الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعـــة ابن خلـــدون – تيارت–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون خـــاص

بعنـــوان

الولاية على المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)

من إعداد الطالبتين:
– سعيدي أسماء
– سعيداني سعاد

إشـــراف الدكتـــور:
– عليان بوزيان

لجنة المناقشة:

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
د. حبشي لزرق	أستاذ محاضر أ	رئـــيـــســـا
د. عليان بيوزيان	أستاذ محاضر أ	مشرفـــا مقررا
أ. طالب خيرة	أستاذة مساعدة أ	عضوا منـــاقشا

السنة الجامعية: 2016م/ 2017م

كلمة شكر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، نحمده على توفيقه لنا في إنجاز هذا العمل العلمي المتواضع والذي ما كنا لننجزه لولا أيادي المساعدة والتوجيه التي مدت لنا، ومن باب الاعتراف بالفضل؛

نتقدم بكل معاني الامتنان والشكر إلى الأستاذ الدكتور "عليان بوزيان" لقبوله الإشراف على هذا العمل وكذا ملاحظاته وتوجيهاته القيمة في سبيل انجاز هذه المذكرة.

شكر خاص للأستاذ الفاضل الدكتور"بوغرارة صالح" على كل ما قدمه لنا من جهد ونصح ومعرفة طيلة انجاز هذا البحث.

شكر خاص للأستاذة الفاضلة الدكتورة "طفياني مختارية" على كل ما قدمته لنا من نصح ومعرفة طيلة فترة إنجاز هذا البحث.

إلى الأساتذة الأفاضل الذين تولوا تدريسنا طيلة سنوات وأعطوا من حصيلة علمهم وفكرهم فجعل الله ذلك في ميزان حسناتهم.

كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد.

قائمة المختصرات

- ط: طبعة
- ج: جزء
- ب س: بدون سنة
- ب ط: بدون طبعة
- ب ب ن: بدون بلد النشر
- ص: صفحة
- ط خ: طبعة خاصة
- ج ر ع: الجريدة الرسمية عدد
- م.ع.غ.أ.ش: المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية
- م ق ع: المجلة القضائية عدد

مُقَدِّمَةٌ

مقدمـــــة:

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، أكرمنا بالإيمان، وأعزنا بالإسلام، وأوضح لنا في كتابه العزيز طريق الخير والهدى، والصلاة والسلام على رسولنا وقدوتنا الذي بعث معلماً ومربياً ورحمة للعالمين، وأنزل عليه خير تشريع يحقق للبشرية السعادة في الدارين وذلك بجلب كل ما فيه مصلحة لهم، ودفع كل ما فيه مفسدة عنهم أما بعد؛

إن من فضل الإسلام على البشرية جمعاء بما جاء به من منهاج قويم يهذب النفوس ويساهم في تربية الأجيال وتكوين الأمم وبناء الحضارات، وذلك لا يتأتى إلا من خلال اللبنة الأولى لبناء المجتمعات ألا وهي الأسرة، فهي البنية الأساسية لتكوين المجتمع الحضاري.

والأسرة في حقيقة الأمر هي صرح يحتاج إلى أسس ودعائم قوية التي تساعد في استقرار وثبات هذه الأخيرة، لذا وجب العناية بهذا الصرح وإنشائه في ظل معرفة حقوق وواجبات كلا من الطرفين وتحمل هذه المسؤولية الشاقة التي كرم بها الله عز وجل الزوج والزوجة، فالكل يدرك أهميتها ودورها في رقي الجماعة أو تخلفها، فلا غرابة من حرص المشرع على تنظيمها وحمايتها حماية القانونية، فهي تحظى بحماية الدولة والمجتمع وفقا للمادة 72 من الدستور[1]، التي تنص على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع" مما يستدعي تنظيمها بقواعد آمرة لضمان استقرارها تحقيقا للمصلحة العامة، وهذا بسن قانون الأسرة الذي ينظم الأحكام المتعلقة بها.

إنّ الأسرة الجزائرية شأنها شأن جميع الأسر العربية كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها. وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في كل أنحاء الوطن الجزائري وإلى جانبه كان يطبق المذهب الحنفي على السكان الأتراك وكان المذهب الإباضي ينظم علاقات الإباضيين في بعض مناطق الجنوب، فضلا على وجود مجموعة من العادات والأعراف المنتشرة في منطقة القبائل. بعد دخول الاحتلال الفرنسي للجزائر عمد إلى محاولة يائسة إلى دمج نظريات الفقه الإسلامي في لنظام القانوني الفرنسي تضييقا لنطاق الشريعة الإسلامية وتفكيكا لوحدة التشريع الجزائري بدأ بإدخال بعض التعديلات على الأعراف القبائلية لتقريبها من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي بمقتضى المرسوم الصادر في

[1]- قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق لـ6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع 14.

1902/08/01 المتعلق بالولاية والقانون المؤرخ في 1930/05/02 الخاص بالخطبة والزواج، وكذلك المرسوم الصادر في 1931/05/19 المتعلق بالطلاق والميراث.

بعد ذلك، شرعت فرنسا في إصدار تشريعات محددة تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية كالأمر الصادر في 30 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي وقانون 11 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم أحكام الغائب والمفقود والوصية والحجر وكيفية إثبات الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والذي أعطى في شطره المتعلق بالزواج أهمية بالغة لرضا الزوجين، إذ اعتبر الزواج باطلا لعدم انعقاده من قبل الزوجين وحضورهما أمام ضابط الحالة المدنية وفي ذات الوقت وضع حدا لولاية الإجبار بعدم الاعتراف بزواج الصغار من خلال تحديد سن الزواج[1]، إذ هناك من اعتبر أن الاستعمار هو المصدر التاريخي للدعوة بإلغاء وتعديل قوانين الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية.

بعد الاستقلال كان من الحتمي الاستمرار في العمل بالقوانين الموروثة عن الاستعمار ماعدا تلك التي تتعارض مع السيادة الوطنية أو يحمل طابعا عنصريا والذي ثبت من خلال قانون 62/157 الصادر في 1962/12/31[2] وذلك لاستحالة البقاء في حالة فراغ تشريعي واستمر تطبيق هذه القوانين الفرنسية الخاصة بالأسرة.

بتاريخ 1973/07/05 تمّ إلغاء التبعية القانونية بموجب الأمر رقم 73/29 فكان هذا الأمر إيذانا بميلاد حركة تشريعية واسعة النطاق، إذ توالت النصوص التشريعية في الصدور في كافة فروع القانون بما فيها القانون المدني والقانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية وغيرها.

الملفت للانتباه هو عدم صدور قانون الأسرة إلا بعد أكثر من 20 سنة من الاستقلال ولعل أهم المشاكل التي أخرت إصدار قانون الأسرة هو ذلك الصراع الفكري والإيديولوجي بين تيار يتمسك بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وبين التيار الداعي إلى تغيير هذه الأحكام لمسايرة التطور والحداثة وتكريس مبدأ الدستور القاضي بعدم التمييز بين الجنسين. حسم هذا الجدال في 9 جوان 1984 بإصدار قانون الأسرة تحت رقم 11/84 وقد اعتمد هذا القانون الشريعة الإسلامية مغلبا المذهب المالكي على بقية المذاهب التي

[1] – نصر الدين مبروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة قضايا المرأة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادر عن المجلس الإسلامي الأعلى، العدد سنة 2000، ص 283.

[2] – قانون رقم 157/62 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية،ج ر ع 02 مؤرخة في 11جانفي 1963، الملغى بالأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973،ج ر ع 62 المؤرخة في 03 أوت 1973.

اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، ومن الناحية الدستورية فقد استند المشرع في قانون الأسرة إلى المادة 02 والمادة 154 من دستور 1976، إذ تنص المادة الأولى على اعتبار الإسلام دين الدولة وتنص الثانية، أي المادة 154، على أنّ "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع." وأهم ما يسجل على هذا القانون اعتماده الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي ويتضح هذا المبدأ جليا من خلال نص المادة 222 التي تنص أنّه "في حالة ما إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وهي المادة التي جاءت أيضا لمبدأ تعميم تطبيق الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق.

ومما لا شك فيه أن نشأة قانون الأسرة كان وليد رحم المجتمع وذلك بفعل تطوراته المستمرة فكلما تجدد الواقع صاحبه استحداث قانوني جديد وذلك لضبط وتقويم سلوك الأفراد داخل المجتمع، بحيث تكون هذه الترسانة القانونية على ارتباط وثيق ودائم بالبيئة الاجتماعية المتولد عنها سواء الأسرة بمفهوم ضيق أو الدولة بالمفهوم الواسع وهذا ما يعرض هذه القواعد القانونية للتغيير والتعديل الدائم، فكان التعديل الجديد الصادر بمقتضى الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

إن البنية الأساسية لتكوين المجتمع الحضاري هي الأسرة الصالحة، فالكل يدرك أهميتها ودورها في رقي الجماعة أو تخلفها، فلا غرابة من حرص المشرع على تنظيمها وحمايته لها الحماية القانونية.

ولما كان الزواج أساس تكوينها حظي بدوره بذات العناية، لتبدأ من مرحلة إنشاء عقد الزواج، وتمتد لتشمل المراحل السابقة واللاحقة لنشوئه، تقديرا لما له من أهمية اجتماعية خاصة، فقد عرفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة الرابعة بأنه: عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

وقبل هذا الإعلان، كان القرآن الكريم ومنذ أربعة عشر قرنا خلت، قد تناول تنظيم العلاقة الزوجية تنظيما دقيقا، يكفل للزوجين العيش في أسرة هادئة تسودها المودة والرحمة قال تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم منْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مودةً وَرَحْمَةً إِن فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لقَوْمٍ يَتَفَكرُونَ**﴾ سورة الروم، الآية: 21.

أية من آيات الله مثل خلق السماوات والأرض مثل الآيات الكبرى في هذا الكون، أن ينضم رجل إلى امرأة وتنضم امرأة إلى رجل ويتكون منهما نواة الخلية الأولى للمجتمع، ثم بعد ذلك تتسع الدائرة، دائرة المودة والتلاحم، ودائرة الألفة والتناصر والمصاهرة قال تعالى: ﴿**وَهُوَ الذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاء بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً وَكَانَ رَبكَ قَدِيراً**﴾ سورة الفرقان، الآية: 54.

وقد اعتبر الإسلام الزواج فطرة من طرف الكون كلّه، فقد أمر الله به ورغب فيه ؛ قال سبحانه وتعالى: ﴿**وانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ اَلنسَاء**...﴾ سورة النساء، الآية: 3، وكذلك السنة؛ فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (من استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء).

وباعتبار الزواج عقد فإنه كسائر العقود المسماة حاول المشرع الجزائري تنظيم شروطه وأركانه، وبسبب طابعه الخصوصي فإن تنظيمه القانوني بشكل عام لم يخرج عن نطاق ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام، حيث أورد المشرع في المادة التاسعة ما اعتبره شروطا للزواج وهي: أهلية الزواج، الصداق، الولي،الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية الشرعية، ولقد كانت مثار خلاف بين فقهاء المذاهب،بين من يعتبرها أركانا في العقد بجانب الصيغة ومن يعتبرها شروط صحة وتمام، مع أن بين ركن الزواج وشرطه فرقًا كبيرا، وهو أن ما اختل ركنه يبطل فلا يمكن تداركه، ولا يترتب عليه ما يترتب على الصحيح من وجوب نصف المهر قبل الدخول، ولا لحوق نسب الولد، ويعتبر الجماع به زنا.

وأما ما اختل شرطه فيفسد ويمكن تداركه في الجملة، ويكون أحيانًا قبل العقد وأحيانًا بعده، وللاحتياط فإنه يترتب عليه بعض ما يترتب على النكاح الصحيح كالحداد على الميت، ولحوق نسب الولد.

وقد حدد قانون الأسرة قبل التعديل الأركان وجعلها أربعة في المادة التاسعة حيث نصت المادة على "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق" وجاء هذا النص تحت عنوان أركان الزواج.

أما في التعديل الجديد فقد تغير الوضع تماما فلم يبقى من تلك الأركان الأربعة سوى ركن واحد هو الرضا أما بقية الأركان فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج فجاء في المادة التاسعة المعدلة ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وجاء في المادة التاسعة مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية للزواج".

لقد أولى قانون الأسرة الجزائري اهتماما كبيرا لموضوع الزواج فشرع له أحكام خاصة من شأنها أن تُعنى بحماية وضمان استمرارية هذا العقد في إطار من الترابط والتكافل والاحترام لحقوق وواجبات كلا من الطرفين، ولذلك فقد أولى قيودا وضوابط لهذا العقد وحتى قبل انعقاد عقد الزواج أي مرحلة التحضير والإعداد بحيث أن هذه المرحلة الجادة من العقد هي التي تتجلى في نظرية الولاية في الزواج.

يعد موضوع الولاية في الزواج من المواضيع المكفولة شرعا وقانونا وذلك وفق إتباع إجراءات معينة، بحيث تعتبر الولاية منبع صلة الأفراد والأسر بعضهم بالبعض من ناحية أن عقد الزواج عقد ديني ومدني في أن واحد، ومن ناحية أخرى الآثار المترتبة عنه والتي تتعدى طرفي عقد الزواج ممثلان في الزوج والزوجة بل أكثر من ذلك ألا وهي أسرتي الطرفين، ولذلك رسخت الشريعة الإسلامية مبادئ هذا الميثاق الغليظ وكفلته بحماية شاملة، ولا يخفى علينا أن مرحلة التحضير لهذا العقد هي التي يثور فيها التضارب في الآراء في نظرية الولاية بين مؤيد ومعارض، ومن هذا التضارب في الآراء سيتم التطرق إليها من خلال جانبين، جانب الشريعة الإسلامية وجانب آخر وهو القانون الجزائري.

ولما كان انتهاج المشرع الجزائري للمذهب المالكي في تقنين شامل لأحكام قانون الأسرة خاصة فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية كمسألة الولاية والزواج، ومن المسلم به أن الشريعة الإسلامية تعد من المصادر الأساسية المكونة للتشريع الجزائري وأغلبية التشريعات العربية والإسلامية، إلا قد أننا قد نجد الكثير من المواد والأحكام والتي تتصادم في كثير من الأحيان والشريعة الإسلامية، وقد تعطى تفسيرات عدة لأسباب ودوافع المنظومات العربية التي عدلت ولو نسبيا في بعض قوانينها الداخلية استجابة وتماشيا مع ضغط الجمعيات النسوية المدافعة عن حقوق المرأة ومع ما تنص عليه أغلب الاتفاقيات الدولية.

إنّ الانتقادات التي تعرض لها قانون 84 -11 وضرورة تكييفه مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، كانت الدافع إلى تعديله حيث شُكّلَت لجنة وظنية استشارية لدراسة التعديلات، وصدر تعديل بمقتضى الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 حيث تمت الموافقة عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 2005/05/04، والذي ألغى المواد 12، 20، 38، 39، 63 من القانون 84-11، وأعاد صياغة العديد من النصوص، ولقد شكّل تكييف التعديل مع الاتفاقيات الدولية هاجسا حقيقيا وهذا لصعوبة التوفيق بين المرجعية الإسلامية والمرجعية الدولية.

ولعل من أهم النقاط البارزة في هذا القانون موقفه من الولاية، ومن هذا التضارب والتعارض بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما هو معمول به في أعراف المجتمع الجزائري في مسألة الولاية في الزواج استوجب على القانون تكييف هذا العرف بما فيه حماية مصلحة المرأة ومصلحة الدولة وكيانها.

وقد ارتأينا التطرق لهذا لموضوع ولاية المرأة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، لما له من أهمية وحساسية، إضافة إلى ما يعرفه من جدال ونقاش حاد حول مسألة اشتراط الولاية أو إسقاطها، وحول الولاية: هل هي حق للولي أم للمرأة سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو على مستوى القانون، خصوصا

بعد الضجة التي عرفها هذا الموضوع، من شد وجذب بين من يريد التشبث باشتراط الولاية في عقد الزواج، وبين من يطالب بإسقاطها وإعطاء المرأة الحق في تولي عقد الزواج، استجابة وتماشيا مع ضغط الجمعيات النسوية المدافعة عن حقوق المرأة ومع ما تنص عليه بنود الاتفاقيات الدولية لاسيما تلك الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛

بهدف معالجة مشكلة منتشرة في بعض المجتمعات وهي تزويج المرأة دون ولي، كذلك لمعرفة حكم تولي الفتاة عقد زواجها بنفسها من الناحية الشرعية والقانونية، أيضاً إثبات حق من حقوق المرأة وتأكيد أن الإسلام أكرم المرأة وشرفها، وبيان مكانة الولي في عقد زواج موليته وآثار المترتبة على إضعاف مركز الولي في عقد الزواج، والوقوف على الأسباب الحقيقية للنهج الذي انتهجه الولي في مسألة الولاية على المرأة في عقد الزواج.

ومن الدراسات التي تحصلنا عليها في هذا الموضوع، "الولاية في النكاح" لشوقي إبراهيم عبد الكريم علام، "المركز القانوني للولي في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري" لسليمة بكوش، "نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية" للأكحل بن حواء، و"الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة" لبسمة عبد الرحيم رزق مطر، و"رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" لسعيد قاضي.

وعليه يستوجب طرح الإشكالية الرئيسة على النحو الآتي:

ما موقف المشرع الجزائري من الولاية على المرأة في عقد الزواج ومدى تبنيه لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية؟

وما مدى صحة اعتبار وجود الولي الشرعي في عقد الزواج عائقاً للمرأة في التعبير عن إرادتها؟

وقد تفرعت عن الإشكالية الرئيسية إشكاليات فرعية وهي مبينة كالتالي:

- ما مدى تبني المشرع الجزائري للمذاهب الفقهية لتقنين الولاية في الزواج ضمن أحكام قانون الأسرة؟

- ما التكييف القانوني للولي في عقد الزواج من منظور المشرع الجزائري؟

- هل الولاية حق للمرأة تمارسه بنفسها أم أنه حق للولي الشرعي؟

– هل سلطة الولي الشرعي في تزويج موليته مطلقة أم أنها مقيدة ؟ وإن كانت مقيدة، ما هو جزاؤه في حالة تجاوزه لها؟

– ما مدى تأثير الاتفاقيات الدولية في قانون الأسرة وبخاصة في موضوع الولاية؟

ولمعالجة هذه الإشكالات بناءا على هذا الحصر لموضوع ولاية المرأة في الزواج بين الشريعة والقانون الجزائري، ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين، خصصنا فيهما الفصل الأول للتطرق لماهية الولاية في عقد الزواج، من خلال مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم الولاية في عقد الزواج، من حيث تعريفها لغةً واصطلاحاً، وحكم الولاية في الفقه الإسلامي والقانون، أما في المبحث الثاني فتطرقنا لأحكام الولاية في عقد الزواج، من حيث أركان الولاية في عقد الزواج وشروطها والمتمثلة في الولي والمولى عليه والرابطة الشرعية بين الولي والمولى عليه؛ وآثار الولاية في عقد الزواج والمتمثلة في ولاية الإجبار وولاية الاختيار، مبينين مراتب الأولياء.

أما من الفصل الثاني،فتطرقنا من خلاله لأثر تخلف الولي على عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، قسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول آثار الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من حيث حكم الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، وكذا العضل وأثره على الولاية في عقد الزواج، وفي المبحث الثاني تطرقنا لتأثير اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على مركز الولي في عقد الزواج، حيث عرجنا على تعريف للاتفاقية من حيث الإطار القانوني للاتفاقية موضحين موقف الجزائر من هذه الاتفاقية،لنبين انعكاسات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على مركز الولي في عقد الزواج من حيث تقييد سلطة الولي في إبرام عقد الزواج إعمالاً للمادة 16 من الاتفاقية، كما وضحنا موقف الرأي العام الإسلامي من ذلك من خلال قراءة إسلامية لموقف الاتفاقية من الولي في عقد الزواج.

وقد كان تصورنا لموضوع الولاية على المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة على هذا النحو محاولةً منا التطرق لعناصر لم يسبق تناولها بإسهاب في موضوع الولاية في عقد الزواج، خاصة مسألة تخلف الولي في عقد الزواج وتأثير الاتفاقيات الدولية على مركز الولي في عقد الزواج، وكذا للوقوف على مدى أخذ المشرع بالمذاهب الفقهية في مسألة الولاية، وتبيان توجه المشرع في هذا الصدد.

وبغرض الإلمام بمختلف جوانب الموضوع المقدم والإجابة على الإشكالية المطروحة، اتبعنا المنهج المقارن لمقارنة موقف الفقه الإسلامي من ولاية المرأة في عقد الزواج بموقف المشرع من خلال قانون الأسرة

وقوانين الأحوال الشخصية العربية المقارنة، والمنهج الوصفي التحليلي بتحليل النصوص القانونية وخصوصاً ما جاء في قانون الأسرة منها المواد (09) و(09 مكرر) و(11) و(12) و(13) و(33) من قانون 11/84 المعدل بالأمر 02/05 قبل وبعد تعديله.

ومن الصعوبات التي واجهتنا في انجاز هذا العمل قلة الاجتهادات القضائية في موضوع الولاية في عقد الزواج بعد تعديل 2005، وكذا ضيق الوقت.

الفصل الأول

ماهية الولاية في عقد الزواج

الفصل الأول: ماهية الولاية في عقد الزواج

إن الأسرة هي اللبنة الأولى والأساسية لبناء المجتمع، وهي وسيلة لاحتضان العنصر البشري والحفاظ عليه وضمان امتداده، فمتى كان بناؤها سليما وصحيحا، كان المجتمع قويا وفعالا، حيث تنشأ الأسرة بارتباط الرجل والمرأة بموجب عقد الزواج، هذا العقد الذي أسماه القران الكريم بالميثاق الغليظ لغلظة وأهمية أثره على الفرد والمجتمع، ما جعله ينال من العناية والاهتمام من الشريعة الإسلامية قبل كل التشريعات والمواثيق القانونية الحديثة، والذي يظهر من خلاله حكمة الله عز وجل وناموسه في خلقه، والنهج الرباني في الحفاظ على الفرد والمجتمع والتوفيق بين مصالحهم المتضاربة في الغالب الأعم، حيث أن عقد الزواج لا يقتصر على ارتباط رجل وامرأة بل يتعداهما إلى ارتباط أسرتين، حيث يمتد نفعه وضرره إلى كليهما،لذلك جعل لهذا العقد أركانا وشروطا من أهمها الولي، على اختلاف مركزه بين المذاهب الفقهية والتشريعات المختلفة، حيث يتجسد من خلال وجود الولي في عقد الزواج تماسك الأسرة المسلمة والمجتمع المسلم، على عكس المجتمعات الغربية والتي بالرغم من كل التطور والحضارة التي حققتها، إلا أنها عجزت عن التصدي لشبح التفكك الأسري والمجتمعي، فالحمد لله والمنة على نعمة الإسلام.

ونظرا لأهمية الولي في عقد الزواج كان لزاما الإحاطة بمفهوم الولاية في عقد الزواج، وكذا بمختلف أحكامها من الفقه الإسلامي والقانون، حتى يتسنى لنا مناقشة ومعالجة ما طرأ من تعديلات ومن مساس بمركز الولي الشرعي والقانوني، وعليه فقد تناولنا من خلال المبحث الأول من هذا الفصل، مفهوم الولاية في عقد الزواج ومن خلال المبحث الثاني، أحكام الولاية في عقد الزواج.

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

إن الولاية في عقد الزواج من بين المواضيع الأكثر تناولا وطرحا للإشكالات والتساؤلات، ومحط اختلاف بين الفقهاء سواء كانوا فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون، حيث أن الولاية في عقد الزواج تقوم على أساس التضامن في تحمل المسؤوليات الناتجة عن هذا العقد، كون آثاره لا تقتصر على طرفيه بل تتجاوزهما إلى الأهل والأولياء.

ولتوضيح هذا الأمر، سنتطرق لتعريف الولاية لغة واصطلاحا من خلال المطلب الأول، وحكم الولاية في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

المطلب الأول: تعريف الولاية

لم يخلو تعريف الولاية من الاختلاف بين الفقهاء وذلك لانعكاس تصور ورؤية كل مذهب لمفهوم الولاية و هو ما سنراه من خلال هذا المطلب حيث نتناول تعريف الولاية لغة من خلال الفرع الأول، لننظر الولاية من منظور الاصطلاح الفقهي والقانوني من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة

الولي: بسكون اللام القرب والدنو، يقال: تباعد بعد ولي، وكل مما يليك أي مما يقاربك، وولاه الشيء فوليه.

والولي ضد العدو، يقال منه تولاه.

وكل من ولي أمر واحد فهو وليه، وقد يطلق الولي أيضا على المعتق و العتيق، وابن العم، والناصر، وحافظ النسب، والصديق ذكرا كان أم أنثى[1].

والولاية بكسر الواو هي الإمارة والسلطان، والولاية بكسر الواو وفتحها النصرة.

قال سيبويه: الولاية (أي بالفتح)، المصدر، والولاية (أي بالكسر)، الاسم مثل، الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذ أرادوا المصدر فتحوا[2].

---

[1]- سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار التعاون، القاهرة، مصر، ط3، 1415هـ-1995م، ص118.

[2]- أبي الفضل جمال الدين، محمد بن بكر بن منظور، لسان العرب، ج20، دار النور الكويتية، ط خ بالأوقاف السعودية الكويت، 2010، ص287.

وقال الزجاج: وقد يجوز كسر الولاية لأن في تولي بعض القوم بعضا، جنسا من الصناعة والعمل، وكل ما كان من جنس الصناعة، نحو القصارة، والخياطة فهي مكسورة.

وتطلق الولاية على النصرة والإعانة، والقيام بشؤون الغير.

قال ابن الأثير: كأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيه لم ينطبق عليه اسم الولي[1].

والولي من أسماء الله الحسنى فقد قال الله تعالى: ﴿**وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤمِنِينَ**﴾[2].

ويجمع الولي على أولياء، وهو عند المسلمين من تطهرت روحه من دنس الدنيا، فاستقامت سيرته، وخلصت سريرته، قال تعالى: ﴿**أَلاَ إِنَّ أَولِيَاءَ اللهِ لاَ خَوفٌ عَلَيهِم وَلاَ هُم يَحزَنُونَ**﴾[3].

وولي العهد هو وارث الملك، وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته، وولي النعمة وهو المحسن.

واستولى عليه، غلب عليه وتمكن منه[4].

والقائم بالولاية يسمى وليا، ومن ذلك القائم على أمر المرأة في النكاح، فهو يلي عقد النكاح على المرأة ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه.

الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا

أولا: تعريف الولاية في الاصطلاح الفقهي:

اختلفت تعاريف الفقهاء للولاية باختلاف أحكام الولاية في المذاهب الفقهية، وهذا عند قدماء فقهاء الشريعة الإسلامية، كما لم يخلوا تعريف الفقهاء المحدثين من الاختلاف.

أ –الولاية عند الفقهاء القدامى:

عرف الحنفية الولاية بأنها، "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"[5].

---

[1]– ابن منظور، المرجع نفسه، ص288.

[2]– سورة آل عمران، الآية 68.

[3]– سورة يونس، الآية 62.

[4]– أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط2، ب س، ص 673.

[5]– محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية عابدين)، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، 1423هـ– 2003م، ص 154.

إلا أن تعريف الحنفية للولاية اقتصر على أحد نوعي الولاية: وهي ولاية الإجبار، والتي تكون على الصغيرة والمجنونة، و لم يشمل الولاية على الكبيرة البالغة العاقلة، وذلك لأن الولاية عليها عندهم ولاية ندب واستحباب[1].

أما المالكية فالولاية وفقهم عامة وخاصة، حيث أن الولاية العامة هي أن يتولى رجل غير قريب من عامة المسلمين تزويج المرأة عند عدم وجود قريب، وبذلك فإنه يجوز أن يتولى عقد المرأة أي رجل من عامة المسلمين إذا لم يوجد أحد من أوليائها وذلك برضاها وإذنها[2].

وقال النمري القطبي: "الولاية العامة هي أن المسلمين الأحرار في النكاح بعضهم أولياء بعض بحق الديانة".

في حين أن الولاية الخاصة هي ولاية النسب والقرابة[3].

كما يعرفها المالكية بتعريف الولي على أنه:" من له على المرأة ملك أو أبوة، أو تعصيب أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطة، أو ذو إسلام"[4].

والولاية عند الشافعية، ولاية إجبار وولاية اختيار، حيث أن ولاية الإجبار هي ولاية الأب في تزويج البكر الصغيرة أو الكبيرة بدون رضاها، ويستحب له استئذان البالغة، ويكفي سكوتها.

أما ولاية الاختيار فهي ولاية الأب والجد في تزويج الثيب، فلا يجوز لهما أن يزوجا الثيب إلا بإذنها[5].

ولا شك أن الحنابلة يتوجهون اتجاه الشافعية في تحديد مفهوم الولاية في عقد النكاح، إلا أنهم يختلفون في تعداد أسبابها، فتثبت عندهم الوصاية كسبب من أسباب ثبوت الولاية[6].

---

[1]- شوقي إبراهيم عبد الكريم، المرجع السابق، ص 10-11.

[2]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ-2002م، ص 565.

[3]- النمري القطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي،المجلد 2، مكتبة الرياض الحديثة، البطحاء، السعودية،ط1، 1398هـ- 1978م، ص522.

[4]- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، ج2،دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ص 4.

[5]- شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب ط، 1421هـ-2000م، ص 246.

[6]- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 15، 16.

ويتضح من كل ما سبق أنه هناك اتجاهان يحكمان مفهوم الولاية في عقد النكاح عند الفقهاء القدماء، الأول يقصرها على الجبر، والثاني تشمل وفقا له ولاية الإجبار وولاية الاختيار.

ب –تعريف الولاية عند فقهاء المحدثين:

يمكن رد وإرجاع مفهوم الولاية عند الفقهاء المحدثين إلى اتجاهين:

الأول: يرى أن الولاية تقتصر في مفهومها على ولاية الجبر، دون ولاية الاختيار، وهذه الأخيرة إنما هي وكالة من المرأة التي ملكت إنشاء العقد ابتداء، فإذا ما تولاه أحد غيرها فهو وكيل عنها[1].

ولهذا نجد تعبير هؤلاء الفقهاء عن مفهوم الولاية يدور حول هذا المعنى، فعرفها الأستاذ محمد أبو زهرة بأنها:" القدرة على إنشاء العقد نافذا"[2].

ونفاذ العقد يتوقف على شروط النفاذ له، والتي بها لا يحق لمن صدر العقد له الاعتراض عليه، سواء كان نفس العاقد أو من هو تحت ولايته.

وعرفها محمد سلام مدكور بأنها: "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء أكان موضوع التصرف يخصه أم كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة".

ويمكن القول بأن أصحاب هذا الاتجاه قد تأثروا بما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في تحديد معنى الولاية في عقد الزواج ذلك أن الإمام يرى أن الولاية في النكاح بمعناها الدقيق، هي الولاية التي تثبت جبرا، وينفذ العقد المنعقد على أساسها دون توقف على إذن المولى عليه، أما الولاية التي تثبت اختيارا فهي أقرب إلى الوكالة منها إلى الولاية"[3].

وأما الرأي الثاني: فيرى أصحابه أن الولاية تشمل الولاية الجبرية والاختيارية، وذلك أن الأخيرة وإن كان يتوقف فيها العقد على رضا المولى عليها، إلا أنها أي المولى عليها لا تستطيع إنشاء العقد بعبارتها، فمن هنا تثبت عليها ولاية إنشاء العقد.

وممن اتجه هذا الاتجاه في مفهوم الولاية في الزواج، مصطفي الرافعي، حيث يعرفها بأنها:"قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا أو اختيارا".

---

[1]– شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع نفسه، ص 15، 16.

[2]– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج،دار الفكر العربي، ب ط، ب س، ص 122.

[3]– شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 15، 16.

وأيضا مصطفي الخن، ومن معه أخذا عن المذهب الشافعي، حيث عرفها بأنها: "تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه".

وقد حددوا المقصود بالغير هنا بأنه القاصر، والمجنون والبالغة في ولاية الاختيار.

فعلى الرغم من أن التعريف يوحي بقصر الولاية على ما كان منها جبرا إلا أنه بهذا التحديد لمعنى الغير يظهر شمول الولاية عندهم لكلا النوعين، وهو ما يتفق مع منهج الشافعية كما سبق[1].

ثانيا: تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني

بالرغم من أن المشرع خصص الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري للولاية، إلا أنه لم يتعرض إلى تعريف الولاية تعريفا خاصا، حيث اكتفى بالإشارة إليها من خلال المادة (09) من قانون 11/84 والمواد (9 مكرر)، (11)، (13) من قانون 02/05[2].

على عكس المشرع التونسي الذي عرف الولي من خلال مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل الثامن (08) منها على أنه "الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا بالغا ذكرا رشيدا، والقاصر ذكرا كان أم أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينوبه، والحاكم ولي من لا ولي له"[3].

في حين أن المشرع الإماراتي قام بتعريف الولاية على النفس من خلال نص المادة 178 فقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي والتي جاء فيها: "الولاية على النفس هي العناية بكل ماله علاقة بشخص القاصر والإشراف عليه وحفظه وتربيته وتعليمه وتوجيه حياته وإعداده إعدادا صالحا، ويدخل في ذلك الموافقة على تزويجه".

كما عرف الولي في الزواج من خلال نص المادة 32 من نفس القانون والتي جاء فيها: "الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث، ابنا ثم أخا ثم عما، فإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز"[4].

---

[1]- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع نفسه، ص 15، 16.

[2]- القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المنشور ج ر ع 24، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فبراير 2005، ج ر ع 15.

[3]- مجلة الأحوال الشخصية، أمر مؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66 مؤرخ في 1956/08/17.

[4]- قانون الأحوال الشخصية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة والمنشور ج ر ع 439 بتاريخ 2005/11/30.

لنجد المشرع المغربي يعرف الولاية من خلال المادة (24) من مدونة الأسرة المغربية بأنها حق للمرأة، والتي جاء نصها كما يلي: "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها"[1].

المطلب الثاني: حكم الولاية في الفقه الإسلامي والقانون

الولاية في عقد الزواج هي في الجملة مما اتفق على مشروعيته إنما الاختلاف بين الفقهاء حول ثبوت بعض صورها، فهي ثابتة من الكتاب والسنة، وهو ما انعكس على التكييف القانوني للولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، على اعتبار أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهو ما سنراه تباعا من خلال هذا المطلب، حيث نتطرق من خلال الفرع الأول، لدليل مشروعية الولاية في عقد الزواج من الكتاب والسنة، ومن خلال الفرع الثاني إلى التكييف القانوني للولاية في عقد الزواج.

الفرع الأول: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج

أولا: دليل وجود الولي من القران الكريم

استدل الفقهاء على الولاية بقوله تعالى: ﴿**فَإِن كَانَ الَّذي عَليهِ الحَقُ سَفِيهاً أَو ضَعِيفاً أو لاَ يَسْتَطِيعَ أَن يُمِلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُهُ بِالعَدْل**﴾[2].

وأما بالنسبة للمرأة، قوله عز وجل: ﴿**وَانْكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمُ**﴾[3].

وقوله سبحانه أيضا: ﴿**وَلاَ تَنكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتَى يُؤْمِنَّ**﴾[4].

والخطاب في الآيتين موجه إلى الأولياء، فكان دليلا على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها، وإنما الذي يزوجها وليها[5].

وفي الولاية ورد أيضا قوله عز وجل: ﴿**إِنَما وَلِيُكُمُ اللهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا**﴾[6].

---

[1]- قانون 70/06، المعدل بالقانون رقم 102/15، و بالقانون 08/09، ج ر ع 5148، و المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

[2]- سورة البقرة، الآية 281.

[3]- سورة النور، الآية 32.

[4]- سورة البقرة، الآية 219.

[5]- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ، ص343.

[6]- سورة المائدة، الآية 57.

وفي مواضع أخرى يكون الخطاب موجها للأولياء كقوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ**﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿**فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[2].

وفي الآيتين دليل على منع الولي من عضل موليته، ومن ثم فإنه لا يجوز للولي أن يعضل المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجا لها فإذا امتنع الولي انتقلت الولاية إلى القاضي[3].

ثانيا: دليل وجود الولي من السنة النبوية

من السنة النبوية، استدل جمهور الفقهاء بعدة أحاديث نبوية منها: قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، فإن لم يكن لها ولي، فالسلطان ولي من لا ولي له"[4].

وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[5].

وما روي عن ابن عباس: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد"[6]،كما استدل الجمهور بقوله صلى الله عليه وسلم: "لما أراد أن يتزوج أم سلمه، قال لابنها عمر، قم فزوج رسول الله"[7] صلي الله عليه وسلم.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للولاية في عقد الزواج

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، يعد الصداق والولي والشاهدان ورضا الزوجين من أركان عقد الزواج، حيث أن رضا المرأة وتعبيرها عن ذلك هو تجسيد لحريتها وممارسة لمبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج، غير أنه هناك من اعتبر وجود الولي إلى جانب رضا المرأة في عقد الزواج له تأثير على مكانة

---

[1]- سورة البقرة، الآية 230

[2]- سورة البقرة، الآية 232

[3]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 1433هـ- 2012م، ص 310.

[4]- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، منشأة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، 1417هـ، ص 321.

[5]- أبو داود، سنن أبو داود، كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي، منشأة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، 1408هـ-1988م، ط2، 1417هـ، ص 361.

[6]- ابن ماجه، المرجع السابق، ص327.

[7]- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط1، ب س، ص 206.

رضا المرأة في العقد، حيث أخذ ذلك عدة تبريرات وتكييفات، فهناك من اعتبر وجود الولي صورة من صور القصور عند المرأة، حيث يتكلم الولي بدلا عنها بصيغة العقد في مجلس العقد، وهناك من اعتبر الولي مجرد وكيل مفوض من طرفها بإبلاغ من يتقدم للزواج منها بقبولها أو رفضها[1].

وبناءاً على ذلك اختلف حول مركز الولي في عقد الزواج، هل هو ركن أم شرط، فبالرجوع إلى نص المادة (09) من قانون الأسرة لسنة 1984 نجدها نصت على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة،وشاهدين وصداق" إذن من خلال هذه المادة نستنتج أن الولي يعتبر ركن من أركان عقد الزواج،و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها ومن بين ما أقرته من خلال القرار الصادر عنها والذي جاء نصه: "من المقرر شرعا و قانونا أنو لصحة الزواج لا بد من توافر أركانه من رضا الزوجين، وولي، وشاهدين، وصداق"[2].

إلا أنه بعد التعديل الذي مس قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 نجد أن المادة (09) قسمت إلى ثلاث مواد هي المادة (09) والتي نصت على أن الركن الوحيد لعقد الزواج هو ركن الرضا والمادة (09 مكرر) التي نصت على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج،الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

والمادة (11) والتي جاء فيها أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره، وبالرغم من أن المشرع ذكر هذه الشروط تحت عنوان أركان الزواج إلا أنه يتضح من خلال الدراسة والتحليل أن عقد الزواج قد أعيد بناؤه خاصة ما تعلق بمسألة الولي.

لقد نص المشرع في المادة (11) من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن "يتولى عقد زواج المرأة وليها....."، غير أنه نص في الفقرة الأولى من ذات المادة بعد تعديلها بموجب الأمر 02/05 على أن "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، كما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "دون إخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم...".

من خلال تحليل هذه النصوص السالفة الذكر ومقارنتها بأحكام المذاهب الفقهية الإسلامية نستنتج أن المشرع الجزائري اختار أن يجمع بين المتناقضين على أن المرأة الراشدة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها،

[1]- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006، ص 55.

[2]- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 81129 بتاريخ 1992/3/7، م ق ع 3، 2000، ص 62.

ولكن فقط بحضور وليها أو أي شخص تختاره، ومن جانب آخر ومن خلال قراءة المادة (13) المعدلة من قانون الأسرة، نجد أنها تنص على أنه لا يجوز للولي سواء كان أبا أو غيره، أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجها دون موافقتها،ويتضح أن المشرع قد تحول عن مذهبه وهو المذهب المالكي مبررا ذلك بلا أخذ برأي بعض الآراء الفقهية التي لا تقول بولاية الإجبار إلا على الصغار، والواقع هو أن المشرع وقف من الولي في عقد الزواج موقفا متذبذبا، فلا هو قرر إلغاءه نهائيا، ولا هو قرر اشتراطه، مما يدل دلالة قاطعة على أن المشرعين الجزائريين قد تعرضوا لضغوط كبيرة ومن جهات مختلفة، واختاروا أن يقفوا هذا الموقف الغامض[1].

إن المواد السالفة الذكر تبين كيف أن المشرع جعل من شرط الولي شرطا شكليا، وأنه بهذا الحكم خالف جميع المذاهب الفقهية الإسلامية، متأثرا بأحكام المادة (146) من القانون المدني الفرنسي، وبضغوطات الاتفاقيات الدولية والجمعيات النسوية المنادية بالمساواة بين الرجل والمرأة،

وخلاصة القول أن المشرع لا يريد أن يكون لشرط الولي في عقد الزواج أي تأثير على العقد.

أما بالنظر إلى قانون الأحوال الشخصية المقارن، فنجد المشرع المغربي كان يعتبر الولي شرط صحة في عقد الزواج، أما مدونة قانون الأسرة الجديد الصادر في 2004/2/3، فقد نظم المشرع المغربي الولاية في الزواج في المادتين (24) و(25)، حيث نصت المادة (24) من المدونة على أن: "الولاية حق للمرأة الرشيدة تمارسه حسب إختيارها ومصلحتها"، أما المادة (25) من المدونة فنصت أن: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، وبالتالي فالمشرع المغربي هو الآخر لم يبتعد كثيرا عن توجه نظيره الجزائري، إلا أن ما يحسب له أنه جعل الولاية للأقارب بعد الأب وليس لأي شخص تختاره المرأة كما فعل المشرع الجزائري.

وعلى عكس معظم القوانين العربية، القانون الإماراتي يعتبر من القوانين التي انفردت وتناولت موضوع الولاية بكل جوانبها فأحاطه بترسانة من المواد التي تنظم هاته المسألة الهامة في عقد الزواج، حيث عالجها من خلال المادة (32) إلى المادة (39) من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي، حيث وبالإطلاع على هذه المواد يتضح أن المشرع الإماراتي جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج، مع عدم تهميش رضا المرأة في العقد[2].

[1]- حسين مهداوي، دراسات نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص 27.

[2]- سليمة بكوش، المركز القانوني للولي في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص أحوال شخصية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الوادي، الجزائر، 2014-2015، ص 17.

المبحث الثاني: أحكام الولاية في عقد الزواج

إن مشروعية الولاية في عقد الزواج تنبع من أهمية الزواج نفسه، وما يترتب عليه من أثر في حياة الإنسان، فمشروعيتها من تمام عناية الإسلام بهذا العقد، وصيانته ورفع مكانته، ورعاية مقاصده، ذلك أن المولى عليه في الزواج إما أن يكون عاجزا عن إدراك المصلحة لنفسه بنفسه، وعن درء المفسدة عنها، كالصغار والمجانين ذكورا وإناثا، فهؤلاء تكون الولاية عليهم في الزواج ولاية إجبار باتفاق الفقهاء،كون تلك المسؤولية بيد أوليائهم فيها بالإضافة إلى وازع الشرع، وازع الطبع الدافع إلى الشفقة والحرص على القيام بشؤون ذوي القربى العاجزين، وتلك هي الرعاية الاجتماعية في اسمي صورها، وإما أن يكون المولى عليه أنثى مطلقا، حيث أن الولاية عليها في الزواج هي رعاية لحقها وصيانة لكمال أدبها وكرم حيائها، وإيصالها إلى مرادها على أتم وجه وأشرفه وأكمله دون تضييع لحقها في اختيار من ترضاه زوجا لها إن كانت قادرة على النظر وحسن الاختيار، ودون إهمال لها بتركها تضع يدها في يد من تهوى في عقد جليل قدره، عظيم خطره وهذا بخلاف ما إذا كان الأمر شورى بينها وبين وليها، حيث يكون لوليها إبرام العقد بألفاظه، ولها إملاء الشروط وإبداء رغبتها حتى تطيب نفسها.

وسيتم فيما يلي بيان ما سبق ذكره بشيء من التفصيل و التبيين، حيث نتطرق لأركان الولاية في الزواج من خلال المطلب الأول، ولآثار الولاية في عقد الزواج من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: أركان الولاية وشروطها في عقد الزواج

لقيام الولاية على المولى عليه في عقد الزواج، لابد من وجود ولي يتولى النظر في شؤون المولى عليه ورعاية مصالحه، وحتى تثبت له الولاية لابد من وجود رابطة شرعية تثبت علاقته بالمولى عليه، فبدون هذه الأمور الثلاثة لا تتحقق الولاية، حيث تمثل هذه الأخيرة أركان الولاية.

الفرع الأول: الولي وشروطه

أولا: تعريف الولي

الولي في الشرع هو البالغ العاقل الوارث، فخرج من هذا التعريف الصبي والوصي[1]؛

والولي في أصول الدين، هو العارف بالله تعالى وأسمائه، وصفاته المواظب على الطاعات، المجتنب للمعاصي، الغير منهمك في الشهوات واللذات[2]؛

[1]- محمد أمين بن عمر عابدين، المرجع السابق، ص 153.

[2]- ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ-1997م، ص 197.

أما عندا المالكية، فالولي هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة، لكونها أباها، أو وصيا عليها، أو كفيلا لها، أو قريبا عاصبا، أو رجلا من عامة المسلمين أو حاكما[1].

وعند الشافعية فالولي هو العصبة، لأن الولاية في الزواج تثبت لدفع العار عن النسب، والنسب إلى العصبات[2].

أما عند الحنابلة فالولي هو الأب، فأحق الناس بتزويج المرأة الحرة أبوها، وذلك لأنه أشفق عصباتها[3].

وبالنسبة للقانون، فنجد المشرع من خلال نص المادة (11) من قانون 11/84 يعرفه بقولها: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له" ليصبح الولي بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 من خلال نص المادة (11) المعدلة كما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

لينص من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة على ما يلي: "...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وبهذا نجد أن المشروع قد خرج عن أخذه بالمذهب المالكي الذي كان يعمل به في قانون الأسرة 11/84، من خلال تعديل المادة (11)، حيث جعل عقدة النكاح بيد المرأة وحدها، وجعل الولي هو الأب أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره،دون أن يحدد معاير اختيار هذا الشخص ولا على أي أساس، لكن بالنظر إلى بعض التشريعات العربية نجد القانون الإماراتي مثلا يعرف الولي بأنه: "العصبة بنفسه على الترتيب"[4].

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في الولي

لا يثبت للولي الحق في إنشاء العقد بعبارته، إلا إذا توفرت فيه شروط معينة، بعضها متفق عليه بين الفقهاء، والبعض الأخر مختلف فيه.

[1]- الغرياني، المرجع السابق، ص 556.

[2]- الخطيب، المرجع السابق، ص249.

[3]- ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج7، دار الكتاب العربي، ب ب ن، ب ط، ب س، ص 346.

[4]- المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي.

أ –الشروط المتفق عليها بين الفقهاء: وهي

1. الإسلام: لابد من إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فلا يصح أن يزوج الكافر المسلمة، ولا المسلم الكافرة،و ذلك لاختلاف الدين[1].
2. الحرية: لأن العبد لا ولاية له على نفسه، لانشغاله بخدمة الولي، فكيف تكون له ولاية على غيره[2].
3. البلوغ: فلا تثبت الولاية للصغير، ذلك لقصره، ولعجزه عن تحصيل الكفء فهو ليس من أهل الولاية لعدم ولايته على نفسه، فمن باب أولى لا تكون له ولاية على غيره.
4. العقل: فلا ولاية للمجنون على غيره، لأنه ليس من أهل الولاية[3]، حتى وإن كان الجنون متقطع، وذلك لأن الولاية تثبت عند عجز المولى عليه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق الغير، وغير المكلف مولى عليه لقصوره وبالتالي لا يلي نفسه، فكيف يلي غيره[4].

ب –الشروط المختلف فيها بين الفقهاء:

1. الذكورة: هي شرط عند جمهور الفقهاء[5] إلا الحنفية، فعندهم روايتان، منها أن تجوز مباشرة البالغة العاقلة نكاحها ونكاح غيرها مطلقا، وذلك لأنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة، ولهذا كان لها التصرف في المال واختيار الأزواج.[6]
2. العدالة: ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية، فللفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرتين[7]، وقال الدسوقي إن العدالة شرط كمال وليس للصحة، فلو كان فاسقا لا تنتقل الولاية للأبعد، إذ الفسق لا يسلبها على الراجح، ولو كان مع الفاسق عدل في درجته فالعدل أولى بالتقديم من الفاسق[8].

---

[1]– الكاساني، بدائع الضائع، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ -1986م، ص239.

[2]– الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج3، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ب ط، ب س، ص 11.

[3]– الكاساني، المرجع السابق، ص 239.

[4]– ابن قدامة، المرجع السابق، ص 346.

[5]– الغرياني، المرجع السابق، ص 557.

[6]– ابن همام، شرح فتح القدير، ج2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1315هـ، ص 393.

[7]– الكاساني، المرجع السابق، ص 240.

[8]– الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، ب ط، ب س، ص 226.

واشترط الحنفية في الولي أيضا:

أن يكون ممن يرث، وذلك لأن سبب ثبوت الولاية والوراثة واحد وهو القرابة، وكل من يرثه يلي عليه، ومن لا يرثه لا يلي عليه[1].

واشترط المالكية في الولي أيضا:

عدم الإحرام بحج أو عمرة[2]، مستندين بقوله صلى الله عليه وسلم: "المحرم لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب"[3].

واشترط الشافعية في الولي أيضا:

ألا يكون محجورا عليه بسفه، وذلك بأن بلغ غير رشيد، أو بذر ماله بعد رشده ثم حجر عليه، وذلك لنقصه لا يلي أمر نفسه فكيف يلي أمر غيره[4].

واشترط الحنابلة: الرشد أو معرفة الكفء ومصالح النكاح، وليس هو حفظ المال[5].

وبالرجوع إلى القانون، فإن المشرع لم يتعرض لشروط الولي لا من خلال قانون 11/84، ولا من خلال قانون 02/05، وعليه وبإعمال المادة (222) من قانون الأسرة،[6] فإننا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب النص، و هو ما سبق وتطرقنا له.

على عكس القوانين العربية الأخرى حيث نجد أن بعضها اقتصرت على ذكر أهم الشروط، بينما توسعت القوانين الأخرى في ذكر الشروط، ونجد القانون الإماراتي في المادة (33) منه ينص على أنه: "يشترط في الولي أن يكون ذكرا، عاقلا بالغا، غير محرم بحج أو عمرة، مسلما إن كانت الولاية على مسلم"،كما نص مشروع القانون العربي الموحد[7] من خلال المادة (15) منه على أنه "يشترط في الولي أن

[1]- ابن قدامة، المرجع السابق، ص 353.

[2]- الغرياني، المرجع السابق، ص 558.

[3]- ابن ماجة، المصدر السابق، ص 340.

[4]- الخطيب، المرجع السابق، ص 254.

[5]- الغرياني، المرجع السابق، ص 558.

[6]- المادة (222) من قانون 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[7] القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، وثيقة الكويت، اعتمده مجلس وزراء العدل العربي في دورته السادسة بالقرار رقم 105-د6-1408/08/17هـ- 1988/04/04م، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، ص 10.

يكون ذكرا، عاقلا،بالغا، مسلما إذا كانت الولاية على مسلم"، بينما نص القانون التونسي في الفصل 08 على أنه: "يجب أن يكون الولي ذكرا رشيدا".

الفرع الثاني: المولى عليه

حتى تثبت الولاية، لابد من وجود شخص في حالة لا تسمح له بالنظر في أمور الزواج نظرا سديدا، تجعله بحاجة إلى ولي يتولى أمور الزواج عنه، إما لفقده أهليته أو نقصها، أو وجود عنصر الأنوثة في نظر بعض الفقهاء، هذا الشخص هو المولى عليه.

أولا:المولى عليه فاقد الأهلية أو ناقصها

يجب الحكم الشرعي على الإنسان إذا وجدت فيه صفة التكليف وهي التي تعرف بالأهلية في الاصطلاح القانوني، وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة عليه أو له، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد بها شرعا؛

وهذه الصلاحية تثبت للإنسان بوجود العقل كاملا، ولما كان العقل أمرا مخفيا لا يدرك كماله، جعل الشارع البلوغ علامة كاشفة عن ذلك، هذا وفق الشريعة الإسلامية، أما في القانون فيثبت تلقي الحقوق للشخص منذ ولادته، بينما تحمل الواجبات فيندرج بتدرج السن، ويتأثر بالعوارض التي قد تعرض للشخص في حياته[1].

ولا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الولاية على المجنون أو المجنونة بسبب فقدهما للأهلية[2]، غير أن بلوغهما يعني وجود القوة الطبيعية التي للرجال والنساء فيهما، ما يعني حاجتهما إلى الزواج لجلب مصلحة أو درء مفسدة عنهما، وتقدير ذلك يعود إلى الولي، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، غير أنهم اختلفوا فيمن هو الولي الذي يزوجهما.

وأما فقد الأهلية أو نقصها بسبب الصغر، سواء كان الصغير أنثى أو ذكرا، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية على فاقد الأهلية وناقصها في هذه الحالة على ثلاثة أراء:

[1]- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ب ط، 2006م، ص 144.

[2]- الكاساني، المرجع السابق، ص 241.

الرأي الأول: ويرى أن الولاية تثبت عليهم، ومن ثم يصح تزويجهم وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء الحنفية[1]، المالكية[2]، الحنابلة[3]، وبعض والإباضية[4]، غير أنهم اختلفوا فيمن يزوج، فبعضهم قصرها على الأب، وبعضهم قصرها على الأب والجد، والبعض جعلها لكل الأولياء.

وأما الرأي الثاني: فأصحابه الشافعية[5]، حيث ذهبوا إلى التفريق بين المرأة البكر والمرأة الثيب، فقالوا إن الثيوبة في المرأة الصغيرة مانعة من تزويجها في هذا السن، ومن ثم لا تثبت عليها ولاية الزواج، وأما البكر فتثبت عليها ومن ثم يصح تزويجها.

وأما الرأي الثالث: فيرى أصحابه بعدم ثبوت الولاية على الصغار سواء كانوا ذكورا أو إناثا، ومن ثم لا يصح تزويجهم، سواء كان الولي أبا أو غيره، وقال بهذا الرأي جابر بن زيد من أئمة المذهب الإباضي.

ثانيا: المولى عليها البالغة العاقلة

إذا ثبتت الولاية على الإنسان بسبب فقد الأهلية أو نقصها، فإن مفهوم ذلك أنه لو كان بالغا وعاقلا أي وجدت عنده الأهلية التكليفية، فإن الولاية تدفع عنه، ويتولى هو شؤونه بنفسه، وهذا الأمر هو محل اتفاق بين الفقهاء فيما يتعلق بالذكر، فمادام بالغا فلا ولاية لأحد عليه في الزواج أو غيره وله إذن أن يزوج نفسه أو يوكل غيره في العقد، غير أن الفقهاء اختلفوا بشأن المرأة البالغة العاقلة في ثبوت الولاية عليها إلى الآراء التالية:

الرأي الأول: يرى ثبوت الولاية على المرأة، سواء كانت بكرا أو ثيبا، ومن ثم لا يصح لها مباشرة عقد الزواج، بل لابد من وجود ولي يباشر إنشاء العقد، وقال بهذا الرأي من الصحابة عمر وعلي وابن عباس وابن عمر، وعائشة وأبو هريرة رضوان الله عليهم،ومن الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الإباضية[6].

---

[1]- الكاساني، المرجع السابق، ص 241.

[2]- الدسوقي، المرجع السابق، ص222-223.

[3]- البهوتي، كشاف القناع عن سنن الإقناع، ج5، ب ب ن، ب ط، ب س، ص 54.

[4]- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج6، مكتبة الإرشاد جده، دار الفتح، بيروت، ط2، 1393هـ-1973م، ص 253.

[5]- الخطيب، المرجع السابق، ص 261.

[6]- النفراوي، المرجع السابق، ص8 /الخطيب، المرجع السابق، ص 261 /البهوتي، المرجع السابق، ص57- 58 /أطفيش، المرجع السابق، ص 106.

أما الرأي الثاني، فيرى أصحابه عدم ثبوت الولاية على المرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا، و بناءا عليه يصح لها تزويج نفسها ومباشرة عقد النكاح بنفسها، وقال بهذا الرأي الحنفية[1].

وأما الرأي الثالث، يرى التفرقة بين المرأة البكر والمرأة الثيب، فالمرأة البكر تثبت عليها الولاية ولا يصح أن تزوج نفسها بغير ولي، أما المرأة الثيب فلا تثبت عليها الولاية، بل يصح لها مباشرة عقد الزواج وتزويج نفسها دون ولي،وقال بهذا الرأي بعض فقهاء الإباضية[2].

في حين أن رأيا رابعا يرى أصحابه ثبوت الولاية للمرأة العاقلة البالغة، ومن ثم يصح لها تزويج نفسها،ولكن ذلك متوقف على إذن وليها،فإن أذن لها صح نكاحها لنفسها،وإن لم يأذن بطل،وقال بهذا الرأي رواية عند الحنابلة.

ومما لا ريب فيه أنه بعد ثبوت حديث "لا نكاح إلا بولي"، وحديث "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل"، مع استبعاد الاحتمالات الواردة على حديث "الثيب أحق بنفسها من وليها"، في أن لها حقوقا في مباشرة عقد الزواج، وأن التفسير الذي يستقيم مع الحديثين السابقين أن لها حقا في إبداء رغبتها ورضاها بالعقد، وأنه لا يجوز للولي أن يستبد بالعقد دون الرجوع إليها ومن هنا كان حقه هو مباشرة العقد، جمعا بين الأدلة، هذا فضلا عن قوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له" يؤكد لزوم الولي في عقد الزواج.

الفرع الثالث: الرابطة الشرعية بين الولي والمولى عليه

ويقصد بها العلاقة بين الولي والمولى عليه، ويطلق الفقهاء على هذه الرابطة لفظ السبب، حيث أن بعض هذه الأسباب محل اتفاق بين الفقهاء وبعضها الآخر محل اختلاف وأهمها:

أ–القرابة: ويقصد بالقرابة كل صلة سببها الولادة بين الولي والمولى عليه، و تأخذ الولاية في عقد الزواج كثيرا من أحكام الميراث بخصوص سبب القرابة، خاصة فيما يتعلق بالميراث عن طريق ذوي الأرحام.

واتفق الفقهاء على أنه إذا كان ما يربط الولي بالمولى عليه هو التعصيب ثبتت الولاية بينهما، واختلفوا إذا كانت الرابطة غير التعصيب، أي ذوي الأرحام.

[1]– الكاساني، المرجع السابق، 242 /ابن همام، المرجع السابق، ص 394.

[2]– أطفيش، المرجع السابق، ص 253.

ب–الإمامة: الإمامة وصف للرابطة التي تنشأ بين الإمام وبين المسلمين في الدولة الإسلامية، وهذه الرابطة ترتب ثبوت الولاية له على المرأة في عقد الزواج، سواء كانت هذه المرأة مسلمة أو غير مسلمة، لأنها من دار أهل الإسلام الذين تشملهم ولاية الإمام دون فرق.

وثبوت الولاية بالإمامة يكون في حالتين:

الأولى عدم وجود الولاية الخاصة والقرابة والدين عند المالكية، والإيصاء عند بعض الفقهاء، والثانية في حالة عضل الولي وغيبته[1].

ج–الدين: يربط الدين الإسلامي أتباعه برابطة قوية، حيث ذهب بعض الفقهاء ومنهم المالكية في رواية[2]، ورأي عند الشافعية[3]، إلى أن الدين تثبت به الولاية في الزواج، وتسمى بالولاية العامة.

في حين اتفق جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية،والمالكية في رواية، والشافعية،والحنابلة، والإباضية، على عدم ثبوت ولاية التزويج بسبب الدين[4].

ويمكن القول أن الدين كسبب لثبوت ولاية التزويج مفيد وعملي بالنسبة للمسلمين المقيمين بالدول الأجنبية غير المسلمة.

د–الإيصاء: ويقصد به العهد بشؤون الأولاد إلى الغير، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية بالإيصاء في الزواج إلى ثلاثة أراء:

رأي ذهب إلى عدم ثبوتها بالوصاية، وأصحابه الحنفية و الشافعية[5]؛

ورأي آخر يرى ثبوت الولاية في الزواج بالإيصاء، وأصحابه المالكية، والحنابلة، وجمهور الإباضية[6]؛

---

[1]– شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 92– 96.

[2]– الباجي الأندلسي،المنتقى شرح الموطأ، ج3، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ب س، القاهرة، مصر، ص 270.

[3]– الخطيب، المرجع السابق، ص 257.

[4]– الكاساني، المرجع السابق، ص 252 /الباجي الأندلسي، المرجع السابق، ص 270 /ابن قدامة، المرجع السابق، ص 350 وما بعدها /أطفيش، المرجع السابق، ص 114.

[5]– الكاساني، المرجع السابق، ص 252 وما يليها /ابن قدامة، المرجع السابق، ص 350 وما يليها.

[6]– الدسوقي، المرجع السابق، ص 223 /البهوتي، المرجع السابق، ص51 /أطفيش، المرجع السابق، ص 256.

المطلب الثاني: آثار الولاية في عقد الزواج

إذا ما ثبتت الولاية بتوفر أركانها وشروط أركانها السالفة الذكر، فإنها ترتب آثارها بالنسبة للولي والمولى عليه، وكذا بالنسبة لعقد الزواج، تتمثل أساسا في ثبوت ولاية الاختيار أو ولاية الإجبار حسب تصور كل مذهب من المذاهب الفقهية لهذه المسألة،فما هو المعنى الشرعي لولاية الاختيار وولاية الإجبار؟ وعلى أي أساس يؤخذ بإحداهما دون الأخرى؟ وأي أثر لكل منهما على عقد الزواج؟ وما موقف القانون من كليهما؟ للإجابة على هذه التساؤلات، سنتطرق في الفرع الأول لأقسام الولاية في عقد الزواج، ولمراتب الأولياء في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أقسام الولاية في عقد الزواج

قسم الفقهاء الولاية إلى ولاية قاصرة كونها تقتصر على أمور الشخص دون أن تتعداها إلى أمور غيره[1]، وولاية متعدية، وهي القدرة على إنشاء التصرفات الخاصة بغيره، وتنقسم هذه الأخيرة إلى ولاية أصلية يثبت للشخص ابتداء كولاية الأب والجد،وولاية نيابية وهي التي تثبت للشخص مستمدة من الغير،كولاية القاضي وولاية الوصي.

كما تقسم من حيث الموضوع إلى ولاية على المال، وهي المنصبة على إدارة أموال الشخص المولى عليه، واستثمارها والتصرف فيها، وتكون للأب والجد أو لوصيهما، أو لوصي يعينه القاضي[2]، وولاية على النفس والتي تجعل لمن تثبت له القدرة على التصرف في شؤون المولى عليه المالية وهي قسمان ولاية تعليم، وهي تربية الطفل التي ابتدأت بالحضانة، وولاية تزويج[3] والتي هي موضوع بحثنا ودراستنا والتي هي بدورها تنقسم بإجماع جمهور الفقهاء إلى ولاية عامة وولاية خاصة، حيث تثبت هذه الأخيرة للأفراد بصفتهم الشخصية وتنقسم إلى ولاية إجبار وولاية اختيار، وتختلف هذه الولاية باختلاف الأشخاص الذين يمارسونها[4].

---

[1]- فوضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ب ط، 1986، ص 4، 5.

[2]- عبد الجليل أحمد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، مكتبة الإشعاع الفنية، ب ط، 1421هـ-2001م، ص 42.

[3]- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن القانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط3، 1441هـ-2010م، ص 84.

[4]- نصر سلمان، سعاد سطعي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، عمان، الأردن، ط1، 1421هـ-2005م، ص153.

أولا: ولاية الإجبار

هي ولاية كاملة تثبت لصاحبها جبرا وتخوله الحق في تزويج المولى عليه من غير توقف على رضاه واختياره، كالولاية على الصغير والمجنون، فإن لوليهما أن يزوجهما جبرا عليهما من غير توقف على رضاهما أو اختيارهما[1].

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في أسباب الولاية الإجبارية، فبعض المذاهب تثبت وفقا لها ولاية الإجبار على غير العقلاء (مجنون، معتوه) وعلى الصغار مثل المذهب المالكي، في حين البعض الأخر يتخذ البكارة سببا من أسباب ولاية الإجبار كالمذهب الشافعي، وهذا يمكن تعريف ولاية الإجبار بأنها سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته أو رضاه بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل[2].

ويتفق الفقهاء على أن علة ثبوت ولاية الإجبار على المجنون والمجنونة هي الجنون وما في حكمه من كل ما يؤدي إلى ضعف العقل، مما يؤدي إلى عجز صاحبه عن تولي العقد، وإدراك المصلحة المرجوة منه، أما علة ثبوت الولاية على الصغار فهي الصغر بالنسبة للذكور، في حين اختلف الفقهاء بالنسبة للأنثى في علة ثبوت ولاية الجبر عليها، فمنهم من يرى أنها الصغر وهم الحنفية والإباضية والحنابلة والمالكية مع ملاحظة أنهم يضمون إلى ذلك البكارة[3]، ومنهم من يرى أن العلة هي البكارة، وهم الشافعية[4]، والولاية الجبرية هنا تمتد إلى ما بعد البلوغ طالما بقيت المرأة بكرا، ويوافق المالكية والحنابلة الشافعية في ذلك وبناءا على ما سبق، فإن أساس ثبوت ولاية الإجبار أمران، أحدهما الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه ورعاية أمره في حالة قصره، وثانيهما حسن الرأي وتخير أوجه النفع، فإذا ما توفر هذان العنصران كاملان كانت الولاية كاملة، وكان العقد لازما، يلزم القاصر بعد زوال سبب القصر، ولا يقيد الشارع الولي بأي نوع من القيود، فلا يقيد بكفاءة، ولا بمهر المثل.

---

[1]- عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 5، أوت 2012، ص 03.

[2]- الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ب ط، 1982، ص 65.

[3]- الكاساني، المرجع السابق، ص 250 /أطفيش، المرجع السابق، ص 263 / ابن قدامة، المرجع السابق ، ص 247 /الدسوقي، المرجع السابق، ص 228.

[4]- الخطيب، المرجع السابق ، ص 350.

وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء إذا كان الولي هو الأب، حيث ذهب كل من الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، وبعض الإباضية[1]، إلى لزوم العقد في هذه الحالة، ومن ثم لا يكون للمولى عليه إذا ما بلغ أو أفاق خيار فسخ العقد.

ويلحق بعض الفقهاء كالحنفية والشافعية وبعض الإباضية الجد بالأب في هذا الحكم.

في حين أن المالكية والحنابلة وإن كانوا يجعلون حق الجبر للوصي، إلا أنهم يقيدون حقه بقيود كثيرة من شأنها الاحتياط الكامل لمصلحة المرأة، فإذ خالف الوصي تلك القيود كان العقد غير صحيح.

هذا فيما إذا كان العاقد المجبر هو الأب أو الجد والوصي، أما بقية الأولياء من العصبات أو ذوي الأرحام وفق رأي أبي حنيفة، فقد أجمع الفقهاء على أن الولاية في هذه الحالة هي ولاية اختيار، ومقتضاها عدم التزويج القاصر ومن في حكمه إلا بعد بلوغه أو إفاقته، ومن ثم الاعتداد بعبارته شرعا لوجود رضاه مما يجعل العقد نافذا.

في حين يذهب الحنفية إلى القول بولاية الإجبار لغير الأب والجد، على أن يتقيد هؤلاء بمهر المثل وبالكفاءة، وإلا كان العقد باطلا وفقا للحنفية.

وعلى اعتبار أنه إذا كان العاقد غير الأب والجد، فإن أحد عنصري أساس ولاية الإجبار وهو الشفقة يكون ناقصا، الأمر الذي أدى إلى اختلاف فقهاء الحنفية حول مدى نفاذ العقد في هذه الحالة فذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن[2] إلى القول بعدم لزوم العقد ومن ثم كان للمولى عليه الخيار بين فسخ العقد أو القبول به؛ في حين ذهب أبو يوسف في قوله، وهو قول عروة بن الزبير[3] إلى نفاذ العقد ومن ثم عدم ثبوت الخيار للمولى عليه.

ثانيا: ولاية الاختيار

إذا كانت ولاية الإجبار تعني استبداد الولي برأيه في تزويج موليه أو موليته، فإن ولاية الاختيار على العكس من ذلك، تعني تخويل الولي حق التزويج المولى عليه، دون جبره، بل لابد من رضاه وإذنه بالكلام

[1]- الكاساني، المرجع السابق، ص247 /الدسوقي، المرجع السابق، ص 223 وما يليها /الخطيب، المرجع السابق، ص 247 /البهوتي، المرجع السابق، ص 51 /أطفيش، المرجع السابق، ص 265.

[2]- الكاساني، المرجع السابق، ص 247.

[3]- ابن همام، المرجع السابق، ص 393.

الصريح[1] هذا عند جمهور الفقهاء الذين يرون عدم صحة مباشرة المرأة لعقد الزواج، ويجعلون الولي ركنا من أركان العقد، ولكن في كل حال يلزم رضا المرأة.

أما عند الحنفية فتختلف تسمية الولاية عندهم، بين ولاية الندب والاستحباب وولاية الشركة، حيث يكمن الفرق بينهما في كون ولاية الندب والاستحباب يجوز للمرأة أن تعقد لنفسها، ويستحب لها تولي وليها للعقد، وإن لم يرض وعقدت لنفسها فعقدها صحيح، وأما ولاية الشركة فإن المرأة تعقد لنفسها وينفذ هذا العقد بإذن الولي وإجازته، وإذا عقده الولي توقف نفاذه على إذن المرأة وإجازتها[2].

وولاية الشركة بهذا المغزى تختلف عن ولاية الشركة أو الاختيار عند جمهور الفقهاء، فلو أن رضا المرأة لازم في العقد إلا أنه لا يجوز للمرأة بحال من الأحوال مباشرة عقد الزواج.

ومما هو محل اتفاق بين الفقهاء في ولاية الاختيار، وهو وجوب وجود رضا المرأة بالزواج والتعبير عنه، حيث لا يصح للولي أن يستبد بالعقد دون استئذانها وأخذ رأيها، إلا أن المرأة التي يجب توفر رضاها في ولاية الاختيار، هي محل الاختلاف حيث ينحصر الخلاف في المرأة العاقلة البكر، فمن الفقهاء من تجعل البكارة مانعة من ثبوت ولاية الاختيار عليها، وهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

ومن الفقهاء من يرى أن البلوغ والعقل هي أساس ثبوت ولاية الاختيار ومن ثم تنتفي ولاية الإجبار، وهم الحنفية والإباضية.

أما الثيب العاقلة فقد اتفق الفقهاء على وجوب رضاها لقوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها"[3].

ثالثا: موقف القانون بين الولاية الإجبار والاختيار

ذهب المشرع من خلال نص المادة (13) من قانون 11/84 إلى عدم جواز إجبار الولي لموليته على الزواج سواء كان الأب أو غيره، والتي جاء في نصها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، وهو الأمر الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من اجتهاداتها: "من المقرر شرعا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع، فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون.

[1]- عيسى حداد، المرجع السابق، ص 12.

[2]- الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 63، 64.

[3]- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 143.

ومتى تبين -في قضية الحال- أن الأب امتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

ويتضح أيضا موقف القانون من خلال المادة (12) من قانون الأسرة الملغاة بالأمر 02/05 والتي تنص على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته عن الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (09) من هذا القانون"، حيث تنص المادة (09) من قانون 11/84 على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق" ليؤكد المشرع موقفه من ولاية الاختيار من خلال هذه المادة،

ليأتي المشرع من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 من خلال تعديل المادة (11) والمادة (13) وإلغاء المادة (12)، حيث وباستقراء المادة (11) المعدلة يتبادر إلى أذهاننا أن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي لوهلة، إلا أنه وبالنظر إلى أنه جعل الولي الأب وأحد الأقارب أو أي شخص تختاره، يتضح أن تعديل المادة (11) لم يأتي أخذا بالمذهب الحنفي في اتجاه توفيقي من المشرع، إنما له تداعيات أخرى سنتطرق لها بشكل من التفصيل من خلال الفصل الثاني من هذا المبحث.

الفرع الثاني: مراتب الأولياء في الزواج

أولا: مراتب الأولياء في الفقه الإسلامي

قال سبحانه تعالى: ﴿**آبَاؤُكُمْ وَأَبنَاؤُكُمْ لاَ تَدرُونَ أَيُهُمْ أَقرَبُ لَكُمْ نَفْعاً**﴾[2]

اتفق الفقهاء على أن الولاية في الزواج للعصبة، إلا أنهم اختلفوا في ترتيبهم على النحو التالي:

ذهب المالكية[3] إلى أن الولاية معتبرة بالتعصيب فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والأبناء عندهم أولى وإن نزلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة الأشقاء، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد لأب وإن علوا، ثم العمومة على ترتيب الأخوة وإن نزلوا، ثم السلطان، ثم عامة المسلمين.

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 76، 77.

[2]- سورة النساء، الآية 128.

[3]- النمري القطبي، المرجع السابق، ص 520.

في حين أن الشافعية[1] لا ولاية للابن عندهم إلا أن يكون عصبة أو حاكما، فيلي بذلك لا بالبنوة، وترتيب الأولياء عندهم على النحو الأتي:الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق وإن نزل، ثم ابن الأخ لأب وإن نزل، فإن لم يوجد عصبات فالحاكم.

أما ترتيب الأولياء عند الحنابلة فهو بشكل الأتي:

الأب فإن أولى الناس بتزويج المرأة الحرة أبوها، لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها، وإنما وليها سيدها[2]، ثم أبوه وإن علا،ثم ابنه وإن نزل، فحتى عدم الأب وآباؤه، فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزل، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ الأب، ثم أولادهم وإن نزلوا، ثم العمومة لأبوين ثم العمومة لأب ثم أولادهم وإن نزلوا ثم السلطان فلا خلاف بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم وجود أولياؤها أو عضلها،

لقوله عليه الصلاة والسلام: "... فالسلطان ولي من لا ولي له"[3]، والسلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوض إليه ذلك[4]، في حين الحنفية جعلوا ترتيب الولاية في التزويج كالترتيب في الإرث، والأبعد محجوب بالأقرب على النحو الأتي:الابن وابنه وان نزل، الأب ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، العم الشقيق، ثم العم لأب، ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، أعمام الأب، ثم أبناؤهم، عم الجد الشقيق ثم أبناؤه ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤه وإن نزلوا، ثم ذوو الأرحام، ثم السلطان أو نائبه أو القاضي[5].

مما سبق يتبين لنا أن الفقهاء اتفقوا على جعل الولاية في الزواج للعصبات، واختلفوا في تقديم الابن على الأب.

ثانيا: رأي القانون من ترتيب الأولياء في عقد الزواج

أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية برأي الجمهور في جعل الولاية على العصبة، ولكنها اختلفت في ترتيب العصبات، حيث نجد قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي من خلال مادته (32)[6] جعل

[1]- الخطيب، المرجع السابق، ص 247.

[2]- ابن قدامة، المرجع السابق، ص 356.

[3]- سبق تخريجه.

[4]- البهوتي، المرجع السابق، ص 51 وما يليها.

[5]- ابن عابدين، المرجع السابق، ص 164.

[6]- المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي: "الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على الترتيب الإرث ابن ثم أخا ثم عما، فإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز...".

الولاية للعصبة مقدما الأب على الابن، كما نجد مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل (08)[1] جعلت الولاية للعاصب بالنسب، أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنجده نص في المادة (11) من قانون 11/84 على ما يلي: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، أما بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 نجد المادة (11) تنص "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، طبقا لنص المادتين جعل المشرع الولاية للأب لأنه أحرص الناس على مصلحة المرأة، فإذا فقد الأب انتقلت إلى أحد الأقارب، دون أن يرتب الأولياء ولا أن يبين أي الأقارب أحق بالولاية مثلما هو الأمر في الشريعة الإسلامية حيث يفترض أنه إذا فقد الأب أو توفي أو عجز، تنتقل الولاية الشرعية إلى من يليه درجة.

وأضاف المشرع عبارة أخرى وهي"أو أي شخص تختاره" حيث نجد أن المشرع قد خالف أحكام الشرع وفتح بابا واسعا للتساؤلات، من يكون هذا الشخص؟ وعلى أي أساس يتم اختياره لحضور مجلس العقد؟ وهل تتوفر فيه شروط الولاية الشرعية في الزواج؟ وكذا الأمر بالنسبة للقاصر حيث جعل الولاية للأب ثم أحد الأقارب الأولين ثم القاضي، دون تحديد شروط الولي على القاصر رغم أهمية ذلك.

وهو ما يجعلنا أمام سؤال مهم جدا وهو، إذا لم يعتمد المشرع على الشريعة الإسلامية في هذا التوجه، من أين استمد هذا الترتيب؟ وهذا التوجه الذي توجهه من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة؟

[1]- الفصل (8) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "الولي هو العاصب بنفسه".

الفصل الثاني

أثر تخلف الولي على عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني: أثر تخلف الولي على عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن لعقد الزواج مقاصد وغايات أبدية سامية، فهو ليس مجرد ارتباط يتم بين رجل وامرأة، إنما يربط أسرتين برباط الألفة والمودة، ويضم عضواً جديداً للأسرة، لذلك كان لابد من العناية عند الاختيار حتى يثمر الزواج ثمراته، فالزواج لا يقتصر أثره على إيجاب وقبول العاقدين فقط، بل يتعدى ذلك إلى جميع أفراد الأسرتين، فكان من الضروري موافقة الولي على هذا العقد؛ لأنه أمر غير مستحسن ولا مقبول في أعرافنا وتقاليدنا أن تتولى المرأة عقد زواجها بنفسها دون الرجوع إلى موافقة أوليائها وأهلها؛ وذلك لأن لأسرتها حق في ألا يساء إليها بمصاهرة من لا يليق بها؛ فقد تدخل المرأة إلى أسرتها عضواً جديداً يحمل العار أو الفجور، فيساء إلى الأسرة بذلك، وهو الأمر الذي تبين لنا من خلال اطلاعنا على مفهوم الولاية في عقد الزواج وأحكامها في الفصل الأول من هذا البحث،

وفي المقابل وضع الشارع الحكيم حدوداً لسلطة الولي حتى لا يستبد ولا يتعسف في استعمال حقه، فإن هو تجاوز السلطة الشرعية الممنوحة له بأن منع موليته من الزواج دون سبب مشروع كان ذلك ظلما وجب رفعه،

وبالتالي فإن من أعظم الأحكام الشرعية التي وضعها الشارع الحكيم لحماية المرأة وصيانتها، كانت في اشتراط الولي في زواجها، وعدم تركها تنفرد بعقدته، على عكس ما تصوره النظرة الغربية القائمة على النزعة الفردية من أن وجود الولي في عقد زواج المرأة تقييد لحريتها وانتقاص وتمييز ضدها، والتي طالبت وضغطت لتغيير مركز الولي القانوني للولي في عقد الزواج، ممثلة في الجمعيات النسوية المطالبة بالمساواة بين الرجل والمرأة في عدة عناصر من عقد الزواج ومن أهمها حرية اختيار الطرف الآخر والانفراد بإبرام عقد الزواج، والمنادية بتطبيق الاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بتحرر المرأة؛ وبين التوجه الإسلامي والتوجه الغربي، جاء تعديل قانون الأسرة لسنة 2005؛

وعليه ،لبيان ما طرأ على المركز القانوني للولي في عقد الزواج من تغييرات، والوقوف على الأسباب الحقيقية لتلك التغييرات، سنتطرق لآثار الزواج بدون ولي على عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة من خلال المبحث الأول من هذا الفصل، ولانعكاس اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على مركز الولي في عقد الزواج من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول: آثار الزواج بدون ولي على عقد الزواج

ذكرنا في السابق أن من أعظم الأحكام الشرعية التي وضعها الشارع الحكيم لحماية المرأة وصيانتها، كانت في اشتراط الولي في زواجها، وعدم تركها تنفرد بالقيام بذلك، وذلك لمقاصد وحكم عظيمة؛

ولقد كان للفقهاء آراء مختلفة في ذلك، فمنهم من قال بأن الولي شرط في الزواج، ومنهم من قال بأن للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها؛

أما من الناحية القانونية، فقد رأينا أنه وبموجب المادة 11 ممن قانون 11/84 المعدل بموجب الأمر 02/05 أصبحت المرأة تعقد زواجها بحضور أي شخص تختاره؛

مما سبق ذكره فإنه تتبادر إلى الأذهان التساؤلات التالية:

ما حكم الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي ؟و ما موقف المشرع منه؟؛ وإذا حصل وتجاوز الولي سلطته في تزويج موليته، ما السبيل الذي وضعه الشارع الحكيم للمرأة لرفع هذا الظلم؟ و أي نهج انتهجه القانون بهذا الصدد؟

ولبيان ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق من خلال الأول لحكم الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، أما من خلال المطلب الثاني فنتناول العضل وأثره على مركز الولي في عقد الزواج.

المطلب الأول: حكم الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

تطلق كلمة حكم على ثلاث معانٍ، الأول ويقصد به الصفة الشرعية للفعل من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك ، فيكون واجباً أو مكروهاً أو مندوباً أو محرماً، و يعرف الحكم بهذا المعنى بالحكم التكليفي للفعل،أمّا الدلالة الثانية لكلمة حكم فهي الصفة الشرعية للفعل من حيث الاعتداد به أو عدم ذلك، فيكون إمّا صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً، وهو بهذا المعنى يعرف بالحكم الوضعي للفعل، أمّا المعنى الثالث فهو الأثر المترتب على الفعل في حالة كونه صحيحاً أو باطلاً كوجوب النفقة والمهر كحكم لعقد الزواج مثلاً[1].

فما هو حكم الزواج بدون ولي؟ وأي أثر يمكن أن يخلفه غياب الولي على عقد الزواج؟ وهل وفق المشرع في محاولته التوفيق بين كون الولي شرطاً في عقد الزواج وبين أثر تخلف الولي على عقد الزواج؟

[1]- محمد عقلة الإبراهيم، الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1425هـ-2014م، ص124-125.

هي الأسئلة التي سنحاول الإجابة عليها من خلال هذا المطلب، حيث نتعرض للحكم الوضعي للزواج بدون ولي من خلال الفرع الأول، ولأثر تخلف الولي على عقد الزواج من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: الحكم الوضعي للزواج بدون ولي

يتنازع حكم الزواج في الفقه الإسلامي ثلاثة أنواع،فهو إمّا زواج صحيح،استكمل كل أركانه وشروطه، وقد رتب الشارع عليه آثاره كاملة من حل استمتاع كل من الرجل والمرأة ببعضهما على الوجه المشروع، واستحقاق المهر المسمى بالعقد، والذي يتأكد وجوبه كاملاً بالدخول أو الخلوة، واستحقاق المرأة للنفقة متى توفرت شروط وجوبها، وحرمة المصاهرة، وثبوت التوارث بين الزوجين،

وإمّا زواج فاسد، وهو ما استجمع أركانه وشروط انعقاده ولكنه فقد شرطاً من شروط صحته[1]، وقد رتب الشارع آثارا على هذا العقد تختلف تبعاً لحصول الدخول من عدمه، فإذا لم يتبعه دخول لم يترتب عليه أي أثر، ووجب التفريق بين الرجل والمرأة طوعاً أو جبراً،

أمّا إذا تبعه دخول،كان الدخول معصية ووجب التفريق بينهما طوعاً أو جبراً، ولا يقام الحد لوجود الشبهة إنما يعزرهما القاضي بما يزجرهما، ويترتب على الدخول في العقد الفاسد استحقاق المرأة لأقل من مهر المسمى أو مهر المثل، وثبوت النسب احتياطيا، و حرمة المصاهرة، ووجوب العدة، ولا توارث بينهما.

أمّا النوع الثالث فهو العقد الباطل، وهو عقد اختلت أركانه أو شروط انعقاده أو بعضها، ولا يرتب العقد الباطل أي أثر قبل الدخول، فإن حصل دخولٌ كان معصية توجب الحد[2]، ونظراً لاختلاف مركز الولي في عقد الزواج بين المذاهب الفقهية، اختلف الفقهاء حول حكم الزواج بدون ولي، وهذا الأمر ألقى بضلاله على التشريعات العربية ومن بينه القانون الجزائري باعتباره مستمداً من الشريعة الإسلامية، وهو ما سنراه تبعاً.

[1]- شروط الزواج عند الحنفية أربع، شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم، أما جمهور الفقهاء فعندهم عقد صحيح وعقد باطل فقط؛ ويقصد بشروط الصحة الأمور التي ينبغي توفرها في العقد حتى يرتب الأثر الشرعي بعد أن ينعقد، وإذا غاب شرط منها أصبح العقد فاسداً.

[2]- محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص 126، 127.

أولاً: حكم الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي

لقد كان للفقهاء أراء مختلفة حول الزواج بدون ولي، وذلك تبعاً لاختلاف مركز الولي بينهم كما أسلفنا ذكره، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الولي، فلا يصح الزواج إلا به، وبذلك فإنه لا يجوز للمرأة تزويج نفسها ولا تزويج غيرها، سواء كانت بكراً أم ثيباً، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة ورواية عن أبي يوسف[1].

في حين ذهب الحنفية في قولٍ عن الإمام أبي حنيفة في إحدى الروايتين، وقول آخر لأبي يوسف إلى عدم اشتراط الولي، فالمرأة تزوج نفسها وغيرها سواء كانت بكراً أو ثيباً، و سواء كان الزوج كفئاً أو غير كفء، فالزواج صحيح.

إلا أننا نجد قولاً ثانياً للحنفية، أنه بالرغم من عدم اشتراط الولي في زواج المرأة إلا أنهم اشترطوا الكفاءة ومنحوا الأولياء حق الإعتراض،

لنجد قولاً ثالثاً للحنفية جعل الزواج موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازه جاز وإن أبطله بطل[2].

وعليه فإن الفقهاء اتفقوا –ما عدا الحنفية– على عدم جواز زواج المرأة بدون ولي، فإن وقع فإنه يقع باطلاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل..."[3].

وسيتضح هذا الحكم أكثر من خلال أثر الزواج بدون ولي في الشريعة الإسلامية وهو ما سنراه من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانيا: حكم الزواج بدون ولي في القانون

لم يثر الجدل على الساحة الاجتماعية بخصوص قانون الأسرة بقدر ما ثار حول إشكالية حضور الولي في عقد الزواج وحكم تخلفه في العقد، فقد كان المشرع ينص من خلال المادة 32 من قانون 11/84 أنه: "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه...."، وينص من خلال المادة 33 من نفس القانون

[1]– النمري القطبي، المرجع السابق، ص 523 /الخطيب، المرجع السابق، ص 239 /ابن قدامة، المرجع السابق، ص 380 /ابن همام، المرجع السابق، ص 393.

[2]– بسمة عبد الرحيم رزق مطر، الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1417هـ-2006م، ص 66.

[3]– سبق تخريجه.

على أنه: "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".

فجعل حكم الزواج بدون ولي هو حكم الزواج الفاسد، وهو ما يتناقض وأحكام المادة 9 من نفس القانون والتي تنص على أن الولي ركن من أركان عقد الزواج وكذا المادة 32 من نفس القانون؛

وفي محاولته لتدارك هذا التناقض من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، زاد الطين بلة، خاصة فيما تعلق بزواج المرأة الراشدة، والتي أصبح حكم زواجها بدون ولي صحيحاً بموجب المواد 11، 33 من قانون الأسرة المعدل، أمّا زواج القاصر بدون ولي فأصبح باطلا قبل الدخول، فاسدا بعده، حيث جاء نص المادة 11 المعدلة فقرة 01 كما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، بينما المادة 33 فقرة 02 من نفس القانون فجاء نصها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويصحح بعد الدخول بصداق المثل"[1].

وبالرغم من القول أن المشرع قد أخذ هذا الحكم عن المذهب الحنفي،إلا الحنفية بالدليل القاطع لم يرتبوا على الزواج الفاسد بعد الدخول تصحيحه بمهر المثل إنما فسخه، وليس استحقاق مهر المثل وثبوت النسب إلا احتياطا لوجود الشبهة[2].

وبالنظر إلى قانون الأحوال الشخصية المقارن، نجد المشرع الإماراتي ينص من خلال المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي على أنه: "يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها، ويوقعها المأذون على العقد، ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما، ويثبت نسب الولد" وهو ما يتوافق مع توجه المشرع الإماراتي باعتبار الولي ركناً في عقد الزواج وهو ما نصت عليه المادة 38 من نفس القانون التي جاء نصها كالآتي: "أركان عقد الزواج: 1-العاقدان(الزوج والولي)....".

أما المشرع القطري، فنجد أن حكم الزواج بدون ولي باعتباره شرط صحة وفق المادة 12 من قانون الأسرة القطري[3]، هو زواج فاسد، وهو ما نصت عليه المادة 51 فقرة 01 من نفس القانون والتي جاء نصها: "الزواج الفاسد ما اختل أحد شروطه....".

---

[1]- سليمة بكوش، المرجع السابق، ص 71، 72.

[2]- محمد عقلة الإبراهيم، المرجع السابق، ص 126، 127.

[3]- القانون رقم 2006/22 المتضمن قانون الأسرة القطري، من الموقع: http://www.law-arab.com تاريخ الإطلاع 2017/03/01 على الساعة 15:56.

أما المشرع المغربي، فهو الآخر جعل حكم تخلف الولي في عقد الزواج هو فساد العقد من خلال المادة 61 فقرة 03 من مدونة الأسرة المغربية، التي جاء في نصها: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:.....-إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه".

وهو ما يتوافق مع القول أنهم أخذوا بالمذهب الحنفي على عكس المشرع الجزائري الذي بنى موقفه اتجاه الولي في عقد الزواج على قيم الثقافة الغربية القائمة على النزعة الفردية والتي تؤكدها وحملتها المواد 11، 13، 33 من قانون الأسرة المعدل[1].

الفرع الثاني: آثار الزواج بدون ولي

أسلفنا الذكر أن الزواج لابد لانعقاده من وجود الولي الشرعي، فإذا وقع وانعقد الزواج دون ولي، هل يرتب هذا العقد آثاراً أم لا؟ وهل تختلف هذه الآثار إن حصل دخول بموجب هذا العقد أم لا؟ هو ما سنراه من خلال هذا الفرع.

أولاً: أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

جعل الحنفية الولاية في الزواج على المرأة ولاية ندب واستحباب، فإن هي زوجت نفسها كان زواجها صحيحاً، إلا أنهم جعلوا للولي حق فسخ العقد إن هي زوجت نفسها من غير كفء أو قصرت عن مهر المثل.

كما أنهم جعلوا الزواج موقوفاً على إجازة الولي في قول آخر لهم، فلا يحل وطؤها قبل إجازة الولي، فإن وطئها كان وطؤه حراماً، ولا يقع عليها طلاقه ولا إيلاؤه، ولو مات أحدهما لا يرثه الآخر سواء زوجت نفسها من كفءٍ أو من غير كفء[2].

وقال المالكية أنه ليس للمرأة الولاية في عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها، أذن لها في ذلك وليها أم لم يأذن، فإن وقع وعقدت عقدة الزواج بغير ولي فسخ أبداً، قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد، ولها بالدخول المهر المسمى إن كان حلالاً، وإلا فصداق المثل، وهو ما ذهب إليه كل من الشافعية والحنابلة، فإن خالفت المرأة وزوجت نفسها دون وليها، وجب على الزوج مهر المثل بالوطء، وذلك لفساد

[1]- كلتوم مسعودي، بن قفة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005، مداخلة في الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة، 10/09 أفريل 2013، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة ورقلة، ص 16.

[2]- الكاساني، المرجع السابق، ص 247.

النكاح، ولا يجب الحد وذلك لشبهة اختلاف العلماء في صحة النكاح، ولكن يعزران لارتكابهما محرماً لا حد فيه[1].

ثانياً: أثر تخلف الولي في القانون

اختلف المقصود بالولي عما كان عليه الأمر قبل التعديل، إذ أصبح مفهومه كل شخص تأذن له المرأة بتزويجها أو حضور عقد زواجها، سواء بصفته ولياً قريباً أو بعيداً، دون أن يوضح المشرع معايير اختيارها لهذا الشخص، ولا شروط ذلك، هذا بالنسبة للبالغة العاقلة، أمّا القاصر فأصبح الولي في عقد زواجها، مخيراً وليس مجبراً، حيث أن المشرع جعل حضور الولي شرطاً لتمام العقد من خلال تعديل 2005، بينما كان قبل التعديل ركناً من أركان عقد الزواج، وعليه فقد اختلف أثر تخلف الولي على عقد الزواج عما كان عليه، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 33 الفقرة الثانية، والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات، حيث تخص هذه الحالات الولاية على القاصر دون البالغة العاقلة، وهو ما تؤكده عبارة "في حالة وجوبه" التي استعملها المشرع في نص المادة 33:

أ–في حالة ما إذا تخلف الولي، وتم اكتشافه قبل الدخول، فإن المادة 33 فقرة 02 نصت على أن الزواج يفسخ ولا تستحق الزوجة الصداق.

ب–في حالة تخلف الولي، و لم يتم اكتشافه إلا بعد الدخول، فهنا وحسب ما جاءت به المادة 33 فقرة 02 فإنه يثبت الزواج بصداق المثل، ويرتب كل آثار العقد الصحيح.

ج–في حالة تخلف شرط الولي مع تخلف الشاهدين و الصداق، فالعقد يكون باطلاً سواء تم الدخول أم لم يتم[2].

وعلى هذا الأساس، وبالرغم من القائلين بأن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي في عدم اشتراطهم الولي في عقد الزواج، وجواز للمرأة البالغة الراشدة تولي عقد الزواج بنفسها سواء كانت بكراً أو ثيباً، فإنه لم يتقيد بأي رواية عنه جملة وتفصيلاً، ففريق الأحناف بقوله بجواز تولي المرأة عقد زواجها بنفسها، لم يلغوا الدور الولي في عقد الزواج، كما أنهم أعطوا للولي الحق في الاعتراض على الزواج برفع الأمر إلى القاضي إذا كان الزوج غير كفء أو زوجت المرأة نفسها دون مهر المثل، على عكس المشرع الذي لم يرتب أي أثر على تخلف الولي في عقد زواج البالغة الراشدة، أما الأثر الذي رتبه على زواج القاصر دون الولي، فقد جاء

[1]– النمري القطبي، المرجع السابق، ص523 /الخطيب، المرجع السابق، ص 240 /ابن قدامة، المرجع السابق، ص 382.

[2]– سليمة بكوش، المرجع السابق، ص 76، 77.

متناقض، فهو حسبه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، والأصل أن الزواج الفاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، مع اختلاف بقية الآثار بعد الدخول عنها قبل الدخول، وهو ما يؤكد تذبذب وتناقض موقف المشرع من الولي في عقد الزواج، نظراً لمحاولاته العقيمة وغير المؤسسة في التوفيق بين نقيضين هما النزعة الفردية المملاة من المنظمات والاتفاقيات الدولية والجمعيات النسوية المنادية بالمساواة بين الرجل والمرأة على جميع المستويات وبين عقيدة وأعراف وقيم المجتمع الجزائري.

المطلب الثاني: العضل وأثره على الولاية في عقد الزواج

إنّ من أعظم الأحكام الشرعية التي وضعها الشارع الحكيم لصيانة المرأة والحفاظ عليها،كانت في اشتراط الولي في زواجها، وعدم تركها تنفرد به دون أوليائها، وذلك ليس بسبب نقص فيها أو لأنها لم تكن متعلمة أو مثقفة مثلاً، فالمرأة مهما بلغت من العلم والمعرفة والثقافة، إلا أنها تبقى قليلة الخبرة بأحوال الرجال، ولأن عاطفتها تسيطر عليها تبقى قليلة النظر قد تنغر بالرجال، فوجود الولي في عقد الزواج جاء مراعاة لمصلحة المرأة ببذل النصح لها ودلالتها على ما ينفعها، حيث أن وجوده يوسع دائرة الشورى للحصول على الاختيار المناسب في ظل محبة واحترام الوالدين ورد الجميل، وتبقى المرأة هي صاحبة القرار، إنما وجود الولي هو ضامن مانع للظلم والتعدي على موليته، فإذا ما انحرف الولي عن هذه المقاصد المرجوة من وجوده في عقد الزواج بأن استبد باختيار الزوج وحده أو رفض تزويج موليته من كفئها، كان ذلك ظلماً، وجب رفعه، وهو ما يعرف بالعضل، فكيف عالج الفقه الإسلامي ظاهرة عضل الولي موليته؟ وأي نهج انتهجه القانون بهذا الخصوص؟

سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال هذا المطلب، حيث نتطرق لمفهوم العضل من خلال الفرع الأول، ولأثر العضل على الولاية من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم العضل

أولاً: تعريف العضل

أ- تعريف العضل لغة:

قال الفيروز آبادي: عَضُلَ عَليه، وعَضُلَ الأمر: اشْتَدَّ...وَعَضَلَ المرأة يَعْضِلُهَا، مَنَعَها الزّواج ظلماً. وعَضُلَ المكان تَعْضِيلًا: ضَاقَ، وَعَضُلَت الأرض بأهلها: غَصَّتْ، والمُعْضِلات: الشَّدَائِد[1].

وجاء في لسان العرب: عَضْل المرأة عن الزواج: حَبْسُها، وعَضَل الرجل أَيْمَهُ يَعْضِلُها عَضْلاً، منعها الزواج ظلماً، وعَضُل عليه أمره تعضيلاً، ضَيَّقَ من ذلك وحال بينه وبين ما يريد ظلماً[2].

ب- تعريف العضل اصطلاحا:

إنّ المدقق في تعريفات الفقهاء القدامى للعضل يجد أنهم اختلفوا في حقيقة العضل، فكان لهم في تعريفه اتجاهان؛ اتجاه يمثله الجمهور والآخر يمثله المالكية، وذلك لاختلافهم فيمن يتحقق منه العضل، وقد سلك العلماء المحدثون نهج الجمهور في تعريف العضل، ويمكن بيان ذلك وتوضيحه من خلال عرض عدد من التعريفات للفقهاء القدامى وكذا المحدثين؛

فنجد من أشهر تعريفات جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، تعريف الكاساني للعضل بأنه:"منع الحرة البالغة من الإنكاح بكفء طلبته"[3].

ويعرفه الشربيني بأنه: "أن تدعوا البالغة إلى كفء فيمتنع الولي"[4].

لنجد ابن قدامة يعرفه أنه: "منع المرأة من التزويج بكفئها، إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه"[5].

في حين نجد أن المالكية يعرفون العضل بأنه: "منع الأب ابنته من النكاح لا لمصلحتها بل لإضرارها"، حيث أنه من الملاحظ أن الأب عند المالكية لا يعد عاضلاً إلا بتحقق الضرر، فكان ذلك سبب خلافهم مع

[1]-سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010- 2011، ص 154.

[2]- ابن منظور، المرجع السابق، ص 533، 534.

[3]- الكاساني، المرجع السابق، ص 247.

[4]- الخطيب، المرجع السابق، ص 252.

[5]- ابن قدامة، المرجع السابق، ص 368.

الجمهور، حيث فرق المالكية في هذه المسألة بين الولي المجبر وغيره، وخصوا الولي بعدم وقوع العضل منه إلا في حال تحقق الضرر،بينما اعتبر الجمهور الجميع في حال الامتناع عن تزويج موليته عاضلاً و لم يفرقوا بين الأولياء، أما الفقهاء المحدثون، فنجد محمد عثمان يعرف العضل بأنه "منع المرأة من الزواج من الرجل الكفء الذي يدفع للمرأة مهر مثلها".

ويعرفه عمر الأشقر ومحمد الحفناوي بأنه:"منع الولي موليته من الزواج"[1].

بينما يعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: "منع العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه"[2].

ونجد أن هذا التعريف الاصطلاحي يستوعب بدقة صورة العضل الذي يصدر من الولي في حق موليته المكلفة التي يتقدم إلى خطبتها الكفء، صاحب الدين والخلق، وترغب فيه البنت، غير أن وليها يقابله بالرفض والامتناع من تزويجها إياه بدافع الأنانية المفرطة مقدماً مصلحته الشخصية الدنيوية على مصلحتها الأخروية والدنيوية.

ثانياً: الحكم التكليفي للعضل

إن العضل ظلم وإضرار بالمرأة بمنعها حقها في التزوج بمن ترضاه، وتحكم في عواطفها مشاعرها وإهدار لكرامتها، ومخالفة صريحة للمقصود الشرعي من الولاية في الزواج، لكل ما سبق اتفق الفقهاء على تحريم العضل مستدلين على ذلك بالقرآن والسنة.

أ- دليل تحريم العضل من الكتاب:

استدل الفقهاء على حرمة العضل بقوله تعالى: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ**﴾[3].

وذكر العلماء أن الآية نزلت في معقل بن يسار رضي الله عنه، فعن الحسن قال: حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه، قال زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له:

[1]- سهاد حسن البياري، عضل المرأة من النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007، ص 56.

[2]- سعيد قاضي، المرجع السابق، ص157.

[3]- سورة البقرة، الآية 232.

زوجتك وفرشتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد الرجوع إليه، فأنزل الله هذه الآية، فقلت الآن أفعل يا رسول الله،قال فزوجها إياه[1].

ب- دليل تحريم العضل من السنة:

من السنة، أوضح ما استدل به الفقهاء، ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد عريض".

الفرع الثاني: أثر العضل على الولاية في عقد الزواج

كما رأينا سالفاً،إنما شرعت الولاية في عقد الزواج لحماية مصلحة المرأة و تكريماً لها وحفاظاً عليها، فإذا انتفت هذه المقاصد أصبح الولي عاضلاً، كان لذلك أثر على مركز الولي في عقد الزواج، وحتى يرتب العضل آثاره لابد من توفر شروط وكذا إثبات وقوعه أمام القاضي حتى يتم رفعه.

أولا: أحكام العضل في الفقه الإسلامي

أ- شروط تحقق العضل:

يشترط توفر جملة من الشروط حتى يعتبر الولي عاضلاً، اتفق الفقهاء في جلها واختلفوا في بعضها، هذه الشروط هي:

1- أن تكون المرأة مكلفة (عاقلة بالغة)، إذ أن غير المكلفة لا إذن لها[2].

2- أن يكون الزوج كفئاً[3] لها، فإن زوجت نفسها من غير كفء، كان للأولياء حق الإعتراض، فإن ثبت للقاضي عدم كفاءة الزوج حكم بفسخ العقد، وهذا الشرط مختلف فيه بين المذاهب الإسلامية على خلاف في تحديد الكفاءة.

[1]- ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 152.

[2]- الكاساني، المرجع السابق، ص 248.

[3]- الكفاءة عند الحنفية ستة أمور هي النسب، الإسلام، الحرية، المال، الديانة، والحرفة. وهو أوسع المذاهب الأربعة في الكفاءة لأن الإمام أبي حنيفة عند إطلاقه لحرية المرأة في الزواج احتاط للولي بالتوسع في معنى الكفاءة والتشدد في اشتراطها لكي لا تسيء المرأة استعمال حقها في الزواج.

3- أن يكون المهر مهر مثيلاتها، فإذا كان أقل من مهر المثل، ففي المسألة خلاف، حيث قال أبو حنيفة للأولياء منعها من التزوج بأقل من مهر المثل لأن عليهم في ذلك عار وفيه ضرر على نسائهم لنقص مهر مثلهن[1].

بينما يرى جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة أنه ليس للأولياء منعها من الزواج لنقص مهرها عن مهر مثلها[2].

ب- إثبات العضل:

إذا وقع العضل بتوفر الشروط السالفة الذكر، وجب رفعه ومنعه لأنه ظلم واعتداء على المرأة المكلفة في أخص أمورها، وهو الزواج.

ولرفع العضل يجب إثبات وقوعه، وواجب الإثبات يقع على عاتق المرأة ضحية العضل، ومعلوم أنه ليس من السهل على المرأة إثبات وقوع العضل، والشكوى للمحاكم فربما جرّ انحيازها للخاطب ورفع دعوى قضائية على الولي العاضل إلى عداء الأسرة ومزيد من التضييق عليها.

غير أنه في جميع الأحوال يجب إثبات العضل أمام القاضي، ويتم ذلك بامتناع الولي عن التزويج، أو بسكوته بعد أن يأمر به القاضي، والمرأة والخاطب حاضران، كما يثبت العضل ببينة تواري الولي.

ولا يكفي خبر واحد لإثبات وقوع العضل من الولي، بل لابد من شهادة كاملة، ولا يقبل قول المرأة بأن وليها عضلها وإنما عليها إثبات ما تدعيه[3].

ج- انتقال الولاية عند العضل:

كما رأينا سابقاً، إنما منحت الولاية للولي من أجل تحصيل مصالح النكاح للمرأة والمحافظة عليها، فإن تعسف الولي في استعمال حقه في الولاية بأن منع موليته من الزواج دون وجه حق، فإنه يكون بذلك قد أخرج نفسه من الولاية لتنتقل لغيره، وبذلك جعل الشارع للمرأة باباً لتخرج من ظلم وليها وتعسفه في استعمال سلطته الشرعية، إلا أن المدقق في هذه المسألة يجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن العضل إن تحقق وقوعه من الولي وثبت ذلك عند القاضي، فإن القاضي يأمره بتزويجها، إن لم يكن العضل بسبب مقبول، فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره، وهنا نجد أن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية على قولين:

---

[1]- الكاساني، المرجع السابق، ص 249.

[2]- النمري القطبي، المرجع السابق، ص 523 /الخطيب، المرجع السابق، ص 240 /ابن قدامة، المرجع السابق، ص 382.

[3]- سعيد قاضي، المرجع السابق، ص 164.

الأول ذهب أصحابه إلى القول بأن الولاية تنتقل إلى السلطان، وقال بذلك جمهور الحنفية والمالكية والإمام أحمد في رواية عنه، والشافعية؛ أما القول الثاني، فذهب أصحابه إلى القول بأن الولي الأقرب إن عضل انتقلت الولاية إلى الأبعد، فإن عضلوا كلهم انتقلت الولاية للحاكم، وهو قول للحنفية في أحد أقوالهم، وابن عبد السلام من المالكية، والحنابلة والشافعية.

والقول الراجح هو القائل بانتقال الولاية للسلطان وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "فالسلطان ولي من لا ولي له" وكذلك كون العضل ظلم والظلم يرفع من الحاكم[1].

ثانياً: أحكام العضل في قانون الأسرة

لقد تعرض المشرع من خلال قانون الأسرة 11/84 لظاهرة العضل من طرف الولي، وبيّن ضوابطه الشرعية،وميز بين عضل الولي وحقه في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة المكلفة البكر، وذلك من خلال المادتين 11 و12، غير أنه وبمقتضى التعديل السالف الذكر، عدل المشرع المادة 11، وألغى المادة 12، وعليه فلا وجود اليوم لأية مادة في قانون الأسرة تعالج موضوع العضل، وهو ما يثبت توجه المشرع الرامي إلى تغييب الولي وإنكار دوره، وفيما يلي شرح للمادتين 11 و12 من قانون 11/84 للوقوف على سلبية التعديل الذي مس مركز الولي في عقد الزواج.

أ- المادة 11 من قانون الأسرة 11/84:

اشتملت هذه المادة على فقرتين:

1- "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين"، إنّ هذه الفقرة أكدت أهمية الولي في عقد الزواج باعتباره ركناً من أركان عقد الزواج، تماشياً مع نص المادة 09 من نفس القانون، والولي شرعاً و قانوناً هو الأب عند وجوده، وفي حال غيابه حقيقة أو حكماً، تنتقل الولاية إلى الولي الأقرب، ومن الواضح في هذه الفقرة المشرع لم يميز بين أن تكون المرأة بكراً أو ثيباً، راشدة أو غير راشدة.

2- "والقاضي ولي من لا ولي له"؛ إن هذه الفقرة أكدت المبدأ الشرعي "السلطان ولي من لا ولي له" باعتبار القاضي في عصرنا هو ممثل السلطان في قضايا الزواج والطلاق وما يتعلق بهما من مسائل، وتظهر علاقة المادة 11 بموضوع العضل بشكل مباشر من خلال هذه الفقرة الثانية، والتي تفيد معنى محدداً و هو كل امرأة دون تقييد ليس لها ولي يتولى زواجها حقيقة أو حكماً فإن القاضي هو الذي يتولى

[1]- شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، المرجع السابق، ص 164- 166.

زواجها، وكل امرأة أياً كانت صفتها، بكراً أو ثيباً، راشدة أو قاصرة، وقعت تحت طائلة عضل الولي، فإن القاضي هو الذي يتولى أمر تزويجها من كفئها إذا رفض الولي الشرعي تزويجها ظلماً، وذلك وفق الضوابط التي نصت عليها المادة 12[1].

ب- المادة 12 من قانون 11/84 المعدل:

إن هذه المادة عالجت موضوع العضل معالجة شافية، و ذلك من خلال ثلاث فقرات:

1- "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها"، لقد نصت هذه الفقرة بشكل واضح وصريح على أنه لا يجوز للولي أن يمنع موليته من الزواج متى كانت راغبة في الخاطب، راضية في الاقتران به، شريطة أن يكون هذا الخاطب كفئاً لها وكفيلاً بتحقيق مصلحتها في الزواج؛ وهو ما أقرته المحكمة في قرار لها "من المقرر قانونا أنه لا يجور للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكا المادة (09) من هذا القانون.

ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[2].

2- "وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون"، تفيد هذه الفقرة أنه إذا حدث أن عضل الأب المكلفة و منعها من الاقتران بمن رضيته وكان كفئاً لها، يكون بذلك ظالماً لها، متجاوزاً سلطته الشرعية، عندئذٍ يحق للمولى عليها أن ترفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة، لرفع الظلم عنها، وإذا ثبت للقاضي عضل الولي بأن عجز الأب عن تقديم أي مبرر مقنع لامتناعه عن تزويجها ففي هذه الحالة يأمره القاضي بأن يتولى هو - أي الأب تزويج ابنته من كفئها باعتباره وليها الخاص، وإن رفض تولى القاضي أمر تزويجها بمقتضى ولايته العامة رغم وجود الولي الخاص، لأنه في هذه الحال يكون في حكم المعدوم كونه عجز عن تحقيق مصلحة موليته.

[1]- بلعربي دليلة خالدية، آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، رسالة ماجستير في القانون تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014- 2015، ص 63، 64.

[2]- م.ع.غ. أ.ش، ملف رقم 34587، بتاريخ 21/9/1992، م ق ع 3، 1992، ص 50.

3- "غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، هنا أعطى المشرع للولي الحق في الاعتراض على زواج موليته من شخص معين، ولا يكون هذا عضلاً، إنما موقف يحقق من خلاله الولي مصلحة البنت ويحميها من الارتباط بشخص لا يناسبها، وهذا الحق في الاعتراض الذي قررته هذه الفقرة يثبت للولي بثلاث شروط وهي:

- أن تكون المولى عليها بكراً لا ثيباً.

- أن يكون للأب دون غيره.

- أن يثبت الأب أن في اعتراضه مصلحة للبنت.

فإذا انتفى أحد هذه الشروط، كان اعتراض الأب عضلاً يجب رفعه ومنعه،

وخلاصة القول يتبين مما سبق أن موقف قانون الأسرة من عضل الولي، من خلال المادتين 11 و12 قبل التعديل، متوافق مع موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه المعتبرة، أما بعد التعديل، فقد جاء نص المادة 11 من خلال فقرتين كالآتي:

1- "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

إن هذه الفقرة جاءت مؤكدة لما ورد في المادة 09 المعدلة المتعلقة بأركان عقد الزواج، حيث اختزلت هذه المادة أركان عقد الزواج في ركن واحد وهو تبادل رضا الزوجين، وبالتالي صارت بقية الأركان شروطاً لعقد الزواج بما فيها الولي.

2- "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"؛

لعل أهم ما مسه التعديل في هذه الفقرة هو مجال إعمال مبدأ "القاضي ولي من لا وليه"،حيث كان مجال تطبيقه قبل التعديل كل امرأة بكراً كانت أو ثيباً، راشدة أو قاصرة، أما بعد التعديل فقد تقلص هذا المجال وانحصر في حق القاصرة أي الصغيرة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 07 من نفس القانون وهي تسعة عشرة سنة كاملة، والتي ليس لها ولي يتولى أمر زواجها، دون المرأة الراشدة[1].

[1]- بلمختار سعاد، سلطات الولي في زواج القاصر بين الشريعة والقانون، مداخلة في اليوم الدراسي "القانون الأسرة الجزائري الواقع والآفاق" يوم 27 فيفري 2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، مغنية، جامعة تلمسان، ص 8، 9.

أما بالنسبة للمادة 12، فإن المشرع كفى نفسه عناء تعديلها واختصر الطريق واكتفى بإلغائها كاملاً، وبالتالي لم يبق في قانون الأسرة اليوم أية مادة تعالج مشكلة العضل، والتي وبالرجوع إلى واقع الأسرة الجزائرية، فبالرغم من إلغاء الولي ضمنيا من خلال تعديل 2005، أن هذه الظاهرة ما تزال موجودة في المجتمع الجزائري.

حيث وبتحليل هذه الظاهرة يتضح أنه من أهم الدوافع التي تغذي هذه الأنانية البغيضة عند الولي، طمعه براتبها الشهري إذا كانت موظفة، ورغبته في أن تستمر البنت في خدمته والقيام على شؤونه الخاصة، وكذا رغبة الولي في تزويج موليته بخاطب بعينه طمعاً في ماله و مركزه، أو عدم رغبته في تزويجها بشخص من خارج العائلة خوفاً من انتقال الإرث لاسيما العقار إلى شخص أجنبي عن العائلة؛ أو التحجير على البنت وجعلها حكراً على ابن عمها دون سواه، دون الإلتفاة إلى دينه وخلقه ودون معرفة رأيها فيه؛ ما يثبت مرة أخرى فشل المشرع في معالجة مسألة الولي في الزواج، وانحرافه عن الغاية التي يفترض فيه أن يسعى لتحقيقها من تعديل أي نص قانوني عامة ألا وهي تدارك الخلل الموجود في النص المراد تعديله والسعي للرقي به نحو الأفضل من حيث المضمون والصياغة.

حيث جاء التعديل الذي مس المادتين 11 و12 على وجه الخصوص على عكس النتيجة المرجوة منه وهو ما يثبت أنه أسند أمره إلى غير أهل الاختصاص، وأنه لم ينل حقه من التفكير والروية، حيث أن إلغاء المادة 12 ما هو إلا تأكيد لإضعاف دور الولي في عقد الزواج تمهيداً لإلغائه، والذي لا يمكن أن يكون بحالٍ من الأحوال حلاً لمسألة العضل أو لغيرها من المسائل المتعلقة بولاية المرأة في عقد الزواج، لأنه لم يكن وليد المجتمع الجزائري ونحن نعلم أن اجتماعية القاعدة القانونية من أهم خصائصها، إنما هو نتيجة لضغوط واملاءات المنظمات والاتفاقيات الدولية، والجمعيات النسوية المنادية بتحرر أكبر للمرأة وإلغاء كل أشكال التمييز ضد المرأة خاصة في مجال الزواج والعلاقات الأسرية، حتى أنه إن صح القول فإن الولي هو الذي أصبح معضولا لا عاضلاً.

ومقارنة ببعض قوانين الأحوال الشخصية العربية في مسألة عضل الولي موليته، فنجد أنهم أخذوا برأي الجمهور في شروط العضل من الكفاءة ومهر المثل وكذا في مسألة انتقال الولاية إلى السلطان إذا عضل الولي؛ ومن بينها القانون الأردني لسنة 1976[1]، حيث نصت المادة 6 منه أنه: "أ- للقاضي عند

[1]- جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ب ط، 2008، ص195.

الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفء في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع.

ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر إلى طلبها إلا إذا أتمت ثمانية عشرة عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع".

وكذا قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، الذي نصت مادته 34 فقرة 02: "...في حالة العضل تنتقل إلى القاضي"، كما نصت المادة 35 من نفس القانون على مبدأ السلطان ولي من لا ولي له: "القاضي ولي من لا ولي له".

وهو الأمر الذي نص عليه الفصل 08 في فقرته الأخيرة من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي جاء فيها: "والحاكم ولي من لا ولي له".

أما القانون القطري فنص على العضل من خلال المادة 29 فقرة 01 منه والتي جاء نصها كالآتي "يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد في الحالتين التاليتين: - إذا عضل الولي الأقرب المرأة، أو تعدد الأولياء، وكانوا في درجة واحدة وعَضَلوا جميعاً، أو اختلفوا".

بينما المشرع الأردني في آخر تعديل له، فقد قصر العضل على القاصر، حيث جاء في نص المادة 18 من قانون الأحول الشخصية الأردني لسنة 2010[1]: "يأذن القاضي عند الطلب بتزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفء في حال عضل الولي إذا كان عضله بلا سبب مشروع".

[1]- قانون رقم 36 لعام 2010، المنشور في ج ر ع 5061 تاريخ 2010/10/17، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

المبحث الثاني: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ومركز الولي في عقد الزواج

لقد حظيت المرأة باهتمام بالغ من طرف منظمة الأمم المتحدة والتي جعلت من المساواة بين الرجل والمرأة من أهم أهداف أنشطتها، فكان نتيجة ذلك إبرام العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية التي تصب وتنادي بحماية حقوق المرأة وحرياتها الأساسية،ولعل أهم هذه المواثيق الدولية والتي أحدثت منعرجا حاسما في مجال حقوق المرأة،اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، والتي صادقت الجزائر عليها سنة 1996، حيث كان ذلك من أهم خلفيات الضغوط الدولية والوطنية التي تلقتها الجزائر من أجل تعديل قانون الأسرة 11/84 باعتباره حسبهم من أكثر القوانين التمييزية في المنظومة القانونية الجزائرية خاصة فيما تعلق بحرية المرأة في اختيار الزوج وانفرادها بعقد زواجها، وهو ما حصل فعلاً من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05.

وعليه نتساءل حول مدى تأثير التزام الجزائر باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التوجه الذي تبناه المشرع فيما يخص مركز الولي في عقد الزواج؟

وللإجابة على هذا التساؤل، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول تعريفاً باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ومن خلال المطلب الثاني آثار التزام الجزائر باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على مركز الولي في عقد الزواج.

المطلب الأول: تعريف باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

يعتبر الحقوقيون والنشطاء حول العالم المهتمون بشؤون المرأة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1] (للاختصار سنكتفي بمصطلح "سيداو")[2]، نقطة تحول في نضال المرأة، فما هو الإطار القانوني لهذه الاتفاقية؟ وما هو موقف الجزائر منها؟

سنحاول الإجابة على هذين التساؤلين من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: الإطار القانوني لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تعتبر الأمم المتحدة حقوق المرأة ومساواتها مع الرجل من أهم المواضيع التي يجب على دول العالم الاهتمام بها، نظراً لارتباطه الوثيق بما يعانيه العالم اليوم من تقهقر شامل في كل نواحي الحياة الاقتصادية

[1] – اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 51/96، مؤرخ في 22 /01/ 1996 ج ر عدد 06 الصادرة في 1996/01/24.

[2] – تقابلها بالإنجليزية: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)

والاجتماعية والسياسية، فالفقر الذي يعاني منه العالم الثالث مرجعه حسبهم إلى الأمية والجهل عند المرأة اللّذين يصرفانها عن العمل والإنتاج و يشغلانها بالإنجاب والاهتمام بأمور البيت والزوج والأولاد، والظلم الاجتماعي يعود إلى عدم مساواة المرأة في الحقوق والتمييز بينها وبين الرجل في الأعراف والتقاليد والتشريعات الدينية؛ أما الحروب والظلم السياسي الذي تمارسه الدول الكبيرة على الدول المتخلفة فهو يعود أيضاً بنظر الأمم المتحدة إلى بعد المرأة عن مراكز القرار التي يستأثر بها الرجل.

من هنا ونتيجة هذا القهر الذي تعاني منه المرأة، حرصت الأمم المتحدة منذ منتصف القرن الماضي على إقامة المؤتمرات، وإصدار الإعلانات وتوقيع الاتفاقيات التي تعمل على تأمين حقوق المرأة؛ والتي تلزم بموجبها الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على التوقيع عليها وتنفيذها، بمعزل عن قوانين هذه الدول وتشريعاتها، وخاصة الدينية منها[1].

هذا وقد بدأ الاهتمام الدولي بحقوق المرأة منذ تأسيس هيئة دستور الأمم المتحدة وميثاقها الذي أبرم بتاريخ 1945/6/26، والذي جاء ليقر مبدأ عدم التفرقة بين الناس بسبب الجنس، فجعل للرجال والنساء حقوق متساوية، ومن ثم بدأ الاهتمام النظري بحقوق المرأة يتحول إلى أفعال منذ 1946، حيث تم تأسيس لجنة مركز المرأة، وفي عام 1948 صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان شاملاً كافة حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يجب أن يتمتع بها كل فرد رجلاً كان أو امرأة.

وبعد ذلك بدأت الأمم المتحدة تخصص المؤتمرات والاتفاقيات الدولية التي تعنى بقضايا المرأة وأبرز هذه المؤتمرات:

- المؤتمر العالمي للمرأة مكسيكو سيتي1975

- مؤتمر كوبنهاجن، الدانمرك 1980، الذي عقد تحت شعار "عقد الأمم المتحدة للمرأة العالمية :المساواة والتنمية والسلام".

- مؤتمر نيروبي، كينيا 1985.

- مؤتمر بكين 1995، والذي اشتهر نظراً للتغطية الإعلامية التي حظي بها.

[1]- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة –دراسة حالة لبنان–، بحث مقدم لمؤتمر أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات الدولية، جامعة طنطا، مصر، 7 إلى 9 أكتوبر2008، ص 1، 2.

أما أبرز الاتفاقيات المتعلقة بالمرأة فهي اتفاقية سيداو، والتي تحاول الأمم المتحدة فرضها كتشريع جديد للمرأة، له الأفضلية على تشريعات وقوانين دول العالم.

وتعتبر هذه الأخيرة أول الإعلانات والاتفاقيات الصادرة عن الأمم المتحدة التي تتعلق بإلغاء التمييز ضد المرأة،وقد سبق هذه الاتفاقية تمهيد لها عرف باسم "إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، وتبعها بروتوكول اختياري جاء لتغطية الثغرات التي وقعت فيها، وهي الثانية في مجال حقوق الإنسان المعترف بها بشكل واسع بعد اتفاقية حقوق الطفل؛ ففي أواخر 1979 قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة عقد اتفاقية سيداو، وبعد موافقة عشرون دولة على التقيد بأحكامها، فتح باب التوقيع عليها أمام كافة دول العالم وخلت حيز التنفيذ عام 1981.

وتتألف اتفاقية سيداو من ديباجة وثلاثين (30) مادة مقسمة ضمن ستة أجزاء تنظم حياة المرأة في شتى المجالات، تمت صياغتها في قالب قانوني ملزم للدول الأطراف فيها، فأما ديباجة الاتفاقية فجاءت مفصلة، وأبدت فيها الدول الأطراف قلقها إزاء تفاقم حال المرأة، وأعربت عن تمسكها بمبادئ العدل والإنصاف والمساواة، وأعلنت عن التزامها بالمسؤولية من أجل إحداث تغيير إيجابي في وضعية المرأة لما فيه صالحها وصالح المجتمع ككل، ثم عرفت مصطلح "التمييز ضد المرأة" بأنه "أي تفرقة أو استعباد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف بحقوق المرأة، على أساس تساوي الرجل والمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بغض النظر عن حالتها الزوجية"[1].

أما مواد الاتفاقية الثلاثون فهي مقسمة ضمن الأجزاء التالية:

الجزء الأول: المواد من (01 إلى 06)، هو عبارة عن تعريف للتمييز وأشكاله والتدابير المفترض اتخاذها للقضاء عليه.

الجزء الثاني: المواد من (07 إلى 09)، وهو عبارة عن تحديد الحقوق السياسية للمرأة و حق الجنسية وتغييرها ومنحها لأبنائها مثل الرجل.

[1]- ديب فاطنة، مداخلة بعنوان اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري، يوم دراسي بعنوان قانون الأسرة الواقع والآفاق يوم 2017/2/27، المركز الجامعي مغنية، جامعة تلمسان، ص 72.

الجزء الثالث: المواد من(10إلى 14)، تتمثل في إقرار حقوق المرأة الثقافية والاجتماعية والاقتصادية.

الجزء الرابع: (المادتان 15 و16)، يركز على التدابير القانونية كالأهلية القانونية للمرأة تماماً كالرجل، وإلغاء الصكوك المميزة ضد المرأة في الزواج واختيار الزوج والحقوق المتساوية مع الرجل أثناء العقد وبعده والوصاية على الأطفال وغيرها.

الجزء الخامس: (المواد 17-22) يتعلق هذا الجزء بأعمال اللجنة المكلفة بمراقبة العملية التدريجية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في كافة الدول الموقعة على الاتفاقية.

الجزء السادس: (المواد23-30) تضمن الأحكام الختامية للاتفاقية كأشكال النفاذ والتوقيع والتحفظ واللغات التي تنشر بها الاتفاقية وغيرها[1].

الفرع الثاني: موقف الجزائر من اتفاقية "سيداو"

من أجل دعم وترقية حقوق الإنسان، صادقت الجزائر على معظم الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان التي اعتمدتها هيئة الأمم المتحدة ونظرا للانتهاكات التي تتعرض لها المرأة عبر العالم اهتمت الأمم المتحدة بوضعيتها، ومسايرة لهذا التوجه، انضمت الجزائر إلى اتفاقية "سيداو" وصادقت عليها، مع إبدائها لتحفظات على بعض بنود الاتفاقية من أجل ضمان الحرية لتنفيذ التزاماتها حول الاتفاقية.

أولا: مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تختلف طرق الإلتزام بالمعاهدات الدولية من دولة إلى أخرى وحسب نظام الحكم المتبع في الدول، فنجد بعض الدول تنص على دخول المعاهدات حيز التنفيذ بمجرد التصديق عليها أو بمجرد الانضمام إليها، وفي المقابل نجد دولا تلتزم بالمعاهدات بوسيلة التصديق فقط.

وعلى العموم، فإن للدول كامل الحرية لتقرير أو اختيار أسلوب إدماج التزاماتها الدولية في نظامها القانوني الوطني، ولكن هذه الحرية مقيدة بشرط واحد هو عدم المساس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أي أن الدول لا تملك أن تتخذ من الحرية وسيلة للتحلل أو الإخلال بالتزاماتها الدولية.

أما الجزائر فتعتمد التصديق كوسيلة أساسية ورسمية للإلتزام النهائي بالمعاهدة، ومن جهة يعتبر التصديق المعيار الرئيسي لإدماج المعاهدة في القانون الوطني، فيتولى التصديق على المعاهدات رئيس

[1]- ديب فاطنة، المرجع السابق، ص 72.

الجمهورية، بحيث تنص المادة 140 من التعديل الدستوري 2016 على ما يلي: "يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات والسلام والتحالف والإتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من غرف البرلمان صراحة.

ولقد وافقت الجزائر على اتفاقية سيداو بتحفظ بموجب الأمر رقم03/96[1]، ثم انضمت إليها بموجب الأمر 51/96[2].

ثانيا: تحفظات الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة

حفاظا منها على هويتها وعلى اديولوجيتها، قامت الجزائر بوضع تحفظات[3] على بعض بنود اتفاقية "سيداو" والتي لا تتماشى وخصوصية المجتمع الجزائري، وتجدر الإشارة إلى أنه بلغ عدد الدول التي قدمت تحفظات مكتوبة 55 دولة من بينها الهند وبريطانيا والكيان الصهيوني.

أ-مضمون تحفظات الجزائر على اتفاقية "سيداو":

لقد أبدت الجزائر تحفظاتها على المواد: 02، 09 فقرة 02، 15 فقرة 04، 16،29 فقرة 01 من اتفاقية "سيداو"، هذا وسنركز على التحفظ المنصب على المادة 16 لأنه محل دراستنا؛ فجاء نص التحفظ بالصيغة التالية: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق المرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج وعند فسخه على السواء ينبغي أن لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة رقم84-11"

[1]- أمر رقم 03/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، ج.ر.ع03؛ المؤرخة في 14 يناير 1996، ص 15.

[2]- مرسوم رئاسي رقم 51/96 المؤرخ في 22 يناير 1996، يتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، ج.ر.ع06؛ المؤرخة في 24 يناير 1996، ص 04.

[3]- يعرّف التحفظ في المعاهدات الدولية بأنه: "تصريح رسمي من جانب دولة ما- لدى توقيعها على معاهدة معينة أو التصديق عليها أو الانضمام لها- يتضمن الشروط التي يتوقف على قبولها صيرورة الدولة طرفا في المعاهدة؛ ويكون من أثر ذلك التحفظ استبعاد أو تعديل الأثر القانوني بالنسبة لأولئك الذين يمكن أن يصبحوا طرفا فيها.

والملاحظ أن هذه المادة متعلقة بالزواج والأسرة والتساوي في الحقوق والمسؤوليات المترتبة عن الزواج وفسخه والحقوق والمسؤوليات المناطة بالوالدة في الأمور المتعلقة بأطفالها وبالولاية والقوامة والوصاية على أطفالها، فكل هذه المواضيع نظمها قانون الأسرة، وعليه من أهم أسباب التحفظ ما يلي:

***بالنسبة لأهلية المرأة في تزويج نفسها:**

يعد رضا المرأة ركن أساسي لإبرام عقد الزواج، فلا يصح عقد الزواج بدون رضاها الحّر والكامل، وتعود الحكمة في وجود الولي من أجل ضمان مصلحتها، ويعد كذلك مبدأ الولاية هو مبدأ التضامن وتحمل المسؤولية إذ يعتبر عقد الزواج له خطورة لا يمكن لفرد واحد تحمل مسؤوليته؛ والولاية في عقد الزواج تعتبر تكريم لا علاقة له بالجنس، وباب الإحاطة والسعي لتحقيق المصلحة لهذه المرأة، وقد جعلت الولاية للذكر باعتباره يتصرف بالمنطق[1].

ب–مدى شرعية تحفظات الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة:

يهدف التحفظ إلى استبعاد الأثر القانوني لبعض بنود المعاهدة أو إعطائها تغييرا خاصا، إذا كانت لا تتماشى مع الأنظمة الداخلية للدول المتحفظة، لاسيما بالنسبة للدول التي تجعل من المعاهدات الدولية أعلى مرتبة من القوانين العادية كالجزائر مثلا[2].

وبهذا نرى أن الجزائر قد خرقت في مبدأ تدرج القواعد القانونية المجسدة دستوريا والذي بموجبه تتمتع المعاهدات الدولية بمرتبة أسمى من القوانين العادية، وفي نفس السياق اعتبرت هيئة الأمم المتحدة أن التحفظات التي أبدتها الجزائر على نصوص اتفاقية سيداو يتعارض مع هذه الاتفاقية وهذا وفقا لنص المادة 2/28 من اتفاقية "سيداو" التي تنص على أنه :"لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها".

وفي نفس الصدد أعربت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[3] عن قلقها إزاء التحفظات الجزائرية، وألزمت الجزائر بإعادة النظر في كل التحفظات وذلك من أجل رفعها.

[1]– ديب فاطنة، المرجع السابق، ص 77.

[2]– شنوفي سمية، انعكاسات اتفاقية سيداو على قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة، بسكرة، 2015، ص 38.

[3]– تأسست لجنة سيداو عام 1982، وهي حالياً تتشكل من 24 عضواً معظمهم نساء، من أهم مهامها دراسة التقارير المقدمة من طرف الدول الأعضاء، تلقي الشكاوى الفردية والنظر فيها، التحقيق وتقصي الحقائق.

ونظرا للالتزامات الدولية المتعلقة بالاتفاقيات، بالإضافة إلى استياء مناضلي حقوق الإنسان بالجزائر، وبالخصوص الجمعيات النسوية حول وضعية المرأة الجزائرية في القوانين الداخلية، طلب رئيس الجمهورية من الحكومة اتخاذ الإجراءات اللازمة لموائمة التشريعيات الوطنية مع تطور القانون الدولي، وإعادة النظر في وجاهة التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية قصد سحبها وبالفعل اقترحت الحكومة مشروع قانون يعدل ويكمل قانون الأسرة ويكرس المساواة بين الرجل والمرأة، من أجل رفع التحفظ الخاص بالمادة 16 التي تكرس مبدأ المساواة بين الجنسين في الأمور المتعلقة بالزواج، ووصاية المرأة على أولادها القصر[1].

المطلب الثاني: انعكاسات اتفاقية سيداو على مركز الولي في عقد الزواج

بالرغم من أنه تم تبرير توجه المشرع فيما يخص موقفه من سلطة الولي في عقد الزواج بأخذه بالمذهب الحنفي وعدم خروجه عن مبادئ الشريعة الإسلامية إلاّ أن النزعة الفردية الواضحة من خلال نص المادة 11 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05، تثبت تأثير اتفاقية سيداو وخاصة المادة 16 فقرة ب منها عليه، وهو ما سنوضحه من خلال هذا المطلب، حيث نتطرق لأثر المادة 16 من اتفاقية سيداو على مركز الولي في الفرع الأول، ولقراءة إسلامية لهذا التأثير من خلال الفرع الثاني مدعماً بنظرة على الرأي العام الجزائري الرافض لهذا التوجه.

الفرع الأول: تقييد سلطة الولي في إبرام عقد الزواج إعمالاً للمادة 16 من اتفاقية "سيداو"

نصت المادة 16 فقرة (ب)[2] من الاتفاقية، أنه من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة في الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص من أجل ضمان تساوي المرأة والرجل في حرية اختيار الزوج.

ونظرا لما اعتبرته لجنة "سيداو" في ملاحظتها بأن وجود ولي الزوجة في عقد الزواج يعتبر تقييد لحرية المرأة في الرضا لإبرام عقد الزواج، أبدت الجزائر إعادة النظر في المادة 09 وأصبحت وفقا للأمر 02/05 تنص على ركن واحد فقط لإبرام عقد الزواج ويتمثل في ركن الرضا "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"،

[1]- شنوفي سمية، المرجع السابق، ص 41.

[2]- المادة 16فقرة ب من اتفاقية "سيداو": "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية؛ وبجه الخاص تضمن على أساس تساوي الرجل و المرأة.... ب- "نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلى برضاها الحّر الكامل".

فلم يعد الولي ركن لإبرام عقد الزواج، وإنما أصبح شرط لصحة عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر، وهذه الشروط تتمثل في أهلية الزواج، الصداق، الولي، وشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية؛

بل وذهب المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05 وبالتحديد المادة 11 على حق المرأة الراشدة في أن تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو بحضور أي شخص تختاره[1] وهو ما يتعارض مع خصوصية الشعب الجزائري باعتباره شعب مسلم لأن إلغاء موافقة الولي في إبرام عقد الزواج والاكتفاء بحضوره الجسدي فقط،كأن الولي أصبح الشاهد الثالث، يتعارض مع قوله تعالى: ﴿**فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهلِهِنَّ**﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل.....".

و لم تكتفي الجهات الضاغطة على الحكومة الجزائرية بهذه النتيجة، بل مازالت تضغط وتطالب بتعديلات أكثر وبرفع التحفظات على اتفاقية سيداو بشكل كامل وهو ما شهده الرأي العام الجزائري السنة الماضية، فنجد مثلاً السيدة "نادية آيت زاي"، محامية ورئيسة مركز الإعلام والتوثيق لحقوق الطفل والمرأة "سيداف"، تدعوا إلى رفع التحفظ عن الكثير من المواد التي تنص عليها اتفاقية سيداو، ومن بينها المادة 16، حيث حسبها مازالت المرأة الجزائرية لا تزال تعيش نوعاً من التمييز رغم الإنجازات التي سجلتها الحركة النسوية منذ 2005، حيث رحبت بفكرة التراضي في عقد الزواج وموافقة الطرفين دون حضور الولي الشرعي،كما تؤكد السيدة "سمية صالحي"، رئيسة اللجنة الوطنية للمرأة العاملة، أنهم كحقوقيين ومناضلين في المجال النسوي مع رفع جميع تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو،كون المساواة بين الرجل والمرأة مكرسة دستورياً، وأنه مطلب قديم للحركة النسوية، باعتبار مبدأ المساواة الذي تقره الجزائر لا يقبل أي تحفظ.

كما صرحت السيدة زوبيدة عسول، رئيسة حزب الإتحاد من أجل التغيير والرقي، أنها ضد إلزام المرأة بإحضار ولي عند الزواج، متوقعة إجراء مزيد من التعديلات على قانون الأسرة تبعاً للتعديل الدستوري الأخير لسنة 2016[2].

[1]– مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2011، ص 22.

[2]– بلقاسم حوام، وهيبة سليماني، زهيرة مجراب، كريمة خلاص، نادية سليماني، رفع التحفظات على اتفاقية سيداو التي تطالب بإلغاء الولي والتعدد والمساواة في الميراث مقال منشور في 14/03/2016على موقع jawahir.echoroukonline.com تاريخ الاطلاع 2016/12/25 على الساعة 20:30.

الفرع الثاني: قراءة إسلامية في اتفاقية سيداو وموقفها من الولي في الزواج

إن اتفاقية السيداو وخاصة المادة 16 فقرة ب منها، تصلح وتلائم قيم ومبادئ المجتمعات الغربية القائمة على المادية والنزعة الفردية، لأن الفتاة إذا بلغت سن الرشد وفق قوانينهم خرجت من ولاية أبيها ونفقته ومسؤوليته المدنية والأخلاقية الاقتصادية، بينما الفتاة في مجتمعنا وشريعتنا تبقى في ولاية أبيها ونفقته ورعايته، منتمية لأسرتها، لها حقوقها في النفقة والرعاية والإكرام والمحافظة عليها؛ وعليه فإن واضعي هذه الاتفاقية وخاصة المادة 16 منها التي ألقت بضلالها على المادة 11 من قانون الأسرة، لم يفرقوا بين النظام الاجتماعي في الإسلام و قيمه وأخلاقه وبين نظيره في المجتمع الغربي[1].

إلا أن المنصف يرى أن للاتفاقية بنوداً ايجابية وأخرى سلبية، والخطورة تكمن في أخذها كحزمة واحدة، ومن الايجابيات ما ورد في المادة (03) والتي تعمل على كفالة تطور المرأة وتقدمها وضمان ممارستها لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، وما ورد في المادة (05) والتي تدعوا إلى القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على فكرة دونية أو تفوق أحد الجنسين على الآخر، وما ورد في المادة (06) والتي تدعوا إلى اتخاذ جميع التدابير لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلالها في الدعارة وإكراهها على البغاء، وما ورد في المادة (07) والتي تدعوا إلى اتخاذ جميع التدابير من أجل أن تمارس المرأة حقوقها السياسية ترشيحاً وانتخاباً ومشاركة في صياغة السياسات الحكومية وجميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية وأما سلبيات الاتفاقية، فمنها أنها تعارض ميثاق الأمم المتحدة والذي ينص على احترام كافة الأشكال الحضارية وكافة نظم الاعتقاد الديني في العالم وأن تخرج معاهداته من مستوى الحياة الخاصة وعلى وجه الخصوص من الإطار الأسري، غير أن اتفاقية سيداو تريد أن تفرض نظرة واحدة للإنسان والكون والحياة، وهي النظرة الغربية التي لا تعترف بالقيم الدينية أو الخصوصيات الحضارية؛

فما طرحته الاتفاقية من حقوق وواجبات يغلب عليه سيادة النظرة الغربية والتي تنظر للإنسان باعتباره كائناً مادياً يستمد معياره من قوانين الطبيعة المادية، والتي ترفض وجود تمايز في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة، وتنظر إلى المرأة كفرد مستقل وليس عضواً في أسرة يتكامل فيها الزوجان مما يؤدي إلى تفكيك الأسرة ويعلن حتمية الصراع بين الذكر والأنثى، وضرورة وضع نهاية للتاريخ الذكوري الأبوي وهو ما يولد القلق والملل والضيق وعدم الطمأنينة عند المرأة.

[1]- إبراهيم زيد الكيلاني، موافقة ولي الأمر بين حكم الشرع و اتفاقية سيداو، مقال منشور على موقع www.paldf.net، تاريخ الاطلاع 2016/12/25 على الساعة 20:39.

وأما في المادة (16) والتي تعتبر من أخطر مواد الاتفاقية على الإطلاق لأنها تمثل حزمة من البنود التي تهدد قانون الأسرة فهذه المادة تمثل نمط الحياة الغربية فتتجاهل معتقدات شعوب العالم ومنظوماتها القيمية وأنساقها الإيمانية، فهي تتجاهل مسألة الولاية على البنت في اختيار من تراه وتتجاهل ما يفرضه الإسلام على الزوج من تقديم للمهر، وتأثيث منزل الزوجية، والتكفل بالنفقة وغير ذلك، وتتجاهل وضع الأسرة كمؤسسة مكونة من زوجين، وتسمح بان تنسب الولد لأمه، وهذا مخالف للإسلام[1].

ومما سبق يمكن القول أن الاتفاقية تنمي الروح الفردية وتنظر للمرأة باعتبارها فرداً مستقلاً، وما يؤكد ذلك أن المخاطب بهذه الاتفاقية هو المرأة وليس النِّساء، مما يثبت أنها تحمل فلسفة ذات نزعة فردية[2].

وإذا نظرنا إلى الشريعة الإسلامية رؤية كلية، نجد أنها منحت حقوقا كاملة للمرأة نلخصها فيما يلي:

أولا: اعترف الإسلام بإنسانية كاملة للمرأة وجعلها والرجل سواء بسواء قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَاسُ اتَّقُوا رَبَكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمُ مِن نَفسٍ وَاحِدَةَ**﴾، وقال النبي صلى الله عليه وسلم "النساء شقائق الرجال".

ثانيا: في المجال الاجتماعي فتح لها باب العمل الاجتماعي من جميع جوانبه فالعمل شرف والعمل عبادة وعمل المرأة قد تتماثل فيه مع الرجل كالدعوة والتعليم وأداء التكاليف الشرعية وقد يجري فيه التفاضل فالمرأة أفضل من الرجل في الحضانة والرجل أفضل من المرأة في القوامة.

ثالثا: في المجال الاقتصادي والقانوني، أعطاها الأهلية الكاملة والمساواة الكاملة مع الرجل على مختلف المستويات.

رابعا: في المجال الأسري فقد اعتنى بها قبل الزواج وأعطاها حق اختيار الزوج واشترط موافقة الولي أو علمه عند زواجها لأول مرة ووضع لها من الأحكام ما يكفل لها الاستقرار والمودة والرحمة[3].

من أجل كل ما سبق ذكره، أبدى الرأي العام الجزائري في جانبه المناهض لهذه الاتفاقية وما تحمله من تهديدات للأسرة الجزائرية،تخوفه من التوجه لرفع التحفظ نهائياً عن اتفاقية سيداو،حيث أوضح رئيس جمعية العلماء المسلمين الجزائريين عبد الرزاق قسوم أن هناك خلطاً في مفاهيم المصطلحات الغربية والإسلامية في هذا الصدد، مستدلاً بمصطلح الوصي الذي دعت إليه جمعية نسوية والمقصود به في الغرب

[1]– تيسير الفتياني، اتفاقية سيداو في منظور الشريعة الإسلامية، مقال منشور على موقع www.myportail.com، 2011/03/09، تاريخ الإطلاع 2017/03/21 على الساعة 21:23

[2]– ديب فاطنة، المرجع السابق، ص 74.

[3]– تيسير الفتياني، المرجع السابق.

الكافل للفتاة أثناء الزواج، وقد يكون قاضياً أو ما شابه، أما الولي في الإسلام فالمقصود به الضامن والحامي للزواج كيلا يتعرّض للهزات ويكون من محارم المرأة، وهو تقوية لها وليس العكس كما يفهمه العلمانيون،

مضيفاً أنّ إنهاء الجدل يقتضي ممن وصفهم بـ"العلمانيين" القبول بتحدّي تنظيم استفتاء في إطار الديمقراطية، تشارك فيه الجزائريات لتحديد موقفهن إزاء القضية، وإذا كن قابلات أن يحكمهن غير الإسلام[1].

وأكدت السيدة شائعة جعفري رئيسة المرصد الجزائري للمرأة، أن الغرب يخطط لثلاثين سنة مقبلة، حيث يجر الدول إلى المصادقة على تلك الاتفاقيات الدولية ويقبل تحفظاتها في بادئ الأمر، ومع مرور السنوات يرغمها بطريقة غير مباشرة على التراجع عن تحفظاتها، بحجة مواكبة التطورات، وهنا يكمن الخطر الذي يهدد المجتمعات في عمقها، وهو ما حدث مع الجزائر ومع الكثير من الدول العربية الإسلامية؛ وهو ما ذهبت إليه السيدة عتيقة حريشان، رئيسة جمعية حورية للمرأة الجزائرية، حيث صرحت: "كفانا من استيراد قوانين مسطرة لمجتمع غير مجتمعنا، مبادئه تختلف عن مبادئنا، إن كان لابد من مراجعة القوانين التي تخص المرأة والأسرة فلا بد أن تكون في إطار قيم المجتمع الجزائري المستمدة من الثوابت الإسلامية".

لترد على المطالبين بإلغاء الولي نهائياً من عقد الزواج بأن الولي في شكله الحالي في قانون الأسرة تشريف للمرأة لا أكثر ولا أقل، فبإمكان المرأة حاليا تقديم أي شخص كولي لها، ليس بالضرورة من أهلها، هو مجرد إجراء شكلي فقط.. الوليّ الآن لا يزوّج ولا يمنع ولا يرغم، وحذّرت المتحدثة من أنّ رفع التحفظات المتدرج والمدروس سيؤدي إلى الكارثة وانحلال أخلاقي واجتماعي سيؤدي حتما إلى انهيار الدولة والمجتمع، فالجزائر ستكتوي بنار تلك التغييرات مثلما يكتوي اليوم الغرب من قوانينه التي سطرها؛

كما بينت المحامية والحقوقية فاطمة بن براهم، أن كل القوانين الأوروبية ضد المرأة، وأضافت بن براهم أنّ الحكومات السابقة لم تراع مصلحة الشعب الجزائري، فأمضت على مثل هذه الاتفاقيات، وتساءلت لماذا لم ترغم كثير من الدول الأخرى على اتفاقيات مماثلة وربما أهم وأخطر ببساطة لأنها تتمتع بالشرعية والقوة الشعبية[2].

[1]- أمين لونيسي، قانون الأسرة في الجزائر رهين املاءات، مقال منشور في 2012/04/21 بجريدة الحياة الإلكترونية، http://www.alhayat.com، تاريخ الإطلاع 2017/03/15 على الساعة 19:54.

[2]- بلقاسم حوام، وهيبة سليماني، زهيرة مجراب،كريمة خلاص، نادية سليماني، المرجع السابق.

خاتمة

خاتمـــــة:

إن مسألة الولاية تعد من المسائل الهامة والتي تمس بأعظم رابطة قدسية، بحيث أنه الميثاق الغليظ الذي ينظم هذه الرابطة على الوجه المشروع في إطار من الحقوق والواجبات، ولذلك فقد أحاطهـــا الشـــارع الحكيم بأسس ومبادئ تبنى عليها.

ولا يخفى علينا أن المرأة و نظراً لما جُبلت عليه من رقة الشعور والعاطفة، فقد جعل الشارع الحكيم لها من يحيطها بكنف الرعاية والأمان والحفاظ على مصالحها، ودرء المفاسد عنها، ولا يتأتى ذلك إلا مـــن خلال الولاية لأن هذه الأخيرة ليس على دراية كافية بالرجال وعقلياتهم، لذلك فلا خير من ولي ينـــوب ويبرم عنها هذا العقد باسمها ولحسابها، ولذلك فقد رأى بعض الفقهاء أن الولاية يجب أن تكـــون ولايـــة شركة بينها وبين وليها حتى لا يستبد كل طرف بالآخر.

ومما سبق ذكره فإن كل ما ساقه الفقهاء وعلى اختلاف وتنوع المذاهب الفقهية فإن الأدلة الـــتي تم سياقها كلها لم تكن قطعية في دلالتها، مع العلم أن فريق الجمهور مثلا بقولهم أن الولي شرط صـــحة في الزواج لم يلغ حق المرأة في إبرام العقد باعتبار رضاها، بحيث أنهم حكموا على العقد الذي تضمن عيب من عيوب الإرادة ألا وهو الإكراه فإن مصيره البطلان عندهم،وبالمقابل الحنفية بقولهم بصحة العقد مـــن دون ولي لم يلغوا حق الولي في إبرام عقد الزواج بحيث جعلوا منه شرط نفاذ،مع العلم بأن كلا الفريقين نـــاقش أدلة الفريق الآخر.

وبالرجوع إلى ما ذهبت إليه القوانين في البلاد العربية عامة ومنها الجزائر خاصة بأن جعلت أمر إبرام عقد الزواج حق للمرأة، بل وأخذت موقفا أوسع من ذلك في حق المرأة في اختيار أي شخص يتولى إبرام عقد زواجها، وهذا ما سيؤدي إلى نتائج وخيمة لا يحمد عقباها على المستوى البعيد، نظرا لما قد ينجر عنه من مشاكل وأسباب قد يتحمل نتائجها أسرتها والتي لم تشارك في بناء سرح هذا الزواج، والذي سيؤدي بدوره إلى انتشار المشاكل واتساع رقعة الشقاق بين المرأة وأهلها بسبب تهميش رأي وليها وعدم مشا ركته في هذا العقد، وأي مجتمع مُنتظر يسوده الشقاق والعداوة بين أفراده، فالمشرع الجزائري وبتخليه عن الولاية قد ساهم في نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة، كما تؤدي إلى هشاشة العلاقـــة الزوجيـــة، فالمشرع قد خالف ما جاء به جمهور الفقهاء في أسباب الولاية وحالاتها وشروطها ومراتب الأولياء، وذلك بتوسيع دائرة الولاية، وبإلغاء الولي في عقد الزواج وتهميشه وإعطاء للمرأة الحرية في اختيار وليها مهمـــا كانت صفته يكون قد ألغى أي مركز له بحيث يكون وجود كعدمه.

وبالرغم من تبرير موقف المشرع بأنه استقر على ما ذهب إليه المذهب الحنفي في تكييفه لمسألة الولاية في الزواج، بحيث كيف هذا الأخير كشرط في العقد، إلا أنه تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن موقف المشرع من الولاية في عقد الزواج جاء استجابة لضغوطات الحركات والجمعيات النسوية المنادية بإلغاء الولي، والمرتكزة في مطالبها على اتفاقية سيداو وما تحمله من قيم تغريبية قائمة على النزعة الفردية، وهو ما يؤكده بتر المشرع للمذهب الحنفي والذي أعطى للولي الحق في الإعتراض على الزواج إذا لم تتوفر الشروط المنصوص عليها سابقا، وهذا ما أغفله المشرع الجزائري، وبالتالي فإنه وبموجب التعديل الذي أجراه على نصوص قانون الأسرة والتي مست في مضمونها مركز الولي، بحيث انتقل من الركنية في العقد إلى شرط في العقد، وهذا ما لم يوفق فيه المشرع إلى حد ما.

ومهما كان التوجه والهدف الذي سعى المشرع للوصول إليه بشأن مسألة الولاية في الزواج، فإن هذه الأخيرة حاجة لا غنى عنها، والأهمية البالغة التي يكتسيها الولي ووجوده، وعلى أساس ما قد جُبل النساء عليه من رقة الشعور والعاطفة كان ولابد من وجود هذا الأخير في العقد الذي يتعاقد باسم ولحساب موليته وأي مساس لحقوقه ووظائفه سيؤدي بالتالي إلى إهدار حقوق المرأة وفتح أبواب من المشاكل والآفات الاجتماعية التي قد تفتك بالفرد والمجتمع،ولن يكون أفضل من الولي باعتباره الحامي والمنقذ للمرأة وكرامتها وحريتها بعكس المغالطات التي جاءت به الجمعيات النسوية المنادية بتحرر المرأة ومساواتها بالرجل، فالمرأة ومهما على شأنها فهي الطرف الضعيف في عقد الزواج لذا شرع الله عز وجل الولاية من فوق سابع سماوات وباركته الأعراف والتقاليد السائدة وسط المجتمع.

وعليه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط الولاية في الزواج، كما أنهم رتبوا عدم صحة الـــزواج بدون ولي نظرا لما يتميز هذا العقد كما سماه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ.

وعليه فإن أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة والتي نوجزها كما يلي:

أولا: إن المشرع بإلغائه لركن الولي قد خالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي والأعراف والمبادئ التي كرست في أذهان المجتمع، فالمرأة لا يجوز لها أن تتولى عقد زواجها بنفسها، لأن الأسرة هي التي تتكفل بهذه المسؤولية الهامة، وهي التي تحفظ وتصون مصلحة المرأة، وزواج هذه الأخيرة بدون وليها ينمي العداوة بينها وبين وأهلها، كما أنه وفي حالة الطلاق سيرفضونها لأن وليها لم يكن طرفا في هذا الزواج، مما يـــؤدي إلى تحطيم العلاقات بين أفراد الأسرة الواحدة ومن ثم المجتمع.

ثانيا: إن إلغاء الولي يرتب آثارا و يمكنها أن تتجلى في إعطاء الفرصة للرجال للتلاعب بالنساء، كون المرأة بطبيعتها التي تغلب عليها طابع العاطفة، يسهل الإيقاع بها واستغفالها ولأكبر دليل حالات الإجهاض الكثيرة وشيوع الأمهات العازبات اللواتي هن ضحية الوعود الزائفة بالزواج، اللواتي يبرمن عقود زواجهـــن بأنفسهن بدون حضور أوليائهن، والذي انعكس بانتشار أبناء مجهولي النسب، والتي مستقبلا ستكون قنابل موقوتة تفتك بالمجتمع لما تحمله من عقد نفسية وأمراض اجتماعية مما يزيد عبئا عن الدولة لتتكفل بهم ضمن ما يعرف بالطفولة المسعفة.

ثالثا: إن إلغاء الولي وعدم إشراكه في عقد الزواج سيؤدي إلى نتيجة سلبية على مستوى الصحة النفسية للأطفال الذي يتربون بمعزل عن أصولهم وفروعهم من أجداد وجدات وأخوال وأعمام...الخ، والسبب في ذلك إرادة أمهم في إبرام عقد زواجها بنفسها وتغييب وليها في العقد تبعا للتعديلات الواردة في القانون.

رابعا: إن إلغاء ركنية الولي سيؤدي حتما إلى تفشي ظاهرة الطلاق، ونلتمسه من خلال حدوث الشقاق بين الزوجين ومن المعروف من إجراءات الصلح في قانون الأسرة عادة ما يكون الأهل كطرف تحكيم يلجأ إليه باتساع رقعة الشقاق، فكيف سيقبل الأهل وساطة التحكيم وهم لم يشاركوا في عقد الزواج و لم يحضروا فيه، كما أنهم كانوا من المعارضين له، وبالتالي لم يبقى للزوجين إلا اللجوء للقضاء لفك الرابطة الزوجية والتي في جل الأحيان ما تنتهي بالتفريق بين الزوجين،وما تنجر عليه من آفات اجتماعية وعقد نفسية يكون ضحيتها الأولاد، وهذا كله نظرا للمغالطة التي تجسد بأن الولاية فيه مساس بكرامة المرأة وحريتها.

خامسا: إن إلغاء الولي وتهميشه في عقد الزواج يعتبر تكريس للنزعة الفردية، ومن البديهي أن الزواج ليس عقد بين فردين و إنما بين أسرتين تُبنى علاقتهم على أساس المودة والاحترام والتعارف نظرا لما يمتاز به هذا الميثاق الغليظ الذي باركه الله عز وجل، فينتقل من مدلوله الصحيح إلى مفهومه الضيق، وما قد ينجـــر على هذه القاعدة من آفات اجتماعية تفتك بالفرد والمجتمع.

سادسا: إهمال المشرع لمسألة العضل بإلغائه للمادة (12) والذي جاء تماشياً والرؤية القانونية للولاية في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، بالرغم من أن هذه المشـــكلة مـــا تـــزال موجودة في المجتمع.

سابعاً: أن المشرع لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج المرأة الراشدة، وهذا ما يؤكد إهمال دور الولي الأقرب، مع اعتبار صحة تفرد المرأة باختيار الولي الأبعد.

ثامناً: نجد المشرع الجزائري لم ينص على غيبة الولي و إنما اكتفى بأثر تخلفه الذي ذكره في المادة (33) من قانون الأسرة ولعل هذا راجع إلى الرؤية القانونية للولي في عقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر (02/05).

ومما سبق ذكره ومن خلال هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها، يمكن إدراج بعض الاقتراحات التي وجب على المشرع أخذها بعين الاعتبار والتي نوجزها فيما يلي:

1. على المشرع الجزائري أن يحاول إعادة إدراج الولي في عقد الزواج في التعديلات القانونية اللاحقة،لأهمية مباشرته العقد ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب، بل حفاظا على مصلحة المرأة من جهة، وتحقيقا لمقتضى السياسة الشرعية من ناحية أخرى، كون الأمة اجتمعت وتوحدت على رأي ولا مصلحة في إلزامها بخلافه، ولكي يكون القانون متسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولي في عقد الزواج، فإن نص التعديل المقترح كالآتي:

المادة 11: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".**

وإذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فعلى ذلك تكون صياغة نص المادة على النحو الآتي: **"يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعا فعدل من المسلمين"**، أما إذ كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور لمولي فتكون صياغتها على النحو الآتي:

"تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عنـــد عـــدم الكفاءة ومهر المثل، في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي".

وبذلك نكون قد أزلنا التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي في عقد الزواج، وميزنا بين ركن الرضا الذي يقضي على تخلفه بطلان العقد، وشرط الولي المختلف عن الركن في المرتبة و الأثر، كما نكون بذلك قد حافظنا على موقع الولي و لم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا، أو مرتبة الشخص الغريب، وفي

ذلك من المصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى، بما ينسجم مع أحكام السياسة الشرعية التي توازن بين مصلحة الفرد والجماعة وترعاهما على السواء.

2. ضرورة تدارك المشرع ووضع شروط معينة يجب أن تتوفر في الولي على غرار باقي التشريعات العربية الأخرى، إذ ليس لأي شخص أن يكون وليا.

3. إعادة إدراج المادة (12) الملغاة بموجب الأمر (02/05) ضمن التعديلات القانونية اللاحقة لأن إلغاءها كان خطئاً كونها كانت شاملة لموضوع الولاية كما سبق توضيحه.

4. نقترح إخضاع المقبلين على الزواج لإختبار نفسي يساعد على معرفة كل طرف للآخر، وعلى تقارب الرؤى بين الولي ومولية في إطار علمي يُبعد كل احتمالات انفراد واستبداد أحدهما برأيه حول الخاطب، وهو النهج الذي انتهجته العديد من القوانين العربية والغربية المتمثل في اختبار التوافق النفسي بين المقبلين على الزواج.

كما لا يفوتنا أن نوصي في مسألة الولاية على المرأة في عقد الزواج بالأمور التالية:

1. ضرورة إبراز دور الآباء والأولياء في تزويج المرأة، وعدم منعها من الزواج بدون سبب، ومن الأحسن ذكر أهم الأسباب التي تجعل الولي يرفض الزواج على من هي في ولايته، لأن الولي أحيانا قد يتعسف في منع موليته من الزواج ممن ترضاه.

2. ضرورة توعية المرأة بأهمية وجود الولي في زواجها، وعدم إبرامها عقد زواجها بنفسها ولو كانت راشدة.

3. دعوة المدارس والجامعات إلى ضرورة توعية الطلاب والطالبات إلى مفهوم الزواج الصحيح المستوفي للأركان والشروط التي وضعها الشارع له.

4. نوصي الشباب إلى زيادة ثقافتهم بكل ما يستجد من حولهم، وعدم الأخذ بالعادات والثقافات الغربية التي استحدثت أنواع الزواج وصوره الجديدة و التي أكثرها باطل.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة إلى علماء الشريعة والقانون المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة القانونية، والإدراك للواقع، والارتباط بالمجتمع وهويته، والحرص على المصلحة العامة للبلاد والعباد دون غيرها.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم (رواية ورش)

ثانيا: كتب الحديث

1. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ،
2. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، منشأة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، 1417هـ.
3. أبو داود، سنن أبو داود، كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي، منشأة المعارف، الرياض، السعودية، ط1،1408هـ-1988م، ط2، 1417هـ.

ثالثا: النصوص القانونية

1. دستور 1976، الصادر بموجب أمر رقم 97/76 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 الجريدة الرسمية عدد 94، الصادرة في 24 نوفمبر1976.
2. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، انضمت الجزائر إليها بتحفظ بموجب مرسوم رئاسي رقم 51/96، مؤرخ في 22 /01/ 1996 الجريدة الرسمية عدد 06 الصادرة في 01/24/ 1996.
3. قانون رقم 157/62 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962 ،المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، الجريدة الرسمية عدد 02 مؤرخة في 11جانفي 1963، الملغى بالأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، الجريدة الرسمية عدد 62 المؤرخة في 03 أوت 1973.
4. القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404ه الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المنشور الجريدة الرسمية عدد 24 ، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 15.
5. قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق لـ6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14.
6. الأمر رقم 29/73 المؤرخ في 05 جويلية 1973، الجريدة الرسمية عدد 62 المؤرخة في 03 أوت 1973.
7. الأمر رقم 03/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، الجريدة الرسمية عدد 03؛ المؤرخة في 14 يناير 1996.

8. الأمر رقم 03/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، الجريدة الرسمية عدد 03؛ المؤرخة في 14 يناير 1996.
9. مجلة الأحوال الشخصية، الأمر المؤرخ في 1956/08/13، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66 مؤرخ في 1956/08/17.
10. القانون 70/06، المعدل بالقانون رقم 102/15، وبالقانون 08/09، الجريدة الرسمية عدد 5148، والمتضمن مدونة الأسرة المغربية.
11. القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، وثيقة الكويت، اعتمده مجلس وزراء العدل العربي في دورته السادسة بالقرار رقم 105-د6-1408/08/17هـ- 1988/04/04م، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية.
12. قانون الأحوال الشخصية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة والمنشور الجريدة الرسمية عدد 439 بتاريخ 2005/11/30.
13. القانون رقم 36 لعام 2010، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5061 تاريخ 2010/10/17، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

رابعا: القواميس والمعاجم

1. أبي الفضل جمال الدين، محمد بن بكر بن منظور، لسان العرب، ج20، دار النور الكويتية، ط خ بالأوقاف السعودية الكويت، 2010هـ- 1995م.

خامسا: أمهات الفقه الإسلامي

أ- الفقه المالكي:

1. أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ- 1997م.
2. الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ،ج3، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ب س ط، القاهرة، مصر.
3. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، ب ط، ب س.
4. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ- 2002م.
5. النمري القطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، المجلد 2، مكتبة الرياض الحديثة، البطحاء، السعودية، ط1، 1398هـ- 1978م.

ب–الفقه الحنفي:

1. ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ -1997م.
2. الكاساني، بدائع الضائع، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ-1986م.
3. ابن همام، شرح فتح القدير، ج2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1315هـ.
4. محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية عابدين)، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، 1423هـ- 2003م.
5. الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج3، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ب ط، ب س.

ت–الفقـــه الشافعي:

1. شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب ط، 1421هـ-2000م.

ث–الفقه الحنبلـــي:

1. ابن قدامه، المغني والشرح الكبير، ج7، دار الكتاب العربي، ب ط، ب س.
2. البهوتي، كشاف القناع عن سنن الإقناع، ج5، ب ب ن، ب ط، ب س

ج– الفقه الإبـــاضي:

1. محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج6، مكتبة الإرشاد جده، دار الفتح، بيروت، ط2، 1393هـ- 1973م.

سادسا: الكتب العامة

1. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 1433هـ- 2012م.
2. لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006م.
3. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، ب ب ن، ب س، ب ط
4. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن القانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، ط3، 1441هـ-2010م.
5. محمد عقلة الإبراهيم،الزواج وفرقه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1425هـ-2014م.

6. عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ب ط، 2006م.
7. عبد الجليل أحمد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءاً، مكتبة الإشعاع الفنية، ب ط، 1421هـ-2001م.
8. سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقرنة، دار التعاون، القاهرة، مصر، ط3، 1415هـ.
9. فوضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق،ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ب ط، 1986م.
10. نصر سلمان، سعاد سطعي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، عمان، الأردن، ط1، 1421هـ -2005م.
11. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط1، ب س.

سابعا: الكتب الخاصـــة

1. الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982م.
2. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، الولاية في عقد النكاح، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط1، 2013م.

ثامنا: الرسائل والأطروحات

أ- رسائل ماجستيـــــر:

1. سليمة بكوش، المركز القانوني للولي في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الوادي، الجزائر، 2014-2015م.
2. بلعربي دليلة خالدية، آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، رسالة ماجستير في القانون تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2014- 2015م.
3. مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2011م.

4. سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010-2011م.
5. حسين مهداوي، دراسات نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، تلمسان، الجزائر، 2009-2010م.
6. بسمة عبد الرحيم رزق مطر، الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 1417هـ-2006م.
7. سهاد حسن البياري، عضل المرأة من النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن،كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007م.

ب-مذكرات ماستر:

1. شنوفي سمية، انعكاسات اتفاقية سيداو على قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، بسكرة، 2015م.

تاسعا: المجلات والمقالات

1. عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها وقانونا، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 5، أوت 2012م.
2. نصر الدين مبروك، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مجلة قضايا المرأة بين المبادئ الإسلامية ومعالجة القوانين الوضعية، صادر عن المجلس الإسلامي الأعلى، العدد سنة 2000م.

عاشرا: الملتقيات والأيام الدراسية

1. بلمختار سعاد، سلطات الولي في زواج القاصر بين الشريعة والقانون، مداخلة في اليوم الدراسي "القانون الأسرة الجزائري الواقع والآفاق" يوم 27 فيفري 2017، معهد الحقوق والعلوم السياسية، مغنية، جامعة تلمسان.
2. ديب فاطنة، مداخلة بعنوان اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة وانعكاساتها على قانون الأسرة الجزائري، يوم دراسي بعنوان قانون الأسرة الواقع والآفاق يوم 2017/2/27، المركز الجامعي مغنية، جامعة تلمسان.

3. نهى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة –دراسة حالة لبنان–، بحث مقدم لمؤتمر أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات الدولية،جامعة طنطا، مصر، 7 إلى 9 أكتوبر 2008م.
4. كلتوم مسعودي، بن ققة سعاد، الأسرة الجزائرية كما يصورها قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005م، مداخلة في الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة، 10/09 أفريل 2013، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة ورقلة..

أحد عشر: المواقع الإلكترونية

- http://www.jawahir.echoroukonline.com
- http://www.paldf.net
- http://www.myportail.com
- http://www.alhayat.com

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

كلمة شكر

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 01

الفصل الأول:

ماهية الولاية في عقد الزواج

المبحث الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج.....11

المطلب الأول: تعريف الولاية 11

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة.....11

الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحا 12

المطلب الثاني: حكم الولاية في الفقه الإسلامي والقانون.....16

الفرع الأول: دليل مشروعية الولاية في عقد الزواج 16

الفرع الثاني: التكييف القانوني للولاية في عقد الزواج.....17

المبحث الثاني: أحكام الولاية في عقد الزواج 20

المطلب الأول: أركان الولاية وشروطها في عقد الزواج 20

الفرع الأول: الولي وشروطه.....20

الفرع الثاني: المولى عليه 24

الفرع الثالث: الرابطة الشرعية بين الولي والمولى عليه 26

المطلب الثاني: آثار الولاية في عقد الزواج 28

الفرع الأول: أقسام الولاية في عقد الزواج 28

الفرع الثاني: مراتب الأولياء في الزواج.....32

الفصل الثاني:

أثر تخلف الولي على عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: آثار الزواج بدون ولي على عقد الزواج 37

المطلب الأول: حكم الزواج بدون ولي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة 37

الفرع الأول: الحكم الوضعي للزواج بدون ولي.....38

الفرع الثاني: آثار الزواج بدون ولي 41

المطلب الثاني: العضل وأثره على الولاية في عقد الزواج 43

الفرع الأول: مفهوم العضل 44

الفرع الثاني: أثر العضل على الولاية في عقد الزواج 46

المبحث الثاني: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ومركز الولي في عقد الزواج 53

المطلب الأول: تعريف باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....53

الفرع الأول: الإطار القانوني لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.....53

الفرع الثاني: موقف الجزائر من اتفاقية "سيداو" 56

المطلب الثاني: انعكاسات اتفاقية "سيداو" على مركز الولي في عقد الزواج 59

الفرع الأول: تقييد سلطة الولي في إبرام عقد الزواج إعمالاً للمادة 16 من اتفاقية "سيداو"... 59

الفرع الثاني: قراءة إسلامية في اتفاقية "سيداو" وموقفها من الولي في الزواج 61

خاتمـــة 65

قائمة المصادر والمراجع.....71