جامعة مولاي إسماعيل
UNIVERSITÉ MOULAY ISMAÏL

الكلية المتعددة التخصصات
FACULTÉ POLYDISCIPLINAIRE

ماستر قانون المنازعات

وحدة المنازعات الأسرية

الفوج الثاني

عرض تحت عنوان

المنازعات المتعلقة بالولاية في الزواج

من إعداد الطلبة :

الداني محمد

وسليمان خاليد

اسليماني زكرياء

محارزي عبد الفتاح

تحت إشراف :

الدكتورة فاطمة الزهراء علاوي

السنة الجامعية : 2019/2018

مقدمة

من المعلوم أن الأسرة تعتبر النواة الأولى للمجتمع، وأن سعادة الفرد فيها تقدر بالسعادة التي ترفرف على الأسرة وأن رقي المجتمع وحضارته لا يتحققان إلا بالإعتناء بالأسرة، وبرعايتها، ولهذه الغاية أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، إذ خصتها بأحكام تفصيلية أكثر من غيرها، حيث نجد التدقيق والتفصيل وتكرار القول في الزواج والطلاق وكل الأسرة، ما لا نجده في غيرها رعيا لما للأسرة من دور رائد وفعال في الإصلاح والتجديد والبناء، بناء الإنسان، والمجتمع والحضارات والثقافات، وبالتالي فهي مصدر كل تنمية في مختلف المجالات، ولذا كانت العناية والإهتمام بالأسرة.

ويعتبر الزواج المدخل أو الخطوة الأولى لبناء الأسرة، فهو ميثاق ومؤسسة اجتماعية ترتقي بالإنسان من دائرة الحيوانية إلى العلاقات الروحية لما يتميز به من ربط الأسر برباط وثيق قائم على المودة والرحمة، لقوله تعالى { وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا }[1].

وفي هذا السياق فإننا نلامس ملامح العناية والتجديد والحداثة في مدونة الأسرة، حيث جاءت بمستجدات جد مهمة للحفاظ على كيان الأسرة وتماسكها ، ومن بينها جعل الولاية للمرأة الراشدة تمارسها حسب اختيارها ومصلحتها، ففي هذا الصدد فإن عقد المرأة زواجها بنفسها من المسائل التي اختلف فيها العلماء قديما وحديثا نظرا لاختلاف الأدلة التي تتناولها، لذا كانت الولاية بمعناها العام قديمة قدم الإنسان.

وتظهر أهمية دراسة الولاية في أن الإنسان بشكل عام لا يستطيع أن يعيش لوحده، بل لا بد له من اختلاط وتمازج مع الآخرين، فهو مدني بالطبع يأنس بأخيه الإنسان، ويسعى للتعاون معه على مشاق الحياة، إلا أن الولاية في الزواج بالتحديد تثير إشكالات سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو الواقع العملي، و تبرز أهمية الموضوع الذي بين أيدينا من الناحية العلمية في كونه يشكل موضوعا خصبا لدى كل من الفقه المغربي بشكل خاص و الفقه العربي بشكل عام، أما من الناحية العملية فإن هذا الموضوع لا زال يثير جملة من الإشكالات .

وبالتالي فإن الموضوع يعتليه عدة اشكالات منذ الأزل ومازال إلى حدود الساعة، خصوصا فيما يتعلق بتنزيل النصوص القانونية، وفي خضم هذه الإشكاليات يظهر إشكال محوري نسعى للإجابة عنه في مقتضيات بحثنا المتواضع يتجلى في :

[1]- سورة النساء، الآية 21 .

إلى أي مدى وُفِّقَ المشرع المغربي في ضبط أحكام ولاية التزويج في قانون مدونة الأسرة بما يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والأعراف السليمة في الزواج للمجتمع المغربي ؟

ويتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من الأسئلة الفرعية التالية :

كيف عالج الفقه الإسلامي الولاية في الزواج ؟ وما هي الصعوبات الواقعية للولاية في الزواج ؟ وما موقف التشريعات المقارنة منها ؟

و في صدد معالجتنا لهذه الإشكالية يقتضي منا تعددية المناهج من قبيل الإستعانة بالمنهج التحليلي و ذلك بتحليل بعض النصوص القانونية، و كذلك المنهج المقارن بإستحضار تشريعات بعض الدول العربية الأخرى.

هذه الإشكالية وغيرها من الأسئلة المتفرعة عنها سوف نعمل على معالجتها في ضوء التصميم التالي :

المبحث الأول : الولاية في المفهوم و مختلف التوجهات الفقهية

المبحث الثاني : موقف المشرع المغربي و التشريعات العربية من الولاية في الزواج

المبحث الأول : الولاية في المفهوم و مختلف التوجهات الفقهية

إن مكانة ولاية التزويج مستمدة من أهمية الزواج الصحيح الذي ينتج أسرة مستقرة امنة تحقق مقاصدها، و بالتالي حاول الباحثين و المهتمين بوضع تعريف مناسب للولاية في الزواج، و كذلك إبراز مختلف المحطات التاريخية (المطلب الاول)، كما أن الرجوع إلى فترة تاريخية سابقة يتضح جدال الفقهاء حول الإعتداد بالولاية في الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الولاية وتطورها

لقد شرع الله عز وجل الزواج وجعله عقدا مقدسا لاستمرار النفوس والتقريب بين الشعوب. غير أن الزواج لا يقوم إلا إذا وجدت فيه شروط لا تجعل منه عقدا صحيحا ومن بين هذه الشروط ولاية التزويج، ونظرا لأهمية الولاية كشرط أساسي في عقد الزواج سنحاول تقسيم هذا المطلب الى فقرتين سنخصص الأولى لتعريف الولاية وأنواعها (الفقرة الأولى) على أن نتحدث في الثانية عن أصناف الولاية وتطورها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعريف الولاية وأنواعها

تعددت تعاريف الولاية في الزواج و اختلفت التصورات، و ذاك ما سنعمل على توضيحه من خلال تعريف الولاية (أولا) و الذي من خلاله سنقوم بتحديد أنواع الولاية (ثانيا).

أولا :تعريف الولاية

تعتبر الولاية من أهم ما جاءت به الشريعة الإسلامية في إطار الأسرة فهي سلطة يقررها الشرع، وذلك للحفاظ علي المرأة وصون كرامتها من كل غصب و ضياع.

وفي تعريفنا للولاية فقد إختلفت بشأنها التعريفات الإصطلاحية الفقهية نستحضر بعضها من قبيل أن الولاية حق شرعي، ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه، و هي ولاية عامة، وولاية خاصة، و الولاية الخاصة ولاية على النفس، وولاية على المال. و الولاية على النفس هي المقصودة هنا أي ولاية على النفس في الزواج.[1] كما عرفها أيضا بعض الفقه اللبناني[2] على أن الولاية هي أن يتولى الشخص أمر غيره. أما الولاية من الناحية القانونية هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات آثرها في حق هذا الغير، و تستمد هذه إما مباشرة من القانون أو من حكم

[1]- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مطبعة الفتح للإعلام العربي القاهرة مصر، ص 82.
[2]- نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، طبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، 2010 م، ص 179.

القاضي أو من الغير نفسه. و يمكن تعريف الولاية كذلك بأنها سلطة يملك بها الإنسان القيام على شؤون غيره، و هي لا تكون سلطة شرعية إلا إذا كانت رعاية لمصالح غيره بمقتضى الشرع.[1]

أما المشرع المغربي بشأن الولاية و كغيره من التشريعات فلم يضع لها تعريف محدد في مدونة الأسرة بل اكتفى بالإشارة إليها في المواد 20 و21 و24 و غيرها وذلك ليس قصورا و لا تجاهلا من المشرع، إذ أن مهمته تنحصر في سن الأحكام و القواعد القانونية، ليتولى الفقه تلك الأحكام بالشرح و التحليل سواء عن طريق الدراسات القانونية أو الاجتهادات الفقهية للقضاة، كما أن مسألة وضع التعاريف هي مسألة فقهية بإمتياز و ليس من إختصاص المشرع المغربي.

ثانيا : أنواع الولاية

يقسم فقهاء القانون الولاية إلى قسمين، ولاية قاصرة وهي الخاصة بشؤون الشخص وحده، وولاية متعدية وهي التي تكون متعلقة بشؤون غيره، والولاية المتعدية بدورها تنقسم إلى قسمين : ولاية على المال وولاية على النفس:

ولاية على المال : يقصد بها السلطة التي تثبت للشخص على أموال شخص أخر هو المولى عليه، حيث يحق له بمقتضاها إبرام العقود والتصرفات على أموال شخص أخر هو المولى عليه، حيث يحق له بمقتضاها إبرام العقود والتصرفات القانونية كالبيع والشراء، ومثالها ولاية المقدم على أموال المجنون المحجور عليه[2]

ولاية على النفس : هي التي تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كولاية الحضانة والتزويج[3]، فهذه الولاية تثبت للولي وتعطي له سلطة التصرف في الشؤون غير المالية للمولى عليه والمتعلقة بشخصه، كولاية حضانته وتربيته وتعليمه وتزويجه، ويمكن أن تكون الولاية على النفس والمال معا كولاية الأب على أولاده القاصرين[4]، والذي يهمنا من هذه الموضوعات هو النوع الثاني المتعلق بالولاية على النفس وخصوصا المتعلقة بالزواج[5].

وهذه الولاية المتعلقة بالزواج على نوعين: فقد تكون ولاية إجبار وهي التي تخول للولي الحق في تزويج المولى عليها دون أخذ رضاها، وقد تكون ولاية إختيار أو إستجابة وهي

[1]- عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الأول، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى، المدينة المنورة - السعودية، 2002، ص 25.
[2]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، مطبعة الجسور، وجدة، 2013-2014، ص:97.
[3]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى2016، توزيع مكتبة الرشاد سطات، ص:78.
[4]- إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص:97.
[5]- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص:78.

الولاية الإختيارية :هي التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج بناء على إختيار المولى عليها، وهذه الولاية تثبت لكل الأولياء عموما لا فرق بين ولي وولي، فلا يراعى الترتيب بين الأولياء فيها، حيث يكون الخيار لها[1]. كما يقصد بولاية الإختيار أنها الولاية التي تكون فيها للمرأة البالغة العاقلة أن تعقد زواجها بنفسها وبناء على إختيارها، وهذا ما ذهب إليه الحنفية فهم يجيزون زواج المرأة لنفسها، غير أنه يستحب أن تترك لوليها عقد الزواج نيابة عنها، إذ يستحسن أن تستشير وليها حتى لا توصف بأنها خارجة عن التقاليد والأعراف[2].

الولاية الإجبارية : ولاية الإجبار هي التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج إستقلالا دون تدخل من المولى عليه، وقد أطلق عليها بعض الفقهاء (ولاية إستبدادية) لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه[3].

ويرى الفقهاء أن ولاية الإجبار تثبت بوجود هذه الأسباب:

- الصغر: الصغير مميز أو غير مميز لا يستطيعون مباشرة عقد زواجهما.

- الجنون والعته : تثبت ولاية الإجبار على المجنون والمجنونة وكذلك على المعتوه والمعتوهة، والعلة من منع المجنون والمعتوه عن تولي زواجهما هو ضعف العقل الذي سبب لهم العجز وعدم الإدراك[4].

الفقرة الثانية : أصناف الولاية وتطورها في التشريع المغربي

لقد أثار موضوع الولاية جدلا يتعلق بالقرابة ومن هم الأولى بهذه الولاية وتحديد الأولياء ودرجة قرابتهم من المولى عليها، كما أن الولاية في الزواج عرفت تطورا مهما في التشريع المغربي، وعليه ستتمحور دراستنا لهذه الفقرة حول أصناف الولاية (أولا) وتطور الولاية في التشريع المغربي (ثانيا).

أولا: ترتيب الأولياء

يقصد بترتيب الأولياء ذكر من له الأولوية في الولاية على غيره سواء عند الإنفراد أو الإجتماع.

---

[1]- صادق سالم، الولي في الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي2015/2014، ص14.

[2]- جرمون أسيا، فرجوخ وداد، القرابة في ولاية التزويج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2015/2014، ص7.

[3]- صادق سالم، الولي في الزواج، مرجع سابق، ص:14.

[4]- جرمون أسيا، فرجوخ وداد، القرابة في ولاية التزويج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات ،مرجع سابق، ص 6.

ذهب جمهور العلماء منهم مالك و الثوري و الليث و الشافعي إلى أن الأولياء في الزواج هم العصبة و ليس للخال، و لا لولد الأم، و لا لأي من ذوي الأرحام ولاية. قال الشافعي" لا ينعقد نكاح إمرأة إلا بعبارة الولي القريب، فإن لم يكن بعبارة الولي البعيد، فإن لم يكن بعبارة السلطان"، أي أن الترتيب عنده يجب أن يكون هكذا : الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم الأخ للأب و الأم، ثم الأخ للأب، ثم ابن الأخ للأب و الأم، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه. على هذا الترتيب، ثم الحاكم. أي أنه لا يزوج أحد و هناك من هو أقرب منه، لأنه حق مستحق بالتعصب، فأشبه الإرث، فلو زوج أحد منهم على خلاف هذا الترتيب المذكور لم يصح الزواج. فإن زوجت نفسها بإذن الولي، و بغير إذنه بطل الزواج[1].

وعند أبي حنفية أن لغير العصبة من الأقارب ولاية التزويج، ولصاحب الروضة الندية تحقيق في هذا الموضوع قال : الذي ينبغي التعويل عليه عندي هو أن يقال : " إن الأولياء هم قرابة المرأة : الأدنى فالأدنى، الذين تلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفء، وكان المزوج لها غيرهم"[2] .

وعند تساوي الاقرباء في الجهة والدرجة يكون التفاضل بينهم بقوة القرابة فإن كان إخوة يقدم الأخ لأبوين على الأخ لأب وهكذا، وعند تساويهم في الجهة والدرجة وقوة القرابة مثلا أن يكونوا جميعا إخوة أشقاء أوكانو جميعا إخوة لأب ثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة وأي واحد منهم تولى العقد كان العقد صحيحا ونفذ على الباقين ولايحق لأحد منهم الإعتراض عليه.[3]

ثانيا: تطور الولاية في التشريع المغربي

قبل صدور مدونة الأحوال الشخصية، كان فقهاء المالكية يعتبرون الولاية في الزواج ركنا من أركانه ومنهم من إعتبرها شرطا من شروطه ومنهم من لم يعتبرها كذلك، وبعد صدور مدونة الأحوال الشخصية في سنتي 1957 و 1958 تعرضت لشروط الولاية في الزواج كما أن التعديلات الجزئية لسنة 1993 شملت موضوع الولاية إلى أن جاءت مدونة الأسرة لسنة 2004 فإتخذت موقفا بإلغاء الولاية على الراشدة في الزواج، وهذا ما سنحاول توضيحه بإختصار:

فمدونة الأحوال الشخصية تأثرت إلى حد بعيد بمذهب الإمام مالك بالنسبة لموضوع الولاية في الزواج، حيث أن المرأة لا تباشر العقد ولكن تفوض لوليها بأن يعقد زواجها.

[1]- السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص 87 .
[2]- السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص 88 .
[3]- فاروق عبد الله كريم،" الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي"، السنة 2004، ص 90 .

وبخصوص تعديلات 1993 فقد شمل التعديل الفصل الخامس والفصل الثاني عشر من المدونة[1]، فالفصل الخامس ينص على ما يلي "

1- لايتم الزواج إلا برضا الزوجة وموافقتها وتوقيعها على ملخص عقد الزواج لدى العدلين ولا يملك الولي الإجبار في جميع الحالات مع مراعاة باقي مقتضيات الفصلين 12و13 بعده.
2- يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوجة أو نائبه ومن الولي. . ."[2]

وينص الفصل 12 على ما يلي : " 1- الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك.

2- تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها.

3- توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها.

4- للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء"[3].

أما مدونة الأسرة لسنة 2004[4] فقد نصت في المادة 24 على أن "الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب إختيارها ومصلحتها " وأضافت المادة 25على أن "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

ولعل من أهم التعديلات الجوهرية التي عرفتها مدونة الأسرة هو أن الولاية أصبحت حقا للمرأة بقوة القانون وذلك بمجرد بلوغها سن الرشد، حيث لها أن تعقد على نفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها[5].

المطلب الثاني : الولاية في الزواج بين الفقه الإسلامي وجدلية الواقع العملي

أثار الفقه الإسلامي نقاشا كثيرا حول الولاية في الزواج، فكل مذهب من المذاهب إلا وله وجهة نظر خاصة تشخص تصوراته بشأن ولاية التزويج انطلاقا من مقاصد الشريعة السمحاء، حيث تبنى جمهور العلماء ضرورة الولاية في الزواج، في مقابل جعلها الحنفية

[1]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق، ص: 100 ومابعدها.
[2]- الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية.
[3]- الفصل 12 من مدونة الأحوال الشخصية.
[4]- ظهير شريف رقم1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة (5 فبراير 2004).
[5]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

شرطا ثانويا، وهذا ما سنبحث عنه في الفقرة الأولى، لنمعن النظر في جدلية الفقه بخصوص ولاية التزويج في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : الولاية في الفقه الإسلامي

اصطلح الشافعية والمالكية على اعتبار الولي ركنا من أركان الزواج، لا يتحقق عقد الزواج بدونه، و اصطلح الحنابلة والحنفية على اعتباره شرطا لا ركنا، و حددوا الأركان في الإيجاب والقبول، إلا أن الحنفية اعتبروا الولاية شرطا لصحة زواج الصغير والصغيرة، و المجنون والمجنونة ولو كبارا، أما البالغة العاقلة، سواء كانت بكرا أو ثيبا، فليس لأحد عليها ولاية الزواج، بل لها أن تباشر عقد زواجها ممن تحب بشرط أن يكون كفؤا لها، وإلا كان للولي حق الإعتراض وفسخ العقد. من هذا المنطلق يتبين أن الفقه المالكي يجمع على أن الولاية ركن وشرط في صحة عقد الزواج، كما أسلفنا القول في هذا فابن عاصم يعتبر أن الولاية ركنا في صحة عقد الزواج، أما الجمهور بما في ذلك المالكية أيضا يعتبرون أن الولاية شرط في صحة الزواج، وهو خلاف لا يؤثر في النتيجة، لأن اعتبار الولاية شرطا يؤدي إلى نفس الجزاء المترتب على اعتبارها ركنا[1].

فالولاية بالنسبة لهؤلاء تتوجه إلى الوجود والصحة[2]، وعلى هذا الأساس لا يصح للمرأة أن تزوج نفسها، فإن فعلت دون وليها يفسخ الزواج قبل الدخول أو بعده، غير أن الحنفية يرون أن النفي يتوجه إلى الكمال، أي لا نكاح كامل إلا بولي، واستدل أصحاب هذا الرأي بقول صلى الله عليه وسلم " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، فالولاية بالنسبة لهم ليست شرطا من شروط الإنعقاد، والزواج يعتبر صحيحا ولو انعقد بدون ولي[3].

و ذهب الحنفية إلى أنها حين تزوج نفسها تتصرف في خالص حقها، لأن نفسها مملوكة لها وهي عاقلة. ويذهب البعض إلى أن البكر لا يزوجها إلا وليها، أما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين وليس للولي في ذلك اعتراض[4].

و للفقه آراء كثيرة، كما سبق وأن وضحنا و يمكن تلخيص ذلك فيما يلي :

الرأي الأول: أخذ به جمهور الفقهاء واعتبر الولاية ركنا في عقد الزواج ولا يمكن للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، ولا توكل غير وليها، فهي لا تملك تزويج نفسها ولا يمكنها

[1]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص81.

[2]- إضافة إلى الجمهور، هناك الكثير من القائلين بالولاية على فرض أنها ركن في العقد أو شرط صحة، منهم عمر و علي و ابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة و عائشة رضي الله عنهم، وإلى ذلك ذهب سعيد بن المسيب و الحنفي و عمر بن عبدالعزيز، وجابر بن زيد الثوري و ابن ليلى و ابن شبرمة، و ابن المبارك و عبد الله العنبري و الشافعي و ابن حزم و إسحاق و ابو عبيد، وذهب إلى ذلك المالكية و الحنابلة، ومنهم كذلك ابن قدامة و ابن حزم.

[3] - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص81.

[4]- محمد الأزهر، مرجع سابق، ص 81.

تمليك غيرها ما لا تملك، حيث يزوجها وليها دون غيره كيفما كانت وضعيتها بكرا أم ثيبا صغيرة أم كبيرة وإن كان لابد من رضاها[1]، و استدلوا في ذلك بقوله تعالى **"وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"**[2] .

و يذهب الفقه الحديث إلى تأييد ذلك لكون الزواج عقد عظيم الخطر لكونه عقد العمر، وتترتب عليه آثار خطيرة، فالمصلحة تقتضي الحذر فيه لأنه يحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال، ولا يصح الزواج بدون ولي لأن النفي فيما سبق نفي صحة لا نفي الكمال، والزواج بغير الولي يعتبر باطلا[3].

و نذهب إلى تأييد هذا الرأي لما فيه من صواب، فحضور الرجال إلى جانب بعضهم يضفي على الزواج نوعا من الأمان والإهتمام و الإحترام و كذا إعطاء صورة قوية للزوجة وعائلتها، وحتى لا تنساق بسرعة أو تتأثر و يتم خداعها أو شيء من هذا القبيل. كما أن القرآن الكريم والسنة النبوية أثبتا على ضرورة الولاية في الزواج.

الرأي الثاني: و الذي أخذ به أبو حنيفة وأبي يوسف، حيث أجاز للمرأة أن تزوج نفسها وغيرها وأن تنشئ عقد الزواج بعبارتها دون إشراك وليها في ذلك، ويمكن للولي أن يعترض إذا زوجت نفسها ممن هو غير كفء لها[4].

اختلف الفقه تعداد الأفراد الذي تثبت لهم الولاية على المرأة في الزواج، ونكتفي بالإشارة إلى رأيين اثنين تندرج فيهما عموما باقي الآراء.

الرأي الأول : وهو لأبي حنيفة الذي يثبت الولاية للأقارب سواء كانوا من العصبة أو من ذوي الأرحام، وأساس رأيه هذا أن سبب الولاية هو ما يتصف به الولي من شفقة وحنان على المولى عليها يحملانه على الحرص على مصالحها، والسعي لإختيار الزوج الذي يسعدها، ولاشك أن الشفقة والحنان كما يوجدان في العصبة يتفقان كذلك في ذوي الأرحام، لأن الجميع تربطهم لحمة النسب بالمولى عليها، نعم عند الإجتماع يقدم العصبة على ذوي الأرحام .

والرأي الثاني : يقول به أغلب الأئمة، وكثير من فقهاء المذهب الحنفي نفسه، يذهب إلى قصر الولاية على العصبة دون ذوي الأرحام، وأساس هذا الرأي أن سبب الولاية ليس الشفقة و العطف على المولى عليها، كما يقول أبو حنيفة، بل هو تفادي الإضرار بسمعة

---

[1]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص81.
[2]- سورة البقرة، الآية 232.
[3]- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ..." سنن الترميذي وفي حديث آخر: "لا نكاح بدون ولي..." سنن ابن ماجة.
[4]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص83.

العائلة واعتبارها الإجتماعي فيما إذا تزوجت المرأة بزوج غير كفء لها، أو بأقل من صداق مثلها، والذي يمثل مصالح العائلة وحقوقها المعنوية، هم العصبة دون ذوي الأرحام، فتعين أن يكون الولي من الأولين دون الأخرين[1].

الفقرة الثانية: جدلية الولاية على مستوى الواقع العملي

عرفت الولاية في الزواج محط تقاطع ومناط تجاذبات وتقاطبات عدة بين العديد من الرؤى منها مؤيد لإجباريتها (الفقرة الأولى) ومعارض لهذا الوضع (الفقرة الثانية) وكل اتجاه له من المبررات ما يفسر فحوى طرحه.

أولا : المؤيدون للولاية في الزواج

إن الولاية باعتبارها شرط من شروط عقد الزواج له أهمية بالغة ووازنة في تحقيق عقد الزواج ، حيث أن حذف شرط الولي تبقى الشروط الأخرى لا معنى لها ، فالسؤال هنا ما نسبة نجاح هذا النوع من الزواج ؟ فإذا أرادت الفتاة لنفسها مستقبل مشرف عليها الإهتمام بالأب أو الولي محل الزواج ، وهنالك من يرى أن محصلة الزواج بالتراضي دون حضور الولي تفسد القيم والأخلاق ، وقد تكون سببا في الطلاق، لذلك فإن وجود الولي يمثل إكراما للبنت وتقوية لمكانتها الإجتماعية ، كما أن من شأن عدم إدراج شرط الولاية قد يؤدي إلى خلق مشاكل اجتماعية كالتفكك الأسري وفقدان التوافق بين الأسر.

وأيضا فإن مثل هذه الآراء التي تطالب بإسقاط الولاية قد يمهد لصراعات وايديولوجيات لا يحتاجها المجتمع المغربي خصوصا على المستوى الفكري والثقافي، لذلك فإن الشذود عن المنظومة والقاعدة الإلهية ستصبح إشكالية ، ذلك لعدة أسباب منها : الإخلال بشرع الله ، وبطبيعة وخصائص المجتمع المغربي الممتد والمتداخل الذي مازالت تسيطر عليه الحميمية الأسرية والمشورة والتقصي في مسائل الزواج، وبالتالي فكيف لمجتمع أن يعطى فيه المرأة صلاحيات تتجاوز العرف الإجتماعي ؟

وعموما فإن زواج الولي يحقق عدة مزايا أهمها بر الوالدين وحماية المرأة وصون عرضها ، حيث أن الإسلام لم يجعل ولاية الولي مطلقة غير مقيدة أو مشروطة بل اشترط الولي العدل الذي لا يمنع موليته من النكاح، فإن كان غير عدل في ولايته كفساد دينه أو رأيه فتسقط عنه الولاية وتنتقل إلى أحد الأقارب حسب الترتيب الشرعي ، أو إلى القاضي فهو ولي من لا ولي له ، فسلطة الأب على ابنته ليست مطلقة بل يقتصر وجوب رأي الولي على البنت القاصر التي لم تبلغ سن الزواج ولا تفقه مصلحتها في اختيار الرجل المناسب وبعد البلوغ تتحول إلى ولاية مشورة ونصيحة وتوجيه ، وليست ولاية تسلط وتحكم

[1] عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ص79.

واستبداد[1]، ومن هنا فإن وجود الولي هو الملاذ الآمن والملجأ الحصين للمرأة ، لذلك فإن إلغاء شرط الولي من الزواج لا يهدف أبدا إلى رفع مكانة المرأة ومساواتها مع الرجل كما يدعي البعض، وإنما هو احتقار وإهانة لها.

إن الحكمة التي من أجلها شرعت الولاية في الزواج كثيرة ومتعددة لا تخفى على كل عاقل منصف يحب الخير لبناته ولأبنائه، وما شرع الله شيئا إلا لمصلحة العباد والبلاد ، فإذا كان عقد الزواج يختلف عن سائر العقود الأخرى لما يترتب على إنشائه من آثار قد لا تقتصر تلك الآثار على الزوجين فقط بل تمتد حتى إلى الأسر والأقارب بصفة عامة ، وكان من اللازم في حالة اختلاط أسرة بأسرة أخرى قصد الزواج أن يبدي كل من الأسرتين رأيه في هذا الزواج سدا للذرائع ومحافظة على مصلحة الخاطب والمخطوبة مستقبلا ، لأنه مخطئ كل الخطأ من يرى أن الزواج هو ارتباط بين رجل وامرأة فقط، لا ثم لا ، الزواج هو ارتباط عاطفي نعم بين رجل وامرأة ، ولكنه ارتباط كذلك رحمي وأسري بين أسرتين معا، فإذا حصل شجار ونزاع وأدى الأمر إلى الطلاق بين الزوجين ، فإن حرقة الطلاق قد لا يقتصر تأثيرها على الزوج والزوجة فحسب بل قد تمتد إلى الوالدين والأطفال والأخوال والأعمام وهلم جرا[2] .

فالزواج علاقة شراكة تعني الجمع بين عائلتين ، وقد تكون بين قبيلتين أو قريتين أو مملكتين يندمج فيها الزوجان بعائلتيهما ، وليس الزواج مجرد عقد بين شاب وشابة فكل ما يترتب على الزواج ينسحب على العائلتين المتصاهرتين سلبا أو إيجابا ، فزواج ابنهما أو بنتهما قد يشرفهما أو يذلهما ويلحق بهما الإهانة ، ولذلك كان حضور وموافقة الولي شرطا أساسيا لعقد الزواج بما فيه مصلحة للمرأة والرفع من قيمتها ، وكذلك الحفاظ على الروابط الأسرية التي تربط بين المرأة وأقاربها وأهل زوجها[3] ، وبغير وجود الولي قد تنساق وراء هوى نفسها لأن المظاهر خداع ، قال فيه صلى الله عليه وسلم " حبك الشيئ يعمي ويصم "[4] .

وإن القائلون بصحة زواج المرأة بدون ولي فحججهم في ذلك أن بعض الأولياء قد يضيقون على بناتهم فيزوجونهم عنوة ولا يتركون لهن حرية الإختيار، وهناك من يرى وجود الولي صورة من صور القصور على المرأة خاصة إذا بلغت مراتب عالية في المعرفة والعلم، بينما تعتبر قاصرة في عقد زواجها ، وحتى إن سلمنا جدلا بأن هذا الطرح مشروع ومعتبر إلا أن الإسلام قد حسم هذا الإشكال ولم يغفل عن حق المرأة في اختيار من

[1]- أبكر عبد البنات آدم، " الولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين أو الإجبار - دراسة فقهية مقارنة- "، مقال منشور بمجلة جيل الدراسات المقارنة ، العدد الخامس، أكتوبر 2017، ص 48.

[2]- إدريس اجويلل، " شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق "، الجزء 1 ، مطبعة انفو_برانت ، ص 99 .

[3]-أبكر عبد البنات آدم، " الولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين أو الإجبار - دراسة فقهية مقارنة- " ، مرجع سابق ، ص 50.

[4]- أخرجه أبو داود في السنن عن أبي الدرداء ،" كتاب الآداب باب في الهوى" ، 4/334، حديث رقم 5130 .

تحب أو ترغب الزواج به، وقد منع الإسلام العضل وهو منع المرأة أن تتزوج ممن ترغب فيه بدون عذر شرعي أو إجبارها أن تتزوج بمن لا ترغب فيه ، لقوله تعالى " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف .."[1] .

ثانيا : الرافضين للولاية في الزواج

الواقع أن المبررات التي يستند إليها المؤيدين لشرط الولاية في الزواج هي مبررات هشة ، إذ لا يعقل حرمان المرأة من أحد أسمى حقوقها وهو الحق في العقد على نفسها مراعاة لمصلحتها الشخصية التي تستقل بتقديرها[2]، كما أن من شأن تقييد حرية المرأة في عقد زواجها بشرط الولاية سيؤدي في الغالب إلى تعنت وتسلط الأولياء على موليهم لتحقيق مصالح شخصية مثلا : منع الأب ابنته من الزواج طمعا في مالها ، وإن كان العضل مرفوضا فإنه يبقى الإشكال مطروحا في مدى إمكانية المرأة مخالفة وليها في الوطن العربي وخصوصا في المغرب ، لترفع الأمر إلى القضاء من أجل رفع العضل.

وفي هذا الصدد فإن الولاية تثير مجموعة من الإشكاليات من الناحية العملية فمثلا نستحضر قضية بالمملكة السعودية حيث قضت محكمة سعودية بإسقاط الولاية الرجالية المفروضة على النساء في المملكة عن رجلين كانا أولياء على 6 فتيات من عائلة واحدة ، ونقلت الولاية إلى قاضي المحكمة بدلا منهما ، وصدر الحكم القضائي عن محكمة الأحوال الشخصية في بريدة التابعة لمنطقة القصيم ، ونص على نقل الولاية على ست شقيقات من أخويهما إلى قاضي المحكمة لتزويجهن بعد أن رفض الأخوان عروض زواج لشقيقاتهما بدون رضاهن وهو ما يعرف بالعضل[3] .

وبالتالي يلاحظ من خلال هذه القضية أن شرط الولاية تترتب عنه نتائج وخيمة على مستوى العلاقات الأسرية وصلة الرحم التي تنادي بها الشريعة الإسلامية، والله تعالى أمرنا بالمحافظة على صلة الرحم لقوله عز وجل "والذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء الحساب "[4] ،وقوله عز وجل " فهل عسيتم إن توليتم أن تفسدوا الأرض وتقطعوا أرحامكم ، أولئك الذين لعنهم الله فأصمهم وأعمى أبصارهم "[5]

إذن كما نلاحظ فإن ولاية المرأة في أن تزوج نفسها بنفسها لم يكن قط بمثابة خط أحمر ، بل كانت عبر جميع المحطات التاريخية محط اختلافات فقهية شتى .

---

[1]- سورة البقرة ، الآية 232 .

[2]- يوسف بناصر،"مدونة الأسرة المسار والتطلعات" مقال منشور بالموقع www.bibliotdroit.com، تاريخ الإطلاع 2018/10/25 على الساعة 10:00 .

[3]- مقال منشور بالموقع www.eremnews.com ، تاريخ الإطلاع 2018/10/26 على الساعة 14:00.

[4]- سورة الرعد ، الآية 21 .

[5]- سورة محمد ، الآية 22-23.

ويمكن القول أن فكرة تمتيع المرأة بالحق في أن تعقد على نفسها ، كانت فكرة مطروحة منذ بداية الخطوات الأولى لمسار قانون الأحوال الشخصية وبالضبط عند تشكل اللجنة الأولى المكلفة بوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي في 12 غشت 1957 ، غير أن الخروج بهذه الفكرة إلى حيز التنفيذ وصياغتها في شكل نص تشريعي صريح ، كانت تعترض مسيرته مجموعة من المعوقات السوسيو-تربوية منها بالأساس عدم تأهيل الوسط الأسري بالمغرب لتقبل مثل هذا التعديل الإستثنائي اعتبارا للفهم الخاطئ للرؤى المضادة في المنظومة الفقهية الشرعية ، وتضييق الخناق على مبادرات الإجتهاد الفقهي نظرا لإرتفاع نسبة الأمية والجهل التي كانت متفشية بين أفراد التركيبة البشرية للمجتمع المغربي[1] .

وعموما فإن عقد الزواج هو أساس الأسرة وعمودها الفقري ، فالمرأة حرة في اختيار وقبول الزوج ، لأن هذا جزء من حريتها العامة سواء كانت بكرا أم ثيبا فلها كامل الحرية وتمامها في قبول أو رفض ما يأتي لخطبتها، لا حق لأبيها أن يجبرها على الزواج بشخص لا ترغبه[2]، لأن الحياة الزوجية لا يمكن أن تقوم وتستمر على الإكراه في حين أنها مبنية على المودة والألفة بقوله تعالى " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** "[3] .

وكيف تقوم المودة والرحمة والسكن في زواج أجبرت فيه الزوجة على الإقتران بمن لا تحب ولا ترغب ولا تهوى ؟

وحاصل القول أن هذا التضارب بين الآراء الفقهية المتباينة جعل المشرع يتأخر عن تعديل مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية، أما الآن ومنذ عقدين من الزمن قد حققت المرأة المغربية نهضة فكرية متميزة في جميع المجالات، أهلتها لأن تخوض غمار التحدي بكل ثقة في إطار التحولات الراهنة، وأصبحت عنصرا فعالا في الدفع بعجلة التنمية المستدامة نحو المزيد من التقدم والإزدهار إسوة بمثيلاتها بمختلف مناطق وربوع دول المعمور، فقد كان لزاما أن تمنح المرأة أحقية العقد على نفسها وتتحمل مسؤولياتها العائلية وأعباءها الأسرية بكل حرية وبمحض إختيارها دون إكراه أو ضغط، وهي قناعة أصبحت راسخة ومشتركة بين جميع فعاليات المجتمع المدني ومهمتي الشأن القانوني والحقوقي بالمغرب[4] ، لذلك أمكن القول ولا حرج ينتابنا في ذلك ، أن المشرع المغربي كان حكيما وجريئا في نفس الوقت عندما أقر هذه الخطوة الإصلاحية الإستثنائية ، فاتحا المجال أمام المرأة لتحمل مسؤولياتها مراعاة لمصلحتها التي تستقل هي دون غيرها بتقديرها.

---

[1]- يوسف بناصر،"مدونة الأسرة المسار والتطلعات"، مرجع سابق .

[2]- ليلى بن سدرين الشريف الكتاني ،" حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب مدونة الأسرة والمواثيق الدولية "، الطبعة الأولى 2015، مطبعة النجاح الجديدة، ص 107 .

[3]- سورة الروم ، الآية 21 .

[4] - يوسف بناصر ، " مدونة الأسرة المسار والتطلعات "، مرجع سابق .

والحاصل أن من أهم ما اكتسبت المرأة بمقتضى مدونة الأسرة هو أن الولاية أصبحت حقا لها بقوة القانون، وذلك بمجرد بلوغها سن الرشد الذي هو ثمان عشرة سنة، وأصبحت كالرجل تمارس هذه الولاية حسب اختيارها ومصلحتها ومن دون الخضوع لأي مراقبة أو موافقة[1] كما سبق القول.

المبحث الثاني : موقف المشرع المغربي و التشريعات العربية من الولاية في الزواج

عرفت الولاية منذ الأزل تنظيمات و تغيرات و ذلك حسب المحطات التاريخية مما أدى ببعض التشريعات وضع ترسانة قانونية بشأن الولاية في الزواج لتفادي كل الصراعات، حيث حاول المشرع المغربي من جانبه تنظيمها في مقتضيات مدونة الأسرة (المطلب الأول) و كذلك مختلف التشريعات العربية (المطلب الثاني)

المطلب الأول : موقف المشرع المغربي من الولاية في الزواج

تمثل الولاية في الزواج مستجد عرفته المنظومة القانونية المغربية خصوصا فيما يتعلق بولاية المرأة الراشدة (الفقرة الأولى)، بينما المشرع المغربي فيما يخص الولاية في زواج القاصر اقتصر الحفاظ على المقتضيات التي تهم بالأساس ولاية القاضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : ولاية المرأة الراشدة في التشريع المغربي

اعتبر المشرع المغربي الولاية حقا للمرأة الراشدة، مراعاة منه مصلحتها الشخصية وبهذا أتاح للمرأة حرية اختيار الولاية أو عدم الأخذ بها، لأنها لا تؤثر حاليا في عقد الزواج.

أولا: قراءة في المادتين 24 و25 من مدونة الأسرة

إن المادة 24 من المدونة تنص على أن " الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها."

و تليها المادة 25 من نفس المدونة على أن " للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها."

يلاحظ أن الولاية في مدونة الأسرة أصبحت حقا للمرأة الراشدة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، فلها أن تختار من يتولى أمر زواجها وتتحرى مدى مصلحتها في هذا الباب، أما القاصر التي لم تصل إلى سن الزواج (18 سنة) وهو في الوقت نفسه سن الرشد

[1] -عبد الكريم شهبون، " الشافي في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 82 .

القانوني، فتخضع لمقتضيات المادة 20 من مدونة الأسرة .يلاحظ أن المشرع المغربي ترك الإختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها ولمن شاءت من أقاربها، دون مراعاة لأي ترتيب، كما يمكنها أن تعقد على نفسها، فالمدونة أخذت بما ذهب إليه بعض الفقه في الرأي الثاني، وهجرت ما قالت به المالكية من أن الولاية شرط في صحة عقد الزواج[1].

والحاصل أن من أهم ما اكتسبت المرأة بمقتضى مدونة الأسرة هو أن الولاية أصبحت حقا لها بقوة القانون، وذلك بمجرد بلوغها سن الرشد الذي هو ثمان عشرة سنة، وأصبحت كالرجل تمارس هذه الولاية حسب اختيارها ومصلحتها ومن دون الخضوع لأي مراقبة أو موافقة، وهو موضوع المادة 24[2].

ومن الحقوق التي أصبحت لها الحق في ممارستها، أن تعقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو لأي أحد من أقاربها دون تحديد لدرجته، اعتبارا لما هو متعارف عليه، وحفاظا على التقاليد المعروفة في تماسك الأسرة .ويتحقق التفويض بحضور الأب أو القريب المفوض له جانبها مجلس العقد، وتوقيعه معها.

فالمشرع المغربي وقع له تشويش في موضوع الولاية، فقد نزل بين منزلتين الإبقاء على الولاية وتركها في ذات الوقت. فالراشدة لها أن تزوج نفسها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها من خلال نص المادة 25 من المدونة يتبين أن الأصل هو زواج الراشدة نفسها بنفسها "أو" وحرف التخيير أي أن تفوض من أرادت.

و يلاحظ في هذا الصدد على أن المشرع المغربي خالف المذهب المالكي الذي يستمد منه أغلب أحكامه التشريعية، مما يجعلنا نتساءل مع كافة الباحثين عن توجه المشرع المغربي في سلوك منحى اخر بالرغم من أن شعار الدولة هو المذهب المالكي ؟

ثانيا: دواعي توجه المشرع بشأن الولاية في الزواج

الواقع أن السماح للمرأة بزواج نفسها بنفسها، جاء تحت إلحاح المطالب النسائية، والأخذ بالإتفاقيات التي صادق عليها المغرب.

فالمرأة اليوم اقتحمت جميع الميادين، و شاركت الرجل في جميع مناحي الحياة، و بلغت من النضج و الوعي و الإقتدار ما يؤهلها لممارسة جميع حقوقها، لا فرق بينها و بين الرجل متى بلغ كل منهما سن الرشد القانوني، لذلك كان لزاما أن تمنح أحقية العقد على نفسها و تتحمل مسؤولياتها العائلية بمحض اختيارها، و هي قناعة أصبحت راسخة و مشتركة بين جميع فعاليات المجتمع المدني و مهتمي الشأن القانوني و الحقوقي، لا سيما إذا

[1] محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 84.
[2] عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 82.

أخذنا بعين الاعتبار أن الولاية بهذا المفهوم اعتبرت متناقضة مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب التي تكرس المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة وتؤكد على ضرورة تمتع المرأة بكامل حريتها و رضاها في الزواج و في مقدمتها اتفاقية سيداو. فالزواج القسري حسب ما عبرت عنه اللجنة الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة يعتبر شكلا من أشكال العنف ضدها الذي يحرمها من التمتع بحقوقها المدنية و السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية.[1]

الفقرة الثانية: ولاية زواج القاصر في التشريع المغربي

بعد الرجوع إلى كتب الفقه في المذاهب الأربعة يلاحظ أن هذه المذاهب لم تورد تعريفا للقاصر.

فالقاصر : هو كل شخص لم يبلغ الحلم، كما يطلق عليه تسميات أخرى كالصبي أو الصغير أو الطفل وذلك لقوله تعالى: ″وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته و الله عليم حكيم ".[2]

و يعرف الزحيلي القاصر بأنه : هو من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز[3].

و من خلال هذه الفقرة سنخصص الحديث في قراءة للمادة 21 (أولا) و كذلك مدى سلطة القاضي في زواج القاصر (ثانيا).

أولا : قراءة في المادة 21 من مدونة الأسرة

لقد أولى المشرع المغربي للفتاة القاصر أهمية كبرى ووفر لها قواعد قانونية تروم صونها و الحفاظ عليها وذلك في مختلف القوانين و نخص بالذكر مدونة الأسرة، حيث نظر المشرع زواج القاصر في المواد 20-21-22 من القسم الثاني " "الأهلية و الولاية و الصداق " من الكتاب الأول "الزواج".

و على هذا الأساس فإن المادة 21 تنص على أن " زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي؛

[1] لطيفة الشدادي،الولاية على المرأة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني :http://www.alkanounia.com ، تاريخ الإطلاع : 2018/10/27 على الساعة : 19:39.

[2]- سورة النور، الآية: 59.

[3]- هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر- غزة ، كلية التربية قسم الدراسات الإسلامية، السنة الجامعية 2013/2014، ص37.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلبه الإذن بالزواج و حضوره إبرام العقد؛

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع".

يفهم من هذه المادة أن كل من لم يبلغ سن الثامنة عشرة سنة كاملة، سواء ذكرا أو أنثى، لابد له من موافقة وليه الشرعي على الزواج، بحيث يكون للولي الحق في أن يمضيه بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وبحضوره إبرام العقد، أو برده، حسب مصلحة القاصر، وفي الحالة الأخيرة إذا بقي من لم يبلغ سن الزواج، مصرا على رغبته في الزواج، و بقي الولي مصرا على الإمتناع من الموافقة عليه، فإن الأمر يعرض على القضاء، والقاضي هو الذي يقرر إما رد الزواج، أو الحكم على الولي أن يوافق على ذلك الزواج، و إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع ، وعليه عطفا على المادة 21 من المدونة، فإن موافقة النائب الشرعي تعتبر ضرورية لإبرام عقد الزواج، وذلك بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج، و بحضوره بإبرام العقد.[1]

و على فرض أن النائب الشرعي رفض الموافقة، و حتى لا يبقى القاصر معلقا، فإن قاضي الأسرة المكلف بالزواج يبت في الموضوع، حيث يتقصى أسباب امتناع النائب الشرعي، حينها يقرر الإذن بالزواج أو رفضه، بعد الوقوف على مدى موضوعية هذا الامتناع.[2]

والحاصل، يشترط لزواج القاصر موافقة نائبه الشرعي المحدد في المادة 230، و تتم هذه الموافقة بتوقيعه على الطلب المنصوص عليه في المادة 65 و حضوره مجلس العقد، أما إذا امتنع النائب الشرعي عن تزويج القاصر الذي هو تحت ولايته، فإن لهذا الأخير رفع طلب الإذن به بالزواج مباشرة إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي عليه أن يبت فيه وفق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 20 من مدونة الأسرة[3].

[1]- عبد الكريم شهبون، الشافي شرح في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص74.
[2]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 74.
[3]- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص74.

ثانيا : سلطة القاضي في تزويج القاصر

حدد المشرع من خلال المادة 20 من مدونة الأسرة، القواعد الموضوعية التي يتعين اعتمادها لإثبات المصلحة في تزويج القاصر واستخلاص الأسباب المبررة لذلك على سبيل الحصر، من خلال الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

❖ الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي

إن القاضي عند بته في ملف زواج القاصر، فإنه لزوما يقوم بالاستماع لأبويه أو نائبه الشرعي، وهذا ما يستفاد من صياغة المادة 20 من مدونة الأسرة[1] .

يدخل هذا الإجراء في نطاق وسائل الإثبات التي تساهم في تكوين قناعة القاضي في تعليل مقرره، ذلك أنه لا بد من إجراء هذا اللقاء مع أبوي القاصر، أو نائبه الشرعي للتأكد من رغبة القاصر في الزواج، ورغبة والديه في ذلك، فهذا الاستماع يفيد القاضي مبدئيا في تكوين صورة تقريبية حول الزواج المطلوب وأطرافه كما يساهم ولو جزئيا في بناء قناعة القاضي عن مدى نجاح هذا الزواج[2].

هذا وقد تتعارض مصلحة القاصر في الزواج مع رغبة نائبه الشرعي، الأمر الذي يدفعنا إلي التساؤل عن مدى سلطة القاضي في تقدير مصلحة القاصر؟

بالرغم من أن المشرع المغربي اشترط موافقة النائب الشرعي عند تزويج القاصر الذي تحت ولايته، وذلك بعد توقيعه إلي جانبه على طلب الإذن بالزواج والاستماع إليه خلال جلسة البحث الاجتماعي من أجل استخلاص المصلحة والأسباب المبررة لمنح الإذن. فإنه لم يجعل هذا الشرط لازما، بحيث يترتب على مجرد موافقة النائب الشرعي على زواج من هو تحت ولايته ضرورة منح الإذن، وإنما جعل هذا الشرط متوقفا على تحقق مصلحة القاصر، وهو ما يبرر أهمية الرقابة القضائية على صلاحيات النائب الشرعي في مجال تزويج من تحت ولايته من قاصرين[3].

❖ الاستعانة بالخبرة الطبية

---

[1] - والتي تنص على أنه: " لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبرر لذلك بعد الاستماع للأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو بإجراء بحث اجتماعي".

[2] - سعيد النقوب، " زواج القاصر في النظام القانوني المغربي"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الطفولة وقضاء الأحداث، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ، السنة الجامعية 2010/2009، ص 43 و ما بعدها.

[3]- عبداللطيف الدراز، حماية مصلحة القاصر في الزواج بين النص القانوني والتطبيق القضائي، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال ، الموقع الإلكتروني http://www.droitetentreprise.com ، تاريخ الإطلاع 31/10/2018، على الساعة 00:18 .

تعد الخبرة إجراء تحقيق أو استشارة فنية تقوم بها المحكمة عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها[1].

فهي تعتبر من المستجدات الهامة التي أتى بها المشرع، وجعلها وسيلة تمكن القاضي من تكوين قناعته فيما يخص منح الإذن بزواج القاصر من عدمه، فهي تمكنه من التأكد من نضج القاصر وأهليته الجسدية، الشيء الذي يساعده في اتخاذ ما يراه مناسبا على ضوء ما تأكد له من وجود المصلحة أو انتفائها.

غير أن التساؤل الذي يطرح إلى أي حد يمكن اعتبار تقرير الخبير مقيدا لسلطة قاضي الأسرة المكلف بالزواج في منح الإذن بزواج القاصر؟

مما لا شك فيه أن قناعة القاضي تبقى هي الأساس في منح الإذن، وبالتالي فإن تقرير الخبير لا يلزمه في شيء وإنما هو مجرد إمكانية منحها المشرع للقاضي ليستأنس بها في تكوين قناعته ليس إلا، كما أن الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية يجعل القاضي غير ملزم بتقرير الخبير.

ففي مقرر صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتاونات والذي جاء فيه "بناءا على الطلب المسجل لدى كتابة ضبط هذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2015/11/4 والذي تقدم به ولي القاصر المسماة... والمزدادة بتاريخ 03/02/1998 يعرض من خلاله أنها ترغب في الزواج وقادرة على ذلك، ملتمسا الإذن لها بالزواج من خاطبها السيد...وبناءا على إدراج الملف بجلسة 2015/11/5 حضر الولي القانوني أب القاصر السيد...وحضرت أمها...وصرحت المعنية بالأمر أنها بالغة البلوغ الشرعي، وقادرة على الزواج وتحمل مسؤوليته وأكد الجميع رغبتهم في إتمام هذا الزواج لما فيه مصلحتها وتحصينها فقررت المحكمة إجراء خبرة طبية على القاصر لجلسة يومه.

وضمنت بالملف مستنتجات النيابة العامة الكتابية الرامية إلي تطبيق القانون مع مراعاة مصلحة القاصر وكذا الخبرة الطبية التي مفادها أن القاصر بالغة وليس بها أي مرض معدي وبذلك فهي قادرة على الزواج والإنجاب كما تبين أنها حامل من ستة أشهر، فتقرر اعتبار القضية جاهزة وتم حجزها للتأمل قصد النطق بالحكم لجلسة يومه، فتقرر رفض الطلب وتحميل وليها الصائر[2].

يتضح من خلال المقرر أعلاه أن الخبرة الطبية قد أثبتت أن القاصر قادرة على الزواج و الإنجاب، إلا أن القاضي رفض الإذن لها بالزواج نظرا لكونها حامل، ولم يبين الأسباب

[1] - محمد الأزهر، " الدعوى المدنية "، المسطرة المدنية، الطبعة الثانية 2014، دون ذكر المطبعة، المحمدية، ص 327.
[2] - مقرر صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتاونات، عدد 497، في ملف رقم 2015/1616/510، بتاريخ 2015/11/5.

التي اعتمدها والمبررات التي تجعل الحمل سببا في رفض الإذن خاصة وان هناك محاكم تمنح الإذن في هذه الحالة .

❖ الاستعانة بإجراء بحث اجتماعي

إن إجراء البحث الاجتماعي من الأمور المستجدة في مدونة الأسرة، وهو إجراء من شأنه أن يساعد القاضي على معرفة مدى استعداد القاصر لإنجاح الزواج، وبالتالي تحمل المسؤوليات المترتبة عنه، ومن ثم فهو يوضح مدى فهم القاصر لمقاصد الزواج، كما أن هذا البحث يستعين به القاضي للتعرف على الحالة المادية والمعنوية لعائلة القاصر والبحث عن وسطه الاجتماعي، وكذا عن مستواه الأخلاقي، ويفيد هذا الجانب من الأبحاث القاضي في استخلاص مدى استعداد القاصر وحرصه على الالتزام باحترام الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وقدرته على تربية أبنائه تربية حسنة[1].

جاء في مقرر صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتاونات "بناء على الطلب المسجل لدى كتابة ضبط هذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 29/10/2015 والذي تقدم به ولي أمر القاصر المسماة...المزدادة بتاريخ 7/02/ 2000 يعرض من خلاله أنها ترغب في الزواج وقادرة على ذلك، ملتمسا الإذن لها بالزواج من خاطبها السيد...وبناء على إدراج الملف بجلسة 2015/10/29 تخلف عنها أب القاصر وحضرت أمها السيدة...وصرحت المعنية بالأمر أنها بالغة البلوغ الشرعي، وقادرة على الزواج وتحمل مسؤوليته، وأكد الجميع رغبتهم في إتمام هذا الزواج لما فيه مصلحتها وتحصينها وألقي بالملف مستنتجات النيابة العامة الكتابية الرامية إلي رفض الطلب وإدراج الملتمس ضمن وثائق الملف والإشهاد بذلك في محضر الجلسة. فتقرر اعتبار القضية جاهزة وتم حجزها للتأمل قصد النطق بالحكم لجلسة يومه.

بعد التأمل وطبقا للقانون.. حيث يهدف الطلب إلى الإذن بالزواج من خاطبها المذكور أعلاه، وحيث بالاطلاع على رسم الولادة...وحيث اقتنعت المحكمة من خلال البحث المجرى في النازلة عدم وجود الأسباب والمبررات التي تقتضي الإذن لها بالزواج لا سيما أنها في سن لا يسمح لها بادراك مسؤولية هذا الزواج وتحمل أعبائه. ومن ثم صدور الرضى من جانبها بشأن ذلك وعليه تكون مصلحتها في هذا الزواج غير واضحة.. ويبقى معه الطلب غير مبرر ويتعين التصريح برفضه.. وتحمل وليها الصائر"[2]

[1] - أمين عبد الله، "حدود سلطة القضاء في المادة الأسرية-كتاب الزواج-،" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2009/2008، ص 10.

[2] - مقرر صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتاونات، عدد 488، رقم الملف 2015/1616/505، صادر بتاريخ 2015/10/29.

المطلب الثاني : ولاية الزواج في التشريعات العربية المقارنة

عرفت الولاية في الزواج اختلافا بين المذاهب الفقهية و هو ما جعل التشريعات العربية تتأثر بهذه الإختلافات حسب قناعاتها بالمذاهب، و على هذا الأساس سنعالج هذا المطلب لمقارنة بعض التشريعات العربية بالإعتماد على تشريعات بعض دول المغرب العربي (الفقرة الأولى) و بعض تشريعات دول المشرق العربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ولاية الزواج في تشريعات دول المغرب العربي

اهتمت التشريعات المقارنة بالولاية في الزواج حسب تصوراتها و المذاهب الفقهية في دول المغرب العربي لعل أبرز هاته التشريعات بعد دراسة التشريع المغربي سالفا، نجد التشريع الجزائري (أولا) و التشريع التونسي (ثانيا).

أولا: ولاية الزواج في التشريع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري الولاية شرط من شروط عقد الزواج من خلال تعديل المادة التاسعة من قانون رقم 11.84[1] و التي تنص على أنه " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية : الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج"[2]. و بهذا يكون المشرع الجزائري جعل من مركز الولاية شرطا من الشروط الواجب توفرها في عقد الزواج بعدما كانت ركن في السابق.

إلا أن ما يثير الإنتباه أن هذه المادة ذكرت تحت بند أركان الزواج، و الحقيقة أن الأركان تختلف عن الشروط من حيث تأثيرها في العقد، إذ كان من الأولى على المشرع الجزائري أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج[3].

أما في حالة زواج المرأة الراشدة التي ورد النص عليها في الفقرة الأولى من المادة 11 و التي تنص على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص اخر تختاره" يتضح أن المشرع الجزائري و على خلاف رأي جمهور العلماء لم يقر ولاية إجبار الأب على إبنته مهما كانت و لو كانت قاصرة[4] ، و أصبح دوره بالنسبة لإنشاء العقد صوريا فقط بحضوره لا بإذنه، بل أكثر من ذلك أن

---

[1]- قانون رقم 11.84، مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة الرسمية رقم 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

[2]- أضيفت بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]- عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمد الخضر- الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ص 39.

[4]-تنص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته عل الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ".

المشرع أعطى للبنت حق إختيار أي شخص مكانه وفق ما نصت عليه المادة 11 السالفة الذكر .

كما أن هذا الشرط لا يعتبر شرط صحة و لا أي نوع من أنواع الشروط ، مادام لا يترتب على تخلفه أي اثر يذكر و خير دليل على ذلك أن المرأة الراشدة أعطاها المشرع الحق في إختيار أي شخص اخر بإختيارها غير الولي لحضور عقد زواجها.[1]

بقي أن نشير في الأخير أن المشرع الجزائري رتب على تخلف الولي في عقد الزواج الفسخ قبل الدخول[2] على إعتبار أن الزواج فاسد، و جعلا من الولي شرط صحة بعدما كان ركنا في القانون 11.84 قبل تعديل 2005 و إقتصر شرط الصحة على القاصرة دون المرأة الراشدة.

ثانيا : ولاية الزواج في التشريع التونسي

إن المشرع التونسي أثناء تطرقه لموضوع الولاية ركز بشكل كبير على مبدأ ضرورة إبراز رضا الطرفين و هما الزوج و الزوجة على إتمام العقد، و ذلك للتحقق من صدوره عنهما أو وكيلهما من خلال ما نص عليه الفصل الثالث من أنه لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين، و بإشتراط المشرع هنا ضرورة رضا الزوجين أسقط الولي و دوره في تولي عقد زواج المرأة، و ذلك بمنح هذه الأخيرة حق تزويج نفسها، ليكون المشرع التونسي بذلك قد خطى خطوة خطيرة و جريئة في نفس الوقت. فبالتنصيص على أن الزواج لا ينعقد إلا برضاها سواء كانت راشدة بالغة للعشرين من عمرها أو كانت غير راشدة محجور عليها لصغر أو سفه أو ضعف عقل، في وقت مازالت فيه جل الدول العربية تنص على إلزامية الولي بشكل أو بأخر لتمام عقد زواج المرأة و عدم إشتراط ولي في عقد الزواج راجع ربما إلى تأثر المشرع التونسي في هذا المجال بالمستعمر الفرنسي خصوصا إذا علمنا أن هذا القانون أو الجلة قد صدرت سنة 1956، و ذلك في الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 غشت 1956 في وقت كانت فيه الدولة التونسية خاضعة لسيطرة الإستعمار الفرنسي.[3]

الفقرة الثانية : ولاية الزواج في بعض دول المشرق العربي

تناولت دول المشرقي العربي شأنها و باقي التشريعات العربية موضوع الولاية في الزواج من الإختلافات الفقهية، فكان لكل تشريع رأيه و المذهب الذي إعتمد عليه، لذلك

---

[1]-عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزاري، م س، ص 40.

[2]- تنص الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

[3]- "ولاية المرأة في الزواج بين التشريع الإسلامي و القانون الوضعي " مقال منشور في موقع ستارتايمز www.startimes.com ، تاريخ الإطلاع 2018/11/30 على الساعة 13:19.

إرتأينا في دراسة هاته الفقرة أن نتناول نموذج التشريع المصري (أولا) على أن نخصص الحديث لنموذج التشريع الكويتي (ثانيا).

أولا : ولاية الزواج في التشريع المصري

أخذ القانون المصري بالمذهب الحنفي الذي أجاز للمرأة البالغة سواء كانت بكرا أم ثيبا أن تباشر بنفسها عقد زواجها استقلالا عن وليها، مع جواز أن توكل غير وليها في زواجها، بل وأن تباشر عقد زواج غيرها.

وقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أنه " يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في قوانين الأحوال الشخصية بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنفية " أن الراجح في المذهب الحنفي - وفقا لرأي أبي حنفية وأبي يوسف- إذا تزوجت المرأة البالغة بدون إذن وليها فإن العقد يكون صحيحا سواء كانت بكرا أم ثيبا ، ويكون نافذا متى تزوجت كفئا على صداق مثلها أو أكثر رضي الولي أو لم يرضى.[1]

وبذلك يكون المشرع المصري قد خالف رأي جمهور العلماء وأخذ بموقف الحنفية في زواج المرأة البالغة لنفسها بدون إذن وليها سواء كانت بكرا أم ثيبا ، ويكون العقد صحيحا متى تزوجت بكفئ على صداق مثلها أو أكثر ، أما إذا تزوجت غير كفئ كأن تتزوج بأقل مهر المثل ولم يكن وليها قد رضي بذلك، فالعقد غير ملزم لوليها إلا أنه يبقى له حق الإعتراض وطلب فسخ عقد الزواج أمام القضاء إذا ثبت أن زوجها غير كفئ لها فيما تعتبر فيه الكفاءة في الزواج من حيث النسب والدين والحرية والمال والحرفة، أو أثبت الولي أن مهرها ينقص عن مهر مثلها بما لا يتغابن فيه الناس ، فإنه يقضي بفسخ العقد مع مراعاة لحق الولي العاصب إلا إذا رضي بالزواج أو لم يعترض عليه حتى ظهر الحمل على الزوجة أو ولدت بالفعل فعندئذ يسقط حقه في الإعتراض، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 194 جلسة 1998/10/19م.

إن القول بأن الحنفية لا يوجبون الولي في الزواج فيه مغالطة، نعم هم لا يوجبونه على طريقة الجمهور من المذاهب الثلاثة الذين يعمدون إلى فسخ زواج البالغة إذا تخلف منه ركن الولي، و يمكن أن يلحق هذا الفسخ النكاح و لو بعد الدخول، لأن ركنية الولي عندهم من النظام العام في النكاح، و ليست محصورة في حق خاص للأب أو القرابة، فيمكن التنازل عنه مطلقا . إلا أن الحنفية يختلفون عنهم بأنهم لا يفسخون نكاح البالغة التي تخلف النظر السبقي للولي في نكاحها، لكنهم لا يلغون هذا النظر كليا، بدليل أنه يتيحون له إمكانية النظر البعدي، و حقه و لو بعد الدخول في طلب فسخ الزواج، إذا لم يصادف زواج موليته

[1]-عادل عامر، " الولاية في الزواج"، مقال منشور في موقع مصرس www.masress.com تا ريخ الإطلاع 2018/11/30، على الساعة 20:15.

كفؤا أو كان بغير مهر المثل. و موقف الحنفية هذا كما بيناه هو ما أخذ به المشرع المصري و كذلك المشرع السوري في المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية السوري [1].

ثانيا : ولاية الزواج في التشريع الكويتي

على خلاف التشريعات السابقة التي تأخذ بمذهب أبي حنفية نجد التشريع الكويتي في حديثه عن الولاية في الزواج ، أكد على أنها لازمة حيث ينص في المادة الثامنة [2] على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما" ، فالمشرع الكويتي نجده أخذ برأي الجمهور الذي يقضي بإلزاميه الولي واشتراطه ، من خلال القناعة التي اكتسبها في الموضوع.

كما أن الولي في التشريع الكويتي لا يتصرف بمحض إرادته إذ عليه أن يأخذ برأي المولى عليها عند القيام بولايته ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي [3].

وقد ذهب المشرع الكويتي في حديثه عن الولاية التفريق بين زواج البكر التي بين سن البلوغ والخامسة والعشرين وبين الثيب البالغة من العمر الخامسة والعشرين، بالنسبة للبكر حسب مقتضيات المادة 29 السالفة الذكر ، فإن المشرع اشترط رأي الولي والمولى عليها، مما يجعل الولاية هي ولاية شراكة ، حيث استلزم القانون موافقة الولي ورضاه ليكون العقد منتجا لآثاره، أما بخصوص الثيب والتي تبلغ من العمر الخامسة والعشرين فقد جعلها المشرع الكويتي هي المسؤولة عن قبول الزواج أو رفضه بناءا على رغبتها واختيارها، لكن لا تستطيع تزويج نفسها من دون الولي حيث اشترط المشرع أن يباشر الولي العقد نيابة عنها وذلك ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها ،الرأي لها في زواجها ، ولكن لا تباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها".

أما في حالة عضل الولي فالمشرع الكويتي أعطى للفتاة الحق في اللجوء إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج و كذلك إذا تعددوا و عضلوا جميعا أو إختلفوا و ذلك بمقتضى المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي تنص على أنه "إذا عضل ولي الفتاة، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، و كذلك إذا تعدد الأولياء و كانوا في درجة واحدة، و عضلوا جميعا، أو إختلفوا".

---

[1]- سماحي خالد، " اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب و القرابة في زواج البالغة"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.asjp.cerist.dz ،تاريخ الإطلاع 2018/10/31، على الساعة17:37.

[2]-قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، الجريدة الرسمية عدد 1570، بتاريخ 24 شوال 1404 الموافق ل 23 جويلية (يوليوز) 1984، و عدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996عدد 276، و القانون رقم 29 لسنة 2004، الجريدة الرسمية عدد 664، و بالقانون رقم 66 لسنة 2007،الجريدة الرسمية عدد 852.

[3]- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 29 من مدونة الأحوال الشخصية الكويتي على أنه " يشترط إجتماع رأي الولي و المولى عليها".

خاتمة

اهتم الإسلام بالمرأة كاهتمامه بالرجل، فأعلى من شأنها، و صان كرامتها، و حفظ عرضها، و حثها على التمسك بالأحكام الإسلامية.

و مازاد الأمر أهمية هو ولاية المرأة حيث عرفت في الآونة الأخيرة تحقيق العديد من المكتسبات الخاصة بحقوق المرأة، و للتذكير فإن المطالب التي تقدمت بها المرأة المغربية استهدفت كل المجالات التي كانت تمثل معاناتها، و هكذا طالت هذه المكتسبات مختلف المجالات، خاصة المجال القانوني و التشريعي، و مجال الرفع من تمثيلية النساء في مراكز القرار.

وكان السعي إلى إصلاح قانون الأسرة، أهم مسار حرصت المرأة المغربية على السير فيه حتى النهاية، بإعتبار قضاء الأسرة يشكل القضاء الأمثل لإحياء حياة كريمة وسوية تنطلق من خلاله المرأة في إتخاد القرارات المتنوعة إلى فضاء أوسع تتمكن فيه من إتمام رسالتها على أكمل وجه.

حاصل القول أن الولاية في الزواج عرفت مسارا مليئا بالنقاشات سواء على المستوى الفقهي أو القانوني نظرا لما يعتريها من إشكالات بين من يراها حقا للمرأة في حين يراها البعض الأخر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ووجب منح ولايتها للغير، إلا أن هذا الجدال إستقر في تمتيع المرأة الراشدة بالولاية تمارسها كيفما تشاء.

قائمة المراجع

الكتب الدينية :

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، مطبعة الفتح للإعلام العربي القاهرة مصر.

الكتب العامة :

إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، مطبعة النشر الجسور وجدة، السنة الجامعية 2013/2014.

محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، أحكام الزواج، منشورات فضاءات قانونية، الطبعة الأولى 2014، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء.

عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2016.

ليلى بن سدرين الشريف الكتاني ،" حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب مدونة الأسرة والمواثيق الدولية "، الطبعة الأولى 2015، مطبعة النجاح الجديدة.

محمد الأزهر، " الدعوى المدنية "، المسطرة المدنية، الطبعة الثانية 2014، دون ذكر المطبعة، المحمدية.

إدريس اجويلل، " شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق "، الجزء 1 ، مطبعة انفو_برانت .

نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، طبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، 2010 م.

عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجزء الأول، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى، المدينة المنورة - السعودية، 2002، ص 25.

فاروق عبد الله كريم،" الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي"، السنة 2004، ص 90 .

الاطروحات و الرسائل :

صادق سالم، الولي في الزواج، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2015/2014.

سعيد النقوب، " زواج القاصر في النظام القانوني المغربي"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر الطفولة وقضاء الأحداث، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ، السنة الجامعية 2010/2009.

أمين عبد الله، "حدود سلطة القضاء في المادة الأسرية-كتاب الزواج-،" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2009/2008.

عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمد الخضر-الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية.

جرمون أسيا، فرجوخ وداد، القرابة في ولاية التزويج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2015/2014.

مقالات :

أبكر عبد البنات آدم، " الولاية على النساء في عقد النكاح بين تراضي العاقدين أو الإجبار - دراسة فقهية مقارنة- "، مقال منشور بمجلة جيل الدراسات المقارنة ، العدد الخامس، أكتوبر 2017.

يوسف بناصر،"مدونة الأسرة المسار والتطلعات" مقال منشور بالموقع
.www.bibliotdroit.com

عبد اللطيف الدراز، حماية مصلحة القاصر في الزواج بين النص القانوني والتطبيق القضائي، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال، الموقع الإلكتروني
. http://www.droitetentreprise.com

"ولاية المرأة في الزواج بين التشريع الإسلامي و القانون الوضعي " مقال منشور في موقع ستارتايمز www.startimes.com .

عادل عامر، " الولاية في الزواج"، مقال منشور في موقع مصرس www.masress.com .

سماحي خالد، " اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب و القرابة في زواج البالغة"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.asjp.cerist.dz .

لطيفة الشدادي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني : http://www.alkanounia.com.

القوانين:

ظهير شريف رقم1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة (5 فبراير 2004).

قانون رقم 11.84، مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة الرسمية رقم 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، الجريدة الرسمية عدد 1570، بتاريخ 24 شوال 1404 الموافق ل 23 جويلية (يوليوز) 1984، و عدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996عدد 276، و القانون رقم 29 لسنة 2004، الجريدة الرسمية عدد 664، و بالقانون رقم 66 لسنة 2007،الجريدة الرسمية عدد 852.

الفهرس

مقدمة ..... Erreur ! Signet non défini.
المبحث الأول : الولاية في المفهوم و مختلف التوجهات الفقهية..... 3
المطلب الأول: مفهوم الولاية وتطورها 3
الفقرة الأولى : تعريف الولاية وأنواعها 3
أولا :تعريف الولاية..... 3
ثانيا : أنواع الولاية..... 4
الفقرة الثانية : أصناف الولاية وتطورها في التشريع المغربي 5
أولا: ترتيب الأولياء 5
ثانيا: تطور الولاية في التشريع المغربي..... 6
المطلب الثاني : الولاية في الزواج بين الفقه الإسلامي وجدلية الواقع العملي..... 7
الفقرة الأولى : الولاية في الفقه الإسلامي 8
الفقرة الثانية: جدلية الولاية على مستوى الواقع العملي..... 10
اولا : المؤيدون للولاية في الزواج 10
ثانيا : الرافضين للولاية في الزواج..... 12
المبحث الثاني : موقف المشرع المغربي و التشريعات العربية من الولاية في الزواج..... 14
المطلب الأول : موقف المشرع المغربي من الولاية في الزواج 14
الفقرة الاولى : ولاية المرأة الراشدة في التشريع المغربي..... 14
أولا: قراءة في المادتين 24 و25 من مدونة الأسرة..... 14
ثانيا: دواعي توجه المشرع بشأن الولاية في الزواج..... 15
الفقرة الثانية: ولاية زواج القاصر في التشريع المغربي 16
أولا : قراءة في المادة 21 من مدونة الأسرة..... 16
ثانيا : سلطة القاضي في تزويج القاصر 18
المطلب الثاني : ولاية الزواج في التشريعات العربية المقارنة..... 21
الفقرة الأولى : ولاية الزواج في تشريعات دول المغرب العربي..... 21
أولا: ولاية الزواج في التشريع الجزائري..... 21
ثانيا : ولاية الزواج في التشريع التونسي 22
الفقرة الثانية : ولاية الزواج في بعض دول المشرق العربي 22
أولا : ولاية الزواج في التشريع المصري..... 23
ثانيا : ولاية الزواج في التشريع الكويتي 24
خاتمة..... 25
قائمة المراجع 26