حدود سلطات الولي في الزواج

فاسي عبد الله♦

مقدمـــة:

اعتبر المشرع الجزائري الولاية شرطا من شروط الزواج بحسب نص المادة 9 مكرر من قانون الأســـرة ، ثم ميـــز من خـــلال المادة 11 من نفـــس القانون بيـــن ولاية الإختيار وولايـــة الجبر . فأثبـــت الأولى على الراشـــدة والثانية على القاصرة ، ليترتـــب عن ذلك ــ بطبيعة الحـــال ــ أن سلطة الولي في كلتا الولايتين تختلـــف من حيث الممارســـة في إبرام عقـــد الزواج ، إذاً ، فهل تعـــرض المشرع إلى هذه الإختلاف ، أي ، هل أعطى واسع السلطة للولي في ولاية الإجبار أم ساوى بين الولايتيـــن ، وهل هذه الولاية مطلقة أم مقيدة ، موضوعية أو مجـــرد شكلية فحســـب ؟

تعرض قانون الأســـرة ــ قبـــل التعديـــل ــ إلى سلطـــات الولي ضمـــن المواد 11 ، 12 و 13 ، انطلاقا من المادة 11 التي منحت للولي حق تولي ولاية زواج من في ولايتـــه مهما كانت صفتها ، ثم وردت المادة 12 لتمنـــع الولي من اعتراض أو منع أو من في ولايته من الزواج ممن ترغب فيـــه ، وإذا كان أصلـــح لهـــا ، إلا إن كانت بكرا ، فله أن يمنعها من الزواج إن كان المنع لمصلحتهـــا . أخيرا ، تأتي المادة 13 مقـــيدة لسلطات الولي ؛ إذ منعته من إجبـــار من في ولايته على الزواج ، كما منعته من تزويجهـــــا دون موافقتهـــــا ، وهذا كذلك من قبيل العدل والمنطق ، واحتـــرام سلطـــان الإرادة .

♦ أستاذ مساعد ، جامعة بشـــار .

يستنتج مما سبق أن المشرع منح للولي جملة من السلطات ، وقيدها ، بالمقابل ، بجملة من القيـــود ، سيأتي تفصيلهـــا.

1 ــ شروط الـــولي :

قبل التعرض إلى حدود سلطات الولي وجب الإشارة أولا إلى الشـــروط الواجب توافرها فيه . فليس كل ولي يصلح لإبـــرام عقد الزواج ، بل لا بد من توافر جملة من الشـــروط

تجعله أهـــلا لذلك . رغم أهمية هذه الشروط ، فإن قانون الأسرة قد سكت عنها . فكان لابد من الرجوع إلى القواعـــد العامـــة لتحديد شروط الولي ، إما بالرجوع إلى نص المادة 122 ق،أ،ج، التي تحيلـــــنا إلى الفقـــه الإسلامـــي ، أو قيـــاسا على تلك الشروط التي تحـــكم الوصي ، بمقتضـــى المـــادة 93 ق.أ.ج. وهي الإســـلام والبلوغ والعقل والقـــدرة والأمـــــانة فيجب أيضا توافـــرها في الولي من باب أولى ، غير أن الفقه الإسلامي تعـــرض إليها بكثير من التفصيـــــل .

يحصر الحنفية الشروط في الأهلية، ولا تتحقق إلا بالبلوغ والعقل معا، فلا تصح ولاية الصغير غير المميز والمجنون، لأنه لا ولاية له على نفسه، وبالتالي ، فلا تصح له على الغير . ثم الإتحاد في الدين ، ما دام عقد الزواج عقدا ذا صبـــغة دينية فلا تثبت ولاية غير المســـلم على المسلم ، والعكس . ويستثنى من ذلك صاحب الولاية العامة كولاية القاضي المستمدة من ولاية الحاكـــم ، وولايته عامة على المسلمين وغيرهم

، وكذلك القاضي . [1] أما لو كانت المرأة مسلمة ولها أخوان ؛ أحدهما مسلم والآخر مسيحي ، تصح ولاية المسلم على أخته .

أما العدالة ، فلم يشترطها الحنفية ، إذ للفاسق أن يزوج ابنه أو ابنته الصغيرين ، أما عند الشافعي ، فهي شرط ، احتجاجا بقوله صلى الله عليه وسلم :" **لا نكاح إلا بولي مرشد** ." [2] أما الإمام مالك فلا يعتد بعدالة الولي . [3]

1 ــ السلطات المخولة للولي على القاصرة قبل التعديل :

يمكن حصرها في العناصر التالية :

أ ــ تولي عقد الزواج وجوبا على المرأة راشدة كانت أم قاصرة ، ولا يجوز لها أن تعقد زواجها دون إجازة وليها (م 11 ق.أ.ج.) ،عملا بالمذهب المالكي المستند إلى الحديث الشريف " **أيما امرأة تزوجت بدون ولي ، فنكاحها باطل ، باطل، باطل** ." ويترتب عن اختلال أو غياب هذه السلطة قانونا ، فسخ العقد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول (م 33 ق.أ.ج.) .

ب ــ الحق في الإعتراض على زواج البكر متى تبين له أن الزوج غير كفء ، أو لإعتبارات أخرى ، اجتماعية أم اخلاقية أم اقتصادية كانت ، أو نزول عن قيمة صداق المثل (م12 ق.أ.ج.) .

[1] عبد العزيز رمضان سمك ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري . مكتبة النهضة العربية ، القاهرة .2006،ص153.

[2] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج23،دار الفكر ، بيروت ، ص358.

[3] عيسى حداد ، عقد الزواج ، دراسة مقارنة .منشورات جامعة عنابة 2006،ص146.

ج ــ حق الولي الأقرب في التزويج قبل الأبعــد ، إلا استثنـــــاء .

د ــ حضور زواج المــرأة وتمثيلها في مجلس العقد واشتراط ما رغبت في اشتراطه، إلا ما خالف النظـــام العام والآداب، أوكان منافيـــا لمقتضيـــات عقد الزواج (م19 ق.أ.ج.)

2 ــ القيود الواردة على الولاية :

ورد في الفقرة الأولى من المادة 12 أن ليس للولي حــق منع من في ولايتـــه من الزواج إذا رغبت فيه ، شريطة أن يكون هذا الــزواج أصلح للمولى عليهـــا، وله أن يمنع البكر. ثم تــرد المادة 13 ق،أ،ج. لتمنع الأب من عدم إجبار من في ولايته ، ثيبا كانت أم بكرا ، على الزواج ما لم ترغب فيـــه ، طالما أنها المعنية الأولى به . كما منعته المادة من عدم تزويجها دون موافقتهـــا ، والمقصود بالموافقة هنـــا ، الرضا بالزوج أو الرضـــا بالصداق أو ما يلحق عقد الزواج من شـــروط . إلى هنا ، فإن المشرع قد أوجب قيـــام الولاية من جهة ، واحترم إرادة المرأة من جهة ثانية .

هذا ما ورد في المواد الثلاث قبـــل تعديلهـــا ، كون المشرع عمـــم الولايـــة على الثيب والبكر معا ، عملا بالمذهب المـــالكي ، وخص البكر بولاية إجبـــــار مقيدة . فهل تمسك القانون بهذه الأحكـــام أم اعتراها تعديل ؟

3 ــ سلطـــات الولي على القاصرة بعد تعديل قانون الأســـرة :

استجابة لنداءات من تيارات فكرية وجمعيات نسوية وطوائف اجتماعية حول المسارعة في تعديل قانون الأسرة ، ولاسيما موضوع الولاية منه ، صدر التعديل الأخير، أين وضع المشرع تفـــرقة واضحة بين ولاية الإختـــيار وولاية الإجبار، واستعاض عن مصطلحي "الثيب والبكر" بمصطلحي "الراشدة والقاصرة " . فورد التعديل على النحو التالي:

أ ــ الفقرة الأولى من نص المادة 11 منحت للولي حق حضور عقد الزواج ، هذا لمن وقع عليه اختيار المرأة الراشدة . [1] ولا يعتبر الحضور سلطة أو تصرفا يرتب آثارا ، إلا ما يصدر منه من تعاقد باسم موليته ثم التوقيع على أصل العقدبجانب توقيعها، ليكون المشرع قد ساوى بين الولي والشاهدين من حيث الحضور. وقد منح النص للراشدة اختيار الولي دون احترام الترتيب المتفق عليه فقها فيما بين الأولياء .

ب ــ أما الفقرة الثانية من ذات المادة ، فقد حددت سلطات الولي على زواج القاصرة، وهي تولي الولاية بنفسه أم ممن يليه بدلا من الحضور ، أو من القاضي متى انتفى الأولياء .

ج ــ ورد أيضا تعديل جوهري على متن المادة 13 ؛ مفاده ، أنه لا يجوز للولي أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ،كما لا يجوز له تزويجها بدون موافقتها . أما الراشدة فلا سلطة له عليها . يقصد المشرع من وراء هذا أن إرادة الولي مرهونة بإرادة المولى عليه، فمتى رفضت الزواج رفض الولي لزوما ، وإن خالف إرادة القاصرة سلبت منه الولاية وأحيلت إلى القاضي ليحكم بما يراه ملائما . لنجد في النهاية أنفسنا أمام ولاية إختيار على القاصرة أيضا ، مبعدين إطلاقا ولاية الإجبار ،كما يراها جمهور الفقهاء أنها " **سلطة ثابتة شرعا بمقتضاها يستطيع الولي إجبار المولى عليه من غير موافقته ورضاه بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل ، وهي حالة لا يكون فيها للمولى عليه إختيار . فلا يؤخذ رأيه في الزواج ولا في المهر ولا في شيء مما يتعلق بذلك** ."، معتبرين في ذات الوقت رضا المولى عليها هو الركن الأساس ، عملا بنص المادة 1/9 ق.أ.ج. التي تعتبر الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج . وقد أكد المشرع على هذا المبدإ بإلغائه للمادة 12 التي كانت تمنح للولي

[1] ابن حزم ، المحلى .ج9.دار التراث ،القاهرة ،ص455.

حق منع البكر ــ وهي القاصرة وفق التعديل الأخير ــ متى تبين له أن المنع لصالحها .

فضلا عن ذلك ، فإن المادة 97 من قانون الحالة المدنية قضت ببطلان كل زواج تم في الخارج بين أجنبي وجزائرية في بلد يعمل بنظام ولاية الإجبار . [1]

استشف مما سلف بيانه أن المشرع بعد تعديل القانون أبقى على ولاية الإختيار دون ولاية الإجبار في زواج الراشدة من حيث ظاهر النص ، والقاصرة من حيث الغاؤه للمادة 12 واستعمل المشرع مصطلحي " **الراشدة والقاصرة** " ، استعاضة عن المصطلحين السابقين " **البكر** ، **والثيب** " ليوضح أنه اعتمد العقل والبلوغ أساسا للولاية ، عملا بالمذهب الحنفي، وليست البكارة والثيوبة بحسب المالكية .

أما عن سلطات الولي وفق التعديل الأخير ، فقد حصرها في زواج الراشدة بالحضور فقط ، غير أن في زواج القاصرة ، فقد أوجب سلطة الولي ، ولم يدع للقاصرة حق اختيار الولي ، كما منح للراشدة . ثم أن المشرع لم يستعمل عبارة " **حضور** " في زواج القاصرة ، بل استعمل مصطلح " **يتولى** " ؛ أي ؛ يمارس الولاية . كما رتب على تخلف الولي في زواج القاصرة فسخ العقد قبل الدخول ، وتثبيته بعد الدخول بنص المادة 33 " .....إذا تم الزواج بدون شاهدين ،أو صداق ، أو ولي **في حالة وجوبه** ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ." إذاً ، فالقيود الواردة في نص المادة 13ق.أ.ج. تجعل سلطة الولي مرهونة بإذن القاصرة. والولي هنا ممثل المرأة الذي يقف بجانبها ويسجل اسمه في

[1] الأمر رقم 70ــ20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389، الموافق ليوم 19 فبراير 1970 ، المتعلق بالحالة المدنية .

عقـد الزواج ، وهو الذي يعبر عن إرادة وشـــروط الزوجة في مجلـس العقد في حدود مهمته . [1]

رغم هذه الإحتيـاطات المفضية إلى حماية مصلحة القاصرة ، فضلا عن تحديد سلطات الولي ومنعه من الجبر ، فإن مسـألة العضـل التي ألغاها القانون في نص المادة 12، ولا سيمـا في شـأن القاصرة ، تبقى دائمـا موضـوع مناقشـة .لأن المنع متى كان دون مسوغ شرعي اعتبـر عضـلا ، وهو المنع ظلما .[2] كما ورد في قوله تعالى في شـأن المطلقـات " **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ." [3] أما لو كان المنع لسبب مشـــروع ، لا يسمـــى عضـــلا . فإذا دعيت المرأة إلى الزواج من كفء ، أو خطبها كفء ، وامتنع الولي من تزويجه إياهـا دون مسـوغ شـرعي ، يكون لها عاضـلا ، وإذا كان سبب المنع مقبـولا فلسنـا بصدد العضل ، بل بصدد المنع المشروع . [4]

أما لو رفض الولي وأصرت القاصـرة على الزواج ، فإن بعض القوانيـن قضـت بتدخل القـاضي ليقدر ما إذا كان المنع مشروعا أو غير مشروع ، ثم يفصل بين الطرفين ولمصلحـة القاصر. هذا ما أكده نص الفصل السادس من قانون الأسرة التونـسي على أنه " زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم ، وإن امتنع الولي أو

---

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري .ج1 . ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ن 2004 ، ص125.

[2] علي محي الدين القرة داغي ،مبدأ الرضا في العقود .ج1. دار البشائر الإسلامية ، بيروت،1985.ص305.

[3] سورة البقرة ، الاية232.

[4] محمد الجنيدي ، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون .دار الثقافة عمان الأردن .2010،ص71 وما بعدها .

الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي ، والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه". كما ورد النص على ذلك أيضا في المادة21 من قانون الأسرة المغربي .

لقد تعرض القانون المدني الفرنسي إلى المنع بصورة أخرى ، مثّلها في الإختلاف الذي يثور بين الأب والأم في حال تزويج القاصر بين مجيز وممتنع . فمنح لوكيل الجمهورية حينئذ ، حق الإنضمام إلى من أجاز الزواج من بين الوالدين ، لأن الولاية بمقتضى هذا القانون مشتركة بين الوالدين ، كما هو الحال في القانون التونسي ، وتمتد الولاية أحيانا إلى مجلس الأسرة ،عند غياب الوالدين ، أو وجود مانع يحول دون توليهما تزويج من في ولايتهما.

كان المشرع الجزائري قد أشار إلى العضل المشروع ، أو المنع في نص المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل بما نصه " **لا يجوز للولي أن يمنع من 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 . غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت** ." فكان تأكيده على عدم عضل الثيب من الزواج متى كان أصلح لها عملا بقوله تعالى " **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ."[1] . كما كان حريصا في وضع استثناء، خص به البنت البكر؛ اعتبارا منه أنها قد لا تحسن الاختيار. وهذا ما اعتمده جمهور الفقهاء وعملت به غالبية القوانين الوضعية ــ كما أسلفت ــ إلا أن التعديل الأخير لسنة 2005 ألغى تماما نص هذه المادة ، ولم يستعض عنه بنص جديد . مما يستنبط منه أنه سلب الولي سلطة المنع من الزواج بغير الكفء للقاصرة ، ولا يمكن أن

[1] سورة البقرة ، الآية 232.

يستقر هذا بأي حال مـــن الأحوال ، طالما أن العضـــل المشـــروع هو في مصلحة القاصـــرة من جهة ، وحق للولي من جهة ثانية . أخيرا ، فإن إلغاء المادة 12 ق.أ.ج. يثير تساؤلا ، مفاده ؛ لو وقع اختيـــار القاصرة على زوج غير كفء ، انساقت وراءه وفق أهوائها ونزواتها ، أيبقـــى الولي حبيـــس إرادتها مع علمه يقينـــا أن هذا الزوج لا يصلح لموليته ، ومآل هذه الرابطة الفرقة إن عاجلا أم آجـــلا والـــولي هنـــا ، أدرى من القاضي في اختيار الزوج الأنســـب . إذاً ، ما هو المخرج القانوني لهذه الحـــالة علما أن النص القانون المعول عليه قد ألغـــي ؟

إن إلغاء المادة 12 يعني تجريد الولي تماما من حق الإعتراض ، ولا سيمـــا إذا كان الزوج مشتهرا بالفسق ، أو معتـــادا على الجريمـــة ، أو مرتكبا لجرائم تمس بالشرف ، أو مدمنا على مخدر أو سلوك سيء، فكيف يمكن قبوله ، ونحن نعلم أن الزواج لا يربط شخصيـــن فحســـب ، بل عائلتين . فكـــان على المشـــرع الإبقـــاء على الفقرة الثانية من المـــادة 12 الملغـــاة لأن قصور القاصرة في اختيار الزوج الأنسب يجعلها غـــالبا تســـيء الإختيـــار . كما أن إلغاء هذه المادة بفقرتيـــها يجعل الفقرة الثانية من المادة 11 ق.أ.ج. ، التي تقضي بتولي الولي زواج القاصرة غيـــر مجدية إطـــلاقا .وقد تحولت ولاية الإجبـــار على ولاية إختيار ، ويبدوا أن قصد المشرع من وراء إلغاء نص المادة 12، هو طالما أن مصطلح البكر الذي كانت تلازمـــه ولاية الإجبـــار قد الغي ، فلا بد من إلغاء هذا النوع من الولاية الذي يقتضي العضل .

إذا كان المشرع قد ألغى نص المادة 12 دون تعويضها ، فكيف أجـــاز للزوجة أن تطلب التطليـــق متى تبيـــن أن الزوج ارتكب جريمة تمس بشـــرف الأســـرة ؟(م53ق.أ.ج.) وإذا كان هذا الحق ممنوحا للزوجة بعد قيـــام الحياة الزوجـــية وإنجاب الأولاد أحيانا ، فمن باب أولـــى ألا يتم إبرام عقد الزواج مع زوج غير كفء ، لا سيما وأن من عنـــاصر الكفاءة ـــ في رأي الفقه ـــ عنصر حسن الخلق . ولا يتحقق هذا إلا

إذا منح للولي حق المنع . هذا ، خلافا لما ورد في القوانين المغاربية ــ كما أسلفت ــ باستثناء القانون الليبي الذي جارى القانون الجزائري .

بعد التعرض لجوانب الولاية يبقى السؤال الآتي مطروحا : ما هي الأسباب التي تؤدي بالولي إلى الإعتراض ، أهي أسباب شخصية أم موضوعية ، أم عرفية ، أكلّ الأسباب مقبولة للتمسك بها في اعتراض الولي على زواج موليته القــاصــرة ؟

غالبا ما يعترض الأولياء انتفاء الكفاءة في الزوج حتى يبرروا رفضهم لإبرام عقد الــزواج وكل يرى الكفاءة بمنظوره الخاص، فما هي الكفاءة إذاً ، وما حكمهــا ؟

4 ــ تعريف الكفاءة وحكمها:

الكفء في اللغة هو النظير أو المساوي ، لقوله صلى الله عليه وسلم :" المسلمون تتكافــى دماؤهم " ، أما في الزواج ، فتعني المماثلة بين الزوجين .

الأصل في البشرية المساواة لتأصل عنصر الإنســانية المشــترك فيهم ، غير أن التفاضل بين الأفراد يستند إلى مدى توافر الكفــاءة فيهم ،بدليل قوله تعــالى " **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** ." [1]

وقوله صلى الله عليه وسلم " الناس سواسية كأسنان المشط ،لا فرق بين عربي وعجمي إلا بالتقوى ." ليتــبين أن التفــاضل ثابت بالتقوى أو ما يستعاض عنه اجتماعيا بالســلوك . كما أن فقهاء الإسلام اجتهدوا في مدى اعتبار الكفاءة في الزواج من عدمه ، ثم في العناصر المنشئة لها .

[1] سورة الحجرات ، الآية 13.

أجمعت المذاهب على وجوب اعتبـــار الكفـــاءة في الزواج ، وخاصة إذا زوجت المرأة نفسها دون وليها ، مستـــندين لقوله صلى الله عليه وسلم " لا تنكحوا النساء إلا من الأكْفاء ولا يزوجوهن إلا الأولياء " [1] ، إلا ما عارض به الكرخي ــ من المالكية ــ بعدم اعتباره للكفاءة في الزواج ، مستندا في ذلك إلى ما قاله صلى الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنـــه ، وهو يرسله لبعض الأنصار :" قل لهم أن رسول الله يأمركم أن تزوجوني ." فهـــذا أمر من الرسول رغم انتفاء الكفاءة ولو كانت معتـــبرة لما أمر . كما أنها لو كانت كـــذلك لكان أولى الأبواب بالإعتـــبار بها ، باب الدماء ، طالما أن الشريف يقتـــل بقتـــله للوضيع.[2]

والرسول صلى الله عليه وسلم اهتم بشرط الكفاءة لقيام الحياة الزوجية ، وحث الأولياء على تزويج بناتهم للأكْفاء، ونهاهم عن العضل ،بما رواه عنه حاتم المزني :"إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبيـــر ، قالوا : يا رسول الله ، وإن كان فيه ؟ قال : إذا جاءكم .....ثلاث مرات ." فبيّن أن الكفاءة تنحصر في الدين وحسن الخلق ، سوى أن اجتهاد الفقهاء فصل في الحديث بما يلي :

أ ــ الدين : إن الدين أصل الكفاءة ، وهو خلاف التدين ؛ أي الحرص على العبادات واجتناب النواهي ، إلا إذا كان شيئا فاحشـــا ، بأن كان الفاسق ممن يسخـــر منه ويضحك عليه .[3]

---

[1] ابن قدامة ، المغني ج7،دار الفكر ، بيروت.ص372.

[2] الكاساني ، المرجع السابق .ص469.

[3] الكاساني ، المرجع السابق.ص473.أبو العباس الرملي ، نهاية المحتاج،ج6..دار الفكر ، بيروت .2004.ص258. أحمد الغزالي ، الوسيط في أحكام الأسرة .دار النهضة العربية. القاهرة .1999.ص241.

ويرون أن الكفـــاءة في الفجـــور معتبـــرة ، عملا بقوله تعالى :" **أَفَمَن كَانَ مُؤْمِناً كَمَن كَانَ فَاسِقاً لَّا يَسْتَوُونَ** ". [1]

ب ــ الحرفة أو الكسب ، هو عنصر ضروري ، إذ لا يعـــقل أن يقدم على الزواج من لا دخل له ،ثم يضيف المالكية والشافعية كلا من النسب والسلامة من العيوب. [2]

غير أن المتعارف عليه اجتماعيا هو الكسب وحسن الخلُق ، ذلك أن الزوج المعسر لا يطمئن إليه في الحياة الزوجية حيث يعجز عن النفقة فيعرض أسرته إلى الضياع والفاقة. حتـــى أن قانون الأسرة أجاز للزوجة طلب التطليق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ، شريطة ألا تكون عالمة بإعســـاره وقت الزواج .(م 1/53 ق.أ..)

وقد تعارف الناس الآن على ضرورة معرفة حرفة الزوج أو مصدر دخله أو مركزه الإجتماعي ضمانا لراحة الزوجة .

ج ــ أما من حيث حسن الخلق ، فإن السلوك السيئ المفضي إلى ارتكاب الجرائم يـــؤدي بطبيعة الحال بالإساءة إلى سمعة الأسرة ، ولا سيما إذا توبع الزوج قضـــائيا إثر أي جريمـــة ، وهنا أيضا أجاز القـــانون للـــزوجة طلـــب التطلـــيق (م 4/5 ق.أ.ج.)

أخيرا، فإن الكفاءة معتبرة في قول أكثر العلماء بأربعة أشياء : الدين ، الحرية ، النسب والصناعة ، ومنهم من أضاف السلامة من العيوب وكذلك اليسار .[1] يبقى أن أشير إلى وقت اعتبار الكفاءة ، ومن تعتبر فيه.

[1] سورة السجدة ، الآية 18.

[2] أبو العباس الرملي ، المرجع السابق .ص259.

5 ــ وقت اعتبار الكفاءة :

تعتبر الكفاءة حال العقد ،فإن كان الرجل كفئا للمرأة وقت إبرام العقد ثم تغيرت حاله بعده ، فليس لها ولا لأوليائها حق الإعتراض ، حيث العقد لا يفسخ أصلا بالأمور العارضة .

3 ــ الجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة :

أجمع الفقهاء على أن الكفاءة تعتبر في الرجل دون المــرأة ، لأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج من وضيعة ، وهو يلحق بالمرأة وأسرتها إن تزوجت من وضيع .ولأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع معه زوجته ، اما المرأة ، فلا . [2]

واستثناء من هذه القاعدة ، اعتبر الأحناف الكفاءة في جانب المرأة في حالتين : [3]

ــ **الأولى** :إذا زوج غير الأب أو الجد صغيرا بمن لا تكافئه ، فإن الزواج لا يصح ، رعاية لحق الصغير . أو زوجت المرأة نفسها دون ولي وبأقل من صداق المثل.

ــ **الثانية** :إذا زوج الوكيل موكله بامرأة لا تكاقئه ، ففي هذه الحالة لا ينفذ العقد ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . والغالب في العرف أن يحرص الراغب في الزواج على من يكافئه.

---

[1] سليمان ابو داود الأزدي ،سنن أبي داود ،ج1 .

[2] رمضان الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الإسلام .دار الهدى ، الإسكندرية .2006.ص126.

[3] الكاساني ، المرجع السابق .ص476.

6 ــ صاحب الحق في الكفاءة :

أجمع الجمهور على أن الكفاءة حق للمرأة ولوليها . ويثبت هذا الحق لكل واحد منهما على حده فلو أسقط حق أحدهما لم يسقط حق الآخـــر .إذ لو زوج الولي القاصرة بغير كفء سقط حقه في الإعتراض ولم يسقط حقهـــا .

لم يتعرض قانون الأسرة إلى مقومات الكفاءة في الزواج ، واكتفى بتوافر العقل والحرية وأهلية الزواج ، طالما أن توافر هذه العناصر قرينة عل توافر الكفاءة .

هذه الجملة من معايير الكفاءة لا يمكن للقاصـــرة أن تتبـــيّنها في الزوج ، وهذا أمر منوط بالولي ، فله أن يعترض عن الزواج متمسكا بانتفاء أحد هذه العناصـــر

هذا عن سلطـــات الولي في الزواج ، فهل من تدخل له في الطلاق ؟.....

7 ــ سلطة الولي في فك الرابطة الزوجية :

قد يحدث ، يقدم الزوج القاصر على الطلاق أو تضطر الزوجة القاصرة إلى طلب التطليق أو الخلع ، فإن هذين الزوجين ثابت من انصراف إرادتهما إلى إحداث هذا التصرف . غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص المادة 437 ، قد نص على أنه " عندما يكون الزوج ناقص الأهليـــة يقدم الطلب باسمه من قبل وليـــه أو مقدمه حسب الحالة ."

هذه المادة جاءت لاحقة للمادة 436 التي تنص على رفع دعوى الطلاق .ويتبين هنـــا أن المشرع عاد إلى الولـــي ثانية لينيبـــــه شكلا عن موليه القاصر ، ذكرا كان أم انثى ، طالما أن لهذا الأخيـــــر حق المطالبة القضائية لحق ثابت له ، وعدم أحقيته في رفع الدعوى إلا بواسطة ولي أو مقـــدم . ويرى بعض النقاد أن للولي أن يراجع القضاء من

أجـــل طلب الحكم بطلاق المجنون لزوجته متى تبين أن استمرار الحياة الزوجية تضر بالمجنون ، بل ، وله أن يطلب ذلك من النيابة العامة باعتبارها طرفـــا أصليا في كل ما تعلق بشـــؤون الأسرة .[1] ويمكن القياس على هذا في شـــأن الزوجة القاصرة المتضررة من زوجهـــا ، ولاسيما إن كان أساس الضرر جريمة تمس بشـــرف الأسرة .

8 ــ الخاتمـــــة

إن اختلاف المذاهب الفقهية في شـــأن وجوب الولي في عقد الزواج جبرا أو اختيارا يعود أســـاسا إلى اختلافهم في صحة الأحاديث من عدمهـــا.ولكل حجتـــه . فالمشرع الجزائري اعتنق فيما قبل 2005 المذهب المالكي ، كما أن اجتهادات المحكمة العليا كانت مستندة على نفس المذهب الذي كان يثبت ولاية الجبـــر على البكر مهما بلغ سنها ، وولاية الشركة على الثيب.غير أن التعديل الأخير جاء بتغيير وجهة المشرع من المالكية إلى الحنفية التي تعتمد العقل أساس الولاية بدلا من البكارة والثيوبة . الأمر الذي لا يبدو مستقيمـــا لدى المشرع أنه قيد سلطة الولي في زواج القاصرة تقييدا بلغ به حد سلبه سلطة ومنع صغيرته من الزواج متى تبين له أنه ليس في صالحها بالنظر إلى تجربته وشفقته على موليته . مما جعل ولاية اختيار على الراشدة متساوية مع ولاية الجبر على القاصرة .لذا ، أرى أن للمشرع أن يراجع مسألة إلغاء المادة 12 من قانون الأسرة ، ولا سيما الفقرة الأخيرة منها .

[1] محمد الكشبور ، شرح مدونة الأسرة .ج2 . انحلال ميثاق الزوجية . مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء .2009.ص34.

قائمـــــــــــة الفهـــــــــارس

1 ــ عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري.مكتبة النهضة العربية، القاهرة، سنة2006، ص153.

2 ــ الكاســـاني ، بدائع الصنائـــع ،ج2 ،دار الفكر بيروت ،بدون سنة ،ص358

3 ــ عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة. منشورات جامعة عنابـــة ،سنة 2006 ص146.

4 ــ ابن حزم ، المحلى .ج9 ، دار التراث ، القاهرة ،بدون سنة ، ص 455

5 ــ الأمر رقم 70ــ20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389، الموافق19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

6 ــ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسر ة الجزائـــري ،ج1. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر ، سنة 2004 ، ص125

7 ــ علي محي الدين القرة داغي ، مبدأ الرضا في العقـــود ج1 ، دار البشائر الإسلاميـــــة بيروت، سنة1985، ص 305.

8 ــ سورة البقرة ، الاية 23.

9 ــ محمد الجنيدي ، عضل النساء والتفريق للشقاق ، بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة ، عمان الأردن ، سنة 2010 ص71 وما بعدهـــا .

10ــ سورة البقـــرة ، الاية 23.

11 ــ سورة الحجرات ، الآية 13.

12 ــ ابن قدامة ، المغني ، ج7 ،دار الفكر ،بيروت ، بدون سنــة ، ص372 .

13 ــ الكاساني . المرجع السابق . ص469

14 ــ الكاساني ، المرجــع نفســـه ، ص473 ، ابو العباس الرملي ،نهاية المحتـــاج ، ج6 ، دار الفكر ، بيروت ،سنة 2004 ،ص258 أحمد الغزالي، الوسيط في أحكام الأسرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،سنة 1999، ص241.

15 ــ سورة السجــدة ، الآية 18.

16 ــ أبو العباس الرملي ، المرجع السابق . ص259.

17 ــ سليمان أبو داود الأزدي ، سنن ابي داود ،ج1 .

18 ــ رمضان الشرنباسي ،، أحكام الأسرة في الإسلام .دار الهدى ، الإسكندرية ، سنة 2006، . ص126.

19 ــ الكاساني ،المــرجع الســابق ، ص476.

20 ــ محمد الكشبور ، شرح مدونة الأسرة ،ط2 ،انحلال ميثاق الزوجية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2009،ص34.