعدل وفقا لبعض أعضاء اللجنة لم يكن مطابقا أبدا لتقريرهم الأصلي مما دفع بـ 07 أعضاء منهم إلى التبرء من هذا القانون معلنين انسحابهم بحجة أن المشروع التمهيدي قد تم تزويره وأن القانون عند صدوره قد جاء مخالفا لما أقرته اللجنة³.

هذا وتعتبر مسألة التعديل التي وردت بشأن الولي في عقد الزواج من المسائل التي أثارت جدلا كبيرا في الأوساط القانونية والاجتماعية⁴ ذلك لأن تعديل المادة 11 من قانون الأسرة قد زعزع من مركز الولي في عقد الزواج نظرا للسلطة التي منحت للمرأة في اختياره لكي يكون حاضرا على زواجها الذي أبرم بناء على رضاها المطلق والتام حسب الصياغة اللفظية للمادة السابقة، الأمر الذي انجر عنه عدة

¹ مودع محمد الأمين، المرجع السابق، ص 340

² من بين التدابير التي ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف اتخاذها للقضاء على التمييز ضد المرأة تساوي الرجل والمرأة في: - نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق، - نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة.

³ نهائي حفيظة، تعديل قانون الأسرة من منظور الأبعاد الثقافية والسياسية، رسالة مقدمة لنيل الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009، ص 123

⁴ جبار عبد الحق، الولي بين الشريعة الإسلامية واتفاقية سيداو، مجلة المعيار، مجلد 28، عدد 02، السنة 2024،

تساؤلات وإشكالات حول مدلول حضور الولي في الزواج ومسألة ترتيبه بين الأولياء إلى جانب الأثر القانوني الذي يترتب عند غياب أو فقدان هذا الأخير.

الفرع الأول: تأثير الحركات النسوية على مركز الولي في عقد الزواج

بعدما كان المشرع الجزائري يعتبر الولي ركنا لا يقل أهمية عن بقية أركان عقد الزواج في قانون الأسرة قبل تعديله، اتجه بعد ذلك نحو تغليب مبدأ الرضائية في إبرام الزواج استجابة ومواكبة منه لأصوات النسويات اللاتي تأثرن بالتشريعات الغربية معتبرا الزواج عقدا مدنيا يخضع في مجمل أحكامه للقواعد العامة على الرغم من الخصوصية الكاملة التي يتمتع بها الزواج في نظامنا الإسلامي، فعُدل بداية نص المادة 09 والتي أصبحت كالآتي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ثم استحدثت المادة 09 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية..." وذكر من بينها شرط الولي، الأمر الذي يدل صراحة على أن المشرع يعتبر رضا الزوجين هو الركن الوحيد في عقد الزواج، أما بقية الأركان المعتبرة أركاناً في نظر جمهور الفقه فهي مجرد شروط مقررة لصحة الزواج¹ مسيرة منه للمادة 16 من اتفاقية سيداو التي سبق ذكرها، بمعنى أنه لا يجوز أن يتدخل أحد في اختيار المرأة لزوجها لا سيما إن كان وليا أبا أو غيره فالرضا يجعل المرأة صاحبة القرار في زواجها فهو يمنح لها سلطة تزويجها لنفسها بدون وليها أو حتى في انعدام حضوره². ثم قام بتعديل نص المادة 11 كالآتي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، كما نص في الفقرة الثانية: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب أو أحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، هذه المادة جاءت في شكلها الحالي لتؤكد على رضائية عقد الزواج وخضوعه التام لإرادة الزوجين دون تدخل طرف ثالث يتمثل في الولي بالنسبة للمرأة حيث أصبح لها كامل الحرية في إبرام الزواج كتصرف قانوني قائم على مبدأ سلطان إرادتها ولو أن المادة اشترطت حضور الولي في انعقاد الزواج وذلك على سبيل التخيير لا غير.

الفرع الثاني: نظرة تحليلية لنص المادة 11 من قانون 05-02

بالرجوع لنص المادة 11 بعد تعديلهما نجد العديد من الملاحظات التي لابد لها من وقفة تحليلية عميقة نظرا لآثارها وخطرها المهدد للأسرة على المدى البعيد:

¹ عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج وإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 33، المجلد الأول، ص 112

² د. قحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من اتفاقية سيداو على قيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص 599

أول ما يمكن ملاحظته من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري فرق وبشكل صريح في ولاية التزويج بين المرأة الراشدة التي تبلغ 19 سنة والفتاة القاصرة التي يقل سنها عن 19 سنة¹، فهو يعطي للمرأة البالغة الراشدة حق إبرام عقد زواجها وبصفة مطلقة وجعل دور الولي في العقد لا يتعدى الحضور الشرقي² مهما يكن ذلك الولي أبا أو قريبا أو شخصا أجنبيا عنها تختاره بمحض إرادتها، في حين جعل الولي هو من يتولى مباشرة عقد زواج القاصر عند الترخيص بالزواج من طرف القاضي³ مع الإشارة إلى حدود سلطة الولي المنصوص عليها في المادة 13 والتي تنتهي بعدم إجبار القاصر التي في ولايته على إبرام زواج هي لا ترغب به أو أن يتم تزويجها دون التأكد من موافقتها ورضاها وهو ما يفيد استبعاد المشرع نهائيا لولاية الإجبار التي أخذ بها الفقه في الإسلام.

كذلك يلاحظ من نص المادة على الرغم من أنها اشترطت حضور الولي في العقد إلا أن حضوره يعد أمرا شكليا دون أن يمارس سلطته الشرعية على ابنته أو من له ولاية عليها⁴، لأن المادة أسندت مهمة إبرام العقد للفتاة بنصها "تعقد المرأة الراشدة زواجها" ثم أردفت عبارة "بحضور وليها" وكأن مهمة الولي تقتصر على الحضور لا أكثر إذ لا فرق بينه وبين الشخص الذي يتم اختياره ليكون شاهدا على تمام العقد وشتان بين الأمرين، أضف إلى ذلك فإن حضور الولي لعقد الزواج لا يقصد منه انعقاد العقد لأن الحضور متروك لتقدير وسلطة المرأة البالغة التي قد تختار شخصا آخر غير أبائها وبالتالي غير وليها⁵. فالذين قاموا بتعديل قانون الأسرة أرادوا ألا يكون للولي أي تأثير في عقد زواج الراشدة التي تكون تحت ولايته بدليل العبارة السابقة فأين تكمن الفائدة من حضور الولي إن لم يكن له أي دور في زواج موليته؟⁶ الأكثر من ذلك فإن الولي بحسب المادة 11 لا يمارس أية سلطة أو ولاية ليس على البالغة فقط بل على القاصرة أيضا، فالبالغة لها سلطة الاختيار أما القاصرة فهي تتمتع بسلطة عدم الإلزام وذلك بعدم إجبارها على الزواج بمن لا ترغب فيه وهذا يظهر جليا من خلال نص المادة 13 بعد تعديلها⁷. استعمل المشرع عند نصه على الولي كشرط في صحة زواج الراشدة أسلوب التخيير فذكر عبارة "أو" وفي اللغة العربية حرف عطف يفيد التخيير بين أمرين، وهو بذلك يكون قد ابتدع معيارا جديدا في الولاية وهو معيار الاختيار الذي يعود إلى الفتاة ولم يراعي مسألة الترتيب بين الأولياء⁸ فالمرأة لها كامل الحرية في اختيار وليها بالرغم من وجود الأب أو الأخ أو أي قريب آخر وقد تفضل الأجنبي على هؤلاء،

¹ مودع محمد الأمين، المرجع السابق، ص 339

² عبد الحفيظ بقة، المرجع السابق، ص 112، 113

³ حمداني هجيرة، المرجع السابق، ص 216

⁴ قحموص نوال، المرجع السابق، ص 600

⁵ ط.د إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)،

مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، ص 123

⁶ مودع محمد أمين، المرجع السابق، ص 340

⁷ قحموص نوال، المرجع السابق، الصفحة نفسها

⁸ إيمان الزهرة حميدي، المرجع السابق، الصفحة نفسها

وهناك من يرى بأن عبارة "أي شخص آخر تختاره" يفيد أخذ المشرع الجزائري برأي بعض الفقهاء بما يسمى الولاية العامة مع ضرورة الأخذ بالشروط المتوفرة في الولي¹، غير أن التسليم بهذا الرأي على الإطلاق قد يؤدي بالمرأة إلى اللجوء لشخص ليكون وليا عليها في زواجها كالصديق أو الجار أو الزميل في العمل الذي لا يرقى لمنزلة الولي الشرعي بل هو مجرد وكيل ينوب عنها في إبرام العقد وهو ما يعد مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية وخروجاً عن عادات المجتمع الجزائري الذي لا يزال يحافظ على قيمه، الأمر الذي يجعل مركز الولي في الزواج مهدداً بالزوال وبالتالي تعرض الأسرة للتفكك باعتبار أن ذلك الشخص الذي اختارته الفتاة لن يكون أشد حرصاً على حقوقها أكثر من ولها الشرعي فتقع تلك الأخيرة ضحية قرارها الخاطئ الذي نتج عن عاطفة وقلة معرفة، وكمثال من الواقع وعن تصريح أحد مسؤولي مصلحة الحالة المدنية ببلدية الجزائر الوسطى حيث سجلت مصلحته أكثر من 2500 حالة زواج اشتركت جميعها في غياب الولي سواء الأب أو الأخ أو أي قريب من العائلة، واختلفت في صفة الولي فهناك من زوجها جارها وهناك من زوجها صديقها أو زميلها في العمل وامتد الأمر إلى شخص من الشارع لا تجمععه علاقة بها، وهناك حالات تم التأكيد فيها على أن وكيل المرأة كان أحد الأقارب لكنه لا يحق له الاستفسار عن هذا الوكيل وكل ما كان عليه معرفته عنه أثناء أخذ شهادته هو معرفة اسمه ولقبه ورقم بطاقة هويته فقط².

إن غياب أو انعدام الولي في مجلس عقد زواج موليته لا يؤدي إلى بطلان العقد ولا إلى فسخه وهذا ما يفهم من نص المادة 33 بعد تعديلها حيث نصت: "إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل." إن الفسخ الذي رتبته المشرع في حالة ما إذا تم الزواج بدون ولي يتعلق بزواج القاصرة وليس الراشدة لأن المادة ذكرت عبارة "في حالة وجوبه" وهو ما يفيد الرجوع للفقرة الثانية من المادة 11 التي نصت على وجوب تولي الأولياء لزواج القصر في حدود أحكام المادة 07 من نفس القانون، كما أن المشرع لم يتدارك الخطأ الذي وقع فيه قبل تعديل قانون الأسرة حيث لا يزال يخلط بين الركن والشرط من حيث الأثر والجزاء القانوني الذي يترتب عن انعدامهما في عقد الزواج فنص في المادة 32 بعد تعديلها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، ونص في المادة 33 في فقرتها الأولى: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، فالبطلان هنا هو جزاء تخلف كل من الشرط والركن في عقد الزواج في حين أن الفرق بينهما واضح وجلي من حيث الحكم والأثر وهو ما لم يفعله المشرع الجزائري.

¹د.علال طحطاح، "نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير"، مجلة صوت القانون، العدد الثاني، أكتوبر 2014، ص 64

²د.عمارة مسعودة، قراءة قانونية في إشكالية الولي في نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الأول، ص 47

خاتمة :

في نهاية هذا البحث خلص الباحث إلى أهم النتائج وبعض التوصيات المتعلقة بموضوع الولاية في زواج المرأة وسيتم ذكرها فيما يلي :

- إن نظرة المشرع لمكانة الولي في عقد زواج المرأة خاصة الراشدة اختلفت باختلاف الأوضاع التي صدر بشأنها قانون الأسرة الجزائري، فقبل التعديل اتجه المشرع نحو رأي الجمهور من أهل الفقه في اعتبار الولي ركنا لازما لقيام الزواج للمرأة على الرغم من تناقضه في إعطائه الحكم عند انعدام هذا الركن، أما بعد التعديل فقد أعطى تصورا مختلفا للولي معتبرا إياه شرط صحة في العقد وإن كنا نسلم بأنه لا يرتقي حتى لمنزلة الشرط فيما يخص زواج الراشدة. أما القول بأن المشرع في قانون 02-05 أخذ بموقف المذهب الحنفي الذي لا يشترط الولي في عقد نكاح البالغة فهو قول غير سليم، لأن الأحناف وإن كانوا يسمحون بزواج المرأة من دون ولي إلا أنهم اشترطوا في الزوج شرط الكفاءة الذي إن لم يتوفر فيه رجع الأمر للولي في فسخ عقد الزواج وإن كانوا يشترطون الولي على سبيل الاستحباب، أما المشرع الجزائري فلم يشترط الكفاءة بالنسبة للزوج في إبرام الزواج ولم يذكره خلافا لكل من المشرعين الأردني والسوري. -أصبح المشرع يغلب الرضائية في عقد الزواج على بقية الأركان الأخرى التي لم تعد أركانا في قانون الأسرة جاعلا الزواج يقوم على رضا الزوجين بالدرجة الأولى وهذا تأثرا باتفاقية سيداو وبمطالب النسوية.

-بحسب المادة 11 فإن السياق الذي أفاد به حضور الولي في عقد زواج موليته البالغة هو التخيير باستعمال الحرف "أو" بين الأولياء وهذا في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فقد جاءت بسياق الترتيب في زواج القاصر فاستعملت حرف الفاء بين الأولياء والذي يفيد مراعاة الترتيب بين هؤلاء.

-أصبح وجود الولي في عقد الزواج كعدمه في قانون 02-05 لأن المشرع لا يرتب أي أثر على تخلفه عند انعقاد الزواج باستثناء الفسخ في زواج القاصر، في ظل التقليل من دوره والاكتفاء بحضوره كضيف شرف تمت دعوته ليشهد على عقد قران ابنته.

أما فيما يخص التوصيات فإن الباحث يوصي بما يلي:

- إعادة النظر في المواد المتعلقة بإبرام الزواج بتعديل المادتين 09 و 09 مكرر ورد الاعتبار للولي بجعله ركنا لا يختلف عن ركن الرضا.
- ضرورة رجوع المشرع لمذهب جمهور الفقهاء في عدم صحة الزواج المبرم من دون ولي المرأة.
- إعادة صياغة المادة 11 مثلما كانت عليه في السابق، والمادة 32 و 33 بحيث يتم التفريق بين الأثر المترتب على انعدام الركن والشرط.
- إبداء المزيد من التحفظات على بنود اتفاقية سيداو لا سيما تلك النصوص التي تشكل مخالفة صارخة لما يعتنقه المجتمع الجزائري من قيم وعادات وأعراف فاضلة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر:

- القرآن الكريم.

- أبو داود، سليمان ابن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، حققه وضبط نصه وعلق عليه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط: محمد كامل قره بللي، شادي محسن الشيباب، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، الحجاز، (1430هـ - 2009)

- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ب ط، دار إحياء الكتب العربية، ب ت.
- البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، (1423هـ - 2002).
- مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق ونظر محمد الفارابي أبو قتيبة، ط1، دار طيبة، 2006. ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، (1434هـ - 2013).
- مالك ابن أنس، الموطأ، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، ورواية محمد ابن الحسن الشيباني، تحقيق كمال حسن علي، ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه، دار المعارف، القاهرة، مصر.

ثانياً: المراجع:

1- الكتب:

- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996
- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986
- الإمام محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1982
- الإمام محمد أبو زهرة، كتاب الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، دون بلد النشر، 1957
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010
- شامي أحمد، قانون الأسرة طبقاً لأحدث التعديلات "دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2010

- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق الألباني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ 2016 م
- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وأي القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006
- محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، مكتبة الغزالي، دمشق، 1981
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، دار الفكر، سوريا دمشق، الطبعة الرابعة، 2020

2- الأطاريح والرسائل:

- سمير شهباني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014
- نهائي حفيظة، تعديل قانون الأسرة من منظور الأبعاد الثقافية والسياسية، رسالة مقدمة لنيل الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008/2009.

3-المقالات:

- إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث
- جبارة زينب، دور الولي في زواج المرأة، مجلة بحوث، جامعة الجزائر1، العدد 11، الجزء الأول
- حمداني هجيرة، الولاية وحق المرأة في اختيار الزوج بين الشريعة والقانون، مجلة دفاتر البحوث العلمية، المجلد 9، العدد 2، السنة 2021
- علال طحطاح، "نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير"، مجلة صوت القانون، العدد الثاني، أكتوبر 2014
- عمارة مسعودة، قراءة قانونية في إشكالية الولي في نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الأول
- قحموص نوال، انعكاسات المادة 16 من اتفاقية سيداو على قيام الرابطة الزوجية وانحلالها في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021
- محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي الجزائري، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015

4-الاتفاقيات والنصوص القانونية:

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51-96 المؤرخ في 2 رمضان 1416 هـ والموافق 22 يناير 1996م، الجريدة الرسمية، عدد 6، مؤرخة في 24 يناير 1996.
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق 09 يونيو 1984، جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 12 رمضان 1404، الموافق 12 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

5-الاجتهادات القضائية:

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 253366، المجلة القضائية لسنة 2002، العدد الثاني
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم: 51107، المجلة القضائية، 1992، عدد 03.