PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الجمهورية الجزائرية الـ
وزارة التعليـــم العـــالـــي و ا

جـــامعـــة وهـــران

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصّر نموذجا

بحث لنيل شهادة الماجستير في
الشريعة والقانون

تحت إشراف:
أ.د. أبوبكر لشهب
مساعد مشرف:
د. عبد القادر داودي

من إعداد الطالب :
- العيد براهامي

السنة الجـامعيـــة : 2009/2008

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

إهـــــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الحبيبين اللذين كانا لي سندا فكريا ومعنويا طوال فترة البحث، وأتمنى لهما طول العمر ودوام الصحة، كما أهديه إلى شريكة حياتي وإخوتي وأخواتي، دون أن أنسى أخي وزميلي الذي سهر معي في كتابة هذا البحث المتواضع، والله أسأل أن يجمعنا في جنة النعيم. آمين.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

شـــكـــر وتـ

يسعدني أن أتقدّم بخالص شكري وامتناني لأستاذي الفاضل المشرف الأستاذ الدّكتور أبو بكر لشهب على ما أولانيه من فائق عنايته وتوجيهاته ما أدّخره يداً عندي كما لا يفوتني أن أتقدّم بشكري الجزيل لأستاذي الفاضل الدّكتور عبد القادر داودي على تيسيره العسير ومدّه يد العون والمساعدة.

والله أسأل لأستاذيّ الكريمين أن يجزيهما عنّي خير الجزاء، وأن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم.

إنّه سميع قريب مجيب.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المقدمة

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المقدّ

ربّ لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك ولعظيم سلطانك، وأصلّي وأسلّم على خاتم الأنبياء والرّسل، محمّد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم، أمّا بعد:

إنّ المجتمع الصّحيح المستقر هو الذي تجمع أفراده روابط متينة مبنية على الألفة والمحبّة والرّحمة والتّعاون.

والإسلام الذي يريد للمجتمع أن يكون طاهراً عفيفاً عني بأفراده عناية خاصّة، فقد أحاطهم بالرّعاية والحماية في جميع مراحل حياتهم، من هؤلاء الأفراد نجد المرأة والقُصَّر من صغير، ومجنون، ومعتوه وسفيه.

فالمرأة جعل لها الإسلام مشارك في عقد زواجها، لينوب عنها ويحافظ على نفسها وشرفها ويحميها من طبيعة تكوينها، التي هي عرضة لآفات المجتمع أكثر من الرّجل، وكذلك القُصّر جعل لهم الإسلام وليّاً يرعاهم ويحميهم وينظّم أمورهم وفق أسس شرعـــيّة.

لكن قد ينحرف الوليّ عن مساره الحقيقي الذي أسّس له من طرف الشّرع، فيصير أداة للظّلم والتّعسّف والقسوة والتّجبّر، بدل أن يكون أداة عدالة وإصلاح وإقامة لواجبه الشّرعيّ بوجه حسن يرضاه الجميع، ويغدو مسبّبا للفوضى في واجب قدّسته كلّ الشّرائع، بدل أن يساهم ويؤسّس لهذا العمل أساسا شرعيّاً، لذلك بات من الضّروري معرفة الضوابط والحدود التي ترتكز عليها الولاية في أفراد مهمّين في المجتمع، سواء بالنّسبة للمرأة في عقد زواجها، أو القُصّر من صبيّ ومجنون ومعتوه وسفيه في تنظيم أمورهم، التي إن تعدّاها الوليّ يصبح متعسّفاً وظالماً.

ولهذا السّبب، وقّف أساطين الفقه المدني في العصر الحديث حياتهم للبحث عن الأغراض والأهداف الحقيقيّة للولاية سواء في عقد الزّواج أو على القُصّر، وقد أوصلهم بحثهم هذا إلى حقيقة مؤدّاها أنّه لا بدّ من وضع ضوابط وحدود موصوفة وصفاً دقيقاً تبيّن انتهاء ممارسة الوليّ لحقّ الولاية سواء في عقد الزّواج أو على القُصّر (الصّبيّ والمجنون والمعتوه والسّفيه)، أي أنّه إذا تعدّاها يعتبر متعسّفاً وظالماً.

وتقترب هذه النّتيجة ممّا هو مقرّر في الفقه الإسلامي من أنّ بيان حدود الولاية تبيّن تعسّف الوليّ وهي حماية للبنت والقصّر(الصّبيّ والمجنون والمعتوه والسّفيه) من هذا الظّلم.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

لكن يثور بعد هذا التّعداد إشكالات مفادها، م
هذه النّظريّات، وهل ينفرد كلّ منهما بنظريّة متميّزة، وما هي معالم نظرية قانون الأسرة الجزائري خاصة أنّه أخذ أحكاماً شرعيّة ثمّ صاغها في شكل مواد قانونيّة.

وهل يتّفق الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تحديد مجال تعسّف الوليّ في عقد الزّواج وعلى القُصّر(صبيّ ومجنون ومعتوه وسفيه) ؟

وهل ما يترتّب من آثار على عقد الزّواج وعلى القُصّر حِيَال تعسّف الوليّ في الفقه الإسلاميّ يتطابق ونظرة قانون الأسرة الجزائريّ ؟

وأيّهما أكثر فعالية في تحقيق العدالة في حماية المولّى عليهم من تعسّف وليّهم خاصّة إذا كانت له ولاية أصليّة كالأب ؟

وقد كانت الإجابة عن هذه الإشكالات – التي راودتني مدّة من الزّمان– دافعاً لي لاختيار البحث في التعسّف في استعمال حقّ الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (عقد الزّواج والقُصّر نموذجا)، ويزداد هذا الدّافع إلحاحاً على اختيار هذا الموضوع بعد التأكّد – حسب علمي – من أنّ هذا الموضوع لم يسبق وأن أُفرِد بالبحث بالشّكل المطروح المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دائما كان التعرّض للولاية بشكل عام، ولكن بحثي يتمثل في تعسّف الوليّ في استعمال حقّ الولاية على تلك النماذج.

ولذلك حاولت دراسة هذا الموضوع من جانبه الآخر لما فيه من اختلافات بين المذاهب والآراء في ممارسة الوليّ لحقه سواء على البنت في عقد الزواج أو على القصّر من صغير ومجنون ومعتوه وسفيه في أموالهم وأنفسهم بين ممارسته لحقه وتعدّيه حدود هذه الولاية.

وكذلك رغبة في خدمة القانون الجزائري والفقه الإسلامي، حتى أُبعِدَ التّهم التي توجّه ضدّ تشريعاتنا وبيان الحقيقة التي مؤدّاها إيجاد نظرية تعطي أداءً حسناً وعادلاً وصحيحاً وشرعيّاً لهذا الواجب ويرضى به الجميع من دون تعسّف أو ظلم أو تجبّر.

كما أنّ الموضوع سيساهم في إعطاء الأسس المعتمَدة في كلّ من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في تصنيف الوليّ واعتباره متعسّفا في ممارسته لحقّه.

واعتمدتُ في هذه الدّراسة منهج البحث المقارن التحليلي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وقد قسّمتُ هذه الدّراسة إلى ثلاثة فصول؛ ف

المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع من الناحية اللغوية والشرعية والقانونية من تعسّف وحقّ وولاية. أمّا المبحث الثاني فتكلمت فيه عن أساس الولاية بما فيها أقسامها وأدلّة مشروعيّتها وشروطها ودورها. والفصل الأول خصّصته لتعسّف الولي في عقد الزواج، وجعلت فيه مبحثين: تناولت في الأول منهما تعريف الزواج في اللغة والفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة، وتطرّقت في المبحث الثاني لحالات تعسّف الوليّ في عقد الزواج مع بيان آثارها على العقد في الفقه الإسلامي أولاً ثم في قانون الأسرة الجزائري ثانياً.

أمّا عن الفصل الثاني فقد ضمنته مبحثين: ركزت البحث فيه على تعسّف الوليّ في ولايته على القُصّر، فتناولت في المبحث الأوّل تعريف القُصّر وما يشملهم هذا اللّفظ من صغير ومجنون ومعتوه وسفيه في اللّغة والفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. أمّا في المبحث الثاني فقد استجليت فيه حالات تعسف الوليّ في ولايته على نفس القصر في مطلبه الأول ن وحالات تعسف الولي في ولايته على مال القصّر في مطلبه الثاني، مع بيان آثارها عليهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

وختمت هذه الدّراسة بخاتمة أودعتها أهمّ النّتائج التي توصّلت إليها من خلال هذا البحث.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفصل التمهيدي

- **المبحث الأوّل :**
  - تعريـــــف المصطلحـــــات .

- **المبحث الثانى :**
  - أســـــــــاس الولايـــــــــة.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المبحث الأوّل

تعريف المصطلحات

- المطلب الأوّل :

ـ تعريف التعسف .

- المطلب الثانى :

ـ تعريف الحق .

- المطلب الثالث :

ـ تعريف الولاية.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الأوّل

تعريف التعسّـــف

الفرع الأول: التعسف لغة

هو من الفعل عسف والمصدر العسف مرادفا للتعسف والاعتساف وله معان متعددة منها ما يلي[1]:

- السير بغير هداية ولا علم ولا أثر والأخذ على غير الطريق ويقال له التعسيف.
- ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك يقال: إعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه.
- ركوب الأمر بلا تدبير ولا روية، قال ذو الرمة:

قد أعسف النازح المجهول معسفه

في ظل أغضف يدعوا هامه البوم

- الظلم: عسف فلان عسفا: ظلمه. وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف: ظلم. ورجل عسوف إذا كان ظلوما. والعسيف: الأجير المستهان به. وقيل: العسيف المملوك المستهان به، قال نبيه بن الحجاج:

أطعت النفس في الشهوات حتى

أعادتني عسيفا، عبدَ عبدٍ.

---

[1]-ابن منظور (الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري): لسان العرب, دار صادر، بيروت, ط1, 1997, ج3, ص335./ وأبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط2، 1982م، ج3، ص113.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: التعسف اصطلاحاً

أولا : في الفقه الإسلامي: لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة "إساءة" أو"تعسف في استعمال الحق" وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب .

وقد ورد في بعض الكتب كلمة "الاستعمال المذموم"[1] تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم, وقد وردت كلمة المضارة في الحقوق في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية[2].

- وقد نقل الدريني كلام الإمام أبي زهرة الذي عرّف التعسف بأنّه "تصرّف الإنسان في حقّه تصرفا غير معتاد شرعاً" ويضيف: قرر الفقهاء -كما في الفقه الحنفي وغيره- أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذٍ, وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتادٍ"[3].

- ولقد بين ذلك ابن رجب الحنبلي قبل أبو زهرة بأن منع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق ـكما قال أبو زهرة- بل يشمل أيضاً الاستعمال المعتاد إذا ترتّب عليه ضرر بالغير[4] مستدلاً بقوله –صلى الله عليه وسلم-:(لاضَرر ولا ضرار)[5].

وحسب قول ابن رجب حتى الاستعمال المعتاد للحق يمنع منه صاحبه إذا أضر بالغير.

- وبالنسبة للدكتور الدريني الذي يؤثر كلمة التعسف على الألفاظ الأخرى فقد عرّفه بقوله: "أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له –بعوضٍ أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع"[6].

---

[1]- الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة, المطبعة الرحمانية, ج3, ص219.

[2]- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية, تحقيق محمد حامد الفقى, مطبعة السنة المحمدية, 1953, ص310.

[3]- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده, مطبعة جامعة دمشق, ط1, 1967, ص311.

[4]- ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم, دار الفكر للطباعة والنشر, 1992, ص305.

[5]- سنن ابن ماجة : كتاب: الأحكام, باب: من بنى في حقه ما يضر جاره, 2340، ج2، ص784/ مسند أحمد: ومن مسند بني هاشم, بداية مسند عبد الله بن عباس, 2719/ موطأ مالك, كتاب: الأقضية, باب: القضاء في المرفق, 1426، ص529.

[6]- الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق, مؤسسة الرسالة، ط2، 1998، بيروت، ص45.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ثانياً : في القانون الوضعي:

الفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه[1]:"de la bus des droit" والبريطانيون يعبرون عنه ب: "The abus of right" وكلمة abus تعني باللغة العربية إساءة, بينما فقهاء القانون في مصر وسورية يستعملون كلمة تعسّف, أما في لبنان فقد استعملوا كلمة "إساءة" ولكن قد اختلف هؤلاء الفقهاء في تعريفهم للتعسف واعتمدوا على معايير مختلفة في ذلك. نأخذ منهم فريقين بين القائلين بالمعيار الشخصي, والقائلين بالمعيار المادي.

❶ المعيار الشخصي أو الذاتي : Subjectif

هو من أقدم معايير التعسف, ويقوم على قصد الإضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه, وعلى ذلك لا عبرة بالأضرار اللاحقة بالغير من جراء استعمال الحق إذا لم تكن مقصودة, وبالتالي ينتفي التعسف بانتفاء معياره الذاتي.

ولما رأى الفقهاء الفرنسيون خاصة أن الاقتصار على الأخذ بهذا المعيار –قصد الإضرار– يضيق من نطاق النظرية, باعتباره عنصراً نفسياً خفياً, أدخلوا حالات أخرى للتعسف تُرَدُّ إلى هذا الأصل وهي:

1. انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار: فاستعمال الحق دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الإضرار بغيره, فنية الاضرار مفترضة في هذا الحال.
2. استعمال الحق بإهمال ودون تحرز وتبصر: أخذ بهذه الحالة الفقيه البلجيكي: "Beudant" حيث يقول أن صاحب الحق لو استعمله بيقظة الرجل المعتاد وفي الظروف عينها لما وقع الضرر[2].

❷ المعيار المادي أو الموضوعي : Objectif

ذهب فريق من الفقهاء إلى الأخذ بهذا المعيار غير أنهم لم يتّفقوا على نظرية في شأن هذا المعيار.فذهب الأستاذ "Salielles" إلى أن علة التعسف تتحقق في الاستعمال غير الطبيعي أو العادي للحق "L'exercice anormal du droit" والظروف البيئية بما فيها العرف هي التي تحدد ما إذا

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, نظرية الالتزام بوجه عام, مصادر الالتزام, مطبعة جرينبرج, 1946. ج1, ص838.

[2]-فتحي الدريني: نظرية التعسف, المرجع السابق، ص449–452.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

كان الاستعمال عادياً أم خلاف ذلك[1].ويقصد بهذا يتنافى مع الأغراض الاجتماعية والاقتصادية من الحق بغض النظر عن نيته.

وكذلك يرى الأستاذ "Josserand" التعسف بأنّه: التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق وميّز التعسف بانعدام الدافع المشروع[2].

❸ **معيار انعدام المصلحة المشروعة** :

أخذ به فريق من الفقهاء منهم الأستاذ "Salielles" والأستاذ "Berdessi", و"Martin", وتندرج تحت هذا المعيار حالات للتعسف منها:

- الاستعمال بقصد الاضرار بالغير.
- استعمال الحق حالة انتفاء المنفعة لصاحبه.
- حالة تخيّر صاحب الحق أكثر الطرق ضرراً بغيره.
- استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ويقصد أصحاب هذا المعيار المصلحة التي قررها الشارع للحق سواء كانت راجعة لصاحبه أم لغيره[3].

---

[1]- أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام ، مطبعة دار المعارف، 1962، ج 1 ، مصادر الإلتزام، ص 511

[2]- سليمان مرقس: محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية, دار النشر , مصر, 1958, ج1, ص1119

[3]- أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق, ص512.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ثالثاً : في القانون المدني الجزائري :

تتضح النظرية العامة للتعسف في هذا القانون من خلال المادة 41 من القانون المدني الجزائري والتي يقصد بها استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له القانون استعمالاً يضر بالغير ويتحقق ذلك إذا لم يقصد الشخص من استعماله لحقه سوى الاضرار بالغير, أو كانت الفائدة التي يحصل عليها لا تتناسب مع ما يحدثه من أضرار بالنسبة للغير أو كانت المصالح التي يرمي إليها غير مشروعة[1].

حيث نصت المادة على الحالات التي يكون بصددها التعسف:

- يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:
  - إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
  - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
  - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة[2].

ملاحظة: نلاحظ أن القانون المدني الجزائري في نظرته إلى التعسف ومن خلال المادة السالفة الذكر أخذ بالمعايير الثلاثة التي اعتمد عليها فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف سواء المعيار الذاتي أو المادي أو معيار انعدام المصلحة المشروعة[3].

---

[1]- عبد الودود يحي: المدخل لدراسة القانون, ط1969, ص149.

[2]- المادة 41 من القانون المدني الجزائري.

[3]- حسن كيرة: المدخل إلى القانون, منشأة المعارف, الإسكندرية, ص760.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الـــي

تعريف الحـــق

الفرع الأول: الحق لغة

الحق في اللغة مفرد حقوق وحقاق, وله معان متعددة منها ما يلي[1]:

- الثبوت والوجوب: تقول حقَّ الأمر يحقُّ ويَحُقُّ وحقوقاً بمعنى صار حقاً وثبت ووجب. مثل قوله تعالى: ﴿لقد حقَّ القول على أكثرهم فهم لايؤمنون﴾[يس7]. أي ثبت ووجب, وقوله أيضاً: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقّاً على المتّقين ﴾[البقرة 241]. أي واجباً عليهم.

- الحظ والنصيب: مثل قوله تعالى: ﴿والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾[المعارج24-25]. أي حظ ونصيب, وفي الحديث: (إنّ الله أعطى كل ذي حقٍ حقّه فلا وصية لوارثٍ)[2].

- نقيض الباطل: مثل قوله تعالى: ﴿وقل جاء الحق وزهَقَ الباطل إنّ الباطل كان زهوقاً﴾[الإسراء81]. وقوله أيضاً: ﴿ولا تلبسوا الحق بالباطل﴾[البقرة 42].

- مصدر مؤكّد لغيره: كما تقول: هذا عبد الله حقاً. فكلمة "حقاً" أكّدت معنى العبودية.

- الإظهار: يُقال أحقَّ الله القول أي أظهره, قال تعالى: ﴿وَيُرِيدُ الله أَنْ يُحِقَّ الحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ وَيَقْطَعَ دَابِرَ الكَافِرِينَ﴾[الأنفال7].

- الإحكام والتصحيح: تقول: "أحققتُ الأمر" إذا أحكمتَه, وصححتَه.

ـ صدق الحديث, و اليقين بعد الشك: تقول فلانٌ يقول الحقّ, بمعنى أنه صادق في حديثه.

---

[1]- ابن منظور: لسان العرب، المرجع السابق, ج2, ص122-125./ الفيروز أبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب): القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، ط1، 1952م، ج3، ص228 و 229.

[2]-رواه أبو داود: كتاب الوصايا, باب ما جاء في الوصية لوارث, 2870, ج3, ص113. / الترمذي: كتاب الوصايا, باب لا وصية لوارث, 2120, ج4, ص377./ النسائي: كتاب الوصايا, باب إبطال الوصية لوارث, 3641, ج6, ص247./ابن ماجة: كتاب الوصايا, باب لا وصية لوارث, 2713, ج2, ص905.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: الحق اصطلاحاً:

أولا : في الفقه الإسلامي: عرّفه الفقهاء المسلمون بتعاريف مختلفة نذكر منها:

- عرّفه البعض بقو لهم : " الحق من كان لصاحبه الاختصاص بشيء على وجه الانفراد بحكم الشرع وحمايته، وتتحقق مصلحة عامة أو خاصة ، مادية أو معنوية"[1]. ولكن انتقد هذا التعريف من وجهين:

1. ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه عرّف الحق بغايته[2], وكثيراً ما يذهب الفقهاء في الشريعة أو القانون الوضعي إلى تعريف الحق بالمصلحة علما أن الحق هو وسيلة إلى المصلحة فقط, إذ بواسطته يصل الفرد أو المجتمع أو كلاهما إلى تحقيق أغراض يستفيدون منها.
2. كما أن التعريف أورد أقسام الحق و لم يذكر تعريفه.

- وقال بعضهم: الحق ما ثبت للإنسان إستيفاؤه أي ما ثبت بمقتضى الشرع[3].

وكذلك وجّه نقد لهذا التعريف من ناحيتين:

1. أنه لم يظهر جوهر الحق بل تحدّث عن موضوعه ورغم ورود لفظ العموم "ما" إلاّ أنّه لا يوضح كل أنواع الحق فهو يكتفي بالأشخاص الطبيعية دون الاعتبارية كالشركات وبيت المال.. الخ, فلو استبدلنا بكلمة شخص لكان أولى وأدق لأنّها تشمل الطبيعي الاعتباري.
2. كما أن التعريف غير مانع لأنّه يشمل الرخصة والإباحة التي يحق استيفاؤها شرعاً كما أنّ التعريف أهمل نوعاً مهماً من أنواع الحقوق وهو ما كانت فيه المصلحة غيرية كحقوق الأسرة.

- عرّف الدكتور فتحي الدريني الحق مبيّناً محترزاته بقوله: "اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة.

ومن خلال تحليل التعريف ومحترزاته:

- فقوله اختصاص : يخرج الاباحات والحريات العامة التي يسميها فقهاء القانون بالرخص.
- يقر به الشرع سلطة: يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق.

---

[1]- عبد الكريم زيدان: نظرات في الشلريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة, بيروت، ط1، 2000م، ص297.

[2]- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق ، ص188. نقلاً عن كتاب يوسف موسى

[3]- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق: ص189.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

– سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر: أي أن الحق يسمى بالحق العيني كحق الملكية وحق الحبس في المرهون, أو تكون سلطة شخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر كأداء التزام معين كالثمن المؤجل أو منفعة الأجير أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون وهذا هو الحق الشخصي.

– تحقيقاً لمصلحة معينة: لأن الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة إنّما مُنِح وأُقِر لتحقيق مصلحة شرعية[1].

ثانياً: في القانون الوضعي:

لقد كان تعريف الحق مثار خلاف بين فقهاء القانون الوضعي, وذلك للصعوبة التي وجدها هؤلاء في إيجاد تعريف جامع شامل له, ولقد كان لهذه الصعوبة دورها في اختلاف تعريف الحق نظراً لاختلاف الاتّجاهات فمنهم من نظر إلى الحق من ناحية صاحبه, وهذا هو الاتّجاه الشخصي, ومنهم من نظر إلى محل الحق أو موضوعه والغرض منه وهذا هو الاتّجاه الموضوعي, ومنهم من اتّجه اتّجاهاً وسطاً وهو المذهب المختلط, وإلى جانب هذه الاتّجاهات والمذاهب ظهر اتّجاه حديث عرّف الحق وأبرز عناصره وخصائصه المميّزة, وفيما يلي سنحاول إبراز هذه الاتّجاهات ونرى مبلغ حظ كل منها في إعطاء صورة صحيحة حول مصطلح الحق:

1. الاتّجاه الشخصي:

من أبرز أنصار هذا المذهب الفقيهان "Savigny" ، "Windsheld" يعرّفون الحق بالنظر إلى صاحبه على أنه: "القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم"[2].

ويعتبر أصحاب هذا التعريف أن إرادة صاحب الحق هي العنصر الجوهري الذي يميز الحق, لما لها من القدرة على إنشاء الحقوق وتغييرها وإنهائها[3].

---

[1]- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 190-193-195.

[2]- حسن كيرة: المرجع السابق, ص430. / همام محمد محمود, ومحمد حسين منصور: مبادئ القانون, مطبعة التقدم, الإسكندرية, ص121.

[3]- شفيق شحاتة: محاضرات في النظرية العامة للحق, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, مصر,ط1978, ص139.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

إلاّ أن هذه القدرة أو السلطة لايمنحها الشخص لنفسه, ولكنه يستمدها من القانون وتعمل دائما في حدوده, فالقاعدة القانونية في تنظيمها لعلاقات الأفراد في المجتمع ترسم لكل شخص نطاقاً معيّناً تسود فيه إرادته المستقلة عن أيّة إرادة أخرى[1].

وعلى هذا فالحق في نظر أنصار المذهب الشخصي إنما هو قدرة إرادية يخوّلها القانون لشخص معيّن ويرسم حدودها, فالقانون هو الذي يمنح الشخص هذه القدرة, وهو يكون صاحب الحق متى كانت إرادته في حدود القانون[2].

إلاّ أن هذا التعريف قد انتقد من عدة جوانب أهمها ما يتم ذكره في النقطتين التاليتين:

ـ القول بأنّ الحق قدرة إرادية يتعارض مع ماهو مسلّم به من أنّ لعديمي الإرادة حقوقاً أسوة بكاملي الإرادة, ومع ما هو مسلّم به أيضاً من أنّ للأشخاص الاعتبارية حقوقٌ كالأشخاص الطبيعيين مع أنّه ليس للشخص الاعتباري إرادة حقيقية كتلك التي للشخص الطبيعي[3].

ـ وقع في هذا التعريف الخلط بين وجود الحق ومباشرته, فالإرادة لا تُشترَط لوجود الحق حتى يقال أنّه قدرة إرادية, بل هي لا تُشترط حتّى لمباشرة الحق, فعديم الأهلية مثلاً قد يُباشر حق ملكيته دون أن تكون له إرادة, كأن يكون له منزل فيسكنه. واشتراط الإرادة في بعض الأحوال لمباشرة الحق لا يُبرِّر القول بأنّ الحق قدرة إرادية, لأنّ وجود الحق متميّز عن مباشرته[4].

2. الاتّجاه الموضوعي:

تأثر بهذا المذهب Capilltant والسنهوري, وتزعمه Ihreing وينظر فيه إلى الحق من خلال موضوعه والغاية منه, والمصلحة التي يراد له تحقيقها[5], وعرّفه بأنّه "مصلحة يحميها القانون", ومنهم من زاد على التعريف "مصلحة معينة مادية أو أدبية" و"يعترف بها القانون", وقد صادف هذا التعريف بداءة قبولاً في الوسط القانوني أكثر مما صادفه التعريف السابق, إذ يعتبر الإرادة لا تنشط إلاّ لتحقيق

---

[1]- توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية, الدار الجامعية, بيروت, لبنان, ط4, 1993،ص447.

[2]- شفيق شحاتة: النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الاسلامية, ط 1982, منشأة المعارف, الإسكندرية, ص115.

[3]- حسن كيرة: المرجع السابق, ص557.

[4]- توفيق حسن فرج: المرجع السابق, ص446.

[5]- حسن كيرة المرجع السابق, ص557.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

منفعة أو مصلحة أو كسب, فالمصلحة إذن –لا ا التعريف يحلل إلى عنصرين: عنصر المصلحة وهي المنفعة التي يخوّلها القانون, وعنصر الحماية القانونية, فكل حق لابد له من عنصر الحماية حتى يكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها[1].

هذا وإن كان لتعريف إهرنج الفضل في إنكار قيام الحق على الإرادة, إلاّ أنّه لم يسلم هو الآخر من النَّقد و المتمثِّل في النقطتين التاليتين[2]:

ـ لقد عرّف اهرنج الحق انطلاقا من غايته, والأصل أن يعرّف الشيء بماهيته.

ـ جعل اهرنج الحماية القانونية ركنا لوجود الحق, لكن الصواب أن الحماية القانونية تالية وتابعة لوجود الحق .

3. الاتّجاه المختلط:

اتجه هذا المذهب اتجاها وسطا, فهو ثمرة التزاوج بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي, وعرّف الحق بالنظر إلى صاحبه وموضوعه معا, ولكن كان اختلاف فقهاء هذا المذهب في تعريف الحق باختلافهم حول العنصر الغالب هل هو المصلحة أم الإرادة ؟.

فالذين غلّبوا عنصر الإرادة قالوا في تعريف الحق بأنه: "القدرة الإرادية التي تكون لشخص لتحقيق مصلحة يحميها القانون", أما الذين غلّبوا المصلحة قالوا في الحق أنه: "مصلحة يحميها القانون, تقوم الإرادة على تحقيقها".

لكن وبالنظر إلى ما سبق لم يسلم فقهاء هذا المذهب من النقد الموجّه للمذهبين السابقين, حيث لم يتجاوزا عنصري المصلحة والإرادة في تعريفهم للحق, وكان من الأجدر البحث في جوهر الحق وماهيته استقلالا عن عنصري المصلحة والإرادة[3].

4. الاتّجاه الحديث:

حامل لواء هذا المذهب الفقيه البلجيكي "Dapin", وقد أتى بتعريف مستحدث للحق يقول فيه: "استئثار وتسلّط يمنحهما القانون لشخص ما, ويحميهما بطرق قانونية"[4].

---

[6]- سفيق شحاته: النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية، ص12.

[1]- توفيق حسن فرج: المرجع السابق, ص451.

[2]- حسن كيرة: المرجع السابق, ص558.

[3]- شفيق شحاته: محاضرات في النظرية العامة للحق, ص12. / توفيق حسن فرج: المرجع السابق, ص453.

[4]- منصور مصطفى منصور: مذكرات في المدخل للعلوم القانونية, ج2, مؤسسة النهضة, القاهرة, ط 1987, ص21.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وبذلك فإن دابان يكون قد أقام تعريفه على عنصرين أساسيين, العنصر الداخلي المتمثل في الاستئثار والتسلّط اللذان يكونان لصاحب الحق, والعنصر الخارجي المتمثل في الحماية القانونية التي تلزم الغير باحترام هذا الحق[1].

فالاستئثار هو اختصاص شخص على سبيل الانفراد بشيء أو بقيمة ما, أما التسلّط فهو نتيجة ملازمة للإستئثار ويراد به حرية التصرف في محل الحق, وذلك باستعماله أو عدمه[2].

وبهذا فإنّ هذا التعريف يُزيل اشتراط عنصر الإرادة, التي ارتكز عليها المذهب الشخصي, كما يتجنّب تعريف الحق بغايته المتمثّلة في المصلحة التي ارتكز عليها المذهب الموضوعي, لأنّ الإستئثار وسيلة لتحقيق المصلحة, وليس الغاية ذاتها[3].

---

[1]-حسن كيرة: المرجع السابق, ص560 .

[2]-عبد المنعم البدراوي: مبادىء القانون, منشأة المعارف الإسكندرية, مصر, ط1976, ص263.

[3]-توفيق حسن فرج: المرجع السابق, ص470.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الثالث

تعريف الولاية

الفرع الأول: الولاية لغة

الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر من الولي الذي هو التولية, تقول: وليت فلاناً أمراً إذا قلدته ولايته. فالولاية لغة تتضمن معنيين[1]:

- إما بمعنى المحبة والنصرة, يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصرة.

وفي هذا الموضوع يرى ابن الأثير أن الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر, وهو بالكسر في الإمارة وتشعر بالتدبير والقدرة والفعل, وبالفتح من النسب والنصرة.

أما سيبويه فيرى أن الولاية بالفتح : المصدر, وبالكسر: الإسم مثل الإمارة والنقابة, لأنّه اسم لما توليته وقمت به, فإن أرادوا المصدر فتحوا.

في حين ذهب ابن بري إلى أن الولاية بالفتح والكسر هي بمعنى النصرة, والمناسب للمفهوم الشرعي هو: الولاية بكسر الواو, لأنها بمعنى النصرة وتشعر بالتدبير والقدرة والفعل, ويدل على هذا قوله تعالى: ﴿الله وليّ الذين آمنوا﴾[البقرة257].

وقد جاءت آيات قرآنية بهذا المعنى منها قوله تعالى: ﴿وما لكم من دون الله من ولي ولا نصير﴾[الشورى 31] , وقوله سبحانه: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ [التوبة71] , وقوله جل شأنه: ﴿ومن يتولّ الله ورسوله والذين آمنوا فإنّ حزب الله هم الغالبون﴾[المائدة 56]

- وإما بمعنى السلطة والقدرة يقال: "الوالي" أي صاحب السلطة، وهي مأخوذة من ولي الشيء وولي على الشيء ولايةً بفتح الواو وكسرها إذا ملك أمره وقام به(2).

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

[1]- الفيروزأبادي المرجع السابق, ج4، ص404./ وابن منظور: المرجع السابق, ج6, ص490.

[2] إبن منظور : المرجع السابق، ج6، ص490/ و الفيروز أبادي: المرجع السابق، ج4 ،ص 404

الفرع الثاني: الولاية اصطلاحاً

لقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية وأساتذة القانون في تعريف الولاية اصطلاحاً لذلك سأحاول إيراد أهم هذه التعريفات:

– عرّفها ابن عابدين بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى[1]. وإلى هذا ذهب الدكتور عبد السلام محمد شريف العالم فعرفها بأنها: تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه وهي شرعية يمكن بها شرعا من مباشرة العقود وترتيب أحكامها عليها من غير توقف على رضى أحد[2]. متفقاً في ذلك مع محمد محي الدين عبد الحميد الذي ذهب إلى أن الولاية هي حق منحته الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره رضى ذلك الغير أو لم يرض, وسببه لأحد أمرين:أولهما: عجز الذي ينفذ القول عليه, وثانيهما: قصور أهليته عن التصرف بنفسه[3]. كما ذهب إلى ذلك أيضاً الدكتور بلحاج العربي فعرفها بأنها تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم أو القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد[4], متماشياً في ذلك مع الأستاذ عبد الكريم شهبون الذي ذهب إلى أن الولاية هي حق تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى بسبب عجز ذلك الغير أو قصور أهليته عن التصرف بنفسه[5].

أما الأستاذ بدران أبو العينين بدران, وزكي الدين شعبان, فعرّفاها بأنها القدرة على إنشاء العقود

[1]- ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين, ج3, مكتبة البابي الحلبي, القاهرة, الطبعة الثانية, 1966, ص55.

[2]- عبد السلام محمد شريف العالم: قانون الزواج والطلاق وأسانيده الشرعية, منشورات جامعة قاريونس, بنغازي, ص53./ومحمد شلبي: نظرية الولاية, مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية,العدد السابع,أبريل1987,الكويت,ص74-76.

[3]- محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى, دار الكتاب العربي, ط1, 1984, ص68.

[4]- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, ج1, الزواج والطلاق, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 1994, ص118.

[5]- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية, ج1, الزواج والطلاق, الولاية ونتائجها, دار النشر والمعرفة, الرباط, 1987, ص73.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد[6].

وذهب الإمام محمد أبو زهرة إلى أن الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً[1] متفقاً في ذلك مع الأستاذ محمد مصطفى شلبي الذي ذهب إلى أنها سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات العقود وتنفيذها[2].

في حين يرى الدكتور وهبه الزحيلي أنها القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد[3], متفقاً في ذلك مع الأستاذ على حسب الله الذي عرفها بأنها سلطة تمكن صاحبها من مباشرة عقود وتصرفات تترتب عليها آثارها دون توقف على رضا غيره[4].

كما ذهب إلى ذلك أيضاً الأستاذ محمد حسين الذهبي الذي عرّفها بأنّها سلطة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبراً عليه[5], متماشياً في ذلك مع الدكتور مصطفى الرافعي الذي عرّفها بأنّها قدرة شرعية يملك بها صاحبها التصرف بشؤون غيره مجبراً أو اختياراً, فتسمى الأولى: ولاية إجبار, والثانية: ولاية اختيار[6].

أما الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا فعرف الولاية بأنها قيام شخص كبير على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية[7].

هذا ومن خلال ملاحظتنا للتعريفات السالفة الذكر يتبين ضمنيا أن الولاية تقوم بين شخصين، فالأول منهما يقوم بمقتضى حق ثبت له شرعا بتدبير الشؤون الشخصية والمالية للشخص الثاني القاصر عن ذلك، مع مراعاة الشارع في هذا الحق.

---

[6]- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون, ج1, الزواج والطلاق,دار النهضة العربية, بيروت, ص134./ زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، مطبعة الشروق، بيروت، ط3 ، 1973، ص 205

[1]- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية, دار الفكر العربي, القاهرة, ط3, 1957, ص107.

[2]- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام, الدار الجامعية للطباعة والنشر, بيروت,ط4, 1983, ص271.

[3]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته،دار الفكر المعاصر، دمشق,ط4، 1997، ص6690-6691.

[4]- علي حسب الله : الزواج في الشريعة الإسلامية, دار الفكر العربي, القاهرة, ط1, 1971, ص126.

[5]- محمد حسنين الذهبي: الشريعة الإسلامية, مطبعة دار التأليف, مصر, ط2، 1968, ص109.

[6]- مصطفى الرافعي: نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاء, الشركة العامة للكتاب, ط1, 1990, ص31.

[7]- مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد, ج2, المدخل الفقهي العام, مطبعة طربين, دمشق, ط10, 1968, ص817.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المبحث الثاني

أســـــاس الـولايـــة

- المطلب الأوّل :
  - أقسامها .
- المطلب الثاني :
  - أدلة شرعيتها .
- المطلب الثالث :
  - شروطها.
- المطلب الرابع :
  - دورها.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الأوّل

أقســـامهـــا

تنقسم الولاية إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة, إما من حيث ذاتها, وإما من حيث مصدرها, وإما من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره, أو من حيث موضوعها.

وعلى هذا الأساس إرتأيت تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع, حتى يتسنى لنا دراسة كل تقسيم ضمن فرع مستقل.

الفرع الأول: تقسيم الولاية من حيث ذاتها

تنقسم الولاية من حيث ذاتها إلى ولاية عامة وولاية خاصة.

- فالعامة هي الثابتة لرئيس الدولة أصالة, والقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية[1].

- والخاصة: هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاماً[2].

هذا ويرى المالكية أن الولاية العامة سببها الإسلام, أما الولاية الخاصة فلها ستة أسباب هي: الأبوة, الإيصاء, العصوبة, الملك, الكفالة, والسلطة[3].

---

[1] بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق, ج1, ص135. / عبد الفتاح تقية: مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي,1999, ص141.

[2]- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق, ج1, ص135. / عبد الفتاح تقية: المرجع السابق, ص141.

[3]- الدردير (أحمد بن محمد): الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك, ج3, دار المعارف, مصر, 1392ه, ص351-363. / الدردير: الشرح الكبير, ج2, دار إحياء الكتب العربية, القاهرة, ص221-222 وما بعدها./ جمعة محمد برّاج: الولاية في عقد النكاح, مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية, العدد11, أوت 1988, الكويت, ص80-85.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: تقسيم الولاية من حيث مصدرها

تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية ذاتية, وهي ما تعرف بالولاية الأصلية, وولاية مكتسبة, وهي ما اصطلح على تسميتها بالولاية النيابية.

– فالذاتية أو الأصلية: هي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير [1]كولاية الأب والجد على الولد القاصر, أو الابن على أبيه وجده وأمه إذا فقدوا الأهلية, فهذه الولاية ثابتة بسبب الولادة, والولادة أمر ذاتي لا ينفك عن صاحبه[2].

وهذه الولاية أيضاً لا تقبل الإسقاط أو التنازل عنها[3].

– أما المكتسبة أو النيابية فهي الولاية المستمدة من غيرها, كولاية القاضي والوصي, فإن القاضي يستمد ولايته من الحاكم والإمام, فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور, والوصي ولايته مستمدة ممن أقامه وصياً, فهو نائب عنه في الوصاية وفيما يتولاه من شؤون القاصر[4]. وهذه الولاية يمكن التنازل عنها أو إسقاطها[5].

---

[1] بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق, ج1, ص134.

[2] صالح جمعة حسن الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون, مؤسسة الرسالة, بغداد, ط1, 1976, ص36.

[3] مصطفى الرافعي: المرجع السابق, ص31./ حسن الجبوري المرجع السابق, ص36.

[4] بدران أبو العينين بدرانالمرجع السابق, ج1, ص134.

[5] مصطفى الرافعي: المرجع السابق, ص31./حسن الجبوري: المرجع السابق, ص37.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثالث: تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره

تنقسم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية:

- فالقاصرة هي ولاية الشخص على نفسه وماله, وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية بالبلوغ والعقل[1], أو هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه[2].

ت والمتعدية هي ولاية الشخص على غيره, ولا تكون إلاّ لمن تثبت له ولاية على نفسه[3], أو هي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع[4].

---

[1] بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق, ج1, ص134. / عبد الفتاح تقية: مباحث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق, ص141.

[2] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص107. / وزارة العدل: الدروس التي ألقيت على القضاة المتربصين في الأحوال الشخصية, دفعة 1979(الفوج الثاني), مركز التكوين القضائي بالدار البيضاء, ص8.

[3] بدران أبو العينين بدران المرجع السابق, ج1, ص134. / عبد الفتاح تقيةالمرجع السابق, ص141.

[4] أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص107. / وزارة العدل: الدروس التي ألقيت على القضاة المتربصين في الأحوال الشخصية, دفعة 1979(الفوج الثاني), مركز التكوين القضائي بالدار البيضاء, ص8.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الرابع: تقسيم الولاية من حيث موضوعها

تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس, وولاية على المال, وولاية على النفس والمال معاً.

الولاية على النفس:

الولاية على النفس هي الإشراف على شؤوت القاصر الشخصية[1], أو هي تختص بشؤون القاصر الخاصة غير المالية[2].

والولاية على النفس تتمثل في أمرين:

- أما الأول فيتعلق بالتربية والحفظ أي في شؤون الرضاع والحضانة والضم وما يتعلق بها وهي ما اصطلح على تسميتها بالحضانة[3].
- أما الثاني فيخص التزويج[4], وهي إعطاء الحق للولي في أن يتولى عقد زواج المرأة التي تحت ولايته[5].

هذا وقد حرر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد المرأة البالغة الراشدة من الولاية، بحيث جعلها تعقد الزواج بنفسها بالإضافة إلى إعطائها حرية اختيار الولي الذي يحضر معها عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر. وهذا ما نصت عليه المادة 11 من هذا القانون على النحو التالي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره..."[6].

---

[1] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7, ص187.

[2] عبد الرحمن الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق, المطبعة الجديدة, دمشق, ط5, 1979, ص165.

[3] أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية, الدار الجامعية, 1988, ص192.

[4] المرجع نفسه: ص192.

[5] عبد الكريم شهبون: المرجع السابق, ج1, ص74.

[6] قانون الأسرة المعدل الصادر في الجريدة الرسمية سنة 2005.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الولاية على المال:

الولاية على المال هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظٍ وإنفاق[7], أو هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها[8].

والولاية على المال عند المالكية والحنابلة تثبت للأب ووصيه ثم الحاكم ولا ولاية للجد عندهم[1], وعند الحنفية تثبت للأب ووصيه, ثم الجد ووصيه, ثم الحاكم ووصيه[2], أما الشافعية فإنها تثبت عندهم للأب والجد ثم وصيهما, ثم الحاكم أو من ينيبه[3].

وعلى كل حال فإن أساس التفرقة بين هذه الولاية والولاية على النفس تتمثل في أن الأولى أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال, أما الولاية على النفس فأساسها الشفقة والعطف, ذلك أن عقد الزواج لا يعود على العاقدين وحدهما بل تنال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصبات إذ هم قوم الزوجين[4].

الولاية على النفس والمال معاً:

الولاية على النفس والمال معاً تشمل الشؤون الشخصية والمالية[5], كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصيها[6].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية قد اعتمدوا هذا التقسيم عند تعرضهم لمسألة أقسام الولاية[7],

---

[7] وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ج7, ص187.

[8] أبو زهرة : الأحوال الشخصية، ص107. / مصطفى شلبي: المرجع السابق ص254.

[1] - الدسوقي(شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة): الحاشية على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير, دار الفكر، ج3, ص292. / والمرداوي (علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان): الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف, تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي,دار الكتب العلمية, بيروت, ط1، 1997، ج8، ص52.

[2] - السرخسي(شمس الدين أبو بكر أحمد بن أبي سهل): المبسوط, ج25, دار المعرفة للطباعة والنشر, بيروت, ط2, ص23.

[3] - الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب): مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج, ج2, ص173.

[4] - أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص108.

[5] - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7, ص187.

[6] - بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق, ج1, ص135. / عبد الكريم شهبون: المرجع السابق, ج1, ص74.

[7] - الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986م، ج2, ص241-247. / وابن عابدين: المرجع السابق, ج2, ص406.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الثاني

أدلة شرعيتها

إستدل الفقهاء على ثبوت الولاية سواء في الزواج أو على القصّر من صغير ومجنون ومعتوه وسفيه بآيات من الكتاب وأحاديث من السنّة، كما نص المشرع الجزائري على مواد قانونية في قانون الأسرة تبين شرعية الولاية.

- **الفرع الأول: من الكتاب:**

– قوله تعالى: ﴿فانكحوهنّ بإذن أهلهنَّ وءاتوهنَّ أجورهنّ بالمعروف﴾[النساء 25]. بمعنى فانكحوهنّ بإذن مواليهنَّ والمالكين لهنَّ أي تزوّجوهنّ بأمر أسيادهنَّ وموافقة مواليهنّ[1], وبالتالي دلّت على أنّ السيد هو ولي أمته لاتزوَّج إلاّ بإذنه, وكذلك هو ولي عبده ليس له أن يتزوج بغير إذنه[2].

وقال بعض الفقهاء: المراد من الأهل من لهم عليهنّ ولاية التزويج ولو غير المالكين كالأب والجد والقاضي, والوصي[3].

واتّفق الفقهاء على أنّ نكاح الأمة بغير إذن سيدها باطل لأنّ الله تعالى جعل إذن السيّد شرطا في جواز نكاح الأمة[4].

---

[1]- محمد علي الصابوني: صفوة التفاسير, ج1, دار الفكر, بيروت, لبنان, ص270.

[2]- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم, ج2, دار الأندلس للطباعة والنشر, ط3, 1981, ص246.

[3]- أحمد مصطفى المراغي: تفسير المراغي, ج5, دار إحياء التراث العربي, بيروت, ص10. / ناصر الدين أبي سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي: أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي, وبهامشه حاشية العلامة أبي الفضل القرشي الصدّيقي الخطيب المشهور بالكازروني, مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع, بيروت, ج2, لم يذكر التاريخ, ص80.

[4]- علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي الصوفي المعروف بالخازن: لباب التأويل في معاني التنزيل المعروف بتفسير الخازن, المجلد الأول, وبهامشه التفسير المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل تأليف الإمام الجليل العلامة أبي

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- قوله عزّ وجل كذلك: ﴿وما يتلى عليكم في كتب الله لهنّ وترغبون أن تنكحوهنّ والمستضعفين من الولدان وأن تقوموا لليتامى بالقسط﴾[النساء 127]. بمعنى يفتيكم في أحكام معاملة يتامى النساء اللواتي قد جرت عادتكم ألا تعطوهنّ ما كتب الله لهن من الإرث إذا كان في أيديكم لولايتكم عليهنّ وترغبون في نكاحهنّ لجمالهنّ أو لمالهنّ ولا تدفعون لهنّ مهورهنّ كاملة فنهاهم الله عن ذلك[1]. قال ابن عباس: كان الرجل في الجاهلية عنده اليتيمة فيلقي عليها ثوبه حتى لا يقدر أحد أن يتزوجها فإن كانت جميلة وأحبّها تزوّجها وأكمل مالها, وإن كانت ذميمة يتركها تحت رحمته حتى الممات ويرثها[2].

وكذلك معنى قوله: "والمستضعفين من الولدان" أي ويفتيكم في الصغار بأن تعطوهم حقوقهم وأموالهم, لأنّهم كانوا في الجاهلية لا يورِّثون الصغار ولا البنات[3]. ويجوز أن يكون خطاباً للأوصياء عليهم[4].

وكذلك معنى قوله:"وأن تقوموا لليتامى بالقسط" أن تهتموا بهم اهتماماً خاصاً وتعنوا بشأنهم[5], وهو خطاب للأئمة في أن ينظروا لهم ويستوفوا لهم حقوقهم[6].

- وكذلك قوله جلّ شأنه: ﴿وءاتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدّلوا الخبيث بالطيب ﴾[النساء 2]. بمعنى أعطوا اليتامى الذين مات أبوهم وهم صغار أموالهم إذا بلغوا[7], أي أيها الأولياء والأوصياء احفظوا أموال اليتامى ولا تتعرضوا لها بسوء وسلّموها لهم عند رشدهم[8].

- وكذلك قوله جلّ وعلا: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيماً وارزقوهم فيها

البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي, طبع محمد أمين وشركاه, بيروت, لبنان, ص345.

[1]- سعيد حوّى: الأساس في التفسير، مج 2، دار السلام،القاهرة، ط 6، 2003 -1424ه، ص 1193.

[2]- الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص307/ و المراغي: المرجع السابق, ج5, ص170.

[3]- ابن كثير: المرجع السابق, ج2, ص405.

[4]- أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي: الكشاف عن حقائق التنزيل وعبرة الأقاويل في وجوه التأويل, ويليه الكافي في الشراف في تخريج أحاديث الكشاف للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني, ج1, دار المعرفة, بيروت, لم يذكر التاريخ, ص301.

[5]- المراغي: المرجع السابق, ج5, ص171.

[6]- البيضاوي: المرجع السابق, ج2, ص120. / الزمخشري: المرجع السابق, ج1, ص302.

[7]- الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص258.

[8]- المراغي: المرجع السابق, ج4, ص179. / أحمد الصاوي: الحاشية على تفسير الجلالين, دار الحلبي, ج1, ص177.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ﴾[النساء 5]. فالخط

يؤتوا الذين لا رشد لهم أموالهم فيُضيّعوها, بل يتركوها تحت تصرفهم[9]

وينفقون عليهم في جميع وجوه الإنفاق كالأكل والمبيت والزواج والكسوة وذلك حتى يحفظوا لهم مالهم[1]. والسفهاء هم المبذّرون أموالهم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي[2], وقيل هم النساء سواء كنّ أزواجاً أو بنات أو أمهات, وقيل هم الأولاد خاصة[3], وقيل هم المبذرون من اليتامى[4].

- وكذلك قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف ﴾[البقرة 233]. أي على جميع الوالدات أو الأمّهات مطلّقات أو غير مطلّقات أن يرضعن أولادهنّ لمدة سنتين كاملتين إذا شاء االوالدان إتمام الرضاعة[5], وكذلك يجب على المولود له وهو الوالد أو الأب طعامهنّ ولباسهنّ على قدر استطاعته[6].

- وكذلك قوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهنّ فلا تعضلوهنّ أن ينكحن أزواجهنّ إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾[البقرة 232]. فالخطاب في هذه الآية عام لجميع الأولياء بأن لا يضيقوا على النساء ويمنعوهن من مراجعة أزواجهنّ بنكاح جديد[7] إذا صلحت الأحوال بين الزوجين وظهرت علامات الندم ورضى كل منهما إلى العودة لصاحبه والسير بما يرضي الله[8].

- وكذلك قوله تعالى:﴿ويسئلونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم﴾[البقرة 220]. فبيّنت الاية بأنّه يجوز لأولياء اليتامى بأن يخلطوا أموالهم بأموالهم إذا كان على وجه الإصلاح[9].

- وكذلك قوله تعالى:﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[النساء06] فالخطاب لأولياء اليتامى بأن يختبروهم وذلك بإعطائهم شيئاً من المال يتصرف فيه حتى إذا بلغوا سن النكاح وهو البلوغ وحسن التصرف في المال, فإن أبصروا منهم الرشد في ذلك

---

(9)- البيضاوي: المرجع السابق, ج2, ص68. / المراغي: المرجع السابق, ج4, ص186.

(1)- ابن كثير: المرجع السابق, ج2, ص203. / الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص259.

(2)- الزمخشري: المرجع السابق, ج1, ص246.

(3)- الخازن: المرجع السابق, ج1, ص323.

(4)- الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص259.

(5)- المراغي: المرجع السابق, ج2, ص184./ الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص150.

(6)- الخازن: المرجع السابق, ج1, ص163. / ابن كثير: المرجع السابق, ج1, ص503.

(7)- الخازن: المرجع السابق, ج1, ص162. / المراغي: المرجع السابق, ج2, ص181 / البيضاوي: المرجع السابق, ج1, ص243. / الصاوي: المرجع السابق, ج1, ص97.

(8)- الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص149. / الزمخشري: المرجع السابق, ج1, ص141.

(9)- الصابوني: المرجع السابق, ج1, ص141. / الصاوي: المرجع السابق, ج1, ص91.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وجب دفع المال إليهم[10].

- **الفرع الثاني: من السنّة:**

قوله –صلى الله عليه وسلم–: (لا نكاح إلا بولي)[1], قد دلّ هذا الحديث بأن كل نكاح بدون ولي فهو باطل بحيث يعتبر الولي من شروط النكاح ويختل العقد باختلال هذا الركن[2].

وعن عائشة –رضي الله عنها– أنّ رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال: (أيّما امرأةٍ نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل, فنكاحها باطل, فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها, فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لاولي له)[3] , بمعنى أن الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء كما بيّن الحديث أن نكاح المرأة باطل بطلاناً مطلقاً إذا كان بدون ولي[4].

وقوله –صلى الله عليه وسلم– : (مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشرٍ, وفرّقوا بينهم في المضاجع)[5] , لقد بيّن هذا الحديث حقوق الأولاد على أوليائهم المباشرين, وهم الآباء بأن يأمروهم بالصلاة إذا بلغوا سبع سنين, وأن يضربوهم عليها أي على التفريط فيها إذا بلغوا عشر سنين, والمراد بالضرب الذي يحصل به التأديب بلا ضرر, لأن النبي –صلى الله عليه وسلم– إنما أمر بضربهم لا لإيلامهم ولكن لتأديبهم وتقويمهم[6].

وعن عمر –رضي الله عنه– أنّ النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: (من ضرب غلاماً له حدًا لم يأته, أو لطمه فإنّ كفّارته أن يُعتقه)[7], وعلى هذا لايجوز للإنسان أن يضرب من في ولايته كالولد

---

[10]- المراغي: المرجع السابق, ج4, ص188 / الزمخشري: المرجع السابق, ج1, ص247./ الصاوي: المرجع السابق, ج1, ص179.

[1]- رواه الترمذي: كتاب النكاح عن رسول الله, باب ماجاء في استئمار البكر والثيب, 1026، ج3، ص417. / وأحمد: ومن مسند بني هاشم, مسند عبد الله بن عباس, 2148. / وأبو داوود: كتاب النكاح, باب في الولي, 2085، ج2، ص236/ وابن ماجة: كتاب النكاح, باب لا نكاح إلاّ بولي, 1880, ج1, ص605.

[2]- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري, دار الريان للتراث, القاهرة, ط2, 1987, ج9, ص98.

[3]- رواه الترمذي: كتاب النكاح عن رسول الله, باب ماجاء لا نكاح إلا بولي, 1102، ج3، ص407–408. / وأبو داوود: كتاب النكاح, باب في الولي, 2083، ج2، ص235–236.

[4]- الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام, مكتبة الإيمان, المنصورة, ج3, ص192. / العسقلاني: المرجع السابق, ج9, ص97.

[5]- رواه أبو داوود: كتاب الصلاة, باب متى يؤمر الغلام بالصلاة, 495، ج1، ص130.

[6]- محمد بن صالح العثيمين: شرح رياض الصالحين للنووي, دار ابن الهيثم, القاهرة, 2002, ج2, ص144.

[7]- رواه مسلم: كتاب الأيمان, باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده, 1331, ج5, ص90. / وأحمد: مسند المكثرين من الصحابة, مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب, 48076.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

مادام يمكن أن يتأدب بدون الضرب, وذلك أن ا والإيجاع[8].

وقوله –صلى الله عليه وسلم-: (إنّ لولدك عليك حقاً)[1] , فالنفقة على الأهل أفضل من الإنفاق في سبيل الله, وأفضل من الإنفاق على المساكين, خاصة على الزوجة والأولاد لأنهم ممن ألزم الله بهم وليّهم وأوجب عليه نفقتهم, فالإنفاق عليهم فرض عين مقدم على إنفاق آخر[2].

وعن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله: إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء, وثدي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني. فقال رسول الله: (أنت أحق به ما لم تُنكحي)[3],فقد دلّ الحديث على أن الولاية على نفس المحضون هي للأم، فهي أحق بحضانة ولدها من غيرها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقهاوأولويتها بحضانة ولدها وأقرها الرسول – صلى الله عليه وسلم- على ذلك وحكم لها[4].

قوله –صلى الله عليه وسلم-:(الأيمّ أحق بنفسها من وليها, والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها)[5], فدل الحديث على أحقية الثيب بنفسها بمعنى لا يعقد عليها حتى يطلب الولي الأمر منها بالإذن بالعقد, والمراد من ذلك اعتبار رضاها, كما دل الحديث على أن ولي البكر أحق بها منها, كما أنها إذا استؤذنت فصمتت, فإن ذلك يكفي كدليل على موافقتها[6].

---

[8]- محمد بن صالح العثيمين: المرجع السابق, ج4, ص159.

[1]- رواه مسلم: كتاب الصيام, باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوّت به حقاً أو لم يفطر العيدين والتشريق وبيان تفضيل صوم يوم وإفطار يوم, 1963, ج3, ص163.

[2]- محمد بن صالح العثيمين: المرجع السابق, ج2, ص137. / الشوكاني: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار, المكتبة العصرية, بيروت, 2004, ج4, ص574.

[3]- رواه أبو داوود: كتاب الطلاق, باب من أحق بالولد, 2276، ج2، ص292./ وأحمد: مسند المكثرين من الصحابة, مسند عبد الله بن عمرو بن العاص, 6420.

[4]- الصنعاني: المرجع السابق, ج3, ص370. / الشوكاني: المرجع السابق, ج4, ص582-583.

[5]- رواه مسلم: كتاب النكاح, باب استئذان الثيب في النكاح, 2545, ج4, ص141. / والترمذي: كتاب النكاح عن رسول الله, باب ما جاء في استئمار البكر والثيب, 1026، ج3، ص416 / النسائي: كتاب النكاح, باب استئذان البكر في نفسها, 3208، ج6، ص84 / مالك: كتاب النكاح, باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما, 1103, ص356.

[6]- / السيوطي: تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك, القاهرة, 2003, ص487-488.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وقوله –صلى الله عليه وسلم–:(الأيم أحق بنفسها م

فبين الحديث أن اليتيمة وهي الصغيرة التي لا أب لها لابد من استئمارها في الزواج واستئذانها وذلك بعد بلوغها, وبين الحديث بأن دليل رضاها هو صمتها [1].

وعن الخنساء بنت خذام الأنصارية أنّ أباها زوّجها وهي ثيب فكرهت ذلك, فأتت رسول الله عليه الصلاة والسلام, فردّ نكاحها[2] . فقد دلّ هذا الحديث على عدم إجبار الولي المرأة الثيب البالغة العاقلة على الزواج, بحيث لا يجوز تزويجها بغير إذنها لا للأب ولا لغيره بإجماع المسلمين[3].

---

[7]- رواه النسائي: كتاب النكاح, باب استئذان البكر في نفسها, 3209، ج6، ص84–85.

[1]- الصنعاني: المرجع السابق, ج3, ص201. / الشوكاني: المرجع السابق, ج4, ص319–320.

[2]- رواه البخاري: كتاب النكاح, باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود, 5138، ج6، ص460 / النسائي: كتاب النكاح, باب الثيب يزوجها أبوها وهي كارهة, 3216، ج6، ص86 / أبو داوود: كتاب النكاح, باب في الثيب, 2101، ج2، ص239–240 / أحمد: في مسند الأنصار, حديث خنساء بنت خذام, 25561.

[3]- العسقلاني: المرجع السابق, ج9, ص101./ الشوكاني: المرجع السابق, ج4, ص316.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- **الفرع الثالث: من قانون الأسرة الجزائري:**

اعتبر قانون الأسرة الجزائري الولاية الخاصة التي تتعلق بأمور الغير الذين لا يستطيعون القيام بها لقصرهم بسبب الصغر أو الجنون أو العته أو السفه أو الأنوثة. وهذه الولاية تتمثل في الولاية على النفس (ولاية التزويج، ولاية التربية والحفظ) والولاية على المال[1].

1. الولاية على النفس:

أ. فبالنسبة لولاية التزويج نصت عليها المواد 11, 9, 33, من قانون الأسرة الجزائري[2], فالمادة تسعة مكرر التي ذكرت شروط عقد الزواج منها الولي حيث نصت: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج, الصداق, الولي, شاهدان, إنعدام الموانع الشرعية للزواج).

وكذلك المادة إحدى عشر التي بيّنت أنّه لابد من عقد زواج المرأة الراشدة بحضور وليّها حيث نصت: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

وكذلك المادة الثالثة والثلاثون التي اعتبر فيها المشرع الجزائري الزواج الذي يتم بدون ولي باطل ويفسخ قبل الدخول, حيث نصت: "إذا تم الزواج بدون وليّ أو شاهدين أو صداق،يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه, ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد،ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

ب. أما بالنسبة لولاية التربية والحفظ، والتي اصطلح عليها في القانون باسم الحضانة فقد نصت عليها المادتان 62 و87/1.

فالمادة 62 في تعريفها للحضانة حيث تنص على "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

---

[1]- فضيل سعد: المرجع السابق, ج1, ص71.

[2]- بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1, ص119./و د. عبد القادر داودي:الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،دار البصائر،الجزائر،الطبعة الأولى 2007،ص 119.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

والمادة 87 التي تنص "يكون الأب وليا على أولاده القـ
وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"

فقد بيّنت المادة في فقرتها الأولى حق الولاية للأب على أولاده القصر، وانتقال هذا الحق للأم مباشرة بعد وفاته.

وفي فقرتها الثانية بين حالة الطلاق التي تكون فيها الولاية لمن منحه القاضي حق حضانة الأولاد[1].

2.الولاية على المال:

نصت عليها المواد 88 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري.

فالمادة 88 أوجبت على الولي أن يكون حريصا في تصرفاته في أموال القاصر حيث نصت أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

وكذلك المادة 95 التي بينت أحكام الوصي حيث نصت بأنه: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88، 89، 90 من هذا القانون"[2].

---

[1] - الدكتور نصر الدين مبروك: قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال، الجزائر، 2004، ص67و70. / والدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص156.

[2] - الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ، ص71 و72. / والدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص156 و157.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الـ
شروطـــــها

بما أن بحثي يدور حول موضوع الولاية الخاصة بما فيها الولاية على النفس في التزويج, والتربية, والتأديب, والولاية على المال فسألتزم بشروط الولي المشتركة بين أنواعها المختلفة.

الفرع الأول: شروط الولي في الفقه الاسلامي:

يشترط الفقهاء في تولي الولاية الخاصة توفر الشروط الآتية:

1. **العقل**: اتفق الفقهاء على ضرورة توفر شرط العقل في الولي, فلا ولاية للمجنون والمعتوه ومن في حكمهما لقصور العقل, كما أنّه عاجز عن النظر لنفسه, عديم التمييز لما فيه مصلحة, فاسد التدبير, ولا يترتب على أفعاله وأقواله من حيث التكليف أي أثر شرعي[1].
2. **البلوغ**: ذهب جمهور العلماء إلى اشتراط البلوغ في الولي, فلا ولاية للصغير لعدم البلوغ الذي هو علامة تكامل القوى العقلية, فهو لا يعرف المصلحة ولا يقدرها لنقصان عقله, وبالتالي لا تصح توليته على غيره[2].
3. **الإسلام**: لا خلاف بين الفقهاء في أنّه لا ولاية لكافرٍ على نفس مسلم مهما كانت درجة قرابته حتى ولو كان أباه[3], لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[النساء141], وقوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾[التوبة71].

---

(1)- الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص237 / مالك بن أنس: المدونة الكبرى, ج3, دار الفكر للطباعة, بيروت, ط1, 1998, ص1244. / الشافعي: المرجع السابق, ج5, ص24. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص355. / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9, ص6700 / مصطفى شلبي: المرجع السابق, ص273.

(2)- الزيلعي (فخر الدين عثمان بن على الحنفي): تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي، ومعه حاشية الشيخ الشلبي على هذا الشرح، تحقيق الشيخ أحمد عزو عناية, ج2,دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000م، ص493. / صادق عبد الرحمن الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته, ج2, مؤسسة الريان للطباعة, بيروت, ط1, 2002, ص558. / محمد الزهري الغمراوي: شرح السراج الوهاج على متن المنهاج ليحي النووي, دار المعرفة, بيروت, ص366. / أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص207 / أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص153.

(3)- الزيلعي: المرجع السابق, ج2, ص493. / عثمان بن حسنين البري الجعلي المالكي: سراج السالك, ج2, دار الفكر, بيروت, ط1982, ص37. / الغمراوي: المرجع السابق, ص366 / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص356.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

4. **العدالة**: وتعني استقامة الدين وسلامة الخلق, الإصرار على الصغائر[1].

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط إثباتاً ونفياً:

أ -المثبتون له: و هم الشافعية و الحنابلة على الراجح عندهم، أنه لا ولاية لغير العدل في الولاية الخاصة سواء في ولاية الزواج أو الولاية على القصر في أنفسهم و أموالهم ،لأنّ الولي لا يكون موصوفاً بالرشد إلاّ إذا كان عدلاً أميناً في ذاته[2] .

ب - النافون له:و هم الحنفية و المالكية الذين يرون أن العدالة ليست شرطاً في ثبوت الولاية، فللولي عدلاً كان أو فاسقاً تزويج ابنته أو تربية وتأديب أولاده من هم تحت ولايته، و المحافظة على أموالهم [3].

و ذلك لأنّ الفاسق له ولاية كاملة على نفسه بحيث يزوّج نفسه, فلا مانع من أن يتولى أمر غيره، كما أنّ عماد هذه الولاية الخاصة هو الشفقة ورعاية المصلحة، وفسقه لا يمنع من شفقته بأولاده أو من في ولايته[4].

5. وهناك شروط أخرى اشترطها جمهور الفقهاء أو بعضهم لأنواع من الولاية الخاصة مثل:

❶- **الذكورة**: فهذا الشرط فيه خلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية.

أ- جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة): يرون اشتراط الذكورة في الولي خاصة في ولاية الزواج, فلا تثبت ولاية التزويج للأنثى لأنّ المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها فكيف تكون لها ولاية على غيرها[5].

ب- الحنفية: يرون بأن الذكورة ليست شرطاً في ثبوت الولاية, فالأنثى البالغة العاقلة تباشر عقد

---

[1]- نزيه حمّاد: نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية, دار القلم, دمشق, الطبعة الأولى, 1994, ص57. / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق, ج9, ص6701.

[2]- الشافعي: المرجع السابق،ج5،ص 25/ و ابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص 356.

[3]- الكاساني: المرجع السايق, ج2, ص239. / ابن رشد: المرجع السابق, ج2, ص22.

[4]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9, ص6702 / محمد كمال الدين إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي, الدار الجامعية للطباعة والنشر, بيروت, ص110.

[5]- ابن جزي: القوانين الفقهية, دار الكتب, الجزائر, 1987, ص162. / الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص154 / منصور بن يونس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع, تعليق الشيخ هلال مصيلحي, ج5, مكتبة النشر الحديثة, ص55.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الزواج أصيلة عن نفسها, وتنوب عن غيرها ولاية وو

❷ - **الرشد**: فقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط كذلك كالآتي:

أ- الشافعية والحنابلة: من شروط الولي عندهم بأن يكون رشيداً فعند الحنابلة معناه: أن يعرف الولي الكفء ومصالح النكاح[2], وعند الشافعية هو الذي لا يبذر المال[3].

ب- المالكية والحنفية: لا يعتبرون الرشد شرطاً في الولي فيصح للسفيه ولو محجوراً عليه أن يتولى تزويج غيره, كما يستحب عند المالكية أن يزوّج السفيه مولّيته بإذن وليّه وبإذنها[4].

❸ - **البصر والنطق**: لقد اختلف فقهاء الشريعة في اشتراط البصر والنطق في الولاية الخاصة مثل الولي الذي يتولى عقد الزواج مثلاً, فمنهم من اعتبرهما شرطاً في ثبوت الولاية, ومنهم من لم يعتبرهما كذلك.

أ- **البصر**:

يقصد به لغة: حاسة النظر[5], ويسمى فاقدها بالمكفوف الذي يعتبر من المنظور الطبي شخصا لا يستطيع الرؤية[6].

ولقد عرّفت منظمة العمل الدولي المكفوف: بأنّه فرد عاجز عن عد أصابع اليد على بعد أكثر من ثلاثة أمتار بأحسن العينين بعد التصحيح بالعدسات الطبية[7].

هذا وقد انقسم الفقه في اشتراط البصر إلى رأيين:

- الرأي الأول: جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة على الأصح في مذهبهم والإمامية والزيدية:

ذهبوا إلى عدم اشتراط البصر في الولي خاصة الذي يتولى عقد الزواج وحجّتهم في ذلك أنّ شعيباً عليه السلام زوّج ابنته من موسى عليه السلام وكان أعمى ولأنّه من أهل النظر والبحث والاجتهاد في اختيار الأصلح[1].

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص239.

[2]- ابن القيم الجوزي: زاد المعاد في هدي خير العباد, ج3, دار الكتاب العربي, بيروت, لبنان, ص22.

[3]- الشافعي: المرجع السابق, ج5, ص24.

[4]- ابن رشد: المرجع السابق, ج2, ص21. / ابن جزي، المرجع السابق, ج9, ص162.

[5]- أبو البقاء الكفوي: المنجد في اللغة والأعلام, دار الشروق, بيروت, الطبعة 27, ص40.

[6]- مدحت فؤاد فتوح حسين: تنظيم مجتمع المعاقين, دار النهظة, القاهرة, 1998, ج3, ص45.

[7]- مدحت فؤاد فتوح حسين: المرجع نفسه، ص42-45.

[1]- الشيرازي (أبو اسحاق إبراهيم بن علي): المهذب,ج2, مطبعة البابي الحلبي, القاهرة, 1958, ص38. / الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص155./ابن

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- الرأي الثاني: الشافعية والحنابلة

ذهبوا في قولهم الثاني إلى اشتراط البصر في الولي خاصة الذي يتولى عقد الزواج على أساس أن الأعمى يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج ورؤية تصرفاته وأفعاله[2].

ب- النطق:

يقصد به لغة اللفظ[3], ويسمى الشخص الذي لا يتكلم بالأخرس أو الأبكم إذ يعتبر الصم البكم من أهم المعاقين حسياً بفقدهم حاسة السمع والكلام, وهم يعتبرون من الناحية الطبية أشخاصا حرموا حاسة السمع منذ ولادتهم أو فقدوا القدرة السمعية قبل تعلم الكلام[4].

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتبر الشخص الذي اجتمعت فيه عاهتان ناقص الأهلية حيث تنص المادة 80 من القانون المدني على ما يلي: "إذا كان الشخص أصم أبكم, أو أعمى أصم, أو أعمى أبكم وتعذّر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعيّن له وصياً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عيّن من أجله وصي قضائي إذا صدر من الموصى عليه بدون حضور الموصي بعد تقييد قرار الوصاية".

هذا وقد انقسم الفقه في اشتراط النطق إلى رأيين:

- **الرأي الأول**: جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة على الأصح في مذهبهم والإمامية والزيدية:

ذهبوا إلى عدم اشتراط النطق في الولي خاصة الذي يتولى عقد الزواج ما دام أن له إشارة مفهمة أو كتابة تقوم مقام نطقه, فإن لم تكن إشارة مفهمة أو كتابة زالت عنه الولاية لعدم الانتفاع به ولتعذّر الوصول إلى اختياره[5].

- **الرأي الثاني**: الشافعية والحنابلة:

ذهبوا في قولهم الثاني إلى اشتراط النطق في الولي خاصة الذي يتولى عقد الزواج على أساس أن

قدامة:المرجع السابق, ج7, ص357. / أحمد بن يحي بن مرتضى: البحر الزخار والجامع لمذاهب علماء الأمصاروبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجنة البحر الزخار لمحمد بن يحي بهوان الصعيدي,ج3, مؤسسة الرسالة, الطبعة الأولى1937, ص55/ابن مطهر الحلي: تذكرة الفقهاء, ج2, ص600.

[2]- الشيرازي: المرجع السابق, ج2, ص38. / المرداوي: المرجع السابق, ج8, ص75.

[3]- الكفوي: المرجع السابق, ص816.

[4]- مدحت فؤاد فتوح حسين: المرجع السابق, ص42.

[5]- الشربيني:المرجع السابق,ج3,ص155/ يحي بن شرف النووي:روضة الطالبين,ج7, المكتب الإسلامي, بيروت, ط!,1964,ص64./ابن قدامة:المرجع السابق,ج7وص357/ابن المرتضى:المرجع السابق, ج3, ص55. / ابن مطهر الحلي: المرجع السابق, ج2, ص600./البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص53.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الإشارة محتملة فإذا أقيمت في حق نفس الأخرس لضر حق غيره, وتبعاً لذلك لا يصح منه التوكيل على اعتبار أن المعنى الإحتمالي لإشارة الأخرس موجود في توكيله كوجوده في عقده, ومن ثم فلم يصح منه تولي عقد الزواج ولا التوكيل فيه[1].

❹ - **وأضاف المالكية والشافعية والحنابلة شرطين آخرين هما:**

أ- خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة: فلا يصح لمحرم بحجٍ أو عمرة تولي عقد النكاح لحديث النبي –صلى الله عليه وسلم- : (لايَنكِحُ المحرم ولا يُنكِح ولا يخطب)[2].

ب- عدم الإكراه: فلا ينعقد الزواج بالإكراه لعدم توافر الرضا الذي تقوم عليه جميع العقود[3].

وبهذا تصبح شروط الولي عند المالكية سبعةهي: الذكورة, والحرية, والبلوغ, والعقل, والإسلام في المرأة المسلمة, والخلو من الإحرام بحج أو عمرة, وعدم الإكراه, وليست العدالة والرشد شرطين.

وعند الحنابلة والشافعية تسعة وهي: الحرية, والذكورة, واتّحاد الدين بين الولي والمولى عليه, والبلوغ, والعقل, والعدالة, والرشد, والخلو من الإحرام والإكراه.

أما عند الحنفية فأربعة وهي: العقل والبلوغ والحرية واتّحاد الدين[4].

الفرع الثاني: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري:

كما أنّ هذه الشروط نصّ عليها المشرّع الجزائري أو معضمها في قانون الأسرة الجديد, خاصة الولاية على النفس التي تحتاج إلى ولي رحيم بمن في ولايته, ومنها:

- **الأهلية**: بمعنى أهلية أداء الواجب, فالشخص الذي يفتقر إليها يحرم من سلطة الولاية على الغير,

---

[1]- الهيتمي (شهاب الدين أحمد بن حجر): تحفة المحتاج بشرح المنهاج, ج7, مطبعة مصطفى محمد, ص254./ الرملي(شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشافعي): نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه حاشية أبي الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي، ج6، مطبعة مصطفى البابي الحلبي،مصر، الطبعة الأخيرة، 1967م، ص238. / البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص53.

[2]- رواه مسلم: كتاب النكاح, باب تحريم نكاح المحرم وكراهته وخطبته, 2022, ج4، ص130./ النسائي: كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح المحرم، 3224 ، ج6، ص70./ أبة داوود: كتاب المناسك باب المحرم يتزوج، 1569، ج1، ص170./ مالك: كتاب الحج، باب نكاح المحرم، 779، ص239.

[3]- الجعلي: المرجع السابق, ج2, ص37.

[4]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9, ص6703.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فإما يكون ناقص الأهلية كالسفيه أوالصبي المميز الذي لو كان صغير السن لم يبلغ 16 سنة طبقاً للمادة 42 من القانون المدني الجزائري, أو كان مجنوناً أو معتوهاً ... الخ[1]. حيث نصت هذه المادة على : "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن, أو عته أو جنون".

كما نصت المادة 43 منه: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد, وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوهاً يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

كذلك يحرم من الولاية من كان مصاباً بمانع من موانع الأهلية أو عارض من عوارضها كان في حاجة إلى ولي فكيف تسند له أمور غيره طالما أموره في حاجة إلى من يرعاها.

- **القرابة والاختيار**: لم يحصر المشرع الجزائري سلطة الولاية في الأقارب في تعديله لقانون الأسرة الجزائري, بل أضاف في ذلك من تختاره المولى عليها, بحيث كل شخص تختاره المرأة الراشدة ليحضر عقد زواجها تكون له سلطة الولاية[2], وهذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهوأبوها أو أحد أقاربها أو أي شخصٍ تختاره" وهذا دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون التي تنص على: "يتولى زواج القصّر أولياؤهم وهم الأب, فأحد الأقارب الأولين والقاضي, ولي من لا ولي له".

وبالتالي نلاحظ بأن:المشرع الجزائري أقر في المادة 7 من هذا القانون أن القاصريتولى زواجها وليها الأول وهوالأب، فإذا لم يوجد يأتي أحد الأقارب الأولين، الأقرب فالأقرب حسب ترتيبهم في الميراث، والقاضي ولي من لاولي له.

أما البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أو ثيبا فهذه تعقد الزواج بنفسها مع حضور وليها الذي قد يكون أباها أو أحد أقاربها أو شخصا آخر تختاره ليحضر معها عقد زواجها حتى ولو كان أجنبيا عنها –بمعنى ليس من الأقارب– حسب المادة التي تقول: "أي شخص..."[1]

---

[1]- بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1, ص121. / فضيل سعد: المرجع السابق, ج1, ص72.

[2]- فضيل سعد: المرجع نفسه, ج1, ص72-73.

[1]- الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص67 وما بعدها.

[2]- ابن مطهر الحلي: المرجع السابق، ج2،ص 587 و593./ والسرخسي: المرجع السابق، ج5،ص594./ والكاساني:

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وهنا يكون المشرع قد أخذ برأي الحنفية والإمامية الذ

يجيزون لها تزويج نفسها[2]، وخالف -أي المشرع- جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية الذين أبطلوا تزويج غير الولي للمرأة، فلا يصح تزويج الأجنبي مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي)[3]. وكذلك أبطلوا تزويج الأبعد مع حضور الأقرب من غير عذر بالأقرب على أساس أنه يستحق بالتعصيب كالميراث[4]، بخلاف المالكية الذين أجازوا تزويج الأبعد مع حضور الأقرب بشرط أن يكون الأقرب غير مجبر، فيصح تزويج العم مع وجود الأخ، أما إذا كان الأقرب مجبرا كالأب مع بنته فلا يصح للأبعد التزويج، وإن فعل ذلك يقع العقد فاسدا ويفسخ أبدا ولو أجازه المجبر[5].

- **الإسلام**: لقد أخذ المشرّع الجزائري بهذا الشرط عندما منع الزواج بين المسلمة والكافر لكي لا يعلو الزوج على زوجته ويتسلّط عليها. وذلك في المادة 1/31 تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية[5].

وقد أخذ المشرّع الجزائري برأي المالكية والحنفية عندما سكت عن شرط العدالة في الولي فقال بعموم اللفظ في المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخصٍ آخر تختاره".

وكذلك مع غياب نص صريح في قانون الأسرة في مسألة ارتداد الولي، هل يزوج وليته المسلمة أم لا

المرجع السابق، ج2، ص242./ وابن عابدين: المرجع السابق، ج2، ص413 و414.

(1)- سبق تخريجه ص29.

(4)- الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص150./ والبهوتي: المرجع السابق، ج5، ص47./ وابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص382-383./ وابن حزم (الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي): المحلى بالآثار-تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري-ج9، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ص32-33/ وابن المرتضى: المرجع السابق، ج3، ص56.

(5)- الدسوقي: المرجع السابق، ج2، ص202./ ومالك: المرجع السابق، ج3، ص1246.

(5)- فضيل سعد: المرجع السابق، ج1، ص75./ والدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص67.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

سواء كان أبا أو غيره، وبالرجوع إلى نص المادة 222 يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، فيشترط في الولي أن يكون من دين المولى عليه، فلا يزوج كافر مسلمة، والولي إذا ارتد يصبح كافرا، وقد اتفق الفقهاء على عدم جواز ولاية الكافر على المسلمة مصداقا لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا﴾[النساء141]. وهذا ما أشار إليه ابن قدامة بقوله: "أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال إجماع أهل العلم"[1].

وإذن،فلا ولاية لغيرالمسلم على المسلم،وهذا مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم من السلف والخلف والله تعالى قد قطع الولاية في كتابه بين المؤمنين والكافرين وأوجب البراءة بينهم من الطرفين وأثبت الولاية بين المؤمنين[2]وساق كثيرا من النصوص الدالة على ثبوت الولاية بين المؤمنين وانقطاعها،بينهم وبين الكافرين،فمن ذلك قوله تعالى:﴿يأيها الذين ءامنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض﴾[المائدة51].وقوله تعالى أيضا:﴿لا تجد قوما يومنون بالله واليوم الآخريوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا ءاباءهم أو أبناءهم أو اخوانهم أوعشيرتهم﴾[المجادلة22].والسبب في اشتراط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه هو اتحاد وجهة النظرفي تحقيق المصلحة ولأن إثبات الولاية للكافرعلى المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر[3].

المطلب الرابع

دورهـــــا

بما أن الولاية الخاصة فيها نوعان فقد قسّمت هذا المطلب إلى فرعين، أتناول في الأول منها دور الولي في ولايته على النفس في التزويج، والتربية، والتأديب، أما الثاني فأخصصه لدور الولي في ولايته على المال.

الفرع الأول: دور الولي في ولايته على النفس:

[1]- ابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص356.

[2]- الجعلي: المرجع السابق، ج2، ص37./ والزيلعي: المرجع السابق، ج2، ص493./ والغمراوي: المرجع السابق، ص366./ والمرداوي: المرجع السابق، ج8، ص75.

[3]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ج9، ص6703.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

تشمل حالتين، ولاية التربية والحفظ، وولاية الزواج

الحالة الأولى: دور الولي في ولاية التربية والحفظ:

أولا: في الفقه الإسلامي:

فعلى الولي هنا أن يقوم بدوره نحو كل شخص هو في حاجة إلى التربية والتأديب والتهذيب والحفظ والإرضاع والحضانة،وهذا متحقق في الصغير،سواء كان ذكرا أوأنثى،والمجنون،ويلحق به المعتوه[1].

ويتمثل دورالولي على هؤلاء الأشخاص في رعاية شؤونهم ومصالحهم في الحياة وحمايتهم والقيام بأمورهم،من تأديب وتهذيب وتعويد على الخصال الأخلاقية والسلوكية الإسلامية.خاصة الصغير منهم بالقيام على شؤونه بالتربية والتعليم والتأديب والتطيب والتشغيل ونحوذلك وهذا دور الأبوين أولا حيث قال النبي:(إن لولدك عليك حقا)[2]بحيث يشمل كل أنواع الحقوق من رضاع وحضانة بالنسبة للذكر حتى البلوغ،والأنثى حتى الزواج،والمجنون والمعتوه حتى الإفاقة[3].

و لقد استقر الفقه و القضاء على أن الحضانة يتعلق بها حقوق ثلاثة، حق المحضون و حق الحاضنة و حق الأب أو من يقوم مقامه، و إذا اجتمعت هذه الحقوق الثلاثة و أمكن التوفيق بينها تثبت كلّها، وإن تعارضت كان حق المحضون مقدّما على حق غيره لأنّ أساس الحضانة كلّه يدور على نفع المحضون و حفظه[4]. و بهذا يستوجب علينا مناقشة عناصرمهمة في هذا الموضوع كالتالي:

أ– مدّة الحضانة: و هي تختلف من مذهب لآخر كالآتي:

- **الحنفية:**

مدة الحضانة على الراجح عندهم تقدّر بتسع سنين للذكر و الأنثى، فإذا كان الولد في حضانة أمّه

---

[1]- الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص213./ ومصطفى شلبي: المرجع السابق، ص789./ وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص459.

[2]- سبق تخريجه، ص30.

[3]- الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص213./ ومصطفى شلبي: المرجع السابق، ص789./ وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص459.

[4]- بهنسي(المستشار إبراهيم عبد الفتّح بهنسي): أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنيّة، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ./ و أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 406.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فلأبيه أن يأخذه بعد هذا السن [1]

- **المالكية**:

قالوا: مدة حضانة الذكر من حين ولادته إلى أن يبلغ، ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج، و يدخل بها الزوج بالفعل. [2]

- **الشافعية:**

قالوا :ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميّز بين أبيه و أمّه، و اختار أحدهما كان له. [3]

- **الحنابلة:**

قالوا:مدة الحضانة سبع سنين للذكروالأنثى،ولكن إذا بلغ الصّبيّ خيّربين أبويه،فكان مع من اختارمنهما،وأما الأنثى بعد بلوغها هذا السّن فأكثركانت من حق أبيهاإلى البلوغ،ثمّ إلى الزفاف. [5]

ب–الترتيب في استحقاق الحضانة: لا خلاف بين الفقهاء في أنّ أحقّ الناس بحضانة الطفل أمّه لأنّها أشفق عليه من غيرها،هذا ما لم يعرض عليها مانع شرعي يمنعها من أداء حقّها لما روى عبد الله بن عمروا بن العاص أنّ امرأة قالت: يارسول الله إنّ ا بني هذا كانت بطني له و عاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء و إنّ أباه طلّقني و أراد أن يترعه منّي. فقال رسول الله صلى الله عليه و سلّم (أنت أحقّ به ما لم تُنكحي) (5) .

كما أنّ النّساء مقدّمات على الرجال في استحقاق الحضانة لأنهنّ أشفق و أرفق و أهدى إلى تربية

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق،ج 4 ، ص62– 63. / و الجزيري(عبد الرحمان الجزيري): الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر بيروت، ط 1، 1422 ه– 2002 م،ج 4 ، ص 460.

[2]- الغرياني: المرجع السابق، ج3، ص 165./ و العلوي(محمد العلوي العابدي): الأحوال الشخصية و الميراث في الفقه المالكي، إفريقيا الشرق، ط 1، 1996م، ص217./ و د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسّر، دار الكلم الطيّب، دمشق، ط2، 1423ه–2002 م، ج3،ص295./ و الجزيري: المرجع السابق، ج 4، ص460.

[3]- السيوطي:(الإمام جلال الدّين عبد الرحمان السيوطي): الأشباه و النظائر في قواعد و فروع الشافعية،مج 1،دار السلام، القاهرة، ط2، 1424ه–2004م،ص821–822./ و الجزيري: المرجع السابق، ج4، ص460.

[5]- المرداوي: المرجع السابق، ج8، ص449–450./و الجزيري: المرجع السابق، ج4، ص461.

[5]- رواه أبو داوود: كتاب: الطلاق، باب:من أحقّ بالولد، 2276،ج2، ص 283./ و أحمد:مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمروا بن العاص،6707،ج2،ص 182.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الصّغار،ثمّ تصرف بعدهنّ إلى الرجال لأنهم على الحماي

أما عن ترتيب الحاضنين ففيه تفصيل المذاهب كالآتي:

- **الحنفية:**

فعندهم تثبت الحضانة للأقارب من النّساء و الرّجال، وجهة الأمّهات مقدّمة على جهة الآباء، أمّا بنات العمّ، و بنات الخال، و بنات العمّة، و بنات الخالة، فلا حقّ لهنّ في الحضانة. و هي على الترتيب الآتي: فأولى النّاس الأمّ، ثمّ أمّها، و أمّ أمّها و هكذا، ثمّ أمّ الأب و إن علت، ثمّ الأخت الشّقيقة، ثمّ الأخت لأب، ثمّ مِن بعدِها بنت الأخت الشقيقة، ثمّ بنت الأخت لأم. و اختلفوا فيما إذا اجتمعت خالةٌ و أختٌ لأب، فقيل الأخت لأب أولى، وقيل الخالة أولى، و تقدّم الخالة الشقيقة ثمّ مِن بعدِها الخالة لأم، ثمّ الخالة لأب، ثمّ بنات الإخوة، ثمّ العمّات، ثمّ خالة الأمّ الشّقيقة، ثمّ خالتها لأمّ، ثمّ لأب ، ثمّ إلى عمّة الأمّ، فإذا انعدم هذا إنتقلت الحضانة إلى عصبته من الرّجال، فيقدّم الأب، ثمّ أب الأب و إن علا، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ لأب، ثمّ إبن الأخ الشقيق، ثمّ إبن الأخ لأب و إن سفلوا، ثمّ العمّ الشّقيق، ثمّ العمّ لأب، ثمّ إبن العمّ الشّقيق، ثمّ إبن العمّ لأب بشرط أن يكون المحضون ذكرا أما الأنثى فلا تدفع إليهم لأنّها ليست محرما بالنسبة لهم، و إذا كان للصغيرة عدّة إخوة، فإنّها تدفع للأصلح منهم، و إذا تساووا في الصلاحية فإنّها تدفع للأسنّ، فإذا لم يكن لها عصبة، فإنّ حضانتها تكون للأخ لأم، ثمّ لإبنه، ثمّ للعمّ لأم، ثمّ للخال الشقيق، ثمّ لأب، ثمّ لأم، و إذا كان لهما جدّ لأم كان أولى من الخال و من الأخ لأم[2].

- **المالكية:**

يستحق الحضانة عندهم أقارب الصغير من إناث و ذكور على الترتيب الآتي ذكره : فأحقّ النّاس به أمّه، ثمّ أمّها و إن عَلَتْ، ثمّ الخالة الشقيقة، ثمّ الخالة لأم، ثمّ خالة الأمّ، ثمّ عمّة الأمّ، ثمّ أمّ الأب، ثمّ أمّ أمّه ، و أمّ أبيه، بعدها تنتقل الحضانة إلى الأب، ثمّ الأخت، ثمّ إلى العمّة، ثمّ عمّة الأب ثمّ خالة الأب، ثمّ بنت الأخ الشقيق، ثمّ لأم، ثمّ لأب، ثمّ بنت الأخت، ثمّ بعد هؤلاء تنتقل الحضانة إلى الوصيّ

---

[1]- مالك بن أنس:المدوّنة الكبرى، ج3، ص 1052./ و الكاساني: المرجع السابق، ج4،ص 60./ و السيوطي: الأشباه والنظائر، مج1، ص 821./ و المرداوي: المرجع السابق،ج8،ص 435.

[2]- الكاساني: المرجع السابق، ج 4، ص 60-61./ والجزيري: المرجع السابق،ج4، ص 457.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

سواءٌ كان ذكرا أو أنثى ثمّ الأخ الصغير، ثمّ إبن الأخ.

إبن العمّ ثمّ المُعتِقُ أو عصبته نسباً. (1)

- **الشافعية:**

جعلواالترتيب في استحقاق الحضانة على ثلاثة أقسام: القسم الأول يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث. القسم الثاني ينفرد فيه الإناث فقط، أمّا القسم الثالث فينفرد فيه الذكور فقط.

– القسم الأوّل: تقدّم الأمّ، ثمّ أمّ الأمّ و إن علت، ثمّ بعدهنّ الأب، ثمّ أمّه، ثمّ أمّ أمّه و إن علت، فإذا عدمت هذه الأربعة قدّم الأقرب فالأقرب من الإناث ثمّ الأقرب من الذّكور، مثلا إذا اجتمع إخوة و أخوات، و خالة وعمّة، قدّمت الأخوات ثمّ الإخوة ثمّ العمّ و الخالة.

– القسم الثاني: تقدّم الأمّ، ثمّ أمّهاتها، ثمّ أمّهات الأب، ثمّ الأخت، ثمّ الخالة، ثمّ بنت الأخت، ثمّ بنت الأخ، ثمّ العمّة، ثمّ بنت الخالة، ثمّ بنت العمّة، ثمّ بنت العمّ، ثمّ بنت الخال، على حسب الترتيب الشقيقات ثمّ لأب ثمّ لأمّ.

– القسم الثالث:يقدّ م الأب،ثمّ الجدّ،ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب،ثمّ الأخ لأمّ، ثمّ إبن الأخ الشقيق أولأب،ثمّ العمّ الشقيق،ثمّ العمّ لأب ثم إبن العمّ كذلك ما لم تكن بنتاً لأنّه غير محرم لها.(3)

- **الحنابلة:**

قالوا أحقّ النّاس بالحضانة الأمّ، ثمّ أمّها، ثمّ أمّ أمّها و إن علت، ثمّ الأب، ثمّ أمّهاته وإن علت، ثمّ الجدّ، ثمّ أمّهاته، ثمّ الأخت الشقيقة، ثمّ الأخت لأمّ، ثمّ الأخت لأب ،ثمّ الخالة الشقيقة، ثمّ الخالة لأمّ، ثمّ الخالة لأب، ثمّ العمّة الشقيقة، ثمّ العمّة لأمّ ، ثمّ العمّة لأب، ثمّ خالة أمّه الشقيقة، ثمّ التي لأمّ، ثمّ التي لأب، ثمّ خالة أبيه، ثمّ عمّة أبيه، ثمّ بنات إخوته، ثمّ بنات أخواته، ثمّ بنات أعمامه، ثمّ بنات عمّاته، ثمّ بنات أعمام أمه وبنات أعمام أبيه، وإذا كان المحضون أنثى،فلا حضانة عليه لمحرّم، كإبن العمّ، وإبن عمّ الأب، و كذا لا حضانة عليه لمحرّم برضاع.(2)

---

(1)- الغرياني: المرجع السابق،ج3،ص 162-164./ و الزحيلي: الفقه المالكي الميّسر، ج3،ص 287-288./ و الجزيري: المرجعالسابق،ج4،ص457-458.

(3)- السيوطي: الأشباه و النظائر،مج1،ص822./ و الجزيري: المرجع السابق، ج4،ص 458.

(2)- المرداوي: المرجع السابق،ج8،ص 435-440./و الجزيري: المرجع السابق،ج4،ص458.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ج- الأجرة على الحضانة: لقد إختلف الفقهاء في ه

- **الفريق الأول:**

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أنّ أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأمّ ما لم تكن الزوجية قائمة، أو لم تكن معتدّةً، و هي غير أجرة الرّضاع و نفقة الولد، ثمّ إنّ كان للصّغير مال كانت الأجرة في ماله، و إلاّ فعلى الأب، أو من تلزمه نفقتة. أمّا إذا وُجد متَبَرّع و كان من أقارب الصّغير كالعمّ مثلا فإنّ الأمّ في هذه الحالة تُخيَّر بين إمساكه مجّانًا و بين أخذه منها عند الحنفية، و خالفهم الحنابلة في أنّ الأمّ أحقّ بحضانته و لو وُجِدت متبرّعة تحضنه مجّاناً.[1]

- **الفريق الثاني:**

ذهب المالكية إلى أنّ الحاضنة لا تستحقّ أجرة على الحضانة زائدة على النّفقة و الكسوة و السكنى، سواء كانت أمّا أو غيرها، إلاّ إذا كانت الحاضنة أمّا فقيرةً، فإنّه ينفق عايها من مال المحضون لأجل فَقْرِها لا للحضانة.[2]

د- سكن الحاضنة: لا خلاف بين الفقهاء أنّ الحاضنة إذا كان لها مسكن و يسكن الولد تبعا لها، فلا يُقدَّر لها أجرة مسكن، و إن لم يكن لها مسكن قُدِّر لها أجرة مسكن، لأنّها مضطرة إلى إيوائه، فتقدير السكنى هو باجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين، فإن كانت موسرة، فلا سكنى لها على الاب، و إن كانت معسرة و جب عليه توفير سكنى لها.[3]

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بيَّنَ المشرِّع الجزائري في قانون الأسرة دور الولي في ولاية التربية والحفظ والتي اصطلح على تسميتها بالحضانة،بحيث يتمثل دوره في التربية والتأديب بمراعاة الجانب الروحي والعقائدي والجسدي للطفل حسب قدراته. وهذا ما نصّت عليه المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للحضانة، حيث تنص على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق، ج 4، ص 60./ وأبو زهرة: الأحوال الشخصية،ص410./ و السيوطي: الأشباه و النظائر، مج1، ص822./ و المرداوي: المرجع السابق،ج 8،ص435./ و الجزيري: المرجع السابق، ج 4، ص 463-464.

[2]- الغرياني : المرجع السابق،ج3،ص170./ والزحيلي: الفقه المالكي الميسر، ج3، ص293./ والجزيري: المرجع السابق،ج4، ص 463-464.

[3]- أبو زهرة:الأحوال الشخصية،ص411./و الغرياني : المرجع السابق،ج3،ص169./ والزحيلي: الفقه المالكي الميسّر، ج3، ص294./ والجزيري: المرجع السابق،ج4، ص 603.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

حمايته وحفظهِ صحةً وخُلقاً،ويشترط في الحاضن أن يكـ
بذلك". [1]

كمابيَّنَ المشرِّع الجزائري عناصر مهمّة في هذه الولاية مما يستوجب علينا مناقشتها و هي كالآتي:

أ- مدة الحضانة: لقد أخذ المشرّعُ برأي المالكية سواء بالنسبة للذكر الذي تنتهي ببلوغه،والأنثى التي تمتدّ حضانتها حتّى تتزوّج، كما أكّد على مراعاة مصلحة المحضون في الحكم بانتهائها. و هذا ما نصّت عليه المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنصّ على أنّ:"تنقضي مدّة حضانة الذّكر ببلوغه 10 سنوات، و الأنثى ببلوغها سنّ الزواج، و للقاضي أن يمدّد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوّج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"[2]

ب- الترتيب في استحقاق الحضانة: لقد وافق المشرّع الجزائري المذاهب الفقهية في أنّ الأمّ أولى بحضانة و لدها من غيرها، بينما خالفها في جعله الأب في المرتبة الثانية بعد الأمّ مباشرة قبل غيره من النساء القريبات. و هذا ما يتبيّن في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على أنّ : " الأمّ أولى بحضانة و لدها، ثمّ الأب، ثمّ الجدّة لأمّ، ثمّ الجدّة لأب، ثمّ الخالة، ثمّ العمّة، ثمّ الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيّارة." [3]

ج- سكن الحاضنة: لقد بيّن المشرّع الجزائري أنّ نفقة المحضون و سكنه على عاتق والده الذي عليه أن يهيئ له سكنا، وكذلك الأمر بالنسبة لأجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد أيضا، و هذا ما تقرر المادة 72 من قانون الاسرة الجزائري حيث تنصّ على أنّ: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفّر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، و إن تعذّر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. و

---

[1]- الأستاذ فضيل سعد:المرجع السابق،ج4،ص370./و د نصر الدين مبروك: المرجع السابق،ص 67-70./ د بلحاج العربي: مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا،ص156.

[2]- الأستاذ دلاندة يوسف: قانون الأسرة مدعّم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر،ط2، 2006م، ص100./ و فضيل سعد: المرجع السابق،ج1،ص208

[3]- دلاندة يوسف: المرجع السابق،ص 96./ود محمد صبحي نجم:محاضرات في قانون الأسرة،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون، الجزائر،1999م،ص 35..

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتّى تنفيذ الأب للحك

الحالة الثانية: دور الولي في ولاية التزويج

أولا: في الفقه الإسلامي:

إن دور الوليّ في الزواج هو دور تكريم للمرأة وتشريف، و لعلّ عند ملاحضتنا للشريعة الإسلامية نجد أنّها اعتنت بأمر هذا العقد و جعلته من أسمى مقاصدها، لأنّه أصل نظام العائلة، كما زادته تشريفا و تنويها و تعظيما و تفضيلا من خلال بيان المقصد الديني منه الذي ليس كما كان في الجاهلية يعتبرونه في عداد الشهوات، و إنّما أسمى و أرفع من ذلك بكثير و هذا ما يتبيّن في قوله تعالى: ﴿و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودّة و رحمة، إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكّرون ﴾[الروم 21] كما يتبيّن ذلك من خلال التفرقة بين الصور التي كانت موجودة في الجاهلية المشروحة في حديث عائشة من زنا و مخادنة و بغاء و استبضاع، و بين الزّواج الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية، بحيث جعلت من أهمّ أموره التي يقوم عليها أن يتولى عقد المرأة وليّ لها، ليظهر أنّ المرأة لم تتولّ الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، و لأنّ تولي الوليِّ عقد المرأة يهيئه إلى أن يكون عونا على الدفاع عن حقوقها و حصانتها، فلو تولت العقد بنفسها ، لغلبها الحياء فأسقطت كثيرا من حقوقها، هذا في الجانب المادي من العقد[2]، أما في الجانب الآخر، يتمثّل دوره في اختيار الزّوج المناسب، صاحبِ الخلق والدّين، الذي يُسعِد المرأة ويصون حقوقها، كما يقوم بالبحث عن شخصية الخطيب إذا كان صالحا أم لا، وإذا كان كفئا أم لا، وعند تأكّده من ذلك يقوم بإبرام العقد[3]، وذلك لأنه –أي الولّي- أكثر تجربة من المرأة وتبصُّرا بحقائق الأمور، فقد تغلب العاطفة ورهافة الحِسّ والهوى على المرأة التي تريد الزّواج بأن ترى مصلحتها الحقيقية من خلال تعلُّقها بشاب طلبها للزواج، ولذلك احتاجت المرأة إلى من يقف إلى جانبها وينبهها إلى الاختيار

---

(1)- دلاندة يوسف: المرجع السابق،ص114./ ود محمد صبحي نجم:المرجع السابق،ص34

(2)- الشيخ محمد الطاهر بن عاشور:مقاصد الشريعة الإسلامية،تحقيق محمد الطاهر الميساوي،دار النفائس، الأردن، ط2، 2001م،ص 434-435 .

(3)- الدسوقي: المرجع السابق، ج2، ص222./ الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص153./ المرداوي: المرجع السابق، ج8، ص74./ الكاساني: المرجع السابق، ج2، ص248./ ابن مطهر الحلي: المرجع السابق، ج2، ص593.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المناسب[1].

ثم إن دور الولّي في عقد الزواج يقوم على أساس التضامن في تحمّل مسؤوليات هذا العقد الخطير، بحيث يكون فيه استئذان البكر ومشاورة الثيّب في هذا الأمر، ولا ينعقد هذا الزواج إلا إذا أعرَبت عن نفسها بالقَبُول، كما أن دور الولّي على المرأة عند عقد نكاحها ليس دور حطٍّ من قدرِها، وإنّما هو دور حفظٍ لحقوقها من الضَّيَاع[2]. و على هذا لما لركن الوليّ من أهمّية في عقد الزواج نجد أنّ الشارع الحكيم قد أسند الحق فيه للأقرب فالأقرب، و كل ذلك رعاية لمصلحة المولى عليها، إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا في ترتيب الأولياء في النكاح على أربعة أقوال:

أحدها لأبي حنيفة: الذي رتّب الولاية في عقد الزوّاج عل حسب الإرث و الحجب، فيقدّم الإبن، ثمّ إبن الإبن وإن نزل، ثمّ الأب، ثمّ الجدّ الصحيح و إن علا، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، ثمّ إبن الأخ الشقيق، ثمّ إبن الأخ لأب، ثمّ العمّ الشقيق، ثمّ العمّ لأب، ثمّ إبن العمّ الشقيق، ثمّ إبن العمّ لأب، ثمّ ولاء العتاقة، فإن لم يكن هناك عصبة، تنتقل ولاية النكاح للأمّ، ثمّ لأمّ الأب، ثمّ لأمّ الأمّ، ثمّ للبنت، ثمّ لبنت الإبن، ثمّ لبنت إبن الإبن، ثمّ لبنت بنت البنت و هكذا، ثمّ للجدّ غير الصّحيح، ثمّ للأخت الشقيقة، ثمّ للأخت لأب، ثمّ للاخت لأمّ ثمّ لولد الأمّ ثمّ لأولادهم، ثمّ لباقي ذوي الأرحام، العمّات، ثمّ الأعمام لأمّ، ثمّ الأخوال، ثمّ الخالات، ثمّ بنات الأعمام ثمّ أولادهم بهذا الترتيب. فإذا عدمت الأقارب من العَصَبات و غيرهم فتنتقل الوَلاية إلى موْلى الموالاة إن وُجدَ، ثمّ للقاضي ونوّابه[3]

و الثاني للشافعية: و هو أن الأحقّ بالولاية في النكاح الأب،ثمّ الجدّ أبو الأب و إن علا، ثمّ الأخ الشقيق،ثمّ الأخ لأب، ثمّ بنوهما و إن نزلوا، ثمّ العمّ الشقيق، ثمّ العمّ لأب، ثمّ بنوهما و إن نزلوا، ثمّ سائر العصبات، فإن لم يكن لها عصبة، فالمولى المعتق ثمّ عصابته، ثمّ مولى المولى ثمّ عصابته على ترتيب

---

[1]- الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص207./ والشيرازي: المرجع السابق، ج2، ص39./و ابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص368./ والسرخسي: المرجع السابق، ج4، ص221./و ابن المرتضى: المرجع السابق، ج3، ص28./و ابن حزم: المرجع السابق، ج9، ص38.

[2]- الغرياني: المرجع السابق، ج2، ص557./و الشافعي: المرجع السابق، ج5، ص22./و البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص55./و ابن الهمّام: المرجع السابق، ج2، ص395./ والحلي: المرجع السابق، ج2، ص277.

[3]- الأسروشني:جامع أحكام الصغار،مطبعة النجوم الخضراء،بغداد،1982م،ج1،ص210 و مابعدها./و الكاساني: المرجع السابق،ج2،ص250.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الإرث، فإن لم يكن فوليّها السلطان[1]

و الثالث للحنابلة: و هو الأحق بالولاية فيه الأب، ثمّ الجدّ أب الأب و إن علا، ثمّ الإبن، فإبن الإبن و إن نزل، ثمّ الأخ الشقيق، فالأخ لأب، فإبن الأخ الشقيق، فإبن الأخ لأب و إن نزلا، و يقدّم منهم الأقرب فالأقرب، ثمّ العمّ الشقيق، ثمّ العمّ لأب، ثم بنوهما و إن نزلوا، ثمّ أقرب عصبة نسب كعمّ الأبّ، ثمّ بنيه، ثمّ عمّ الجدّ، ثمّ بنيه كذلك و إن علوا كالإرثّ، و لا ولاية لغير العصبات من الأقارب،ثمّ مولى العتاقة، ثمّ عصبته الأقرب منهم فالأقرب كالميراث، ثمّ مولى المولى، ثمّ عصباته من بعده كالإرث. ثمّ عند عدم عصبة النسب و الولاء، فالولاية للسلطان أو نائبه، فإن تعذّر و كّلت عدلا في ذلك المكان يزوجها[2]

و الرابع للمالكية: وهو أنّ الولي إمّا مُجبِر و إمّا غير مُجبِر، أمّا الذي يُجبِر فالأب، ثمّ وصيّه، و أمّا الذي لا يُجبِر، فالقرابة، و المقدّم من الأقارب الإبن، ثمّ إبنه و إن بَعُدَ، ثمّ الأب، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ لأب، ثمّ إبن الأخ الشقيق، ثمّ لأب، و إن نزل، ثمّ الجدّ أبُو الأبِ، ثمّ العمّ الشقيق،ثمّ لأب،ثمّ أبناؤهم، ثمّ عمّ الأب، فإبنه،ثمّ عمّ الجدّ كذلك صعودًا و هبوطًا. يلي ذلك مولى العتاقة، ثمّ عصبته، ثمّ مُعتِقُ المُعتَقِ كالإرث، ثمّ الكافلُ غير العاصب، ثمّ القاضي، ثمّ و لاية الإسلام العامة، فتُوَكِّل رجلا من المسلمين بعقد نكاحها [3]

و كل ما ذُكِر من ترتيب الأولياء عند الفقهاء إنّما هو في حقّ الحرّة، فأما الأَمَة، فالسيّد المالك مقدّم على غيره حتى من العصبات النَسَبِيَّة و ذلك بإجماع الفقهاء[4]كما اتفقوا على أنّ المرأة إذا انعدم لها عصبة النسب و الولاء فتلجأ لولاية السلطان أو نائبه لأنّه و لِيّ من لا وليّ له لقوله صلى الله عليه و سلّم في حديث عائشة رضي الله عنها: (.....**فإن اشتجروا فالسلطان و لِيّ من لا وليّ له.**)[5]

---

[1]- النووي:المجموع،ج17،ص331 و مابعدها./ و الغمراوي:المرجع السابق،ص368 وما بعدها.

[2]- المرداوي:المرجع السابق،ج8،ص67وما بعدها./وابن قدامة: المرجع السابق،ح7،ص346 و مابعدها./والبهوتي:شرح منتهى الإرادات، طبع بمصر،ج3،ص17-18.

[3]-الغرياني:المرجع السابق،ج3،ص564./والقرافي:الذخيرة،ج4،ص230و ما بعدها./والعلوي:المرجع السابق،ص16

[4]- إبن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص360./ و الخرشي:المرجع السابق، ج3، ص174./ و الشافعي: المرجع السابق، ج5،ص 24./و الزيلعي:المرجع السابق، ج2،ص506 و ما بعدها.

[5]-سبق تخريجه ص29.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بيّن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد أن دور الولي في عقد الزواج مع المرأة البالغة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا هو الحضور معها، لأن المشرع أعطاها حق عقد زواجها بنفسها مع اختيار أي ولي يحضر معها هذا العقد سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر. وهذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون الأسرة على أنّه:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" .

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون: "يتولى زواج القُصّر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

و كذلك المادة 13 منه التي تنص على أنّ: " لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبرالقاصرة التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوِّجها بدون موافقتها"[1]

الفرع الثاني: دور الولي في ولايته على المال:

أولا: في الفقه الإسلامي:

يتمثل دور الوليّ هنا في أن يكون حريصا على مصلحة المولى عليه ممن تجب عليه هذه الولاية سواء كان صغيرا أو مجنونا أو معتوها أو سفيها.

وعلى الولي أن يتصرف في مال القاصر على أساس النظر والاحتياط وبما فيه حظ واغتباط ومصلحة واضحة له[2].

يتمثل دوره كذلك في مطالبته بحقوق المولى عليه، وإقامة البينات، وتحليف الخصم إن أنكرها، والمصالحة بدفع بعض ما على المحجور من دَيْن أو عين إذا كانت به بينة، وقبض بعض ما للمحجور

---

[1]- د نصر الدين مبروك: المرجع السابق ، ص67./ و د بلحاج العربي:مبادئ الإجتهاد القضائي،ص156.

[2]- الشيرازي: المرجع السابق، ج2، ص335./والبهوتي: شرح منتهى الإرادات،ج2، ص292./والغرياني: المرجع السابق، ج3، ص668./د وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص427./ود مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص809.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

إن لم يكن به بيّنة[1].

ويتمثل دوره كذلك في المحافظة على مال القاصر وعدم أكله بالباطل خاصة إذا كان يتيما حيث يقول تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا﴾[النساء09].

فصلاحيات الوليّ في ولايته على المال مقيّدة بالتصرفات النافعة نفعا مَحْضًا للمولى عليه كقبول الهبة و الصدقة و الوصية مثلا و هذا ما يتجسّد في قوله تعالى: ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشُدّه﴾ ﴿الأنعام 152]. [2]

فعليه- أي الوليّ- أن يراعي مصلحة من تحت ولايته من ناحية الإنفاق عليه، و تنمية ماله وترشيده في مباشرة المعاملات المالية في الوقت المناسب، و على هذا يستوجب منّا مناقشة ما يلي:

1- كيفية الإنفاق على الأيتام من أموالهم:

نفقة الوليّ على اليتيم مقيدة بالمعروف على قدر و سع اليتيم و ماله قال تعالى:﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾[الطلاق 7]. فينفق الوليّ على هذا الصغير في ختنه و في عيده و عرسه بحسب قلّة ماله و كثرته. ولا بأس أن يُخلط الوليّ نفقته مع نفقة هذا القاصرإذا كان في ذلك رِفْقٌ به، و لأنّ إفرادَه بالنّفقة يشقّ إن كان معه في بيته قال تعالى ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح﴾[البقرة 220] [3]

أمّا أكل الوليّ من مال مولّيه، فقد اختلف الفقهاء فيه، فذهب الحنفية إلى أنّ للوصيّ إذا عمل أجرة مثل عمله إن كان محتاجا، و إلاّ فلا أجرة له[4]

و قال الشافعية و المالكية: ليس له أن يأكل منه إذا كان غنيا، أما إذا كان فقيرا فيجوزله أخْذَ كفايته منه لقوله تعالى﴿ومن كان غنيّا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾[النساء6] [5]

---

[1]- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص293./و الأزهري: المرجع السابق، ج2، ص99و100.

[2]- إبن جزي:المرجع السابق،ص251و252./ و ابن قدامة: المرجع السابق،ج6ن ص223.

[3]-الشيرازي: المرجع السابق، ج1، ص337./والبهوتي: شرح منتهى الإرادات،ج2، ص292./والغرياني: المرجع السابق، ج3، ص671./و الأسروشني: المرجع السابق، ج4نص147.

[4]- الأسروشني: المرجع السابق،ج2نص261 و ما بعدها.

[5]-الشيرازي: المرجع السابق،ج1،ص337./و ابن العربي: أحكام القرآن،مطبعة عيسى البابي الحلبي،مصر،1376ه ج1،ص325و326.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

و قال الحنابلة: للوليّ- غير الحاكم و أمينه- الأكل لحـ

إذا فرض الحاكم له شيئا.أمّا الحاكم و أمينه فلا يأكلان شيئا منه لاستغنائهما بِمَا لَهُما في بيت المال.

و منع الجصّاص من الحنفية الوليّ من الأكل من مال اليتيم مطلقا لقوله تعالى في الآية السالفة الذكر﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنّما يأكلون في بطونهم نارا﴾[النساء09]. و حمل الأكل بالمعروف الوارد في حق الفقير في الآية السابقة على أكله من مال نفسه بالمعروف لئلاّ يحتاج إلى مال اليتيم. هذا و لقد ذهب الحنفية و المالكية و الحنابلة و الشافعي إلى أنّ الوليّ الفقير لا يلزمه ردّ بدل ما أكل عند يَسَارِهِ لأنّه عوض عن عمله، فلم يلزمه ردّ بدله مطلقا كالأجير و المضارب و كالرزق الذي يأكله الإمام من بيت المال.[1]

2- تنمية مال اليتيم و الصغير:

-بالنسبة للصغير: إذا كان الوليّ هو الأبن فتصرفه في مال ابنه قصد تنميته يكون محمولا على السداد ة المصلحة، لأن الاب له مايكفي من العطف و الشفقة على أولاده، فله أن يتاجر له في ماله، و يبيع له عقاره، و لا يُطالَب الأب بذكر السبب الذي باع من أجله، و ليس من حق الإبن بعد رشده الإعتراض على ما فعله أبوه، إلاّ إذا باع الأب شيئا من مال ابنه في مصلحة نفسه، أو حابى به، غير مراعٍ لمصلحة الإبن فإنّه يُرَد ٌ، ما لم يفت البيع، فإن فات، وَجَبَ رَدُّ القيمة[2]

-أما بالنسبة لليتيم:فقد اختلف الفقهاء في حكم تنمية ماله من قبل الوليّ على أربعة أقوال:

أحدها للجصاص و ابن تيمية: و هو أنّه مندوب إليه و ليس بواجب. و استدلّ الجصاص بقوله تعالى ﴿ و يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾ ﴾[البقرة 220]. فقال رحمه الله : " ظاهر اللفظ يدلّ أنّ مراده الندب و الإرشاد"[3]. وقال ابن تيمية: "و يستحب التجارة بمال اليتيم"[4] لقول عمر

---

[1]- ابن العربي:المرجع السابق،ج1،ص325و326./و الشيرازي: المرجع السابق،ج1،ص337/ و البهوتي: شرح منتهى الإرادت،ج2،ص295.

[2]-الشيرازي: المرجع السابق،ج1، ص337./و البهوتي: شرح منتهى الإرادات،ج2، ص292./و الغرياني: المرجع السابق، ج3، ص668./و الأسروشني: المرجع السابق، ج ،2ص261 و ما بعدها.

[3]-الجصاص:أحكام القرآن،دار إحياء التراث العربي،بيروت،1405ه،ج2،ص361.

[4]- البعلي:الإختيارات الفقهية من فتاوى إبن تيمية،مطبعة السنّة المحمدية،مصر،1369هنص138.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ابن الخطاب رضي الله عنه و غيره:(**إتّجروا بأموال الـ**

والثاني للحنابلة: و هو أنّ للولي مطلقا الإتجار بمال المولى عليه، و هو أولى من تركه لما روى ابن عمروا عن النبي صلى الله عليه و سلم قال:(**ألا من ولي يتيما له مال فليتّجر فيه، و لا يتركه حتى تأكله الصدقة)** [2] و لأنّه أحظ له، و يكون للمولى عليه ربحه كلّه، لأنّه نماء ماله، فلا يستحقّه غيره إلاّ بعقد. غير أنّ للولي دفع ماله إلى أمين ليتّجربه مضاربة بجزء مشاع معلوم من ربحه لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنّها:(**كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حِجْرِها من يتَّجر لهم فيها)** [3]

و هذا مصلحة للمولى عليه، لما فيه من استِبْقَاء ماله[4]

والثالث للحنفية و المالكية:و هم أنّ للوليّ أن يتّجر في مال اليتيم و ينمّيه، لأنّ ذلك أصلح لليتيم، إذ لا فائدة في إبقاء امواله بدون تنمية، أمّا أن يتسلّفها و يتّجر فيها لنفسه، فلا يجوز له ذلك، لأنّ الاصل في تصرفات الوليّ في مال اليتيم أنّها مقيّدة بمصلحته، و على محور هذا الأصل تدور جميع تصرفات الولي[5]

و الرابع للشافعية :و هو أنّه يجب على الوليّ تنمية مال اليتيم بقدر النفقة و الزكاة لا أكثر. قال التقيّ السبكي في فتاواه: " إختلف الأصحاب في التجارة بمال اليتيم هل هي واجبة أم مستحبة؟ و الأصحّ في المذهب انّها واجبة بقدر النفقة و الزكاة. فينبغي لولي اليتيم أن يجتهد، و حيث غلب على ظنّه غلبة مصلحة اليتيم التي أشار الشارع إليها يفعلها"[6]

3- ترشيد القصّر في المعاملات المالية:

إنّ الولاية المالية على القاصر تقتضي تدريبه على الرشد. فعلى الولي ان يختبر عقله، ويزن حـــالـــــه و معرفته بالتصرف قبل البلوغ. فمثلا يدفع إليه ما يتصرّف فيه حتّ تتبيّن حاله فيما يجيئ منه. حتى

---

[1]- رواه مالك: كتاب الزكاة،باب أموال اليتامى و التجارة لهم فيها،588،ص167.

[2]- رواه الترمذي:كتاب الزكاة عن رسول الله، باب ماجاء في زكاة مال اليتيم،641،ج3،ص32 .

[3]- رواه مالك:كتاب الزكاة،باب أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه و سلم كانت تعطي أموال اليتامى،523،ج1،ص251.

[4]- والبهوتي: شرح منتهى الإرادات،ج2، ص292.

[5]- الاسروشني:المرجع السابق،ج2،ص305،وج3،ص95./وابن العربي:المرجع السابق،ج1،ص325و ما بعدها.

[6]- السبكي:فتاواه،مطبعة القدسي،مصر،ج1،ص326./و العز بن عبد السلام:فتاواه،مكتبة القرآن، مصر،ص 122

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

إذا بلغ القاصر السِّنَّ الذي يصلح عنده للنكاح، وتبيّ المعاملات،و أبصر منه الرشد المخصوص في التصرّف و التجارة، وجب عليه- أي الوليّ أو الوصيّ- أن يسلّم إليه ماله بدون تأخيرولا تماطل مع الإشهاد عليه، لئلا يقع منه جحود و إنكار لما قبضه و تسلّمه. قال تعالى﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم اموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا ان يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهموكفى بالله حسيبا﴾[النساء6] [1]

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بيّن المشرّع الجزائري أن دور الولي على مال القاصر يتمثل في خدمة مصالحه و لا يقوم بتصرفات تهدد هذه المصلحة و أن يتصرّف تَصَرُّفَ الرجل الحريص بدون أن يلحق الضرر به[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 1/88 بأنّ "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".كما أن قيامه-أي الولي- بتنمية مال القاصر متوقف على استئذان القاضي في تصرفاته خاصة التي بينتها المادة2/88 من قانون الاسرة الجزائري حيث تنص على أنّ :" .....و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1-بيع العقار و قسمته، ورهنه،وإجراء المصالحة.

2-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

3-إستثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة

4-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

و لايكفي الإستاذان بل لابد أن يكون إذن القاضي في مصلحة القاصر و هذا بنص المادة 89 من قانون الاسرة الجزائري على أنّه: " على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة و المصلحة، و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"[3]

---

[1]- الغرياني:المرجع السابق،ج3،ص660و ما بعدها./و سعيد حوى: المرجع السابق،مج2،ص999و1000.

[2]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص156./ الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص71.

[3]- الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص71./ و دلاندة يوسف:المرجع السابق،ص134 و ما بعدها.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفصل الأول

التعســـف في ولايـــة الـــزواج

- **المبحث الأوّل :**

- ماهيـــــــة الـــزواج .

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- **المبحث الثاني :**

- تعسف الولي في الزواج.

المبحث الأوّل

ماهيـــــة الـــــزواج

- **المطلب الأوّل :**

- تعريف الزواج لغة .

- **المطلب الثاني :**

- تعريف الزواج اصطلاحاً .

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الأول

تعريف الزواج لغة

لغة[1]:

يأتي بمعنى الاقتران والارتباط, تقول العرب: زوجته امرأة, وتزوجت امرأةً. قال تعالى: ﴿وزوجناهم بحور عين﴾[الدخان54], أي قرّناهم بهنّ, وقوله أيضاً: ﴿احشروا الذين ظلموا وأزواجهم﴾ [الصافات 22].

- وزوّج الشيء بالشيء, وزوّجه إليه: قرنه, مثل قوله تعالى في الاية السابقة.
- يقال تزوّج في بني فلان: نكح فيهم, وكذلك الزوج المرأة, والزوج المرء, قد تناسبا بعقد النكاح, قال تعالى: ﴿أو يزوّجهم ذكراناً وإناثاً﴾[الشورى50] , أي يقرنهم, وكل شيئين اقترن أحدهما بالاخر فهما زوجان.
- والزوج: الصنف من كل شيء قال تعالى: ﴿وأنبتنا فيها من كل زوج بهيج﴾[ق07].
- والزوج: اللون قال تعالى: ﴿وآخر من شكله أزواجٌ﴾[ص58].
- والزوجُ: النمط, وقيل الديباج, قال لبيد:

من كل محفوفٍ يظلُّ عصيُّه زوجٌ, عليه كلّةٌ وقوامها.

---

[1]- ابن منظور: المرجع السابق, ج3, ص212./والفيروز أبادي: المرجع السابق، ج1، ص199.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

قال بعضهم: الزوج هنا النمط يطرح على الهودج, و اشتمال الرجل على المرأة, وهذا ليس بقوي.

المطلب لثـــانـــي

تعريف الزواج إصطلاحا

الفرع الأول: تعريف الزواج عند فقهاء الإسلام:

إن للزواج معنا فقهيا واحدا متفق عليه في المذاهب رغم اختلاف عباراتهم في نص التعريف و سأوضح هذا كالآتي:

- **الحنفية:**

عرّفوه بقولهم: عقدٌ يفيد ملك المتعة قصدا،أي حلّ استمتاع الرجل من امرأة، لم يمنع نكاحها مانع شرعيٌ، بالقصد المباشر.

يخرج بكلمة(المرأة) الذكر و الخنثى المشكل لجواز ذكورته، و يخرج بقوله" ما لم يمنع من نكاحها مانع شرعيّ" المرأة الوثنية، والمحارم، والجِنّيَّة، و إنسان الماء، لاختلاف الجنس، قال تعالى﴿و الله خلق لكم من أنفسكم أزواجا﴾[النحل 72] و يخرج بكلمة (قَصْدًا) حلّ الاستمتاع ضمنا كما إذا اشترى جارية فإنّ عقد شرائها يفيد حلّ وطئها ضمنا و هو ليس عقد نكاح[1].

- **المالكية:**

---

[1]-وهبةالزحيلي:الفقه الإسلامي وأدلته،ج9،ص6514./و الجزيري:المرجع السابق،ج4،ص4./ و بدران ابو العينين بدران: المرجع السابق،ص9./و ابو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم،دار سلمى، الدار البيضاء،ط3،ص430./و محمد مصطفى شلبي:المرجع السابق،ص30.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

النكاح عندهم عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجرّدة متعة التلذّذ "خرج به كلّ عقد على غير متعة التلذّذ كالبيع و الشراء، وخرج بكلمة التلذّذ العقد على متعة معنوية كالعقد على منصب أو جاه، و خرج بقوله: "المجرّدة" عقد شراء أمَة للتلذّذ بها، لأنّه يكون في هذه الحالة لملكها قصدا و التلذّذ بها ضمنا فهو عقد شراءٍ لا عقد نكاح[1].

- **الشافعية:**

النكاح عندهم هو عقد يتضمن ملك وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناهما، بحيث يترتب عليه ملك الإنتفاع باللذّة المعروفة، و على هذا يكون عقد تمليك، و بعضهم يقول: أنّه يتضمن إباحة الوطء.. الخ فهو عقد تمليك و الراجح عندهم أنّه عقد إباحة.[2]

- **الحنابلة:**

قالوا: هو عقدٌ بلفظ إنكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع و هم يريدون بالمنفعة الإنتفاع كغيرهم لأنّ المرأة التي وُطِئَت بشبهة أو بزنًا كَرْها عنها لها مهر مثلها و هي تملكه لا الزوج إن كانت متزوجة لقولهَ صلى الله عليه و سلّم(..**فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها**)[3] أي نال منه بالوطء.[4]

من خلال ملاحضتنا للتعريفات الفقهية في المذاهب نجد أنّ المعنى الفقهي للزواج رغم اختلاف عبارات الفقهاء فيه إلاّ أنّها ترجع إلى معنى واحد و هوأنّ عقد النكاح وَضَعَهُ الشارع ليرتّب عليه انتفاع الزوج ببضع الزوجة و سائر بدنها من حيث التلذّذ، فالزوج يملك بعقد النكاح هذا الإنتفاع و يختص به. إذن عامة فالنكاح في الشرع هو: عقدٌ بين الرجل و المرأة، يبيح استمتاع كلٍ منهما بالآخر و يبيّن ما لكل منهما من حقوق و م،صا عليهما من واجبات، ويقصد به حفظ النوع الإنساني.[5]

و قد اختلف الفقهاء في لفظ النكاح من خلال مفهومه الشرعي:

في المذهب الحنفي: فعندهم النكاح حقيقة شرعية في الوطء ومجاز في العقد, فمتى أُطلِق النكاح في الشرع يراد به الوطء.

وقال الزمخشري وهو من علماء الحنفية:"لم يرد في القرآن –النكاح– إلاّ بمعنى العقد لأنّ كونه بمعنى الوطء من باب التصريح, ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسة وأورد عليه قوله

---

[1]- علي الصعيدي العدوي:الحاشية على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني،دارالمعرفة،بيروت، ج2،ص33و34./ والدسوقي:المرجع السابق،ج2،ص216./والغرياني: المرجع السابق،ج2،ص491./ و الجزيري: المرجع السابق،ج6،ص5.

[2]- الشربيني:المرجع السابق،ج3،ص11./ و الجزيري: المرجع السابق،ج4،ص4و 5 .

[3]-رواه الترمذي:كتاب:النكاح عن رسول الله صلى الله عليه و سلم،باب:ماجاء لا نكاح إلاّ بولي،1021، ج3،ص

[4]-ابن قدامة:المرجع،ج7،ص340./و المرداوي:المرجع السابق،ج8،ص41و42./والجزيري:المرجع السابق،ج4،ص5.

[5]- الغرياني: المرجع السابق،ج2،ص491./ و الجزيري: المرجع السابق،ج4،ص4 .

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

تعالى: ﴿الزاني لاينكح إلاّ زانية أو مشركة﴾[النور
الله عليه وسلم- : (يحل للرجل من إمرأته الحائض كل شيء إلاّ النكاح) [2]."

في المذهب المالكي: النكاح عندهم في مفهوم الشرع حقيقة في العقد مجاز في الوطء, فإذا أطلق هذا اللفظ انصرف إلى العقد ولا ينصرف إلى غيره إلاّ بقرينة, ويترتب على كونه مجازاً في الوطء لا حقيقة أن من زنى بامرأة لا يحرم عليه بنتها ولا أمها.

فهو على الصحيح عند المالكية عند إطلاقه يراد به العقد فهو حقيقة فيه, وإطلاقه على الوطء اطلاق مجازي بعكس مفهومه في اللغة أن حقيقته في الوطء.

ويرى بعض المالكية أي على قلة أن النكاح حقيقة في العقد و الوطء معا فيكون مشتركاً بين كلٍ من العقد والوطء وإن كان أكثر استعماله في العقد[3].

ويقول المالكية أن لفظ النكاح لم يستعمل بمعنى الوطء في كتاب الله إلاّ في قوله تعالى:﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[البقرة230] وقد دلّ ذلك على أن النكاح في عُرْف الشارع هوالعقد لا الوطء وأن اطلاقه على الوطء من قبيل المجاز.

في المذهب الشافعي: يرون كما هو الرأي الصحيح عند المالكية أن النكاح حقيقة شرعية في العقد مجاز في الوطء كما جاء به القرآن والأخبار[4].

في المذهب الحنبلي: النكاح عندهم كذلك هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل: أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً، وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد[5].

فمن خلال عرضنا للمعنى الشرعي للفظ النكاح في المذاهب الأربعة نجد أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة قد اتّفقوا على أنّه حقيقة في العقد مجاز في الوطء, بينما خالفهم الحنفية في ذلك فقالوا: أنّه حقيقة في الوطء مجاز في العقد.

---

[1]- الشربيني:المرجع السابق،ج3،ص123.

[2]- رواه مسلم:كتاب الحيض،باب جواز غسل الحائض رأس زوجها، وترجيله وطهارة سؤرها والإتكاء في حجرها و قراءة القرآن فيه،302،ج2،ص169.

[3]- علي الصعيدي العدوي: المرجع السابق،ج2،ص33و34./والدسوقي:المرجع السابق،ج2،ص216.

[4]- الشربيني:المرجع السابق،ج3،ص11.

[5]- إبن قدامة:المرجع السابق،ج7،ص340./و المرداوي:المرجع السابق،ج8،ص 41 و42.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

حاول المشرع الجزائري وضع تعريف لعقد الزواج أكثر تسوية بين الرجل والمرأة في المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري الجديد بقوله: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي, من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين للمحافظة على الأنساب".

وما يلاحظ في هذا التعريف القانوني الجديد أنه أضيف لفظ رضائي, أي أنّه لابد من وجود الرضا بين الزوجين مصرّحاً به من الطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة. كما أنّ القانون هنا لم يتعرض لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية, ولكنه ذكر غايته المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب, ولعل السبب في هذا هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة, فذهب المشرع في هذه المادة إلى ذكر الغاية منه, وهذا ما ذهبت إليه تشريعات العائلة العربية المعاصرة, فمثلاً المادة الأولى من قانون الأسرة السوري تعرّف الزواج بأنّه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل", وكذلك القانون المغربي في المادة الرابعة من مدونة الأسرة الجديدة الصادرة سنة 2005 تعرّف الزواج بأنّه: "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"[1].

[1]-بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق, ج1, ص30-31.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وكذلك جعل المشرع الجزائري عقد الزواج في ه
"عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي" وهذا يمكن أن يكون عقدا تجارياً مستوفياً لشروطه القانونية, كما يصح أن يكون قرضاً أو هبةً.. الخ, الأمر الذي يجعل هذا التعريف منقوصاً من خصائص عقد الزواج الذي يتّسم بالقدسية, وليس في العقود ما يشبهه حتى نذهب لحصر أغراضه التي لا تحصى ولا تعد, وهذا ما يؤكّد عدم الدقّة في وضع تعريف جامع مانع[2].

المبحث الثاني

تعسف الولي في الزواج

- **المطلب الأوّل :**
  - **عضل الولي عن الزواج .**
- **المطلب الثاني :**
  - **إجبار الولي المرأة على الزواج .**
- **المطلب الثالث :**
  - **الإفتيات على المرأة في الزواج .**

[2]- فضيل سعد: المرجع السابق, ج1, ص46 /عبد القادر داودي:الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص23.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

تمهيد:

سأتناول في هذا المبحث حالات تعسف الولي في الزواج على المرأة عموما سواء كانت بكراً أو ثيباً, وسأقتصر على المرأة فقط أما ولاية تزويج القاصر فسأتركها في الفصل الثاني.

فبالنسبة لحالات تعسف الولي والتي يعتبر فيها متجاوزاً لحدود سلطة ولايته في الزواج تتمثل في ثلاث مسائل: العضل, الإجبار, الافتيات.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، تناول الأول منهم عضل الولي عن الزواج، وتضمن الثاني إجبار الولي المرأة على الزواج، أما الثالث فخصص للإفتيات على المرأة في الزواج.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الأوّل

عضل الولي عن الزواج

يحتوي هذا المطلب على فرعين فتناولت في أولهما تعريف العضل مع بيان العلاقة بينه وبين التعسف, وتعرضت في ثانيهما لحكم العضل وآثاره.

الفرع الأول: تعريف العضل:

أولا: لغة[1]

هوالمصدر من الفعل عَضَلَ يَعْضُلُ و يطلق على عدّة معان

- عَضَلَ المرأَةَ عن الزوج حبسها، و عَضَلَ الرجل أَيِّمَهُ يعضُلها و يعضِلُها عضْلاً و عضَّلَها منعها الزوجَ ظُلْمًا قال الله تعالى ﴿فلا تعضلوهنّ أن ينكحن أزواجهنّ﴾[البقرة 232]

وعضْل الزوج لامرأته و هو أن يضارّها و لا يُحسِن عِشرتها بحيث يمنعها حقّها من النّفقة و حُسنِ العِشرة ليضطرّها بذلك إلى الإفتداء منه بمهرها الذي أمهرها.قال الله تعالى﴿ولا تعْضُلُوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلاّ أن يأْتين بفاحشة مبيّنة﴾[النساء 19]

---

[1]- ابن منظور: المرجع السابق, 4ج, ص661./والفيروز أبادي: المرجع السابق، ج4، ص17.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- عضَّلَ عليه في أمره تَعْضِيلاً ضَيَّقَ من ذلك و حال بأهلها إذا ضاقت بهم لكثرتهم. قال أوس بن حجر:

ترى الأرض منّا بالفضاء مريضةً مُعَضَّلَةً منّاَ بِجَمْعٍ عَرَمْرَمِ

- عضَّلَتِ المرأة بولدها تَعْضِيلا إذا نَشِبَ الولدُ فَخَرجَ بعضه و لم يخرج بعض فبقي مُعْتَرِضاً.
- منه العَضَلَةُ و العَضِيلَةُ كلّ عَصَبَةٍ معها لحمٌ غليظٌ، عَضِلَ عَضَلاً فهو عَضِلٌ و عُضُلٌ إذا كان كثير العَضَلات.
- عَضَلْتُهُ ضَرَبت عَضَلَتهُ.

ثانيا: اصطلاحاً:

العضل هو منع الوليِّ المرأةَ العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، أو يكون بامتناعه –أي الولي– عن التزويج من غير حق كأن يكون المولى عليه مجنونا أو مجنونة وأثبت الطب أن في الزواج علاجا، أو ثبت أن المصلحة في الزواج ووجد من يقبل الزواج، ولكن امتنع الولي بغير سبب شرعي أو من غير مبرر. ويعد الولي عاضلا إذا امتنع عن الترويج عند حاجة المولى عليها إليه، كما إذا طلبت الحرة البالغة الإنكاح من كفء موجود راغب فيها بمهر المثل، كما يعتبر امتناعه هذا تعسفا وظلما لأنه استغل استعمال حق الولاية الثابت له شرعا على وجه يلحق بغيره الإضرار ويخالف حِكْمَةَ مشروعيته التي هي مقصد الشارع والتي تتمثل في توظيف هذه الولاية في مصلحة المولى عليها[1] .

فعن معقل بن يسار قال: (زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك, فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبداً وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الاية : ﴿**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهنّ فلا تعضلوهنّ أن ينكحن أزواجهنّ إذا تراضو بينهم بالمعروف**﴾[البقرة232] , فقلت:

---

[1]- الشربيني: المرجع السابق,ج3,ص153./والبهوتي: المرجع السابق,ج5, ص55./والمرداوي:المرجع السابق,ج8, ص75./وابن قدامة:المرجع السابق,ج7,ص367./وابن مطهرالحلي:المرجع السابق,ج2,ص593./والدسوقي:المرجع السابق,ج2, ص222.,/والكاساني: المرجع السابق,ج2,ص248./والسيد سابق :فقه السنة, دار الكتاب العربي, بيروت, الطبعة الثامنة, 1987, ص128. /وعبد القادر داودي: مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي: بحث مقدّم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية, جامعة وهران, 2005, ص124.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

(الآن أفعل يا رسول الله فزوجتها إياه)[2].

إذن فمتى يكون الامتناع من التزويج عضلا؟:

لكل من الفقهاء رأيه في ذلك كالآتي:

الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف:

يرون أن نقصان المهر أو كونه من غير نقد البلد لا يعد عضلاً, إذا رضيت المرأة بذلك على أساس أن المهر يعتبر ملكا خالصا لها, فلو أسقطت كل المهر بعد وجوبه سقط, فسقوط بعضه أولى.

أبو حنيفة: يخالفهم في هذا بحيث يرى أن للأولياء منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها على اعتبار أن نقص المهر فيه عار وضرر يلحق بقية النساء[3].

الشافعية: في الأصح عندهم يرون أن العضل يتحقق في حالة ما إذا طلب المرأة كفء ورضيت به, سواء طلبت التزويج به أم لا[4].

الحنابلة: عندهم صورتان للعضل:

- الصورة الأولى: يرون أن العضل يتحقق في الحالة التي أتى بها الشافعية.
- الصورة الثانية: يرون فيها بأن العضل يتحقق في حالة ما إذا كان الولي شديداً يخشاه الخطّاب ويهابونه[1].

المالكية: يرون أن العضل يتحقق في مسألتين[2]:

- الأولى: تتمثل في حالة ما إذا طلب المرأة كفء رضيت به سواء طلبت التزويج به أم لا, وهي نفس الحالة التي قال بها الشافعية.
- الثانية : تتجلى في حالة ما إذا دعت المرأة لكفء ودعا وليها لكفء آخر.

هذا ويختلف العضل باختلاف الولي عند المالكية من حيث كونه ولياً مجبر أو غير مجبر.

1. **الولي المجبر**: فإن كان الولي **أباً مجبراً** وامتنع عن تزويج ابنته المجبرة, فلا يعد عاضلاً إلاّ إذا تحقق منه الإضرار بها, وظهر ذلك بالفعل, كأن تكون ابنته موظفة وثبت استيلاؤه على أجرها, ويخشى أنها لو تزوّجت ينقطع عنه هذا الأجر, أو تكون قائمة بخدمته[3], أو أراد تزويجها من

---

[2]- رواه البخاري: كتاب النكاح, باب من قال لا نكاح بلا ولي, 5130، ج6، ص458 /و الترمذي: كتاب تفسير القرآن, باب ومن سورة البقرة، 2981، ج5، ص201. /و أبو داوود: كتاب النكاح, باب في العضل، 2087، ج2، ص236.

[3]- الكاساني: المرجع السابق,ج2 ،ص248.

[4]- النووي:المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا بن شرف الدين النووي،دار الفكر،بيروت،2000،ص322.

[1]- إبن عابدين:المرجع السابق،ج3،ص81 و 82.

[2]- شهاب الدين بن إدريس القرافي:الذخيرة،تحقيق محمد بو خبزة،ج4،دار الغرب الإسلامي بيروت،ط1،1994م،ص219 /والغريني:المرجع السابق،ج2،ص567./ووهبة الزحيلي:الفقه المالكي الميسر،ج، ص108.

[3]- الغرياني:المرجع السابق،ج2،ص567./ و وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر،ج3،ص108./وزكي الدين شعبان: المرجع السابق،ص228./و وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته،ج9،ص6722.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

رجل غير كفء لها أو كانت له مصلحة في تزويج
الكفء الذي رضيت به ابنته المجبرة فلا يعدُّ عضلا حتى ولو تكرر منه الرد, سواء كان الخاطب الذي ردّه واحدا أو أكثر, فهو غير ملزم بالإجابة إلى أوّل خاطب كفء على أساس أنّه أدرى بمصلحة ابنته أكثر من غيره, وقد روي أن الإمام مالك منع بناته من الزواج, وقد رغب فيهنّ خيار الرجال, وفعل مثل ذلك العلماء قبله كابن المسيّب وبعده, و لم يكن قصدهم إلحاق الضرر ببناتهم, فلم يعتبر واحد منهم عاضلاً.

أما **الوصي** فهناك قولان: [5]

- القول الأول : مفاده أن الوصي مثل الأب فلا يعدُّ عاضلاً بمجرّد ردّ الخاطب الكفء الذي رضيت به المرأة .

- القول الثاني : مؤدّاه أن الوصي يختلف عن الأب, ذلك أنه يعتبر عاضلاً بمجرّد ردّه أوّل خاطب كفء رضيت به.

2.الولي غير المجبر:

بالنسبة لهذا سواء أكان أباً أم غيره, فإنّه يعتبر عاضلاً في المسألتين السابقتين اللتين ذكرهما المالكية[1], وفي المسألة الأولى عند الشافعية[2] والحنابلة[3].

---

[4]- وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر،ج3،ص109./وعبد السلام الترمانيني:الزواج عند العرب في الجاهلية و الإسلام،ط1984،الكويت،ص165 و 166.

[5]- الدسوقي:المرجع السابق،ج2،ص222و223./والدردير:الشرح الكبير،ج2،ص206و207./و وهبة الزحيلي:الفقه المالكي الميسر،ج3،ص109.

[1]- الغرياني:المرجع السابق،ج2،ص567./و وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر،ج3،ص109.

[2]- محمود مطرجي:المجموع،ج17،ص322./و الشافعي:المرجع السابق،ج5، ص 30ــ 31

[3]- المرداوي: المرجع السابق،ج8، ص74.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: حكم العضل:

أوّلاً: في الفقه الإسلامي.

1- الحكم الشرعي التكليفي:

إن امتناع الولي عن التزويج بغير سبب مقبول حيث أن الزوج كفء والمهرَ مهرُ المُثلِ مع حاجة المولى عليها للزواج، يعتبر تعسفا وظلما وتعدٍ ومجاوزة حق وهو منهي عنه شرعا، حيق يقول تعالى: ﴿ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه﴾[الطلاق01]. و يقول تعالى: ﴿ومن يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظلمون﴾[البقرة229].

فلا يجوز للولي أن يستغل حق الولاية الثابت له شرعا في الإضرار بالغير، فهذا يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع، وتتمثل في جلب المصلحة للمولى عليها حيث روي عنه صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[1]

2- حكم الولي العاضل

إذا كان عضل الولي عن الزواج بغير سبب مقبول و تبين تعسُّفُهُ و ظلمه و كانت المولى عليها بحاجة

---

[1]-سبق تخريجه ص7.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

للزواج سقطت عنه الولاية و انتقلت إلى غيره، لكن غيره من ولي أبعد منه بالنسبة للمولى عليها أم تنتقل مباشرة إلى القاضي كالآتي:

- **القائلون انتقال الولاية إلى القاضي**

و هم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية وأحمد في رواية له والظاهرية الذين ذهبوا إلى انتقال ولاية التزويج في هذه الحالة إلى القاضي فيزوّجها بالولاية العامة أو النيابة الشرعية[1], واستدلوا على رأيهم بأنّ العضل ظلم[2], وولاية رفع المظالم من اختصاص القاضي بصفته ناظراً للرعية, ورافعاً للمظالم عنهم, وبالتالي فإن القاضي يتولى تزويج المولى عليها نيابة عن الولي العاضل[3], كمن امتنع من القيام بأمر واجب عليه، ويؤدي الامتناع إلى ظلم, فإن القاضي يتولى الأمر بالنيابة عنه, ومثاله أن يقوم القاضي ببيع مال المدين لسداد ديونه إذا امتنع عن البيع والسداد باعتباره السبيل الوحيد لرفع ظلم المتماطل[4].

وفي هذه الحالة يكون عقد القاضي في قوة عقد الولي العاضل, سواء كان أباً أو أخاً أو غيره مهما كانت درجته[5].

واستدلوا أيضاً بأنّ الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء مصداقاً لقوله –صلى الله عليه وسلم-: (فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[6] , وإن ذلك الامتناع لا يقل عن الاشتجار, أضف إلى ذلك فإنّه لا يخلو من اشتجار الأولياء عليه إذ لا يمكن أن يوافق الممتنع كل الأولياء. [1]

---

[1]- الدردير: الشرح الكبير, ج2, ص206–207. /والشيرازي: المرجع السابق, ج2, ص39. /والشربيني: المرجع السابق, ج3, ص153. /والشافعي: المرجع السابق, ج5, ص22. / الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص251. /و السرخسي: المرجع السابق, ج4, ص221. و/ ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص368. / والمرداوي: المرجع السابق, ج8, ص74.

[2]- الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص153. /و البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص55. /و الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص251. /والدسوقي: المرجع السابق, ج2, ص206.

[3]- الشيرازي: المرجع السابق, ج2, ص39./وابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص368. /والكاساني: المرجع السابق, ج2, ص251. / السرخسي: المرجع السابق, ج4, ص221. / الدردير:الشيخ الكبير, ج2, ص206–207.

[4]- أبو زهرة:المرجع السابق,ص117./ومحمد مصطفى شلبي:المرجع السابق, ص292./وأحمد الحصري: المرجع السابق, ص508./وأبوعباس أحمد بن عمرالديربي الشافعي:أحكام الزواج على المذاهب الأربعة,تحقيق مصطفى عبد القادر عطاء, دارالكتب العلمية,بيروت, ط1, 1986, ص166./و أحمد فراج حسين: أحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق, ص207.

[5]- أبو زهرة: المرجع السابق, ص117–118. /وعبد العزيز عامر: المرجع السابق, ص91. /و محمد كمال الدين إمام: المرجع السابق, ص111

[6] - سبق تخريجه ،ص29.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ويتصوّر هذا الإشتجار في حالة ما إذا رأى الولي ا
أنّه كفء, وتبعاً لذلك فإنّ اختلاف وجهات نظر كل واحد منهما يحتاج إلى الفصل بينهما, إذ الولاية لاتنتقل إلى الولي الأبعد بل تنتقل إلى القاضي, بل وأكثر من ذلك فإذا جعلناها تنتقل في هذه الحالة إلى الولي الأبعد لأدى ذلك بالضرورة إلى وجود أحد الخصمين حكماً[2], وهذا غير جائز.

إلاّ أن ابن عبد السلام من المالكية يرى أنّه إذا لم يوجد ولي أبعد زوج الحاكم وإذا وجد انتقلت الولاية إليه لا للحاكم, لأنّ الأقرب العاضل جعله العضل بمنزلة العدم, فينتقل الحق للأبعد, أما الحاكم فيزوّج إذا كان وكيلاً للأقرب, كأن كان غائباً و لم يظهر منه عضل[6].

- **القائلون بانتقال الولاية إلى الأبعد**

يتجسّد هذا في رواية ثابتة عن الإمام أحمد و أخرى للمالكية أيضا التي يرون فيها أن ولاية التزويج تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة العضل قياساً على حالة الغيبة مستدلاً على ذلك بأنّه لما تعذّر على الولي الأقرب التزويج من جهته, فجعل كالعدم, كما لو كان مجنوناً, فتنتقل الولاية في هذه الحالة إلى الولي الأبعد[1].

واستدل أيضاً بأنّ الولي الأقرب يفسق بالعضل, وإلى هذا ذهب الشافعية في قولهم: أنه إذا تكرر العضل ثلاث مرات فأكثر يفسق, وبناء على فسقه تسقط عنه الولاية فتنتقل عندئذٍ إلى الولي الأبعد[2].

- **القائلون بانتقال الولاية إلى نفسها**

و هم الإمامية الذين يرون أن الولي لو عضل موليته, فلهذه الأخيرة أن تزوّج نفسها ولو كرهاً إجماعاً, وبعبارة أخرى لها أن تنفرد بنفسها بالعقد, ولا يفتقر إلى ولي ولا سلطان على أساس أن

---

[1]- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، المرجع السابق, ص145. /و أحمد إبراهيم بك:أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام محكمة النقد، 1994، ص140. / زكريا البري: المرجع السابق, ص66-67. / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلّته, المرجع السابق، ج9, ص6723. / السيد سابق: المرجع السابق, ج2, ص128.

[2]- الشيرازي: المرجع السابق, ج2, ص39./و محي الدين عبد الحميد: المرجع السابق, ص84.

[6]- الدسوقي: المرجع السابق, ج2, ص206-207.

[1]- ابن قدامة: المرجع السابق, ج6, ص506. /و البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص54.

[2]- البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص55. /و الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص153.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

العضل أسقط اعتبار رضا الولي إجماعاً[3].

خلاصةً لما سبق: يظهر أن رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية وأحمد في رواية له, والظاهرية هو الراجح, وذلك راجع للأسباب التالية:

1. الفقهاء قد اتّفقوا على اعتبار العضل ظلما, وأن ولاية رفع المظالم من اختصاص القاضي, وكذلك الحال بالنسبة للعضل.
2. أنّه لو سلّمنا بانتقال ولاية التزويج إلى الولي الأبعد فإنّه يحتمل لأن يكون رأيه مخالفاً لرأي الولي الأقرب ويتحقق ذلك في حالة ما إذا رأى الولي الأقرب أن الزوج كفء, بينما يرى الأبعد خلاف ذلك، فينتج عن ذلك تنازع بين الأولياء, فهنا يتدخل القاضي للفصل في النزاع بدليل الحديث السالف الذكر الخاص بولاية السلطان.

   إذن, فمِن أولى انتقالها إلى القاضي مباشرة تفادياً لكل المشاكل المحتمل وقوعها.
3. إنّ رأي الإمام أحمد في روايته الثانية والإمامية ليس لهما ما يؤيّدهما من القرآن و السنة, بخلاف جمهور الفقهاء الذين استدلوا بقوله –صلى الله عليه وسلم–: **(فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له)**, بل وأكثر من ذلك, فإن الإمام أحمد في روايته الثانية قد قاس حالة العضل على حالة الغيبة المنقطعة بالرغم من أن هناك فرقا شاسعا بينهما. أما رأي الإمامية, فإنّه يعتبر مجرّد قول لا غير فلا يمكن الاعتماد عليه إطلاقاً ما دام أنّه يفتقر إلى دليل يؤيِّده.
4. كذلك مما يرجّح قول الجمهور، أن لجوء المرء للقاضي هو أَيْسَرُ لها من لجوءها إلى الوليّ الأبعد،لأن القاضي يحكم على ضوء مصلحة المرأة بمراعاة حقوقها و جلب المصالح لها و دفع المفاسد عنها، ضف إلى ذلك أنّ له سلطة الفصل في القضية. أمّا الوليّ الأبعد فالتعسّف متوقّع منه مثل الوليّ الأقرب، و ربما يكون رأيه من رأي الوليّ الأقرب و هذا في أساسه غُبنٌ للمرأة، و لهذا لكي تقطع المرأة كل هذه الشكوك و المخاطر بنصف دينها– و خاصة إذا كان الزوج كفئا في نظر الشريعة– فتتّجهُ للقاضي مباشرة.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

على عكس قانون الأسرة الجزائري القديم الذي ينص في المادة 11 منه: "يتولى زواج المرأة

---

[3]- الحلي: المرجع السابق, ج2, ص277. /و ابن مطهر الحلي: المرجع السابق, ج2, ص593. /و أحمد الحصري: المرجع السابق, ص519.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي الجزائري برأي جمهور الفقهاء بحيث أسند ولاية التزويج في هذه الحالة إلى القاضي، وقد نصّ على هذه المسألة في المادة 1/12 من بقوله: "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"[1] .

كما أنه –أي المشرع الجزائري– قد أجاز للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في منعها مصلحة لها، وهذا ما نصت عليه المادة 2/12 من هذا القانون بقوله: "غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"[2].

فقانون الأسرة الجديد بين فيه المشرع الجزائري أنه يجوز للمرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أو ثيبا أن تعقد زواجها بنفسها بمعية وليّها، بالإضافة إلى أن لها الحرية في اختيار من تشاء وتجعله وليا لها يحضر عقد زواجها سواء كان أباها أو أحد أقاربها أو شخص آخر، وهذا مانصت عليه المادة 11 من هذا القانون بقوله: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

ما يلاحظ في هذا التعديل:

1- أن المشرع الجزائري أعطى المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرا أو ثيبا حق عقد زواجها بنفسها وبحضور وليها.

2- أن المشرع أعطى للمرأة حق اختيار الولي الذي تريده أن يحضر معها عقد زواجها، أي لها الحرية في اختيار الولي سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو شخص آخر.

---

[1]- بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق, ج1, ص125./

ABUSAHLIEN: Droit familial des pays Arabes, 1988;page 12/ DENNOUNI: les dispositions du code Algerien de la famille, annuaire de l'afrique du nord, 1984, page 715

[2]- عبد العزيز سعد: المرجع السابق, ص125./ فضيل سعد: المرجع السابق ج1، ص76-77/

BORRMANS: le nouveau code Algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel principalement dans les pays Arabes, revue international de droit comparé 1986/01, n°1, page 135.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

3- أن المشرع قد ألغى حالة العضل بإعطاءه ا

وبالتالي فالعَضْلُ غيرمتصورٍ في أمر المرأة الراشدة و إنّما يُتَصَوَّر في غير الراشدة.

4- إن المشرع لم يكن بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي و منعه، بل صار الولي الشرعي هو المعضول بمنعه من ممارسة حقه الشرعي في الولاية "[1]

المطلب الثاني

إجبار الولي المرأة على الزواج

ندرس هذه الحالة التي تعتبر من حالات تعسف الولي في الزواج في الفقه الإسلامي ثم نرى مبدأ قانون الأسرة فيها, ولهذا ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: إجبار الولي المرأة على الزواج في الفقه الإسلامي:

أولا: تعريف الإجبار

- **لغة:**

يُقْصَدُ به القهر و الإكراه، فيقال: أجبر القاضي الرجل على الحكم إذا أكرهه عليه.[1]

- **إصطلاحا**

يراد به حمل الغير من ذي ولاية بطرق الإلزام على عمل تحقيقا لحكم الشّرع.[2]

هذا هو تعريف الإجبار الشرعي مطلقا، أما الإجبار في الزواج، فهو مباشرةَ الوليّ العقد نافذا على

---

[1]- د نصرالدين مبروك: المرجع السابق، ص67-70./ود عبد القادر داودي:الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ص132

DENNOUNI: Les dispositions du code Algérien, précité, page 715./ABUSAHLIEH: droit familial des pays Arabes, précité, page 12.

[1]- ابن منظور: المرجع السابق, 1, ص369./والفيروز أبادي: المرجع السابق،ج1، ص399.

[2]- أحمد فراج حسن: أحكام الزواج،ص193.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المولى عليه دون توقف على إذنه و رضاه.[3]

ثانيا: رأي الفهاء في مسألة الإجبار

تتعدد المواضع التي قيل فيها بالإجبار حسب تعدد حالات المرأة المولى عليها و تكون كالتال:

1- البِكْرُ البالغة:

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين لكل منهما أدلته الشرعية, ويتزعّم هذا كل من المذهب الحنفي بالنسبة للفريق الأول, والمذهب المالكي بالنسبة للفريق الثاني.

- **الفريق الأول:**

ذهب الحنفية ومن معهم من الظاهرية والإمام أحمد في أحد رأييه والزيدية والإمامية في المشهور عندهم إلى عدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة وأنّ رضاها شرط في صحّة النكاح[1], بحيث أنّ كل وليّ يجبرها على الزواج بدون رضاها يعتبر متعسّفاً ومتجاوزاً حدود سلطة ولايته في الزواج, وهو مذهب الأوزاعي, والثوري, وأبي عبيد وابن المنذر[2], وإلى هذا ذهب ابن قيم الجوزية[3].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

---

[3] إبن عابدين:المرجع السابق،ج3،ص55./وابن همام:المرجع السابق،ج2،ص395./وزكي الدين شعبان:المرجع السابق،ص211.

[1]- ابن الهمام: المرجع السابق, ج2, ص395. / الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص241-242. / السرخسي: المرجع السابق, ج5, ص2-3. / ابن حزم: المرجع السابق, ج9, ص38 وما بعدها. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص380./ ابن المرتضى: المرجع السابق, ج3, ص28-57. / ابن مطهر الحلي: المرجع السابق, ج2, ص585, 592. / الحلي: المرجع السابق, ج2, ص276. / عز الدين الخطيب: حقوق المرأة وقضاياها في الشريعة الإسلامية, مجلة المجلس الإسلامي الأعلى, العدد الثالث, 2000, الجزائر, ص76.

[2]- ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص380.

[3]- إبن القيّم الجوزية:زاد المعاد،ج4،ص2 و 3.

[4]- رواه النسائي: كتاب النكاح, باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة, 3257، ج6، ص86 -87 / ابن ماجة: كتاب النكاح, باب من زوج ابنته وهي كارهة, 1874 ، ج1، ص602 و603. / أحمد: باقي مسند الأنصار، باقي المسند السابق، 23892.

[5]- رواه أبو داوود: كتاب النكاح, باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها, 2096، ج2، ص238 و239. / ابن ماجة: كتاب النكاح, باب من زوج ابنته وهي كارهة, 1875، ج1، ص603. / أحمد: ومن مسند بني هاشم, بداية مسند عبد الله بن العباس, 2340

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

1. بالأحاديث الشريفة الدالة على استئذان البكر في نـ

2. بالأحاديث الشريفة التي ردّ فيها الرسول –صلى الله عليه وسلم– نكاح من زوّجها وليّها من غير إذنها ومنها:

عن عائشة رضي الله عنها أنّ فتاة دخلت عليها فقالت:"إنّ أبي زوّجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وإنّي كارهة، فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله –صلى الله عليه وسلم–, فجاء رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه, فجعل الأمر إليها فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أُعَلِّمَ الناس أن ليس للأباء من الأمر شيء" [4] هذا وعن ابن عباس رضي الله عنهما: "أن جارية بكراً أتت الرسول –صلى الله عليه وسلم- فذكرت أنّ أباها زوّجها وهي كارهة, فخيّرها رسول الله –صلى الله عليه وسلم-" [5] .

3. أنّ تزويج الفتاة مع كراهيتها مخالف للأصول والعقول, ذلك أنّ الشريعة الطاهرة لم تجز لوليها جبرها على بيع أو إجارة إلاّ بإذنها, ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده, فكيف يجبرها على مباضعة ومعاشرة من تكرهه؟ طالما أن الزواج مبني على المودّة والرحمة بين الزوجين, فأين تكمن المودة والرحمة هنا[1] ؟! .

بل وأكثر من ذلك فإنّ أهل العلم قد قرّروا بطلان العقود التي تتم بالإكراه كالبيع والشراء والإجارة, وتبعاً لذلك فالقول بجواز إنكاح المرأة من غير رضاها مخالفٌ للقاعدة العامة التي سنتها الشريعة الغرّاء.[2]

وفي هذا الموضوع أشير إلى قول ابن قيم الجوزية الذي يؤكّد ويدل على أنّ رضاء المرأة موافق لقواعد الشرع: أن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرّف أبوها في أي شيء من ملكها إلاّ برضاها, ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها, فكيف يجوز أن يزوّجها بغير رضاها إلى من يريده وهي كارهة له, ومع هذا فينكحها إيّاه قهراً بغير رضاها إلى من يريده ويجعلها أسيرة عنده,

كما قال النبي –صلى الله عليه وسلم–: (اتّقوا الله في النساء فإنّكم أخذتموهن بأمان الله)[3] أي

---

[1]- تقي الدين أحمد عبد الحليم بن تيمية: مجموع الفتاوى, جمع ابن قاسم, المجلد32, ط1, 1381ه, السعودية, ص25.

[2]- سليمان الأشقر: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة, دار النفائس, الأردن, ط1, 1997, ص146. / السيد سابق: المرجع السابق, ج2, ص121. / عز الدين الخطيب: المرجع السابق, ص76..

[3]- رواه مسلم، كتاب: الحج، باب:حجة النبي،2167،ج4، ص41/وابن ماجه، كتاب:المناسك،باب:حجة رسول الله (ص)،

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

أسرى, ومعلوم أنّ إخراج مالها كله بغير رضاها رضاها[4].

- **الفريق الثاني:**

ذهب المالكية ومن معهم من الشافعية والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه والإمامية في رواية لهم إلى ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة، وهو مذهب ابن أبي ليلى وإسحاق[5] .

إستدل أصحاب هذا الرأي بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً أن النبي –صلى الله عليه وسلم- قال: (الأيّم أحق بنفسها من وليّها, والبكر يستأذنها أبوها)[1] , ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم النساء قسمين، وأثبت لإحداهما الحق بنفسها من وليّها, دل بمفهوم المخالفة على نفي هذا الحق عن الأخرى, وإن ولي البكر أحق بنفسها منها فجاز له إجبارها ولا يشترط رضاها وأما ما جاء في الحديث من طلب استئذانها فإنّه يدلّ على الاستحباب لا الوجوب[2]

كما تدل على ذلك رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما, أن النبي –صلى الله عليه وسلم- قال: (آمروا النساء في بناتهنّ)[3] ،فإن هذا الأمر يدل على الاستحباب حيث لا يلزم الأب في تزويج ابنته إستئمار أمّها, فاستحب استئذانها تَطْيِيباً لخاطرها, فلو كان الإستئذان أو الإستئمار للوجوب لما

3074، ج2، ص1022و1025/ وأبو داوود: كتاب: المناسك، باب: صفة حجة النبي، 1905، ج2، ص189 و192

[4]- إبن القيّم الجوزية: زاد المعاد،ج4،ص2 و 3

[5] - مالك: المرجع السابق,ج3, ص1246./والدسوقي: المرجع السابق,ج2,ص198./والعدوي:المرجع السابق,ج2, ص37-38./والشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149./والشيرازي:المرجع السابق,ج2,ص39./وابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص381. /و الحلي: المرجع السابق, ج2, ص276 ./و العسقلاني: المرجع السابق, ج9, ص100.

[1]-رواه أبو داوود: كتاب النكاح, باب في الثيب, 2098، ج2، ص239.

[2]- الشافعي: المرجع السابق, ج3, ص1246. / الدسوقي: المرجع السابق, ج2, ص198. / العدوي: المرجع السابق, ج2, ص37–38. / الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149. / الشيرازي: المرجع السابق, ج2, ص39. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص381. / الحلي: المرجع السابق, ج2, ص276.

[3]-رواه أبو داوود: كتاب النكاح, باب في الإستئمار, 1793.

[4]- محمود مطرجي:المجموع,ج17,ص327/ومحمد الصالح صديق:نظام الأسرة في الإسلام،دار هومة، الجزائر،1419هـ، ص48/ ومولاي ملياني بغدادي: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، 1997م، ص175.

[5]- الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149. / الرملي: المرجع السابق, ج6, ص224.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

كان هناك أثر للتفريق بين البكر والثيّب إذا كان كل

هذا واعتبر أصحاب هذا الرأي البكارة علة في ثبوت ولاية الإجبار وجوداً وعدماً, فإذا وجدت البكارة ثبت على البكر ولاية الإجبار, فإذا زالت عنها البكارة زال عنها الإجبار, باستثناء المالكية الذين أثبتوا ولاية الإجبار على الثيب الصغيرة بالرغم من زوال البكارة بسبب الصغر[5].

وقد وضع أصحاب هذا الرأي شروطاً على الوليّ أخذها بعين الإعتبار عند إجبار البكر البالغة العاقلة على الزواج, بحيث تعتبر هذه الشروط حدوداً تضبط سلطته على موليته, فإن تعدّاها أصبح متجاوزاً وظالماً ومتعسّفاً في استعمال حقّه عليها, وهي تتمثل فيما يلي:[6]

1. **أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة**: فإن أجبر الولي موليته في هذا الظرف وفي هذه الحالة, أصبح متعسّفاً لأنّه يكون بهدف إلحاق الضرر بها فقط.
2. **أن يزوّجها من كفء**: فإن أجبرها بالزواج بمن ليس كفئاً لها, فهذا تعسف في حق موليته وظلم لها.
3. **أن يكون الزوج موسراً بحال الصداق**: فإن أجبرها بالزواج من زوج ليس موسرا فهذا تجاوزٌ لحدود سلطته عليها.
4. **أن يزوّجها بمهر المثل**: فإن أجبرها على الزواج بمهر أقل من ذلك, فهذا تعسف في استعمال حق ولايته عليها, بخلاف المالكية الذين أجازوا جبرها ولو بدون مهر المثل.
5. **أن يكون من نقد البلد**: فإن كان غير ذلك, وأجبرها على الزواج فيعتبر ظلما لها.
6. **أن لا يزوّجها ممن تتضرر بمعاشرته**: كأعمى, وأبرص, ومجذوم, وخصي, وعنين, وشيخ هرم, فإن أجبرها على ذلك فيعتبر ولياً متعسّفاً في حق موليّته.
7. **أن لايكون قد أوجب عليها الحج**: لأنّه يجب على التراخي, والزوج قد يمنعها منه, فإن أجبرها في هذه الحالة فيعتبر ملحقاً الضرر بها.

– والشافعية قسموا هذه الشروط إلى نوعين:

---

[6] الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149. / الرملي: المرجع السابق, ج6, ص224./و البهوتي:كشّاف القناع ج5،ص44/الدردير:الشرح الكبير،ج2،ص198/العدوي:المرجع السابق،ج2،ص37.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- **النوع الأول:**

يتمثل في الشروط الثلاثة الأولى والتي اعتبروها شروطاً لصحّة النكاح بغير إذنها ورضاها.

- **النوع الثاني:**

يتجلى في بقية الشروط الأخرى, والتي اعتبروها شروطاً لجواز الإقدام على النكاح[1].

كما ذهب أصحاب هذا الرأي أيضاً إلى استئذان البكر البالغة العاقلة نظراً لوجود أسباب معينة, وهي تتجلى فيما يلي[2]:

1. وجود الأحاديث الشريفة الدالة على استئذان البكر السالف ذكرها.
2. لأنّ في استئذانها تطييباً لخاطرها.
3. كي يقع النكاح على الوجه المتّفق عليه أي خروجاً من الخلاف, وذهبوا إلى أن المستحب في الإستئذان أن يرسل لها نسوة ثقات ينظرن في نفسها والأم بذلك أولى لأنّها أعرف بحال ابنتها.

– ومهما يكن من أمر, فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن معه وذلك راجع للأسباب التالية:

1. سلامة الأدلّة التي استدلوا بها, وكان أوضحها الحديث الشريف المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في الجارية التي خيرها النبي عليه الصلاة والسلام.
2. إنّ الشروط التي وضعها المالكية ومن معهم من الفقهاء بهدف عدم إلحاق الضرر بالبكر البالغة العاقلة يمكن الإستغناء عنها إذا تمّ الزواج بناء على رضا البكر البالغة العاقلة, وبالتالي تتحقق مصلحتها ومصلحة الأسرة, طالما أنّ العقد قد تمّ بناء على رضا الجميع.

3. إن المالكية ومن معهم من الفقهاء، هم بأنفسهم ذهبوا إلى استحباب استئذانها, هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتّفقوا على عدم إجبار الولي المرأة الثيب البالغة العاقلة على الزواج[1]،وهذا ما أشار إليه شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: "الثيب البالغة لا تنكح إلاّ بإذنها باتّفاق

---

[1]- الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149. / الرملي: المرجع السابق, ج6, ص224.

[2]- الشافعي: المرجع السابق, ج5, ص29–30./و البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص45./و العدوي: المرجع السابق, ج2, ص37./و الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149./و ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص381.

[1]- العسقلاني: المرجع السابق, ج9, ص98.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الأئمة"[2].

2- الثيّب الكبيرة

يرى شيخ الإسلام بن تيمية كذلك أن البالغ الثيّب لا يجوز تزويجها بغير إذنها لا للأب ولا لغيره بإجماع المسلمين[3].

استدل أهل العلم على رأيهم هذا بما رواه البخاري وغيره عن الخنساء بنت خذام الأنصارية أنّ أباها زوّجها وهي ثيّب فكرهت ذلك, فأتت رسول الله عليه الصلاة والسلام, فردّ نكاحها[4] وقد بوّب البخاري على هذا الحديث بقوله: "باب إذا زوّج الرجل ابنته وهي كارهة, فنكاحه مردود"[5].

واستدلوا أيضاً بقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن عباس: (**ليس للولي مع الثيّب أمر, واليتيمة تستأمر, وصمتها إقرارها**)[1] .

واستدلوا أيضاً بالمعقول, ذلك أنّ الثيب البالغة الرشيدة عالمة بمقاصد النكاح مختبرة له, فلم يجز إجبارها عليه كالرجل[2].

هذا، وتثار مسألة تتعلق بتزويج الوليّ الثيّب بغير إذنها،ثم تجيزه فهل يعتبر عقد الزواج صحيحا أم لا؟ فبشأن هذه المسألة إنقسم الفقه على رأيين[3]:

- **الرأي الأول:**

ذهب أكثر العلماء من الحنفية والمالكية وأحمد في إحدى روايتيه إلى صحة عقد الزواج فلا يحتاج إلى استئناف .

---

[2]- إبن تيمية: المرجع السابق, مج32, ص29.

[3]- ابن تيمية: المرجع نفسه, مج32, ص39.

[4]- سبق تخريجه, ص31.

[5]- العسقلاني: المرجع السابق, ج9, ص101..

[1]- رواه النسائي: كتاب النكاح, باب استئذان البكر في نفسها, 3211، ج6، ص85. /وأبو داوود: كتاب النكاح, باب في الثيب, 2100، ج2، ص239. /وأحمد: ومن مسند بني هاشم, باقي المسند السابق، 2924.

[2]- ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص385.

[3]- ابن تيمية: المرجع السابق, مج32, ص29.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- **الرأي الثاني:**

ذهب الشافعية وأحمد في روايته الثانية إلى عدم صحة عقد الزواج, فلا بد من استئنافه.

3- الصغيرة بكرا أو ثيّباً

فيها رأيين للفقهاء :

1- الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية إلى ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة سواء كانت بكرا أو ثيبا، لأن الصغيرة ناقصة الأهلية، فلا تستقل بأمر نفسها فيمن تختار من الأزواج، وقد دل على جواز ذلك قوله تعالى: ﴿**والائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر والائي لم يحضن**﴾[الطلاق04]. فجعل للائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة كذلك إلا من الطلاق في نكاح، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها، وقالت عائشة –رضي الله عنها- "تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست وبني بي وأنا ابنة تسع" ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها، وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتي، وتزوج علي ابنة أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما. كما أن نكاح النبي من عائشة رضي الله عنها، لم يأت نص بأنه له خصوص، فلنا أن نتأسى به[1]، لقوله تعالى: ﴿**لقد كان لكم في رسول الله إسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر**﴾[الممتحنة06]من جهة و لكن إن كان للأب حقُ إجبارِ ابنته الصغيرة على الزواج سواء كانت بكرا أو ثـــيـــّبا ، فعليه من جهة أخرى أن يقف عند حدود و لايته عليها، فلا يجبرها إلاّ إذا كان الزوج كفؤا لها و إلاّ يكون متعسّفا و ظالما ملحِقاً الضرر بها. و ناهيك عن قول عمر رضي الله عنه (لا تكرهوا فتياتكم على الذميم من الرجال، فإنّهنّ يحبِبْن من ذلك ما تحبون) و على هذا جعل النبي صلى الله عليه و سلم للصغيرة التي يجبرها أبوها على الزواج من غير كفءٍ الحقَّ في ردِّ النكاح مثل تلك الفتاة التي دخلت على النبي صلى الله عليه و سلم تشتكي أباها من هذا، في الحديث الذي ذكرناه سابقا

---

[1]- الكساني:المرجع السابق, ج2, ص241./والزيلعي: المرجع السابق، ج2، ص503./والدسوقي: المرجع السابق، ج2، ص198./والغرياني:المرجع السابق، ج2،ص561.والدردير،الشرح الكبير، ج2، ص198./وابن وقدامة: المرجع السابق،ج7، ص379–380./ المرداوي: المرجع السابق، ج8، ص52–53./ وابن حزم: المرجع السابق،ج9، ص39–40.

[2]- سبق تخريجه ص30.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

2- الرأي الثاني:

ذهب الشافعية إلى تخصيص الحكم على البكر الصغيرة دون الثيب الصغيرة واستدلوا على ذلك بالحديث الذي جاء به ابن عباس –رضي الله عنما- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (**الثيّب أحقّ بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها**)[2] فخرجت الثيب صغيرة كانت أو كبيرة بعموم هذا الخبر[3].

4-الثيّب الصغيرة

فيها خلاف بين الفقهاء، بين النافين لولاية الإجبار عليها و القائلين بها كالتالي:

أ- النافون لها:

و هم الشافعية الذين يرون أنّه لا يزوج الثيّب الصغيرة أحدٌ حتى تبلغ، سواء ذهبت عذرتها بإكراه أو برضاء، أو بحرام أو بحلال،إذن فليس من حق أبيها أن يجبرها على الزواج إلاّ بإرادتها و إلاّ يُعتَبَرُ متعسّفا و ظالما و متعدٍّ لحدود و لايته عليها[2].

ب/القائلون بها

وهم جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة و الحنفية و الظاهرية الذين يلحقون بالبكر في الإجبار الثيّب الصغيرة التي فقدت بكارتها بغير زواج، بأن كان ذلك من زنا،أو وثبة،أو بأي سبب آخر غير النكاح، فلأبيها جبرها، لأنّها في حكم البكر في جهلها بأمور الزواج، أما التي أُزيلت بكارتها بنكاح و لو كان فاسداً فهنا يختلف الأمر و يرتفع عنها حكم الإجبار لخبرتها بشؤون الأزواج، و إذا حدث و أجبرها أبوها على الزواج من غير إرادتها فهذا تعسّف و ظلم و تجاوز لحدود ولايته عليها[2] .

5-البِكْرُ المُرَشَّدَةُ عند المالكية:

---

[1] الشافعي: المرجع السابق، ج5، ص30./ الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص149.

[2]- الشافعي: المرجع السابق، ج5، ص30./ الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص149 .

[3]- العدوي:المرجع السابق،ج2،ص37و38.والغرياني:المرجع السابق،ج2،ص561./ابن قدامة:المرجع السابق،ج7، ص380./ والمرداوي:المرجع السابق،ج8،ص53./و الكاساني:المرجع السابق،ج2،ص241./و الزيلعي:المرج السابق،ج2،ص503./ وابن حزم:المرجع السابق،ج9،ص40

[4] العدوي:المرجع السابق،ج2،ص38و مابعدها./ والدردير:الشرح الكبير،ج2،ص198./ و الغرياني:المرجع السابق،ج2،ص561./ووهبة الزحيلي:القه المالكي الميسر،ج9،ص6716.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

لقد ذهب المالكية إلى ثبوت ولاية الإجبار على البكر البكر البالغة التي رشَّدَها أبوها و رفع الحَجْر عنها لما قام بها من حسن التصرف،بأن قال لها مثلا: رَشَّدتُّكِ، أو أطْلَقْتُ يدك في التصرف فلا جبر له عليها و إلاّ يعتبر متعسّفا و ظالما و متعدٍّ لحدود ولايته عليها التي أصبحت إختيارية بعد ترشيده لها[3].

ويتبين مما سبق أن علة الإجبار تختلف من مذهب لآخر كالآتي:

- **الحنفية والظاهرية:**

علة الإجبار عندهم هي الصغر، فتجبر الصغيرة سواء كانت ثيبا أو بكرا، ولا لإجبار على البالغة بكرا أو ثيبا[4].

- **الشافعية:**

علة الإجبار عندهم هي البكارة، فتجبر البكر سواء كانت بالغة أوصغيرة، ولا إجبار على الثيب صغيرة أو كبيرة[2].

- **المالكية والحنابلة:**

علّة الإجبار عندهم هي البكارةوالصغر معا، فتجبر البكر بالغة أو ضغيرة وكذلك الثيب الصغيرة، ولا إجبار على الثيب البالغة[3]

خلاصة لما سبق: فالقول بعدم إجبار البكر و لا الثيّب على الزواج و لابد من رضاهما **هو الموافق لقول الرسول صلى الله عليه و سلم و حكمه** لأنه علية الصلاة و السلام في حديثين منفصلين سبق ذكرهما خيّر الثيّب و هذا من خلال ما ثبت في الصحيح(أن خنساء بنت خدام زوّجها أبوها و هي كارهة و كانت ثيّبا فأتت رسو ل الله فردّ نكاحها[3] ،و خيّر عليه الصلاة و السلام البكر من خلال حديث بن عباس (أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت له أن أباها زوّجها و هي

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق، ج2، ص241/ الزيلعي: المرجع السابق، ج2، ص503.

[2]- الشيرازي: المرجع السابق، ج2، ص39./ الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص149.

[3]- العدوي: المرجع السابق، ج2، ص37-38./ الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص198./ وابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص379-380./ المرداوي: المرجع السابق، ج8، ص52-53.

[4]- سبق تخريجه ص 31.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

كارهة فخيّرها النبي صلى الله عليه و سلم([4].

و هو الموافق لقواعد الشريعة لأن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقلّ شيئ من مالها إلاّ برضاها حتى في إخراج اليسير منه، فكيف يجوز أن يجبرها على الزواج من شخص لا تريده بل تبغضه و ينكحها إياه قهرا بغير رضاها و ناهيك عن قول النبي صلى الله عليه و سلم(إِتّقُوا الله في النِّساء فإِنَّهُنَّ عوانٌ عندكم) [5] ،أي أسرى.

و هو الموافق لمصالح الأمة من خلال ما يظهر في تحقُّقِ مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره و ترضاه، و حصول مفاسد كبرى و عواقب و خيمة بتزويجها بمن تبغضه و لا ترضى به.

إذن فالقول بعدم الإجبار هو الرأي الوجيه الذي ينسجم و روح الشريعة و مقاصدها،ويوافق القواعد الشرعية العامة و هو أحد الآراء المعتبرة في الفقه الإسلامي" المذهب الحنفي" و قول كثير من الفقهاء[6]

الفرع الثاني: إجبار الولي المرأة على الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

إن المشرّع الجزائري قد أخذ بمبدإ عدم إجبار الولي المرأةَ على الزواج سواء كانت بكراً أم ثيّباً, وبذلك يكون المشرّع قد تماشى مع ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة –رضي الله عنه– ومن معه في عدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة[1], وخالف مذهب الإمام مالك رضي الله عنه– باعتباره المذهب المعمول به في الجزائر– فيما يخص مسألة إجبار الولي المرأة البالغة العاقلة على الزواج.

وقد تناول المشرّع صراحة هذه المسألة في المادة 13 من قانون الأسرة التي تنص: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها". فقد منع نص المادة إجبار القاصرة على الزواج، فمنعه إجبار البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا أولى. وبالتالي فالمشرّع الجزائري قد جعل موافقة المرأة ورضاها شرط في صحّة عقد الزواج[2].

---

[4]- سبق تخريجه ص 76 .

[5]- سبق تخريجه ص 77.

[6]- إبن القيّم الجوزية:زاد المعاد،ج5،ص95/الصنعاني:المرجع السابق،ج3،ص260/د عبد القادر داودي:الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ص 126.

[1]- بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، المرجع السابق, ص123.

[2] - **BELHADJ LARBI** : Les ateintes a la liberté du marriage étude de droit conparé L'influence française dans le projet de code de la famille algerienne, 1988, n=2, page 428.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وعلى كل حال فإنّه حسن فعله عندما أخذ برأي ذلك لأنّه في وقتنا الحاضر لم يبق فيه مجال لإجبار الفتاة حتى ولو كانت قاصرة –كما بينت المادة– على الزواج من شخص لا توافق عليه, بل لابد من أخذ رأيها حرصاً على تكوين أسرة مبنية على أسس قوية متينة بعيداً عن كل شك[3].

وإذن فلا يجوز للولي أبا كان أو غيره إجبار الفتى أو الفتاة على الزواج بدون أخذ رأيهما فيه, بل و أكثر من ذلك فإن موافقة المرأة على الزواج يعتبر شرط في صحة العقد[4], تماشياً مع مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة, فلهذه الأخيرة حق الاختيار وحق طلب الإقتران بمن تحب, كما لها حق الرفض والامتناع عن قبول من يُفرض عليها شأنها في ذلك شأن الرجل في التمتع بحق القبول والرفض[5].

المطلب الثالث

الافتيات على المرأة

لقد تم تقسيم هذه الحالة الثالثة من حالات تعسّف الولي في الزواج إلى فرعين تناول الأول منهما تعريف الإفتيات, وتعرّض الثاني لحكمه.

الفرع الأول: تعريف الإفتيات

هو أن يتعدّى الولي غير المجبر على المرأة فيعقد عليها بغير إذنها, بكراً كانت أو ثيّباً, ثم يبلّغها خبر زواجها[1].

---

[3]- عبد السلام محمد شريف العالم: قانون الزواج والطلاق وأسانيده الشرعية, منشورات جامعة قاريونس, بنغازي, لم يذكر التاريخ, ص60.

[4]- محمد الحبيب التجكاني: المذاهب الأصولية كمنهج لتطور مدونة الأحوال الشخصية, مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية. كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية, وجدة, 1988, العدد3, ص125.

[5]- شريف عالم: المرجع السابق, ص60. / محمد فاروق النبهان: أهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية, مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية, كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية, وجدة, 1988, العدد3, ص72.

[1]- الغرياني: المرجع السابق, ج3, ص568. / الزيلعي: المرجع السابق, ج2, ص496–497. / النووي: المجموع, ج17, ص328. / المرداوي: المرجع السابق, ج8, ص65. / ابن القيم: زاد المعاد, المرجع السابق، ج4, ص3. / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلّته, المرجع السابق، ج9, ص6719. / محمد العلوي العابدي: المرجع السابق، ص23. / وهبة الزحيلي:

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فالمرأة البالغة العاقلة سواء أكانت بكراً أم ثيّباً لا

الكثيرة الصحيحة على ذلك.

ولما كانت الأحكام تختلف باختلاف البكر والثيب، فلا بدّ من معرفة من هي البكر؟, ومن هي الثيّب؟ وما هو المعتبر في استئذان كل واحدة منهما؟

أوّلاً: البكر:

1. تعريفها:

هي العذراء التي لم تزل بكارتها بعضو الرجال أي بالوقاع، ومنه الباكورة ويراد بها أول الثمار، والبكرة ويراد بها أول النهار[2].

وإن حقيقة البكارة هي بقاء العذرة, كما أن حقيقة الثيوبة هي زوال العذرة, أما الحكم فيختلف, فقد تبقى بكرا في الحكم مع زوال العذرة[3], كما سيأتي لاحقاً.

واتّفق الفقهاء على أن البكر هي التي لم توطأ في قبلها بعضو رجل أصلاً ولا يؤثّر على حكمها شيء إذا ما وطئت في الدبر لأنّها غير موطوءة في محل البكارة[1] باستثناء الإمامية الذين يرون أنها ممنوعة من حكم الأبكار[2].

هذا, واتّفق الفقهاء أيضاً على أنّ الأنثى التي زالت بكارتها بغير عضو الرجال بوثبة[3] أو طفرة[4] أو طول تعنيس أو بأصبع, ونحوه, تعتبر في حكم الأبكار لأنّها لم توطأ في القبل كما تقدّم ذكره, و لم تختبر المقصود من النكاح حيث لم تمارس الرجال فهي باقية على حيائها فأشبهت من لم تزل بكارتها, ولأن من يتزوّجها يعتبر أوّل مصيبٍ لها[5].

الفقه المالكي الميسر، ج3, ص107.

[2]- ابن الهمام: المرجع السابق, ج3, ص169. / و الديربي: المرجع السابق, ص170. / أحمد إبراهيم بك: المرجع السابق, ص151.

[3]- الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص244.

[1]- الشربيني, المرجع السابق, ج3, ص150. / البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص47. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص388. / ابن الهمام: المرجع السابق, ج3, ص169.

[2]- ابن مطهر الحلي: المرجع السابق, ج2, ص587.

[3]- من فوق إلى أسفل, يراجع الشيخ زادة: المرجع السابق, ج1, ص334.

[4]- عكس الوثبة أي من أسفل إلى فوق: الشيخ زادة: المرجع نفسه, ج1, ص334.

[5]- الشربيني, المرجع السابق, ج3, ص150. / الشيرازي: المرجع السابق, ج2, ص40. / ابن قدامة: المرجع السابق,

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

2. **المعتبر في استئذانها أو ما يدلّ على الرضا:**

اتّفق الفقهاء على أن السكوت يعتبر دليلاً على رضا البكر في النكاح, فلو استأذن الولي البكر في التزويج من رجل معين, وصداق معين أيضاً, سواء كان مهر المثل أو غيره, فسكتت, اعتبر سكوتها إذناًورضابالعقد[6], مستدلين على ذلك بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أنّ النبي عليه الصلاة والسلام قال: "الأيّم أحق بنفسها من وليّها, والبكر تستأذن في نفسها, وإذنها صماتها"[7].

واستدلوا أيضا بالحديث المروي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة رضي الله عنهم, أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال: "لاتنكح الأيمُّ حتى تستأمر, ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا: فكيف إذنها يا رسول الله؟, قال: "أن تسكت"[1] لأنّ الحياء غالبٌ عليها فتستحي من الإجابة بالنطق فاعتبر سكوتها إذناً.

ما يقوم مقام النطق

إتّفق الفقهاء أيضاً على أنّ الضحك بغير استهزاء والتبسم والبكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد يعتبر دلالة على الرضا, أما إذا كان التبسم أو الضحك للاستهزاء, وكان البكاء بصياحٍ أو ضرب

ج7, ص388. / ابن الهمام: المرجع السابق, ج3, ص169./ الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص244. / الدردير: الشرح الكبير: ج2, ص198. / ابن المرتضى: المرجع السابق, ج3, ص28.

[6]- الشربيني, المرجع السابق, ج3, ص150. / الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص244. / ابن الهمام: المرجع السابق, ج3, ص164. / ابن عابدين: المرجع السابق, ج1, ص306./ ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص386. / البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص46. / الحلي: شرائع الإسلام, ج2, ص278. / الدردير: الشرح الكبير,، ج2, ص202. / العدوي: المرجع السابق, ج1, ص280. / ابن المرتضى, المرجع السابق, ج3, ص28.

[7]- سبق تخريجه, ص30.

[1]- رواه البخاري: كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، 5136، ج6، ص460 / مسلم: كتاب النكاح، باب إستئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، 2043، ج4، ص140/ النسائي: كتاب النكاح، باب إذن البكر، 3215، ج6، ص85و86..

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

خذٍ لم يعتبر إذناً ولا رداً, لأنّه يشعر بعدم الرض

مستدلين على ذلك بأن الضحك لا يكون إلا من شيء يسر ويفرح، فهي عبرت عن فرحها بالنكاح بالضحك، فاعتبر دليلاً على رضاها وقبولها[3], أما البكاء فيحصل تعبير عن شدة الحياء أو الفرح, أو أنّها تبكي لمفارقتها بيت أهلها الذي نشأت فيه, وأنها ستنتقل لبيت لم تألفه, وكل هذه المعاني مقبولة في الدلالة على الإذن والإجازة[4].

ثم إنّ الحنابلة القائلين برأي الجمهور[5] قد استدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "**تستأمر اليتيمة، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز عليها**"[6]. فهذا الحديث صريح في أن البكاء كالسكوت معتبر في الاستئذان وصح دليلاً على الرضا.

أما إذا نطقت البكر بالإذن صراحة, كقولها: نعم, و بارك الله فينا فهو أبلغ وآكد من السكوت والرضا والبكاء, لأنه دلّ على قبول ورضا باعترافٍ وإقرارٍ صريح لا يحتمل الشك ولا التأويل, ولأنّه الأصل في الإذن[1].

وعلى كل حال, فإن هذه الأوصاف المعتبرة في الإذن باستثناء السكوت المتّفق عليه كادت أن تكون محل اتّفاق بين الفقهاء أيضاً لولا وجود المخالفين وهم: ابن حزم فيما عدا السكوت, والصاحبان من الحنفية, والإمامية في البكاء.

- **ابن حزم:**

---

[2]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9, ص6718.

[3]- الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص243. / ابن المرتضى: المرجع السابق, ج3, ص28.

[4]- الدردير: الشرح الكبير، ج2, ص202. / السرخسي: المرجع السابق, ج5, ص4. / ابن الهمام: المرجع السابق, ج3, ص164. / ابن المرتضى: المرجع السابق, ج3, ص28.

[5]- البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص47. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص387.

[6]- رواه أحمد: باقي مسند المكثرين, 9762. / أبو داوود: كتاب النكاح, باب في الإستئمار, 2093، ج2، ص238 / النسائي: كتاب النكاح, باب البكر يزوّجها أبوها وهي كارهة, 32180، ج6، ص87.

[1]- الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص150. / البهوتي: المرجع السابق, ج5, ص47. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص387. / الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص242.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فقد خالفهم في كل هذه الدلالات أو الأوصاف, فقط شرطاً لازماً في الدلالة على إذن البكر ورضاها حتى ولو نطقت فلا بد من السكوت[2]. مستدلاً على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: "لاتنكح البكر حتى تستأذن، وإذنها صماتها"[3], واستدل أيضاً بالحديث المروي عن أبي هريرة –رضي الله عنهم– السالف ذكره.

- **الصاحبان من الحنفية:**

فقد روي عن أبي يوسف روايتان, رواية انفرد بها عن صاحبه محمد بن الحسن, ورواية اتّفقا عليها.

أ– **الرواية الأولى:** مؤدّاها أن البكاء لا يعتبر ردّاً ولا إجازة عند استئذان الولي البكر, وهي المشهورة عنه[4].

ووجه الاستدلال بهذه الرواية يظهر بأن البكاء قد يكون تعبيراً عن الحزن والألم , وقد يكون دلالة على شدّة الفرح والسرور.

وإذن فهناك احتمالان متعارضان, فيسقطان عند التعارض, وكأنّ البكاء لم يكن ويرجع إلى السكوت فتعتبر كأنها سكتت فكان رضاً وإذناً[5].

ب – **الرواية الثانية:** هي قول محمد بن الحسن ومفادها أن البكاء لا يعتبر إذناً بالعقد لأنّه وضع أصلاً للتعبير عن الحزن والألم عادة, فهو دليل على إظهار السخط والكراهية فلا يعتبر دليلاً على الرضا والإجازة[1].

- **الإمامية:**

فقد استبعدوا البكاء أن يكون دليلاً على رضا البكر, إلاّ ما روي عن ابن البراج حيث ألحق البكاء بالسكوت في الدلالة على الرضا, وجعل بعض الإمامية الضحك كالسكوت في الدلالة على الرضا[2].

---

(2)- ابن حزم: المرجع السابق, ج9, ص40–41.

(3)- رواه مسلم: كتاب النكاح، باب إستئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، 2545، ج4، ص140–141.

(4)- ابن الهمام: المرجع السابق, ج2, ص398. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص387.

(5)- الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص243. / الشيخ زادة: المرجع السابق, ج1, ص333.

(1)- الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص243.

(2)- الشيخ زادة: المرجع السابق, ج1, ص333.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ثانياً: الثيّب:

1. تعريفها:

الثيب هي الأنثى التي وطئت في قبلها بعضو الرجال, وأن مصيبها ليس أوّل مصيب لها, بل عائد إليها, ومن المثوبة, وهي عمل الإنسان يعود إليه, ومن ثاب إلى رشده أي رجع إليه[3].

هذا واتفق الفقهاء أيضاً على أن الأنثى التي زالت عذريتها عن طريق الجماع بنكاحٍ صحيح تعتبر ثيباً[4] وكذلك بنكاحٍ فاسدٍ أو شبهة. خلافاً للظاهرية والزيدية.

- الظاهرية: ذهبوا إلى أن الموطوءة بنكاحٍ فاسدٍ أو شبهة في حكم البكر[5].
- الزيدية: يرون أن المغلوط بها بكر مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "**البكر بالبكر جلد مائة**"[6], فسمّاها بكراً لأنّ الحياء باقٍ, أما إذا تكرر الغلط وهو النكاح بشبهة اعتبرت ثيّباً[7].

2. المعتبر في استئذانها:

اتّفق الفقهاء على أن المعتبر في إذن الثيّب يكون بالنطق صراحة تماشياً مع الأحاديث الشريفة السالفة الذكر, وأصرحها قوله عليه الصلاة والسلام: (**الثيّب تعرب عن نفسها, والبكر رضاها صمتها**)[1], والإعراب لا يكون إلاّ بالنطق صراحة, ذلك أنها قد مارست الرجال وخالطتهم, فزال حياؤها الذي كان عقدة على لسانها في عدم النطق.

غير أن بعض فقهاء المالكية كابن القاسم يرى أن الثيب يكفي سكوتها إذا فوضت الولي في

---

[3]- الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص149./البهوتي: المرجع السابق,ج5,ص46./ابن الهمام:المرجع السابق,ج3, 168.

[4]- الشربيني: المرجع نفسه, ج3, ص149. / ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص388. / ابن الهمام: المرجع السابق, ج3, ص169. / الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص244. / الدردير: الشرح الكبير،ج2, ص198. / ابن مطهر الحلي: المرجع السابق, ج2, ص586-587.

[5]- ابن حزم: المرجع السابق, ج9, ص41.

[6]- رواه مسلم: كتاب الحدود, باب حد الزنا, 3199, ج5, ص115./ الترمذي: كتاب الحدود, باب ما جاء في الرجم على الثيب, 1434، ج4، ص32. / ابن ماجة: كتاب الحدود, باب حد الزنا, 2550، ج2، ص852 و853./ أحمد: مسند المكيين, حديث سلمة بن المحبق, 15345.

[7]- ابن المرتضى : المرجع السابق, ج3, ص29.

[1]-رواه ابن ماجة: كتاب النكاح, باب استئمار البكر والثيب, 1872، ج1، ص602. / أحمد: مسند الشاميين, حديث عدي بن عميرة الكندي, 17058.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

النكاح وكانت حاضرة بمجلس العقد, وإلاّ لابد من الدلالة على إذن الثيب حاضرة أو غائبة وإنما الفرق في تعيين الزوج والصداق, فالبكر يكفي منها السكوت, والثيب لابدّ من النطق [1].

الخلاصة: يمكن القول أن الفقهاء اتفقوا على اعتبار السكوت إذنا في البكر والنطق في الثيب باستثناء ابن القاسم وابن حبيب من المالكية في بعض التقييدات السالف ذكرها.

هذا، واتفق الفقهاء أيضا على اعتبار الضحك من غير سخرية، والبكاء من غير صوت أو نفور دليلا على الرضا في البكر باستثناء ابن حزم فيما عدا السكوت وأبو يوسف فس إحدى روايتيه، ومحمد والإمامية في البكاء، خلافا لابن البراج من الإمامية الذي وافق جمهور الفقهاء فيه، غير أن بعض الإمامية اعتبر الضحك غير كامل الدلالة على الرضا.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه تختلف العقوبة في الزنا بين البكر والثيب، فعقوبة البكر هي الجلد، أما عقوبة الثيب فهي الرجم لقوله صلى الله عليه وسلم: (البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)[2] .

الفرع الثاني: حكم الإفتيـــــات

أوّلاً: في الفقه الإسلامي:

1- **الحكم الشرعي للإفتيات**: لا يجوز تزويج المرأة بدون إذنها سواء كانت ثيباً أو بكراً كبيرة بالغة غير مجبرة[1]، فعن الخنساء بنت خذام الأنصارية أنّ أباها زوّجها وهي ثيّب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله عليه الصلاة والسلام، فردّ نكاحها[2].

فقد أفاد هذا الحديث والأحاديث الأخرى السالفة الذكر أنّه لا يجوز إنكاح من لم ترض بكراً

---

[1]- الدسوقي: المرجع السابق, ج2, ص202-203./ الدردير: السرح الكبير، ج2، ص198-199.

[2]- سبق تخريجه،ص90.

[1]- محمود مطرجي: المجموع،ج17, ص328. / ابن حزم: المرجع السابق, ج9, ص41. / محمد جمعة عبد الله: المرجع السابق, ج2, ص161. /والجزيري:المرجع السابق،ج4، ص46. / القرافي: الذخيرة،ج4, ص228.

[2]- سبق تخريجه, ص31.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

كانت أم ثيّباً[3].

2 – أثر العقد الذي حصل فيه الإفتيات: إذا وقع الإفتيات بأن عقد الولي على موليته بغير إذنها ثم بلغها خبر زواجها فهو على التفصيل كالآتي:

– إذا لم ترض به لا يصح العقد بدليل الحديث السابق.

– أما إذا رصيت فيصح الزواج, ولابد من رضاها بالقول صراحة, وإلاّ كان العقد غير جائز, لأنها في هذه الحالة كما قال المالكية أصبحت من السبعة أبكاراً التي لا يكتفي منهن بالسكوت، بل لابد من الإذن بالقول صراحة كالثيب وقد وافق الحنابلة على هذه الحالة[4], ويشترط لصحة رضاها بالقول أربعة شروط هي[5]:

1. أن يكون رضاها بالعقد قريباً من وقت انعقاده, بأن يصل إليها الخبر في حينه أما إذا تأخر يوماً فلا يصح رضاها به وإن نطقت, فلا بد من تجديد العقد.
2. أن يكون العاقد حاضرا معها في مدينة واحدة وإن قربت, لأن بعد المكان يؤدي بالضرورة إلى التأخير في الرضا بالعقد.
3. أن لا يعترف الولي أثناء العقد بأنه عقد لها بقصد التعدي على حقها وعدم الاعتبار بمشورتها، ويتحق ذلك إذا ما سكت الولي و لم يستأذنها, أو ادّعى أنّه استأذنها فكذّبته.
4. أن لا ترفض العقد ثم ترضى به, فإن فعلت ذلك لا يؤخذ بعين الاعتبار أصلاً لذلك يجب عليها أن ترضى به مباشرة.

هذا ويضيف الدسوقي شرطاً خامساً يتمثل في أن المعتدى عليها في العقد يصح عقدها إذا رضيت به بالقول[1].

توكيل المرأة من يزوجها: ذكر الفقهاء ثلاث صور سنذكرها و نبيّن علاقتها بالإفتيات كالآتي:

المسألة الأولى:

إذا عقد الولي على المرأة لنفسه بعد أن وكلته توكيلا عاما فلها الخيار أن تقبل أو ترفض ولا يلزمها النكاح إلا بعد إعلامها بالزوج والولي والصداق، ولأن إذنها شرط لصحة تصرفه خاصة وأنه ولي غير مجبر، ويقع الإشهاد عليها بالرضى والقبول فيعقد عليها الولي لنفسه فهو الولي وهو الزوج،

---

[3]- العوايشة: المرجع السابق, ج5, ص144. / محمد العلوي العابدي: المرجع السابق, ص23.

[4]- المرداوي: المرجع السابق, ج8, ص65. / وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9, ص6720.

[5]- الغرياني: المرجع السابق, ج3, ص568–569. / الخرشي: المرجع السابق, ج3, ص185. / الأزهري: المرجع السابق, ج1, ص280–281. / محمد جمعة عبد الله: المرجع السابق, ج2, ص161.

[1]- الدسوقي: المرجع السابق, ج2, ص203.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

إلا أن ذلك مكروه في حق الوصيّ[1].

المسألة الثانية:

لو عقد لها على رجل آخر، بعد أن وكلته توكيلا عاما فلا بد من إعلامها بالزوج والصداق ولا يلزمها النكاح إلا بعد علمها بالزوج والصداق، إذ لا بد من استئذانها لأخذ رأيها في ذلك. وأما إن عينت الزوج فعقد عليها لرجل آخر فالعقد باطل بدون خيار، وإن عقد عليها لذلك المعين فالعقد لازم، وأما إن لم توكله أصلا فهي المفتات عليها كما تقدم[2].

المسألة الثالثة:

إذا وكلت أكثر من ولي واحد فعقد لها أحدهما على رجل وعقد الآخر على رجل آخر، و لم يعلم متى عقدا أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم من السابق منهما بطل العقدان لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر قد يتذكر، وإن علم السابق وتعين فالنكاح الأول والثاني باطل لحديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (**أيما امرأة زوجها وليّان، فهي للأول منهما**) [3] فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو الأول وادَّعَيَا علم المرأة به ثم أنكرت العلم فالقول قولهما مع يمينهما لأن الأصل عدم العلم وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه[4].

ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد ركّز المشرّع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث جعلها ولاية اختيارية تعتمد على إذنها وموافقتها ورضاها[1], كما تناول المشرع صراحة ما يتحقق به رضاالمرأة بالزواج في المادتين 11, و10 من قانون الأسرة, فنصت المادة11 على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، هذا يعني أن المشرّع الجزائري أثبت ولاية الاختيار على المرأة الراشدة بغض النظر عن كونها بكراً أم ثيباً، لأنّ عبارة المرأة الواردة في هذه المادة جاءت

---

[1]- الخرشي: المرجع السابق, ج3, ص185./ الأزهري: المرجع السابق, ج1, ص280-281./ والغرياني: المرجع السابق, ج3, ص586-569./ القرافي: الذخيرة،ج4, ص230./ محمد العلوي العابدي: المرجع السابق, ص23.

[2]- الشربيني: المرجع السابق, ج3, ص150./ الرملي: المرجع السابق, ج6, ص226./ ابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص252-253./ المرداوي: المرجع السابق, ج8, ص80-81./ الأزهري: المرجع السابق, ج1, ص280-281.

[3]-رواه الترميذي: كتاب النكاح عن رسول الله: باب ما جاء في الولين يزوجان، 1028، ج3،ص420.

[4]- الخرشي: المرجع السابق, ج3, ص185./ النووي: المجموع، ج17, ص346-347./ وابن قدامة: المرجع السابق, ج7, ص353-354./ الكاساني: المرجع السابق, ج2, ص250-251.

[1]-بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1, ص125.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

عامة تشمل البكر والثيّب معاً.

أما المادة 10 فنصت على أنّه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الاخر بكل لفظٍ يفيد معنى النكاح شرعاً".

هذا يعني أن الإفتيات على المرأة غير مُتَصَوَّرٍ في نظر القانون لأنه اشترط لانعقاد النكاح موافقتها و رضاها و هي التي تتولاه و ليس للولي سوى الحضور[2].

وعليه تعطي المرأة رأيها مباشرة بعد استئذانها في النكاح بكل لفظ يدل عليه و يفهم منه لغة و شرعا حتى يصح العقد[3]، وتكونُ الأسرةُ مبنيةً على أسس قوية متينة بعيدا عن كل شك[4] و تماشيا مع مبدإ المساوات بين الرجل و المرأة[5]

إذا يمكن القول أن الافتيات هو من المسائل القديمة التي لا علاقة لها ببنود قانو ن الاسرة الجزائري الجديد الذي يجعل العقد للمرأة نفسها و بالتالي ليس للوليّ أن يشتبد بالعقد و لا أن يفتات عليها ما دامت ولايته لا تتعدى مجرد الحضور و المشاركة المحدودة[6]

---

[2]- بلحاج العربي: المرجع نفسه،ج2, ص126./ فضيل سعد:المرجع السابق ج1, ص67./عبد العزيز سعد: المرجع السابق, ص117.

[3]- محمد الحبيب التجكاني: المذاهب الأصولية كمنهج لتطور مدونة الأحوال الشخصية, مجلة الدراسات العلمية في حقوق المعرفة الحقوقية و السياسية, العدد3, ص125.

[4]- شريف العالم: المرجع السابق, ص60.

[5]-فاروق النبهان: المرجع السابق, ص72.

[6]- بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1, ص125/د عبد القادر داودي:الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ص 130.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفصل الثاني

التعسف في الولاية على القصر

- **المبحث الأوّل :**

- تعريـــــــف القصّـــــر .

- **المبحث الثاني :**

- تعسف الولي في ولايته على القصر.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المبحث الأوّل

تعـريـف القصّـــر

- المطلب الأوّل :

ـ تعريف القصر لغة .

- المطلب الثاني :

ـ تعريف القصر إصطلاحا .

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

تمهـ

تمّ تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تناول الأول منهما التعريف بالقصر من النّاحية اللّغوية ومن النّاحية الاصطلاحيّة، مع بيان من يشملهم هذا اللّفظ وهم (الصّغير- المجنون والمعتوه- السّفيه).

أمّا المبحث الثّاني: فتضمن حالات التّعسّف سواء في الولاية على نفس القاصر أو على ماله.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الأوّ

تعريف القصر لغة

لغة[1]: مفردها قاصر ويطلق على عدّة معان.

- القاصِرُ: إسم فاعل من الفعل قَصَرَ يأتي بمعنى:

- العاجزُ: يقال: قَصَرْتُ عن الشّيء قُصوراً: عجزت عنه و لم أَبْلُغه.

الحَبْسُ: تقول:هؤلاء ركبٌ قد قَصَرَ بهم اللّيل: أي حبَسهُم.

- عدم التّجاوز: يقال: قَصَرْتُ الشيءَ على كذا إذا لم تُجَاوِز به غيرَه، ومنه قوله تعالى: ﴿وعندَهم قاصِراتُ الطّرفِ أترابٌ﴾ [ص52]. أي حورٌ قد قَصَرْنَ أنفُسَهُنّ على أزواجِهنّ فلا يَطمَحْنَ إلى غيرِهم[2].

- البارِد: يقال ماءٌ قاصِر أي باردٌ.

- البَعيدُ: يقال: ماءٌ قاصِرٌ أي البعيدُ عن الكلإ.

- القريبُ: قال ابن السّكيت: ماءٌ قاصِرٌ أي إذا كان مرعاه قريباً.

- من مصدره: القَصْرُ الذي يأتي بمعنى الغاية/ مثل قول أبي زيد وغيره:

عِشْ ما بَدا لكَ قَصْرُكَ الموتُ لا مَعْـقِـلَ مِـنه ولا فَـوْتُ

ويقال أيضاً: قَصْرُكَ أن تفعل كذا أي حَسْبُك وكِفايتُك وغَايتُك.

والقصر لفظ عام يشمل:

- **الصّغيرُ: لغة:** [3]

هو من الفعل صَغُرَ صَغَرًا وصُغرَاناً، جمعه صِغارٌ وصُغرَانٌ.

يقال: صَغَّرَه وأَصْغَرَه: أي جعله صغيراً.

- أرض مُصغِرة: أي نَبتُها صغير.

- الصّاغِرُ: الرّاضي بالذّلّ.

---

[1]- ابن منظور: المرجع السّابق، ج 5، ص 97-99-100 / والفيروز أبادي: المرجع السابق، ج2، ص121 إلى 123./ و الجرجاني(السيّد الشريف أبي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي): التعريفات،وضع حواشيه و فهارسه محمد باسل عيون السود،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان، باب القاف،رقم1423.

[2]- سعيد حوى:المرجع السابق،مج8،ص87.

[3]-ابن منظور: المرجع السابق، ج 4، ص 45 / والفيروز آبادي: المرجع السابق: ج2 ص72.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

- تَصاغَرَت إليه نفسُه: أي صَغُرَت.
- صَغُرَت الشّمس: أي مالت للغروب.

أمّا المجنون في اللّغة: [1]

هو اسم المفعول من الفعل جَنَّ والمصدر الجنون.

يقال جَنَّهُ اللّيلُ أو جَنَّ عليه اللّيلُ أي سَره.

- جنون اللّيل: أي ظلمته واختلاط ظلامه.
- قلب مَجَنَّهُ: أي أسقط الحياء وفعل ما شاء.

أمّا المعتوه في اللّغة: [2]

هو اسم المفعول من الفعل عَتُه والمصدر عُــتْهاً وعَتَهاً وعُتاهاً.

يقول: عُتِهَ شخصٌ: أي نَقَصَ عقله أو فُقِد أو دُهِش.

- عُتِهَ في العلم:أي أولع به وحرص عليه.

وأمّا السّفيه: في اللّغة: [3]

من الفعل تَسافَهَ وجمعه سُفهاء وسِفاه.

يقال سَفّهَه تَسْفيهاً أي جعله سفيها.

- تسفّهه عن ماله: أي خدعه عنه.
- تسفّهت الرّيح الغصون: أي أمالتها وفيّأتها.
- سافهه: أي شتمه.
- سافه الشّراب: أي أسرف فيه فشربه جزافاً.
- سفهت نصيبي: أي نسيته.

---

[1]- ابن منظور: المرجع السابق، ج 1 ، ص 272 وما بعدها / والفيروز آبادي: المرجع السابق: ج4 ص212./ و الجرجاني:المرجع السابق،باب الميم،رقم1624.

[2]- ابن منظور: المرجع السابق، ج 4 ، ص 255 / والفيروز آبادي: المرجع السابق: ج4 ص289./ و الجرجاني: المرجع السابق،باب الميم،رقم 1767.

[3]- ابن منظور: لسان العرب، المرجع السابق، ج 3 ، ص 299-300 / والفيروز آبادي: المرجع السابق: ج4 ص287./ و الجرجاني:المرجع السابق،باب السين،رقم968.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الثاني

تعريف القُصَّر اصطلاحا

الفرع الأول: تعريف القصر في الفقه الإسلامي

القاصر: هو العاجز عن الإشراف على شؤونه الشّخصيّة من تعليم وتطبيب وتشغيل[1] وتربية وحفظ وحضانة [2] وتزويج [3]، وهو العاجز كذلك على تدبير شؤونه المالية من استثمار وتصرّف وحفظ وإنفاق [4] فهو لا يقدر على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها[5].

وكلمة قاصر لفظ عام يشمل جميع ما يصلح له من صغير ومجنون ومعتوه وسفيه، وسأتعرّض لمعنى كلّ واحد من هذه المفردات:

أوّلا: الصّغير:

هو الذي لم يبلغ الحلم ذكراً كان أم أنثى[6]، وهو لبنة ضعيفة تحتاج إلى رعاية، بحيث لا يستطيع تدبير أموره، وصيانة نفسه وماله، فهو عاجز عن كل هذا، وما وجدت الولاية إلاّ لسدّ هذا العجز[7]

---

[1]- الجرجاني:المرجع السابق،باب القاف،رقم1423./د وهبة الزحيلي:الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6691/وعبد الفتاح إبراهيم بهنسي:المرجع السابق، ص54/ الشربيني: المرجع السابق، ج3، ص154/ والبهوتي: كشاف القناع،ج5 ص54/ وابن مطهر الحلي: المرجع السابق، ج2 ص600/ والمرداوي:المرجع السابق: ج8 ص73/ والدردير: الشرح الكبير، ج2 ص206.

[2]- الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص192/وبدران أبو الحسن بدران: ، المرجع السابق، ج1 ص543.

[3]- الدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته:ج9، ص6691 /والدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الزواج،ق، ص192.

[4]- عبد الفتاح إبراهيم بهنسي: المرجع السابق، ص54/ والدكتور وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: ج9، ص6691.

[5]- الإمام أبو زهرة: الأحوال الشخصية،ص464/ والأستاذ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص799.

[6]- الدكتور نزيه حماد:المرجع السابق، ص59/ وفريد فتيان: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار واسط، لندن، ط2، 1986، ص28.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

العجز[1]

فإذا مات أبوه وهو صغير، فهو يتيم أيضا، وإذا بلغ الحلم زال عنه وصف الصغر واليتم معا.

والصغير نوعان: مميز وغير مميز.

أ- **فالمميّز**: هو الذي يعقل معنى العقد ويقصده، ويستطيع إلى حدّ ما أن يعرف الضّار من النّافع، والمصلحة من غيرها في الأمور العامة.

ب- **وغير المميز**: هو الذي لم يصل إلى سن التمييز الذي يدرك فيه ما أشرنا إليه[2].

ثانيا: المجنون:

هو من زال عقله. فإن استوعب جنونه جميع أوقاته فهو المجنون جنونا مطبقا[3] أي مستمرّا ينال كلّ القوى الذهنية للشّخص، فهو لا يفيق من غيبوبته لمدّة مستمرة، إذ أنّ قواه الذّهنيّة معطّلة تماما[4] وتصرّفاته كلّها باطلة لانعدام صلاحيّته للأداء، فهو كالصّغير غير المميّز، وإن كان يجنّ تارة ويفيق أخرى، فهو المجنون جنونا متقطّعا[5] أو دورياً أي يتّخذ صورة نوبات تفصل بينها فترات إفاقة يبدو المريض خلالها طبيعيّاً قادراً على الاستبصار لنفسه وسلوكه كما تنتابه حالات من الهوس والاكتئاب[6].

يتميز المريض في الحالة الأولى بالسّعادة والمرح، فيغني بصوت عال، ويمكن أن يغنّي ويرقص ثمّ ينقلب مرحه وسعادته إلى اعتداء على الآخرين بالضّرب والشّتم[7].

---

[1]- الدكتور عبد العزيز عامر: المرجع السابق، ص83/ والدكتور محمد كمال الدين إمام:المرجع السابق، ص304 و305/ والدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص213.

[2]- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الرّائد العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ، ص21/ والدكتور نزيه حماد: نظرية الولاية، المرجع السابق، ص60/ وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص439.

[3]- الدكتور نزيه حماد: المرجع السابق، ص60/ محمد مصطفى شلبي:المرجع السابق، ص803.

[4]- الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: الموجز في علم الإجرام والعقاب، ط2، سنة 1991م، ص44./ و الجرجاني:المرجع السابق،باب الميم،رقم1624.

[5]- الدكتور نزيه حماد: المرجع السابق، ص60/ محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص803.

[6]- الدكتور عباس محمود عوض: في علم النفس الإجتماعي، سنة 1980م، ص193/ الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: المرجع السابق، ص44/ الأستاذ لبنى مختار: وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، سنة 1984م، د.م.ج، ص89.

[7]- الدكتور عباس محمود عوض: في علم النفس الإجتماعي، المرجع السابق، ص193.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

أمّا في الحالة الثّانية فإنّ المريض يكون في حالة مناقضة واليأس كما أنّه يبالغ بإلقاء اللّوم على نفسه ويسير مقوّس الظّهر، إضافة إلى أنّ كلامه يكون أقـــرب إلى الهوس وتكون أنفاسه مقطّعة[1] وتصرّفاته حال جنونه باطلة وحال إفاقته صحيحة نافذة[2].

وعلى العموم فإنّ كلّ ما قيل بخصوص المجنون سواء كان جنونه مطبقاً أو متقطعا غير قابل للحصـــر بأي شكل من الأشكال حتى أن أطباء العقل أنفسهم اعترفوا بصعوبة التشخيص[3]كما أن تعـــاريف الجنون جاءت عديدة ومتضاربة في بعض الأحيان لذلك لا بد من معرفة حقيقة الجنون.

حقيقة الجنون:

يعرف الجنون بالمرض العقلي[4] بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً[5].

هذا، ويترتّب على المصاب بالجنون فقدان العقل وانعدام الوعي والإدراك وقد حاول الكثير من علماء النفس وأطباء العقل إيراد تعريف له، وبذلك تعدّدت التعاريف قصد الوصول إلى تعريـــف جـــامع مانع[6].

لقد ذهب أحد أساتذة علم النفس الاجتماعي إلى أن الجنون اختلال يحدث في القوى الذهنية فيؤدّي إلى انحراف نشاطها على النحو الطبيعي، ويظهر في صورة اخـــتلال عنيـــف في القـــوى العقليـــة، واضطراب شديد في اللّغة والتّفكير وإدراك الواقع والحياة الانفعالية وعجز ظاهر في ضبط النفس[7].

هذا وحاول أطبّاء الأمراض العقليّة تعريف الجنون فقال بعضهم: أنّه عارض نفساني يعكـــس ضـــعفا وفقدانا كليّا أو نهائيا للمواهب النفسية والذهنية والشعورية[8].

---

[1]- الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: المرجع السابق، ص44/ الدكتور عباس محمود عوض: في علم النفس الإجتمـــاعي، المرجع السابق، ص193/ الأستاذ لبنى مختار:المرجع السابق، ص89.

[2]- الدكتور نزيه حماد:المرجع السابق، ص60/ محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص803.

[3] **Docteur François Cloutier** : la santé mentale, que sais-je? Paris 1997 page 8 et la suite.

[4]- الدكتور محمد زكي أبو عامر: الدراسة في علم الإجرام والعقاب، الدار الجامعية، ط1 ســـنة 1982م، ص128 هـــامش رقم:2.

[5]- الجرجاني :المرجع السابق،باب الميم،رقم 1624.

[6] **EL Hilla Abdelaziz :** le problème de l'irresponsabilité civile du malade mental, mémoire pour pour le diplôme d'étude supérieurs en sciences juridiques, université Med 5 : Rabat .1985-1986. page77.

[7]- الدكتور عباس محمود عوض: المرجع السابق، ص80.

[8]- الدكتور مصطفى العوجي: القانون الجنائي العام المسؤولية الجنائية، ج2، مؤسسة نوفل، ط1، سنة 1985م، ص242.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وذهب بعضهم إلى أن الجنون مرض عقلي يتصف بض
الارتباط بين الأفكار وغياب المبادرة الذهنية، ذلك أنّ المجنون عاجز عن إدراك الأشياء بصورة سليمة وإدراك ارتباطها ببعضها البعض والمقارنة بينها وتذكرها ممّا يجعل التفكير الصحيح عنده مستحيلا[1].

كما يرى بعض الفقهاء أن الجنون يصحبه هياج واضطراب، فإنه لا يكون صاحبه مميِّزا إلاّ في لحـــات عقلية عارضة غير ثابتة ولذلك لا يعطي حكم المميّز أبداً عند تمييزه ما دام مريضاً[2].

ثالثاً: المعتوه:

هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التّدبير، لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنـــون وقد يكون بحالة لا يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير غير المميّز، أو يكون بحالـــة يعقل فيها ألفاظ التصرفات وآثارها، فيكون كالصغير المميّز[3].

هذا، وعرّفه الدكتور أنور سلطان بأنّه شخص قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التّدبير، لا يضـــرب ولا يشتم[4].

أمّا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار فقد ذهب إلى أن المعتوه هو من كان مختلّ العقل[5].

وذهب الدكتوران عبد الغفّار ومحمود الشّيخ إلى أنّ طبقة المعتوهين تعد أقلّ المتخلفين عقليا وذكـــاء، إذ أنّ درجة ذكاء المعتوه لا تتعدّى ذكاء طفل عادي سنه ثلاث سنوات، كما أنّ المعتـــوه لا يمكنـــه التّعبير عما يريد بسهولة أو لا يلفظ إلاّ بكلمات بسيطة وحيدة المقطع، ولا يستطيع تنظيف جســـمه أو غسل وجهه أو تصفيف شعره أو ارتداء ملابسه دون مساعدة الآخرين، وفوق ذلك فإنـــه مـــن الصعب تعليم المعتوه أو تدريبه على القيام بأي عمل نافع[6].

هذا، وهناك تعريفات كذلك للعَتَه تبيّن حقيقته.

---

[1]- الدكتور مصطفى العوجي:المرجع السابق، ص242، هامش رقم: 1.

[2]- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، ص37.

[3] الدكتور نزيه حماد:المرجع السابق، ص60/ محمد مصطفى شلبي:المرجع السابق، ص803./ و الجرجـــاني:المرجـــع السابق،باب الميم قم 1767

[4]- الدكتور أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، ج1، ط2، سنة 1958م، ص71.

[5]- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار: مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، سنة 1979م، بند165، ص845. ص845.

[6] الدكتوران عبد الغفار ومحمود الشيخ: بسيكولوجية الطفل غير العادي والتربية الخاصة، دار النهضة العربية، القـــاهرة، 1966م، ص49إلى67.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

حقيقة العته:

قال الدكتور أنور سلطان أنّ العته قد يصيب الشخص عادة إمّا بسبب تقدّم السّن أو المرض[1].

وعرّف الأستاذ سلمي مذكور العته بأنّه نقصان العقل من غير جنون[2].

وذهب الدكتور رضا فرج إلى أنّ العته يتمثل في وقوف الملكات الذهنية في نموّها دون النّضج الطّبيعي[3].

وذهب الدّكتور لبيب شنب إلى أنّ العته اختلال في العقل يجعل فهم الشّخص قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً[4].

وعرّفه الإمام أبو زهرة بأنّه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً صحيحاً ويتميزّ على الجنون بأن يصحبه هدوء[5].

وهناك من لا يفرّق بين العته والجنون، يقول ابن الأثير: المعتوه: المجنون المصاب بعقله[6].

رابعاً: السفيه:

هو من يسرف في إنفاق ماله ويضيعه على خلاف مقتضى العقل أو الشّرع فيما لا مصلحة له فيه، كأن يشتري الشيء التافه بالمال الكثير، أو يبيع السلعة الثمينة بالثمن القليل[7].

والسفيه ليس كالمجنون والصغير، فالمجنون عقله مختلّ والصّغير أهليّته غير كاملة، أمّا السّفيه فإنّ لديه خفّة في عقله تعود إلى اختياره فهو لا يبذّر المال عليماً بذلك وراضياً به، يدفعه إلى ذلك غرور كاذب، وتصرّفات حمقاء، ولكنّه أهلاً للخطاب والتّكليف، محاسَب على أفعاله[8].

---

[1]- الدكتور أنور سلطان: المرجع السابق، ج1، ص71.

[2]- الأستاذ محمد سلمى مذكور: نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1957م، ص99.

[3] الدكتور رضا فرج: شرح قانون العقوبات الجزائري الأحكام العامّة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2 سنة1976م، ص376.

[4]- الدكتور لبيب شنب: المدخل للدراسات القانونية النظرية العامة للالتزام، سنة 1980م، ص90.

[5]- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص445.

[6] ابن الأثير (المبارك بن محمد الجزري): النهاية في غريب الحديث، ج3، المكتبة العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ، ص181.

[7] الدكتور نزيه حماد:المرجع السابق، ص60/ محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص802/ محمد أبو زهرة: الأحوال الأحوال الشخصية،ص447/ محمد شوقي أمين:المرجع السابق، ص90.

[8]- الدكتور عمر سليمان الأشقر:المرجع السابق، ص127./ وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص447.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

حقيقة السّفه:

إنّ السّفه يعتبر عارضا من العوارض التي تصيب الإنسان فلا تسبّب خللاً بالعقل ولا تؤثّر فيه، بـــل تؤثّر في بعض ملكاته النّفسية بالنّقصان حيث يغلب على تصرّفاته التّبذير في المال على خلاف مقتضى الشّرع والعقل[1].

فالذي على خلاف مقتضى الشّرع يتمثّل في الإدمان على فعل الميسر وشراء المحرّمات، أمّا الذي على خلاف العقل فإنّه يتجلّى في الإسراف في التبرّعات من غير نظر ولا تدبّر، فيقدم على فعل ذلك كلّه عن قصد ومكابرة واتّباع الهوى[2].

---

[1]- الجرجاني:المرجع السابق،باب السين،رقم968./ومحمد مصطفى شلبي: المرجع السابق،ص801وما بعدها/ صالح جمعة حسن الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن) مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1، سنة 1396هـ-1976م، ص24.

[2]- الدكتور نزيه حماد: المرجع السابق، ص60/ صالح جمعة حسن الجبوري:المرجع السابق، ص24.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: تعريف القصر في قانون ا

لم يأت المشرّع الجزائري في قانون الأسرة بتعريف للقُصَّر، وإنّما اكتفى ببيان ضرورة وجود من ينوب عنهم قانوناً في تصرّفاتهم[1]، وذلك تطبيقاً لنصّ المادّة 81 من قانون الأسرة حيث تنصّ:"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السنّ، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً وليّ أو وصيّ أو مقدّم طبقاً لأحكام هذا القانون"[2]. كما أنّه اشترط في الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص[3] وذلك تطبيقاً لنصّ المادّة **1/88** من قانون الأسرة التي تنصّ:"على الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام"[4].

وعلى هذا سأشير إليهم، كلّ واحد على حدا كالتّالي:

أوّلاً: الصّغير:

يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يأت في قانون الأسرة بتعريف الصّغير كذلك، وإنّما اكتفى بالتّفريق بين الصّغير المميّز والصّغير غير المميّز[5]، حيث اعتبر تصرّفات الأوّل منهما باطلة طبقاً لنصّ المادّة 82 من قانون الأسرة[6] حيث تنصّ: "من لم يبلغ سنّ التّمييز لصغر سنّه طبقاً للمادّة 42 من القانون المدني السالفة الذكر تعتبر جميع تصرفاته باطلة"[7]، أمّا تصرّفات الثّاني فاعتبرها نافذة في حالة النّفع وباطلة في حالة الضّرر وتتوقّف على إجازة وليّه تطبيقا لنصّ المادّة 83 من قانون الأسرة حيث تنصّ على أنه[8]: "من بلغ سنّ التّمييز طبقاً للمادّة 43 من القانون المدني السالفة الذكر تكون تصرّفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارّة به، وتتوقّف على إجازة الوليّ أو الوصيّ فيما إذا

---

[1]- الدكتور بلحاج العربي: شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 ص122.

[2]- المادة 81 من قانون الأسرة الجديد.

[3]- الدكتور بلحاج العربي: قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ص155.

[4]- المادة 1/88 من قانون الأسرة الجديد.

[5]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص156.

[6]- المادة 82 من قانون الأسرة الجديد.

[7]- تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السنّ أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة" راجع القانون المدني لوزارة العدل، ص9.

[8]- المادة 83 من قانون الأسرة الجديد.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

كانت متردّدة بين النّفع والضّرر، وفي حالة النّزاع يرفع حقّ الولاية على الصّغار حيث نصّت المادّة 87 من قانون الأسرة على أنّه: "يكون الأب وليّاً على أولاده القصّر، وبعد وفاته تحلّ الأمّ محلّه قانوناً، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحلّ الأمّ محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلّقة بالأولاد، وفي حالة الطّلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[2].

ثانياً: المجنون:

يلاحظ أنّ المشرّع الجزائريّ لم يأت في قانون الأسرة بتعريف المجنون، وإنّما اكتفى باعتبار التصرّفات الصّادرة عنه غير نافذة[3] وهذا ما نصّت عليه المادّة 85 من قانون الأسرة أنّه: "تعتبر تصرّفات المجنون والمعتوه والسّفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السّفه"[4].

على عكس المشرّع التونسي الذي عرّف المجنون في الفصل 1/160 من مجلّة الأحوال الشّخصية التونسية حيث ينص على أنّه: "المجنون هو الشّخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أو متقطّعاً تعتريه فترات يتوب إليه عقله فيها"[5].

هذا، ولقد حاول أساتذة القانون إيراد تعريف الجنون فذهب الدّكتور عبد المنعم البدراوي إلى أنّ المجنون هو الشّخص الذي ذهب عقله وفقده لآفة أصابته[6].

ويرى الدّكتور أنور سلطان أنّ المجنون هو الشّخص الذي اعتراه جنون فأدّى إلى زوال عقله[7]، فالمجنون لا يستطيع بناء الأفكار قائمة على منطق سليم لأنّ التّفكير السّليم لا ينتج إلاّ عن عمليّة إدراك الأفكار التي تخزّنها أو تولّدها الخلايا الدّماغيّة فترتبط ببعضها البعض برباط ذهنيّ ينسجه الإنسان عبر الإدراك والإحساس والتصوّر والتّذكّر من خلال عمل إرادي يمكّنه من التّحكّم في

---

(1)- تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد وكلّ من بلغ سنّ الرّشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" راجع القانون المدني الجزائري لوزارة العدل ص9.

(2)- المادة 87 من قانون الأسرة الجديد.

(3)- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص155.

(4)- المادة 85 من قانون الأسرة الجديد.

(5)- مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1982م، الطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، فصل1/160.

(6)- الدكتور عبد المنعم بدراوي: مصادر الالتزام سنة 1960م ص176.

(7)- الدكتور أنور سلطان:المرجع السابق، ج1، ص79.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

حركاته وأفكاره، في حين أنّ الجهاز العصبي الدّماغي بحيث تتخلّلها حلقات فارغة تمنع توافر سياق منطقيّ وسليم بين المراحل العمليّة الذّهنيّة كـالإدراك والاستذكار فيضطرب النّسق الفكري ويفقد تماسكه لتأتي أفكار المجنون دون رابط بينـها أو إدراك لمضمونها وكأنّها فترات مبعثرة[1].

ثالثاً: المعتوه:

إنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف المعتوه في قانون الأسرة، ولكن اعتبر التصرّفات الصّادرة عـن المعتـوه غير نافذة، وذلك تطبيقاً لنص المادّة 85 من قانون الأسرة التي سبق ذكرها[2]، وبصفة عامّة فإنّ العته غالباً ما ينتج عن التّخلّف في نمو الخلايا الدّماغيّة لدى المصاب[3]، وتكمن أسبابه مبدئيّا في التّشـوّه الوراثي بسبب تعاطي الأمّ الحامل بعض الأدوية أو تعرّضها للأشعة السينيّة، كما يمكن حدوثه بعـد الميلاد بسبب بعض الأمراض كالتهاب الدّماغ[4].

رابعاً: السّفيه:

لم يأت المشرّع الجزائريّ في قانون الأسرة كذلك بتعريف للسّفيه، وإنّما اكتفى باعتبار التّصـرّفات الصّادرة عنه غير نافذة وذلك تطبيقاً لنص المادّة 85 من قانون الأسرة التي سبق ذكرها.

هذا، وتجدر الإشارة إلى التناقض الموجود بين نصّ المادّة 85 من قانون الأسرة والمادّة 43 من القانون المدني الجزائري السّابقتي الذكر[5]، ذلك أنّ الأولى جعلت السّفيه عديم الأهليّة وبالتّالي تكون تصرّفاته تصرّفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، أمّا الثّانية فجعلته ناقص الأهليّة، ومن ثمّ فإنّ تصـرّفاته تكـون قابلـة للإبطال[6].

---

[1]- الدكتور مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص243.

[2]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص155.

[3]- الدكتور مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص262.

[4]- الدكتور محمد زكي أبو عامر: المرجع السابق، ص128.

[5]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص155.

[6]- الدكتور علي علي سليمان: حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصـادية والسياسـية الصـادرة بتاريخ 1986/06/01م، ص440.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المبحث الثاني

تعسف الولي في ولايته على القصر

- المطلب الأوّل :

ـ تعسف الولي في ولايته على نفس القاصر

- المطلب الثاني :

ـ تعسف الولي في ولايته على مال القاصر

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

تمهيد

بما أن الولاية على القصّر فيها قسمين ولاية على النفس، وولاية على المال، تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يدرس الأول منهما حالات تعسف الوليّ في ولايته على نفس القاصر والثاني تعسّف الوليّ في ولايته على مال القاصر.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المطلب الأوّل

تعسّف الوليّ في ولايته على نفس القاصر

بما أن الولاية على النفس تتمثل في أمرين، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعـــين: تنـــاول الأول منها حالات تعسّف الوليّ فيما يتعلق بالتربية والتعليم والحفظ أي في شؤون الرضاع والحضانة والضمّ وما يتعلق بها، و يصطلح على تسميتها بالحضانة، أما الثاني فخصّص لحالات تعسّف الوليّ في تزويجه للقاصر.

الفرع الأوّل: تعسّف الوليّ في ولاية تربية وحفظ القاصر:

أوّلاً: في الفقه الإسلامي

لقد اختلفت مسمّيات هذه الولاية باختلاف الفقهاء، ولكن تجميعا للمسمّيات جميعا أطلـــق عليها ولاية التربية والحفظ، تشمل كل شخص هو في حاجة إلى التربية والتأديب والتهذيب والحفظ والإرضاع والحضانة، وذلك متحقق في الصغير، سواء ذكراً أو أنثى، والمجنون – ويلحق به المعتوه.[1]

الحالة الأولى: تأديب الولد و كل من لك ولاية عليه بتعـــذيبه:

لا يجوز تعذيب الولد وغيره ممن يؤدّبهم الإنسان، فكل وليّ على الصّغير حتى ولو كان أبـــاه وعلى كل من تجب عليه الولاية كمجنون أو معتوه إذا عَـــذّب من في ولايته بسبب التأديب والتربية

---

[1] الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 213./ و الدكتور نزيه حماد: المرجع السابق، ص 71. / و أبو زهرة: الولاية على النفس، ص 10. / و الأستاذ مصطفى شلبي:المرجع السابق، ص 789. / و أبو زهـــرة: الأحـــوال الشخصية ،ص459./ و محمد شوقي أمين: المرجع السابق، ص 82. / و أحمد إبراهيم بك: المرجع السابق، ص 567. / و عبد الفتاح إبراهيم بهشي: المرجع السابق، ص 165. / و محمد كمال الدين إمام: المرجع السابق، ص 305. / ومحمـــد العلوي العابدي: المرجع السابق، ص 215.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

يعتبر هذا تجاوزا لحدود سلطته وتَعَسّفا وظلما في حق الإصلاح وليس الإيلام والإيجاع، حتى وإن لم يتأتّ الأدب إلا بالضّرب فله أن يَضرِب ضرباً غـــير مُبْرِح[1]. فعن أبي مسعود البدري قال: كنت أضرب غلاماً لي بالسَّوط، فسمعت صوتا من خلفي: " اعلم أبا مسعود" فلم أفهم الصّوت من الغضب قال: فلمّا دنا مني إذا هو رسول الله صلى الله عليـــه وسلم فإذا هو يقول: " اعلَمْ أبا مسعود أنَّ اللهَ اَقْـــدَرُ عليكَ منك علىَ هذا الغلاَم" فقلت: لا أَضرِبُ مملوكا بعدهُ أبدًا. وفي رواية فسقط السّوط من يدي من هَيْبتهِ. وفي رواية: فقلت: يا رسول الله هـــو حُرّ لوجه الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم: "أمّا لو لم تَفْعل، لَلَفحـــتْـــكَ النَّـــار أوْ لَمســـتْكَ النّارُ" [2]. وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النّبيّ صلى الله عليه وسلم قال: "منْ ضَربَ غُلاماً لـــهُ حدا لم يأته، أو لطَمهُ، فإنَ كفّارتَهُ أنْ يُعتِقَـــهُ"[3].

هذا ولقد قيد الفقهاء جواز ضرب الولد حيث لزم ضربه بأن يكون باليد فقط، فلا يضـــربه الولي بغيرها من سوط أو عصا، فإن فعل ذلك اعتبر متعسفا وظالما، ولذلك إذا ضرب الأب أو الجد أو الوصي الصبي تأديبا وكان الضرب تعسفيا، بحيث أدى إلى هلاك الصبي من ذلك، أو حدثت لـــه عاهة، فقد اختلف الفقهاء في تضمينهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

قال بعض الحنابلة أنه لا ضمان عليهم، وقال القاضي أبو يعلى: وهذا يجيء، على قياس قـــول أصحابنا في المعلم[4].

القول الثاني:

قال المالكية والشافعية أن عليهم الضمان، لأن التأديب يحصـــل بـــالزجر وتحريـــك الأذن، والضرب تأديبا مقيد بوصف سلامة العاقبة[5].

القول الثالث:

---

[1]- القرافي: الفروق، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1344 هـــ، ص 180. / و ابن المفلـــح: الآداب الشرعـــية والمنح المرعـــية، ج1، مكتبة ابن تيمية، مصر، 1987 م، ص 451. / و النووي: روضة الطالبين،ج 10، ص 175. / و ابن قيم الجوزية: تحفة المودود بأحكام المولود، دار البيان، دمشـــق، 1407 هـــ، ص 147. / والاسروشـــني: المرجـــع السابق،ج 1، ص 138.

[2]- رواه مسلم؛ كتاب: الإيمان، باب: صحبة المماليك و كفارة من لطم عبده، 1659، ج 5، ص 91، 92. / ورواه أحمد: مسند: المكثرين من الصحابة، مسند:عبد اله بن عمر بن الخطاب.

[3]- سبق تخريجه ص 29.

[4]- ابن قيم الجوزية: تحفة المودود بأحكام المولود، ص147./ ابن مفلح: الأداب الشرعية والمنح المرعية، ج1، ص451.

[5]- القرافي: الفروق، ج4، ص180./ النووي:روضة الطالبيْن، ج10، ص175.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

قال الحنفية أنه لا ضمان عليهم في الضرب الم
الضمان، فلو ضربه على الوجه أو على المذاكير فعطب، فعليه الدية والكفارة، ولو شرطا واحدا، لأنه إتلاف[1].

الحالة الثانية: إهمال الآباء في تأديب وتعليم أولادهم الصّغار ومن في ولايتهم ما يُصْلِح دنياهم وأخراهم:

فكلّ وليّ يفـرّط في حمل ولده الصّغير على طاعة الله وزجره عـن معصيته يعتبر هذا تعسّف في حقّ الصّغير و ظلم له، بحيث في بعض الأحيان نجد الوالد يُعِين وَلَدهُ على شهواته ويحسب أنّه أكرمهُ، وقد أهانه وظلمه وحَرَمهُ من حظّه في التربية الصّحيحة التي تنفعه في الدّنيا والآخرة.[2]

و قد أكّد ثبوت هذا قول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: " مُرُوا أولادَكُم بالصّلاة وهم أبناء سبعِ سنين واضرِبوهمْ عليها وهمْ أبناءُ عشرٍ و فرِّقوا بينهم في المضَاجِعِ".[3]

والحديث يتناول الصّبي والصّبية في الأمر بالصّلاة وتعليمها والتّخلق بفعلها، فعلى الأب تأديب ولده وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدّين وعدم الانشغال عنه بأمور تافهة، لأنّ هذا التعليم واجب على الأب وسائر الأولياء قبل بلوغ الصّبي والصبيّة [4]، حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "إنّ لِوَلَدِكَ عليكَ حقًا" [5]، و رُوي عن النّبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ما نحل والدُ ولَدًا من نَحْل أفضل من أَدَب حَسَن" [6].

الحالة الثالثة: طلب الأمّ المطلّقة المرضعة لطفلها أجرة من أبيه أكثر مما تطلبه الأجنبية بنيّة الإضرار:

إذا طلبت الأم المطلقة والمنتهية عدتها من أب الطفل أجرة أكثر مما تطلبه الأجنبية مقابل إرضاعها لطفلها – وهي غير محتاجة للمال – نيّتها فقط للإضرار بالأب، فيعتبر هذا تعسفا في استعمال

---

[1]- الأسروشني: المرجع السابق، ج1، ص138./ ابن عابدين: المرجع السابق، ج5، ص363.

[2] ابن القيم الجوزية: تحفة المودود، ص 147. / والشيخ عبد الحميد بن باديس: مجالس التذكير من حديث البشير النذير، دار البعث، قسنطينة، ط 1، 1403 هـ – 1983 م، ص 157. / و الشيخ خالد عبد الرحمان العك: بناء الأسرة المسلمة في ضوء القرآن و السنة، دار المعرفة، بيروت، ط 3، 1420 هـ – 2000 م، ص 254 و 255. / والدكتور سعيدات عبد القادر: الشراكة الزوجية و أثرها على البناء الأسري، رؤية مستقبلية، من مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، ص 509 إلى 511.

[3]- سبق تخريجه، ص 29.

[4] أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين، ج 3، مطبعة مصطفي البادي الحلبي، مصر، 1347 هـ، ص 62. / و ابن القيم الجوزية: تحفة المودود، المرجع السابق، ص 147.

[5]- سبق تخريجه، ص 30.

[6]- رواه الترمذي: كتاب: البر و الصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: باب: ما جاء في أدب الولد، 1952، ج 64، ص 298. / و رواه أحمد: أول مسند المدنيين أجمعين، حديث أيوب بن موسى.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

حقـــّها الشرعي في ذلك ومخالفة لمقصد الشارع وظـ
وشفقة على الطفل من غيرها[1]، وهذا نهى عـــنه الشّـــرع في قوله تعالى: ﴿ لا تُضَارّ والدَةٌ بوَلَدِهَا ولاَ مولودٌ لهُ بولدهِ ﴾ [البقرة 233].

فلا يجوز للأم أن تستعمل حقها الشرعي في حضانة و لدها قاصدة بذلك الاضرار بوالد الطفل فهـــذا ظلم كبير له.

الحالة الرّابعة: انتزاع الأب من مطلّقـــته وَلَدَهَا و حرمانها من إرضاعه لإلحاق الضّرر بها:

لا يجوز للأب أن ينتزع الولدَ من أمّه المطلقة ويحرمها من إرضاعه بنيّة إلحاق الضّرر بهـــا خاصّـــة إذا رضيت بأن ترضعه بدون أجر، فهذا الفعل يعتبر تعسفا من طرف الأب في استعمال حقّ ولايته على ابنه، و هو ظلم للزّوجة حيث يقول تعالى: ﴿ لاَ تُضَارَّ وَالدة بوَلَدهَا ﴾ [البقرة 233].

وكذلك نَزْعُ الولدِ من أمّه وحرمانها من إرضاعه ودفعه إلى مرضعة أخرى، يعتبر إضراراً بالرّضـــيع نفسه لأنّ لبن أمّه أصّح لتغذيته بالإضافة إلى أن أمَّه أحنُّ على ولدها من غيرها.[2]

الحالة الخامسة: منع الحاضنة ابنها من رؤية أبيه:

وذلك بمنعها الأب من زيارة ابنه، فإن فعلت ذلك فيعتبر تعسفا منها، ولا يجوز لها شرعا أن تستعمل حقها في حضانة ابنها بمنع الأب من زيارة ابنه، فالقاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة لأي طرف من الزوجين يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر، كما أن منع الابن من رؤية أبيه يلحق به ضررا نفسيا وهذا غير جائز شرعا بدليل الآية السالفة الذكر[3].

الحالة السادسة: مطالبة الأب المطلقُ من الحاضنة إحضار الولد إلى بيته يوميا ليأكل عنده:

من حق الأب زيارة و لده و مطالعته من آن لآخر أو الاطلاع عليه و تفقد شؤونه، لكن أن يشترط على الحاضنة إحضار الولد عنده يوميا، فهذا تعسف في استعمال حق رؤيته لولده و إضرار بالحاضنة

---

[1] الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 140./ و ابن الهمام: المرجع السابق،ج3، ص 309./ والدكتور و هبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر،ج 3، ص 280./ والمستشار أحمد نصر الجـــندي: النفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونيـــة، القاهرة، سنة 1995 م، ص 107.

[2] الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 140./ والدكتور وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر،ج 3، ص 280. / و ابـــن الهمام: المرجع السابق،ج3، ص309./ وابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عـــن رب العـــالمين، ج3، دار إحيـــاء التـــراث العربي، بيروت – لبنان، ط1، 2001م، ص248/ و المستشار أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 107.

[3] -الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 140-141./ والدكتور وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميســـر، ج 3، ص 281. / وابن الهمام: المرجع السابق،ج3، ص310./ و المستشار أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 107.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

و ظلم كبير لها.و هذا ما يدخل في عموم قوله تعالى في بوَلَدِهَا﴾ [البقرة 233] [1] .

الحالة السابعة: المطالبة بإمساك الطفل المحضون مع العجز عن الاهتمام به و تربيته:

و هذا سواء من جهة الأم كما لو كانت عاملة، أو من جهة الأب إذا لم يكن عنده من يقوم به من النساء، فكلاهما في هذه الحالة عاجز عن القيام بشؤون الولد و حفظه من الهلاك من جهة، و يطالب بإمساكه من جهة أخرى. فهذا تعسف و ظلم كبير للمحضون و تعدٍ لحدود ولايتهما عليه[2].

الحالة الثامنة: تعمّد الأب افتعال مبرر لسقوط حضانة الأم:

إذا تعمّد الأب افتعال مبرر لسقوط حضانة الأم كأن يسافر إلى بلد لا تستطيع هي السفر إليه لينتزع الولد منها، فهذا تعسف وظلم وإلحاق الضرر بالولد وأمه معا، وهذا غير جائز شرعا بدليل الآية السالفة الذكر أيضا[3].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

لقد اصطلح المشرّع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على تسمية ولاية تربية وحفظ القاصر بالحضانة، وتمتد بالنسبة للصّغير إن كان ذكرا للبلوغ و إن كان أنثى بالزّواج، وإن كان الصّغير فاقداً للأهليّة كمجنون ومعتوه فتمتدّ إلى حين الإفاقة.

هذا، ولقد أظهر المشرّع إرادة عازمة تجاه هذا العمل الخطير وأحاطه بقيود إن تعدّاها الوليّ القائم بهذا العمل أو أهملها اعتُبِر متعسّفاً وظالماً ومتجاوزا لحدود وظيفته، وهذا طبقا لما قررته المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للحضانة[4]، حيث تنص على أنّ: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته علي دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صِحّةً وخُلُقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[5].

فالمشرّع يكون قد حدّد بهذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتمّ إلا بها، بوصفها جوانب أساسية لتنمية شخصية المحضون.

---

[1] الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 141. /ابن الهمام: المرجع السابق، ج3، ص310./ المستشار أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 107./ و د وهبة الزحيلي:الفقه المالكي الميسر،ج3،ص281.

[2] الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 140. /ابن الهمام: المرجع السابق، ج3، ص309./ المستشار أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 107./ وابن القيّم الجوزية:إعلام الموقعين عن رب العالمين،ج3،ص248.

[3] الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 141. /ابن الهمام: المرجع السابق، ج3، ص310./ المستشار أحمد نصر الجندي: المرجع السابق، ص 107.

[4] الأستاذ فضيل سعد: المرجع السابق، ج 1، ص 370. / الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، سنة 1421 هـ - 2001 م، ص 128. / و الدكتور محمد صبحي نجم: محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999 م، ص 33 و 34.

[5]- المادة 62 من قانون الأسرة الجديد.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فكلُّ تربيةٍ تُهمِل الجانب الرّوحي والعقائدي و
قُدُراته تُعتَبَر إخلالا بهذا العمل وخروجاً عـــن نطاق الحضانة الذي حدّدته المادة السّالف ذكرهـــا، كما يؤدّي هذا إلى سقوط الحضانة عن القائم بها[1] وذلك تطبيقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشّروط المنصوص عليها في المادة 62 أعـــلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكّـــل سبباً من أسباب سقوط الحقّ عنها في ممارسة الحضانة، غير أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"[2].

كما بين المشرّع الجزائري أنّ حالة الإهمال العائلي من طرف الأب يعتبر تعسّفا وظلما وتجاوزاً لحدود ولاية المحضون، بحيث يترتب على ذلك للمحضون من النّاحية التنظيمية التي تستدعي وجـــود مسؤول عن هذا المحضون كما في حالة الترخيص الأبوي للمحضون بالانضمام إلى فرقـــة رياضـــية مدرسية، أو عندما يتعلّق الأمر بتوفير ورقة إدارية تتعلق بوضعه الدّراسي أو الاجتماعي الـــذي هـــو صميم عملية الحضانة[3].

ومن ذلك تعتبر أم المحضون صاحبة الولاية عليه حتى يبلغ سنّ اكتمال أهليته، فـــإن لم تكـــن حضانته مسندة لأمّه فإن القانون أعطى للحاضن رجلا كان أو امرأة حقّ إمضاء الوثائق الإدارية التي تعتبر استكمالا للمهمّة التربوية أو الاجتماعية .

كما بيّن المشرّع أنه لا يجوز للأب أن يحرم الأمّ من ابنها الذي يدفع عليه أجرة الرّضاع لأنّهـــا أحقّ بإرضاعه حتى لو استعان بامرأة متبرّعة كانت أمه أو إحدى قريباته أو أجنبية بأجرة أو بدونـــه، ويعتبر فعله هذا تعسّـــفاً وظلماً في استعمال حقـــّه على ولايته لابنه وتجاوزاً لحدودِ سلطتِه عليه.

كما أنه متى امتنعت أمّ الطفل عن إرضاعه لسبب مشروع قَـــبِـــلَهُ منـــها القاضـــي كعـــدم الاستطاعة مثلا ووقع بينها و بين زوجها فراق فلا يمكنه أن يعتمد على حجة عدم إرضاعه ليحرمها من حضانة طفلها، ولو كانت رضاعـــته مسندة لامرأة أخرى، أو يتم بواسطة الحليب الاصطناعي و ذلك لاختلاف الحضن، فحق الحضانة قائم طبقا للمادة 64 من قانون الأســـرة بقولهـــا: " الأمّ أولى بحضانة ولدها"[4].

---

[1] الأستاذ فضيل سعد: المرجع السابق، ج 1، ص 381. / و الدكتور محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 33 و 34. / و الدكتور ناصر الدين ماروك: قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، المرجع السابق، ص 311 و 312.

[2] المادة 67 من قانون الأسرة الجديد.

[3] الأستاذ فضيل سعد: المرجع السابق، ج 1، ص 382. / و الدكتور محمد صبحي نجم:المرجع السابق، ص 33 و 34. / و الدكتور ناصر الدين ماروك: المرجع السابق، ص 311 و ما بعدها.

[4] الأستاذ فضيل سعد: المرجع السابق، ج 1، ص 208. / و الدكتور محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 33 و 34. / والمستشار أحمد نصر الجندي:المرجع السابق،ص108.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفـــرع الثـــاني : تعسف الولي في ولاية تزويجه للقاصر

كما تقدم من أن القاصر لفظ عام يشمل الصغار والمجانين والمعتوهين وكذلك السفيه ولذلك سأدرس كل حالة لوحدها.

الحالة الأولى: تعسف الولي في ولاية تزويج الصغار:

أولا: في الفقه الإسلامي:

لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول مسألة إجبار الصغار على الزواج كالأتي:

فهناك من ذهب إلى عدم صحتها واعتبرها تعسفا وظلما وتعديا، وهناك من قال بصحتها ولقد قيدها بقيود أن تعداها الولي أصبح متجاورا لحدود سلطته وظالما لمن في ولايته وهي كالآتي:

1- النافون لأصل تزويج الصغار :

وهم ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، الذين ذهبوا إلى عدم صحة تزويج الصغار أصلا إلى أن يبلغوا [1]، فالمقصود من الزواج فهو النسل،وتحصن الإنسان من الوقوع في الزنا، وذلك لا يتحقق الا بالبلوغ، والزواج قبله يترتب عنه تحمل حقـــوق لا مقابـــل لها،كـــالمهر والنفقـــة،فهي ضـــرر محض،وبانتقاء المقاصد المرجوة التي شرع من أجلها الزواج،تنتفي صحته،ثم اذا أجبر على الزواج وهو غير محتاج إليه لعدم الشهوة،فهذا تعسف وظلم له ، وأنه إذا بلغ يرى نفسه قد قيـــد بحكـــم تلزمـــه أحكامه بعد البلوغ ، فلا يكون لأحد أن يلزمه ذلك لإنتقاء الولاية عليه بعد البلوغ [2].

كما استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ [النساء 06].

إن الله تعالى جعل بلوغ النكاح الدرجة التي يصل إليها الإنسان إلى كماله، ويجوز عندها دفع المـــال إليه وهي حال البلوغ، فبلوغ النكاح هو علامة انتهاء الصغر، وقبله لا يكون الإنسان أهلا للنكـــاح بمفهوم الآية الكريمة، وذلك لأن الإنسان يكون بالبلوغ أهلا للمقاصد المرجوة من الـــزواج، وقبلـــه يكون غير كامل ولا قادر على استفاء مقاصد الزواج من النسل وغيره كقضاء الشهوة، فيكون غير

---

[1] - السرخسي :المرجع السابق،ج4،ص212.

[2] - الكاساني: المرجع السابق ،ج2،ص240./و السرخسي:المرجع السابق،ج4،ص212.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

أهل لذلك ، فلا يزوج حتى يبلغ[1]، أما تزويجه قبل البـ صلى الله عليه وسلم-رضي الله عنها- وهي صغيرة بأنه كان من خصوصياته كتزوجه بـأكثر مـن أربع [2].

2- القائلون بأصل تزويج الصغار :

وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والأمامية الذين ذهبوا إلى صحة تزويج الصغير بولاية الأب أو غيره ممن تثبت له ولاية تزويجهم [3]، غير أنهم بالنسبة للصغيرة اتفقـوا عليها إن كانت بكرا أما إن كانت ثيبا فاختلفوا في ذلك على النحو التالي:

أ- الصغير والبكر الصغيرة:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والأمامية على صـحة تـزويج الصغير والبكر الصغيرة وإجبارهم على ذلك، ووضعوا قيودا إن تعداها من تثبت له ولاية تـزويجهم يعتبر ظالما ومتجاوزا لحدود سلطة ولايته عليهم، وتصبح هذه القيود أوجها للتعسف في ولايته.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالقرآن الكريم:

* بما جاء لقوله تعالى: ﴿ واللآئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللآئي لم يحضن﴾ [الطلاق 04]

وجه الدلالة في هذه الآية (واللائي لم يحضن) مبتدأ، والخبر تقديره كذلك أي عدتهن ثلاثـة أشـهر والمراد بهن الصغيرة والكبيرة التي بلغت و لم تحض ومعلوم أن العدّة لا تثبت ولا تلزم الأنثى إلا بعـد فراق من تطليق أو موت بعد نكاح حصل، فدل هذا على أن الصغيرة يصح نكاحها[4]

* وقوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين..... ﴾ [النور 32]

وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الأيم: لغة هي اسم الأنثى كبيرة أو صغيرة لا زوج لها، وهذا

---

[1]- السرخسي : المرجع السابق،ج4،ص212.

[2] -ابن حزم : المرجع السابق ج9/ص40.

[3]- ابن الهمام: المرجع السابق ،ج3،ص172/ والكاساني: المرجع السابق،ج2 ،ص240 والخرشي: المرجع السابق ،ج3 ،ص176/ والدسوقي:المرجع السابق،ج2،ص223 والشريني:المرجع السابق،ج3،ص149/ وابن قدامة: المرجع السابق،ج7،ص382/وابن المرتضى: المرجع السابق،ج3،ص56/ وابن المطهر الحلي: المرجع السابق، ج2، ص587./ ومحمد جواد مغنية: فقه الأمام جعفر الصادق:ج5، دار العلم للملايين،بيروت،ط1978،2م،ص241.

[4]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص382./ والسرخسي: المرجع السابق،ج4،ص212 .

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الخطاب موجه إلى عامة المؤمنين، أو الأولياء بجواز تزو

واستدل الجمهور أيضا بما ثبت من السنة الشريفة وهو زواج النبي عليه الصلاة والسلام من السيدة عائشة – رضي الله عنها– بولاية أبيها الصديق– رضي الله عنه – وقد كانت بنت ست سنين كما جاء في الخبر:" عن عائشة– رضي الله عنها– أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي ابنة ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا " [2] ،ومعلوم انه لم يكن لها أمر في ذلك السن كي تستأذن ، وإنما ملك أبوها ولاية تزويجها وإجبارها على النكاح.

وقد استدلوا أيضا بإجماع الصحابة – رضي الله عنهم، فقد روي بأن عليا – كرم الله وجهه زوج ابنته أم كلثوم من عمر – رضي الله عنه–وكانت صغيرة، وذكر أن قدامة بن مظعون تزوج بنت الزبير– رضي الله عنه – يوم ولدت قال : إن مت فهي خير ورثني وان عشت فهي بنت الزبير ، وزوج عبد الله بن عمر بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير مع علم الصحابة رضي الله عنهم – ولم ينكروا فكان إجماعا [3].

واستدلوا على زواج تزويج الصغير بما رواه الأثرم:" أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فقد اختصموا إلى زيد فأجازه جميعما"[4]، والذي لم يستدل بهذا الأثر، فقد قاس تزويج الصغير على الصغيرة [5].

إذن فهذه الأدلة تثبت صحة تزويج الأب لأولاده الصغار بالإجبار عند جمهور من الفقهاء مع اخذ بعين الاعتبار القيود التي وضعوها وان تعداها الولي وتجاوزها تصبح أوجها للتعسف والظلم في ولاية أجبار الصغار على الزواج وهي كالآتي:

★ إذ كان الولي ليس أبا للصغير واجبره على الزواج نعتبر هذا تعسف وظلم وتجاوز حدود سلطة الولاية، وهو مذهب مالك واحمد والشافعي، وقد أضاف هذا الأخير الجد إلى الأب، بحيث لا يجوز لأي احد من الأولياء إجبار الصغير على الزواج غير الأب والجد، بخلاف أبي حنيفة الذي ذهب إلى

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق،ج2،ص245،./وابن الهمام: المرجع السابق ،ج3،ص172

[2]- رواه البخاري :كتاب:النكاح، باب:إنكاح الرجل ولده الصغار،5133،ج6،ص459./ورواه مسلم كتاب:النكاح،باب: تزويج الأب البكر الصغيرةج4،ص142

[3]- الكاساني: المرجع السابق،ج2،ص245،/ السرخسي: المرجع السابق،ج4،ص212

ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص383–384

[4]- ابن قدامة :المرجع السابق،ج7،ص383./ ابن قدامة: المرجع السابق،ج7،ص383/ الشيرازي: المرجع السابق،ج2،ص42

[5]- حسن الجبوري: المرجع السابق،ص5.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

جواز تزويج الأولياء الصغار، وليس لهم الخيار عند البلـ

*إذا كان ليس للصغير والصغيرة صلاحية للزواج وأُجْبِرا على الزواج فهذا يعتبر كذلك ظلما لهما وتعسفا وإضرارا بهما، وهذا إذا حدث دخول بعد الزواج أما الاقتصار على العقد وحده فلا مشكلة فيه[2].

* إذا أجبر الصغير أو الصغيرة على الزواج بغير كفءٍ أو معيب فهذا كذلك تعسف في استعمال الحق وظلم لهما، فلا مصلحة للصغير أو للصغيرة في الزواج مع عدم الكفاءة، ويعتبر هذا تأكيدا لما ذهب إليه ابن قدامة بقوله :" لا يحل تزويجها من غير كفئ ولا من معيب لان الله تعالى أقام الولي مقامها نظرا لها فيما فيه الحظ، ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز له فعل ما لاحظ لها فيه كما في مالها،ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لاحظ فيه ففي نفسها أولى"[3].

ب- الثيّب الصغيرة:

فهذه اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي:

*** الشافعية والظاهرية ورواية للحنابلة:**

ذهبوا إلى عدم جواز تزويج الثيب الصغيرة حتى تبلغ، وإجبارها على الزواج في هذا الحال ظلم لها وحجتهم في ذلك قولهم عليه الصلاة والسلام:" الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها"[4] إن الحديث يدل على أن الثيب لا تجوز إلا بإذنها، فينتظر حتى تبلغ ثم تشاور[5].

***الحنفية والمالكية والزيدية والأمامية ورواية ثانية للحنابلة :**

ذهبوا إلى جواز إجبار الثيب الصغيرة على الزواج،فيرون أن العلة في تزويج الصغير والصغيرة البكر أو الثيب هي الصغر وذلك لعدم قدرة هؤلاء الصغار على النظر والمصلحة فثبت للولي حق تزويجهم لعجزهم،ولما كان تزويج البكر الصغيرة لعلة الصغر كما في الظلام فكذلك الحكم بالنسبة للثيب الصغيرة لأن بالثيوبة لا يزول الصغر فالدليل قياس الثيب الصغيرة على الصغير والبكر الصغيرة، ومعنى الرأي وقبول المشاورة لا يحصل لها بالثيوبة في حال صغرها، فيقوم الولي بتزويجها لعجزها عن إبداء

---

[1]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص383.

[2]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص383.

[3]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص589.

[4]- سبق تخريجه ص30.

[5]- الشربيني: المرجع السابق،ج3،ص149/ وابن قدامة: المرجع السابق ،ج7،ص388.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الرأي في حق نفسها، كالبكر الصغيرة [1].

ويجيبون على الحديث الذي استدل به الشافعية ومن معهم إن المراد منه الثيب البالغة، لأنه محل بأهليتها وخبرتها بأهل الزواج ومعرفتها بأحوالهم، فهو عام أريد به الخصوص والحديث يبين أنها أحق بنفسها من وليها بالمشاورة والاختيار[2]، وهذا لا يحصل فالصغيرة بل يقتضي تعليق بما يتحقق بعد البلوغ، فالمراد به الكبيرة كما مر ذكره، و لم سلم العموم الثيب الكبيرة والصغيرة فإنه يخص بالقياس هذا.

ج- ابن حزم الظاهري:

لقد فرق ابن الحزم بين الصغير و الصغيرة فذهب إلى جواز تزويج الصغيرة بولاية أبيها، أما الصغير فلا يصح تزويجه بحال[3].

واستدل ابن الحزم على رأيه في جواز تزويج الصغيرة بما استدل به جمهور الفقهاء السالف الذكر أما على عدم صحة تزويج الصغير، فقد استدل بقوله تعالى ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾ [الأنعام164].

وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة عنده إن في قوله تعالى"عليها" بمعنى الألزام أي لا تكسب نفس إلا كسبا لازما عليها لا على غيرها، والكسب هو ما يصدر من الإنسان من قول أو فعل، فيفهم من عموم الكسب المنفى :أن الإنسان لايعقد عقدا يلزم غيره،بعموم الآية القرآنية، ومنه العقد على الصغير إلا أن يرد دليل يجيز ذلك وقد جاء لدليل في الصغيرة ،فنقف عنده ولا نتجاوزه إلى الصغير وأجازه قوم ولا حجة لهم إلا قياسه على الصغيرة[4].

وهكذا يتبين مما سبق، أن أدلة الجمهور كانت صحيحة وواضحة وقاطعة من الكتاب والسنة والإجماع الصحابة-رضي الله عنهم-وهذا ما يجعل رأيهم هو الراجح، زيادة على ذلك ضعف أدلة

---

[1]- الكاساني: المرجع السابق،ج2،ص241،/ والسرخسي : المرجع السابق،ج4، ص217-218/ والدردير:الشرح الكبير: ،ج2،ص198/ والحلي: المرجع السابق:ج2،ص276./ وابن قدامة: المرجع السابق،ج7،ص 383/ وابن المرتضى : المرجع السابق، ج3، ص65و57.

[2]- الكاساني: المرجع السابق،ج2،ص241،/ والسرخسي : المرجع السابق، ج4، ص217و218/ والدردير:الشرح الكبير ،ج2،ص198/ والحلي: المرجع السابق،ج2،ص276./ وابن قدامة: المرجع السابق،ج7،ص388/ وابن المرتضى : المرجع السابق ج3،ص56و57.

[3]- ابن حزم : المرجع السابق ج9/ص44و45

[4]- ابن حزم : المرجع السابق ج9/ص44و45

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

غيرهم.

وخلاصة القول: أنه لا يمكننا أن نخالف النصوص الصريحة الواضحة التي تجيز تزويج الصغار زيادة على ذلك فإنه لا يمكننا أن نقول قولا يخالف ما ذهب إليه علماء أهل السنة والجماعة [1]، ويجب علينا أن نأخذ بعين الاعتبار القيود السالفة الذكر التي إن تعداها الولي تصبح أوجها للتعسف والظلم في هذا النوع من الزواج، فلا يجوز لأحد من الأولياء غير الأب تزويج الصغار إلا بشرط أن يكون الزوج كفئ وللصغير مصلحة واضحة في هذا الزواج وفي حال الدخول، فإنه يشترط أن تكون الصغيرة صالحة للمعاشرة الجنسية.

وفيما يخص رأي القائل بأن تزويج الصغار ممنوع، وأن إجبارهم من طرف الأولياء أنه تعسف وظلم وإلحاق للضرر بهم، فلا يجوزان نعتبر هذا المنع حكما شرعيا يدخل في دائرة الأحكام الباطلة شرعا، وكل ما يمكن قوله هو أن ما يفعل هذا من الأولياء يعاقب قانونا ولا يحكم على فعله بالبطلان،كما هو الحال في اشتراط توثيق عقد الزواج، وقد سمى الشيخ علي حسب الله مثل هذه الشروط بالشروط القانونية وقرر أن الزواج يستوفي الشروط التي جاءت بها شريعتنا الغراء يعتبر صحيحا لازما شرعا وقانونا، والشروط القانونية لا تنشيء حكما شرعيا دينيا يحل حراما أو يحرم حلالا،بل هو مجرد شرط قانوني لا يرقى إلى درجة الحكم الشرعي الديني[2].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة ولاية تزويج الصغار في المادة 7 من قانون الأسرة « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.»[3] ومن هذه المادة نلاحظ ما يلي:

1-إن المشرع الجزائري، منع تزويج الصغار، وبالتالي يعتبر إجبارهم على الزواج بدون مصلحة أو ضرورة أو مع التأكد من عدم قدرتهم عليه، تعسف وظلم وإلحاق للضرر بهم، ويظهر كل ذلك جليا عند تحديد المشرع سن الزواج لكل من الرجل المرأة [4]، وتبعا لذلك يكون قد وافق رأي ابن شبرمة

---

[1]- الدكتور عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص126

[2]- الأستاذ علي حسب الله: المرجع السابق،ص78

[3]- المادة 7 من قانون الأسرة الجديد.

[4]- الأستاذ عبد الرحمان هرنان: الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، الصادرة بتاريخ 06/1 /1990 م ، مج 28 ، ع2 ، ص 404 ./

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

وعثمان البتّي وأبو بكر الأصم ، الذين ذهبوا إلى عدم

2- إن المشرع الجزائري قد أذن للقاضي بالترخيص في الزواج أو الإعفاء من السن المقررة قانونا للفتى والفتاة استثناءا بشرط أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة لذلك.

3- إن المشرع عند تعرضه لهذا الاستثناء المتعلق بالترخيص في الزواج أو الإعفاء من السن المقررة قانونا لأهلية الزواج للفتى والفتاة، فانه من جهة لم يقرر حدا لسلطة القاضي، ومن جهة أخرى لم يعين الحد الأدنى للسن الذي بإمكانه أن يمنح الترخيص بالزواج أو الإعفاء من السن المحددة قانونا لأهلية الزواج.

وعليه يمكن القول حسب ظاهر هذا النص أي العبارة الأخيرة من المادة 7 –من قانون الأسرة– أنه بإمكان القاضي منح الإعفاء أو الإذن بالزواج حتى للفتاة التي لم تبلغ سن العاشرة من عمرها[1].

4- إن هذه المادة لم توضح لنا الطريقة التي يقدم طلب الإعفاء بمقتضاها ولا شكل الإعفاء أو الإذن الذي يمنحه القاضي للمعني بالأمر[2].

5- إن هذه المادة لم توضح لنا من هو الشخص الذي يقدم طلب الإعفاء من السن المقررة قانونا لأهلية الزواج أو الترخيص به، هل هو الولي أصلا أم أنه يكفي أن يقدمه المعني بالأمر ويوافق عليه الولي أو لا يوافق عليه.

وفي الخلاصة يمكن القول: إن الإعفاء من السن المقرر قانونا لأهلية الزواج أو الأذن بالترخيص به لا يكفي وحده لإبرام عقد الزواج، بل لابد من توفر جميع أركانه والمنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري التي سبق ذكرها وبالأخص الركن المتعلق بالولي[3].

الحـــالة الـثا نية: تعسف الولي في ولاية تزويج المجانين والمعتوهين

أولا: في الفقه الإسلامي

Hamdan: Les difficultes de codification du droit de la famille Algérien .revue international de droit compare . 1985 /10 n 04 page 1909 / et **Minces**: les codes de la famille en Tunisie . Algérie . Egypte. Les cahiers de L'orient . 1989 / 01. n 13 page 47 ./ et **Borrmans** : le nouveau code Algerien. Precite .page 134./ et **Farida Dekhli** : le principe d égalité dans le mariage au regard du droit positif algérien l influence française dans le projet de code de la famille algérienne. 1988 n° 3-4 page 716 – 717.

[1]- عبد العزيز سعد : المرجع السابق:ص99و100./ود محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص42

[2]-د بلحاج العربي:مبادئ الاجتهاد القضائي،ص123

[3]- عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق،ص100./ود محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص42

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

إن جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والأمامبية والظ
على المجانين والمعتوهين، آخذين بعين الاعتبار القيود التي تحصر هذا النوع من الزواج والتي أن تعداها الولي يعتبر متعسفا وظالما وملحقا للضرر بهم، وهي على النحو التالي:

1-المالكية:

لقد فرقوا بين المجنون والمجنونة الثيب البالغة كالآتي:

أ- المجنون:

اعتبروا إجباره على الزواج وهو غير محتاج إليه، من طرف الأب والوصي، ثم الحاكم عند عـــدمهما تعسف في استعمال حق ولايتهم عليه وظلم له، بخلاف العدوي الذي ذهب إلى تزويجه مطلقا ســـواء كان الزواج للحاجة أو غيره [1].

ب- المجنونة الثيب البالغة:

* إذا كانت لها حالة إفاقة، فاعتبروا تزويجها بدون رضاها وانتظار إفاقتها ظلم لها ومجـــاوزة لحـــدود سلطة الولاية عليها.

* و إن لم تكن حالة إفاقة فيجوز إجبارها.[2]

2- الحنفية والأمامية :

اعتبروا إجبار المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة على الزواج حق ثابت للولي ولا تعسف فيه وذلـــك لعدم أهليتهم[3].

3- الظاهرية:

لقد فرقوا بين المجنون والمجنونة كالآتي:

أ- المجنونة :

* إذا كانت صغيرة: فاعتبروا إجبارها على الزواج من غير أبيها تعسف وظلم لها، بحيـــث لا يجـــوز إجبارها على الزواج إلا بولاية الأب فقط.

*أما الكبيرة: فيرى ابن حزم أن تزويجها قبل إفاقتها ظلم لها وتجاوز لحدود لسلطة الولاية عليها فليس

---

[1]- العدوي: المرجع السابق،ج2،ص44

[2]- الدسوقي: المرجع السابق،ج2،ص231

[3]- الكاساني: المرجع السابق،ج2،ص.241 / وابن مطهر الحلي: المرجع السابق،ج2،ص586

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

لأحد تزويجها حتى تفيق وتستأذن[1].

ب– المجنون :

سواء كان صغيرا أوكبيرا فاعتبروا إجباره على الزواج تعسف وظلم له،وذلك لتعلق المهر والنفقة برقبته.

4- الشافعية:

لقد فرقوا بين المجنون والمجنونة كالأتي:

أ– المجنون :

***إذا كان صغيرا** : فاعتبروا إجباره على الزواج تعد عليه وإضرار له وذلك لعدم حاجته إليه بحال.

***إذا كان كبيرا**: اعتبروا إجباره على الزواج من دون حاجته تعسفا في استعمال حق الولاية عليه وظلم له ولو كان وليه الأب والجد ثم الحاكم عند عدمهما.

ب– المجنونة:

اعتبروا إجبارها على الزواج من دون مصلحة، أو منعها منه وهي محتاجة إليه تعسف وظلم لها وإلحاق للضرر بها.

والمراد بالحاجة عندهم، هي الداعية الشديدة إلى الزواج كغلبة الشهوة أو توقع الشفاء أو الخدمة إن لم يوجد من محارمه من يقوم بذلك[2]

والمراد بالمصلحة ما يعود على التزوج بالخير من غير ما تكون له داعية شديدة إلى الزواج، كحصوله على المهر والنفقة والتعهد بالرعاية وهذه من مصالح الزواج[3]

5- الحنابلة:

لقد فرقوا كذلك بين المجنون و المجنونة الصغير منهم والكبير فمن حالات التعسف كالآتي:

أ–المجنون:

* بالنسبة للمجنون: فاعتبروا إجباره على الزواج حق ثابت للولي لا تعسف فيه، بحجة انه لما جاز تزويج الصغير العاقل مع احتمال تصور النظر لنفسه، وان له في التزويج رأيا، فتزويج من لا رأي له أولى.

*أما بالنسبة للمجنون الكبير: فاعتبروا أن إجباره على الزواج وهو غير محتاج إليه ظلم له وتجاوز

---

[1]- ابن حزم : المرجع السابق ج9/ص44 والشريني: المرجع السابق،ج3،ص168-59.

[2]- الشريني: المرجع السابق،ج3،ص159 و168و169/ والشافعي : المرجع السابق،ج5،ص33و34.

[3]- الشافعي: المرجع السابق،ج5،ص33و34 ./ والشريني: المرجع السابق، ج3،ص159و168و169.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

لحدود سلطة الولاية عليه[1].

ب- المجنونة:

* إن كانت ممن تجبر على النكاح لو كانت عاقلة، فاعتبروا أن إجبارها على الزواج جائز لا ظلم فيه لمن يملك ذلك ،لأنها لما كانت عاقلة قد ملك الولي إجبارها مع عقلها وكراهيتها فتزويجها مع عدم عقلها أولى [2]

* أما إذا كانت ممن لا تجبر لو كانت عاقلة، وهي الثيب الكبيرة والصغيرة على قول، فتقسم إلى ثلاثة أقسام بالنسبة لمن يلي تزويجها:

- القسم الأول:

إذا كان إجبارها على الزواج من طرف أبيها ووصيه, فهو حق جائز لا تجاوز فيه لحدود سلطة الولاية, لأنه لما جاز لهما تزويج المجنون أو المعتوه البالغ فتزويج الأنثى المجنونة و المعتوهة أولى[3]

- القسم الثاني :

إذا كان إجبارها على الزواج من طرف الحاكم ففيه وجهان:

* **أولهما**:يعتبرهذا الإجبارتعسف وظلم لها،لأنه لا يثبت إلا للأب أو وصيه، كما لو كانت عاقلة.

* **ثانيهما** : إذا أجبرها على الزواج بدون أن تظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة ، وبدون مصلحة لها في دفع ضرر الشهوة عنها ، و الحفاظ على عفتها وصيانتها من الوقوع في الفجور، أو بدون وجود قول لأهل الطب أن علتها تزول بزواجها ، فيعتبر هذا ظلم لها وتجاوز لحدود سلطته عليها [4].

- القسم الثالث:

إذا كان وليها غير الأب و الحاكم، وأجبرها على الزواج، فهذا تعسف وظلم لها، لأن الحاكم هو الذي يزوجها إذا كانت محتاجة إلى الزواج بظهور أمارات الشهوة على أساس أن الحاكم قد جعل

---

[1]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص383

[2]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص383./والمرداوي:المرجع السابق،ج8،ص58

[3]- المرداوي:المرجع السابق،ج8،ص59./وابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص293 و294.

[4]- ابن قدامة : المرجع السابق،ج7،ص293و294 ./ والبهوتي: المرجع السابق، ج5ص45/ والمرداوي: المرجع السابق،ج8،ص59

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ناظرا على مالها دون أوليائها، فكذلك يكون وليا دونه

وهكذا يظهر مما سبق أن الفقهاء اتفقوا على حالتين يعتبر فيهما الحاكم متعسفا في استعمال حق ولايته في تزويج المجانين و المعا تيه و هما كالآتي :

1- عند إجبار المجنون و المجنونة على الزواج بدون أن تظهر حاجتهما الماسة إليه.

2 - عند إجبارهما على الزواج مع وجود الولي الأب و الجد كما عند الشافعية و الأمامية، أو وجود الأب و الوصي لدى المالكية و الحنابلة.

وقد زاد الشافعية و الأمامية حالة ثالثة و هي إجبار المجنون و المجنونة قبل بلوغهما، أما الحنفية والعدوي من المالكية فقد ذهبوا إلى جواز تزويجهما مطلقا للحاجة أو غيرها.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة صراحة على مسألة تزويج المجانين والمعاتيه، وبالرجوع إلى أحكام نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

سأقترح مادة تضيق ولاية تزويج المجانين والمعاتيه وتحصر هذا النوع من الزواج في أضيق الحدود، والتي تتماشى مع المذهب المالكي باعتباره المذهب المعمول به في الجزائر وهي كالتالي:

«يعتبر استعمال القاضي حقه في ولايته على المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى في مسالة الإجبار على الزواج عند عدم الأب والوصي تعسفيا»

- إذا كان الإجبار على الزواج بدون ثبوت تقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في علاجه، بدون أن يطلع الطرف الأخر على ذلك ويرضى به.»

وبخلاف المشرع الجزائري فإن المشرع المغربي نص على ولاية تزويج المعاقين ذهنيا صراحة في مادة 23 من مدونة الأسرة المغربية بقوله: "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

يجب أن يكون الطرف الآخررشيدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة"[2].

يلاحظ على هذا الفصل مايلي :

1- إن المشرع المغربي قد أخذ بولاية الإجبار على المعاقين ذهنيا ومن ضمنهم المجانين والمعاتيه وتبعا

---

[1]- ابن قدامة :المرجع السابق،ج7،ص293و294/ والبهوتي: المرجع السابق،ج5 ،ص45.

[2] - المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 03-70 سنة 2005.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

لذلك يكون المشرع قد وافق المذهب المالكي.

2- إن المشرع قد جعل الولاية الإجبارية للقاضي و لم يجعلها للأب والوصي كما هو معمول بـــه في المذهب المالكي ،لأن الحاكم في هذا المذهب تثبت له الولاية الإجبارية على المجانين والمعاتيه عند عدم وجوب الأب والوصي والدليل على ذلك ما جاء في مختصر خليل: «وجبر أب ووصي وحاكم مجنونا احتاج.....»[1].

3- إن المشرع قد بين حالتين يصبح فيهما إجبار المجنون أو المعتوه على الزواج أمرا تعسفيا [2].

وهما:

أ-عند إجبارهما على الزواج بدون وجود تقرير تحرره هيئة من أطباء الأمراض العقلية، بحيث يؤكـــد هذا التقرير بأن زواجهما يساعد في علاجهما.

ب- عند إجبارهما على الزواج، بدون أن يطلع الطرف الأخر على المرض ويرضى رضـــاء صـــريحا بقبوله بالزواج من المريض رغم ذلك المرض.

الحالة الثالثة: تعسف الولي في ولاية تزويج السفيه:

أولا: في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشان ولاية تزويج السفيه، فمنهم من أثبتها عليه ومنهم مـــن لم يثبتها، لذلك انقسم الفقه إلى رأيين:

- **المثبتون لولاية تزويج السفيه**

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والأمامية إلى ثبوت الولاية على السفيه، واعتبروها شرطا من نفاذ العقد [3]، إلا أن هناك نقطتين تعتبر فيهما الولاية على السفيه أمرا تعســـفيا وهما كالأتي:

1- إمتناع الولي من إجابة طلب السفيه التزويج لحاجته اليه سواء كانـــت الحاجـــة الإســـتمتاع أم

---

[1]- الدردير :الشرح الكبير ،ج2،ص250.

[2]- الأستاذ عبد الكريم شهبون: المرجع السابق،ج1،ص65. –

Chafi: code de statut personnel annote walili,page 23-24

[3]- الشـــربيني: المرجـــع الســـابق،ج3،ص169./ الـــدردير:الشـــرح الكبيـــر،ج2،ص217/.وابـــن قدامـــة: المرجـــع السابق،ج7،ص396/ وابن المرتضى : المرجع السابق ج3،ص58/ وابن مطهر الحلي: المرجع السابق ،ج2، ص79.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الخدمة،لأن في تزويجه صيانة لدينه وعرضه وماله ،وإذا

أ– أحدهما: لا يصح زواجه، لأنه تزوج بغير إذن وليه، فلم يصح كما لو تزوج قبل الطلب، هذا عند الشافعية والإمامية ،وعند الزيدية، أنه لا يصح زواجه قياسا على الصغير.[1]

ب– ثانيهما: يصح زواجه باعتباره زواج للحاجة، فكان الحق له في استيفائه بنفسه، كما لو كان له على غيره دين ومنعه وليه ،فله استيفائه منه بنفسه ،وهو مذهب الحنابلة والمالكية ،لأن حقه متعين فيه، فتعين الإمضاء[2].

2– تزويج الولي السفيه من غير رضاه في ذلك أي إجباره على النكاح، واختلف الفقهاء بالنسبة لصحة النكاح من عدمه على النحو التالي:

أ– **قول جمهور الحنابلة والمرجوح عند الشافعية:** أن النكاح يصح، ولا يشترط إذنه في ذلك، لأنه من مصلحته فعلى الولي رعايتها، فإذا عرف حاجته زوجه متى أراد ،كما يكسوه ويطعمه.

ب– قول الأرجح والأصح عند الشافعية:أن النكاح لا يصح، ولابد من اشتراط إذنه، لأنه حر مكلف يعرف مصالح نفسه في النكاح[3]

ج– المالكية: لهم في ذلك قولين[4]:

***أحدهما** : أن الحق ثابت للولي في إجازة السفيه لو تزوج من غير إذنه أو رده فهو الأصح عندهم.

* **ثانيهما:** أن الحق للسفيه في إجازة عقد الولي أو رده فيما لو زوجه جبرا عليه، وجاء في حاشية العدوي على شرح الرسالة إشارة إلى هذا الخلاف بقوله:«وهل لهم[5] أن يجبروا السفيه أو لا خلاف»[6].

فإن خيف عليه الزنا يجبر قطعا وإذا لم يخف عمليه الفاحشة وكان في زواجه ضرر ومفسدة و لم يجبر

---

[1]- الشيرازي: المرجع السابق،ج2،ص42/ وابن المرتضى : المرجع السابق ج3،ص58

[2]- الدردير:الشرح الكبير،ج2،ص217./ ابن قدامة :المرجع السابق،ج7،ص396.

[3]- محمود مطرجي: المجموع ،ج2،ص355 .

[4]- الدسوقي: المرجع السابق،ج2،ص231

[5]- أي الأب والوصي والحاكم.

[6]- العدوي: المرجع السابق،ج2،ص44

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

قطعا[1].

د- الإمامية و الزيدية: فالظاهر عندهم عدم اشتراط إذن السفيه في تزويج الولي إياه، إذ أن نصوصهم لم تشترط استئذان الولي له، بخلاف ما لم زوج السفيه نفسه فإنهم اشترطوا إذن الولي في ذلك [2].

- **النافون لولاية تزويج السفيه**

ذهب الحنفية والظاهرية إلى عدم ثبوت الولاية على السفيه، فله أن يستقل بنفسه في التزويج، وإجباره على الزواج بدون رضاه يعتبر تعسف وظلم له.

واحتج الحنفية على ذلك بأن السفيه حر، بالغ، عاقل له أن يتصرف في حق نفسه، فيصح عقد زواجه من غير توقف على إذن أحد.

أما الحجر على السفيه في ماله، والذي يعتبر أساس قول الجمهور السالف ذكره قد اختلف فقهاء الحنفية بشأنه، على النحو التالي:

1- ذهب الصاحبان من الحنفية وهما:محمد بن الحسن الشيبائي وأبو يوسف بن يعقوب إلى الحجر عليه.

2- ذهب الأمام أبو الحنيفة إلى منعه من ماله إذا بلغ سفيها إلى أن يصبح عمره خمسا وعشرين سنة ولا يعتبره حجرا عليه، بل منعا له من ماله.

فهؤلاء الحنفية فيرون أن هذا الحجر أو المنع كان في صالح ماله، حفظا له من التبذير والإسراف، وهذا لا يتعدى إلى منعه من تزويج نفسه، بل له ذلك إستقلالا وأن ولايته على نفسه غير المال، ولأن النكاح من حوائجه الأصيلة لا يؤثر فيه الهزل، إلا أنه ليس له أن يعقد بأكثر من مهر المثل حفظا لماله من الضياع أو الإسراف بحجة المهر وما يتصل به[3].

وذهب الظاهرية إلى عدم الحجر أصلا، لا في النفس ولا في المال وإنما الحجر يثبت على الصغير والمجنون. وحجتهم في ذلك بما روي عن عائشة-رضي الله عنها -أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: (رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى

---

[1]- الدردير:الشرح الكبير،ج2،ص218.

[2]- ابن المطهر الحلي: المرجع السابق.،ج2،ص79./ وابن المرتضى : المرجع السابق ج3،ص58

[3]-حسن الجبوري: المرجع السابق، ص150.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

يعقل أو يفيق)[1].

والسفيه ليس منهم، فلا ولاية عليه مطلقا[2].

وإذن فإن البالغ العاقل يكون كامل التصرف في نفسه وماله، وإن كان مبذرا مسرفا في ماله، عند الظاهرية وعند أبي حنيفة إذا بلغ الخامسة والعشرين من عمره كما سبق ذكره.

وعلى كل حال، أوافق الرأي الثاني الذي ذهب إلى صحة نكاح السفيه من غير إذن وليه، وأن إجباره على ذلك بدون رضاه يعتبر تعسف وظلم وإلحاق للضرر به، ذلك لأن السفيه في المال قد يكون رشيدا في اختيار المرأة المناسبة له، وقد يكون رشده فيه أكثر من رشد وليه، بينما يمكن لوليه أن يحدد له المال الذي ينفقه بعد زواجه بلا إسراف ولا تقتير[3].

ثانيا:في قانون الأسرة الجزائري:

إن المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الأسرة صراحة مسالة ولاية تزويج السفيه، وبالرجوع إلى أحكام نص المادة 222 من هذا القانون الآنفة الذكر، سأقترح مادتان تضبط حدود سلطة الولي في ولايته تزويجه للسفيه، والتي إن تعداها يعتبر متعسفا وظالما، وهذا تماشيا مع المذهب المالكي الذي يعد المذهب المعمول به في الجزائر وهما كالأتي:

المادة الأولى:«لا يجوز للولي أن يمتنع عن إجابة طلب السفيه التزويج لحاجته إليه سواء كانت الحاجة الاستمتاع أم الخدمة، لأن في تزويجه صيانة لدينه وعرضه وماله».

المادة الثانية:«لا يجوز للقاضي جبر السفيه وإكراهه على الزواج عند عدم الأب والوصي، إلا إذا خيف عليه الزنا».

وبخلاف المشرع الجزائري، فالمشرع التونسي نص صراحة على مسالة ولاية تزويج السفيه في الفصل7 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقوله:«زواج المحجور عليه لسفه لايكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له، وللمحجور له أن يطلب من المحاكم فسخه قبل البناء.»[4]

يلاحظ على هذا الفصل مايلي:

1- إن المشرع التونسي قد اثبت الولاية الإجبارية على السفيه، ونتيجة لذلك يكون المشرع قد أخذ

---

[1]- رواه النسائي، كتاب الطلاق، باب:من لا يقع طلاقه من الأزواج،6678، ج6، ص156.

[2]- ابن حزم: المرجع السابق،ج7،ص143وما بعدها.

[3]- الدكتور عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص128.

[4]- الفصل السابع من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

برأي جمهور الفقهاء من الشافعية، والحنابلة، والمالكية، الإجبار على السفيه،ولكنه لم يضع حدودا تضبط هذه الولاية وتحمي السفيه من تعسف وظلم الولي له.

2- إن المشرع قد سمح للمحجور له بطلب فسخ الزواج من المحاكم قبل البناء.

المطلب الثاني

تعسف الولي في ولايته على مال القاصر

كما تقدم أن القاصر لفظ عام وجمعه القصر بحيث يشمل الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وهم من المحجورين عليهم بحيث لا يستطيعون التصرف في أموالهم إلا بموافقة الولي على ذلك، وتستمر الولاية عليهم ما دام الوصف الموجب لها قائما، فإن زال انقطعت.

ولقد حدد كل من فقهاء الشريعة والقانون صلاحيات الولي التي تضبط تصرفاته في ولايته على أموال القاصر، فان تعدى هذه الصلاحيات أصبح متعسفا وظالما وملحقا الضرر به ومتجاوزا لحدود سلطة ولايته على أمواله.

ولذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، درس الأول منهما حالات تعسف الولي في ولايته على مال القاصر في الفقه الإسلامي، وخصص الثاني لدراسة هذه الحالات في قانون الأسرة الجزائري.

الفـرع الأول : تعسف الولي في ولايته على مال القاصر في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن تصرف الولي في مال القاصر بدون نظر واحتياط، وبما ليس فيه حظ له واغتباط يعتبر تعسف في استعمال حق ولايته على ماله، وظلم له وإلحاق الضرر به[1].

وقد فرعوا على ذلك الحالات التي يعتبر فيها الولي متعسفا في ولايته على مال القاصر وهي كالأتي:

1- الحالة الأولى:

تصرف الولي في ما لاحظ للقاصر فيه ولا مصلحة واضحة كالهبة والعتق والمحاباة في المعاوضة، بحيث

---

[1]- الشيرازي:المرجع السابق،ج2،ص335/ والبهوتي:شرح منتهى الإرادات،ج2،ص292./ والغرياني: المرجع السابق،ج3،ص668./ الدكتور وهبة الزحيلي:الفقه الإسلامي وأدلته،ج5،ص427./ والأستاذ محمد مصطفى الشلبي: المرجع السابق،ص809.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

يلزمه ضمان ما تبرع به من هبة أو صدقة أو عتق أو حـ
دفعه لغير أمين[1].

2- الحالة الثانية:

إتّجارُ الولي بمال القاصر ودفعه لغيره مضاربة بدون تعيين جزء شائع من ربحـه، وإيداعـه عنـد أي شخص بدون قيام حاجة إلى ذلك، وشراء عقار له بأكثر من قيمته بما ليس فيه مصلحته،كذلك بيـع عقاره ومنقوله وإجارته للغير بثمن اقل من المثل أو بما ليس فيه حظ للمولى عليه،فكل هذا الإهمـال وهنا الضرر الذي يلحقه الولي بمال القاصر يلزمه ضمان كل ذلك.[2]

3- الحالة الثالثة :

إقراض الولي مال القاصر، فقد اختلف الفقهاء فيه على النحو التالي:

أ- الحنفية:

ذهبوا إلى إقراض الولي مال القاصر تعسف وظلم له، فلا يجوز له إقراضه للغير ولا اقتراضه لنفسه.

ب- الحنابلة:

قالوا بأنه يكون الولي متعسفا إذا أقرض مال القاصر بدون مصلحة تعود له، فلا بد من الاحتياط في هذه الأمور[3].

ج- الشافعية:

يكون متعسفا إذ اقرض مال القاصر من غير الحاجة، كخوفه من نهب أو حريق أو غرق أو أراد سفرا وخاف عليه، وكذلك اذا اقرض المال لحاجة من غير ثقة وغير مليء، لأن الأول يجحـد، والثـاني لا يمكن أخذ البدل منه،وبالتالي يضيع مال القاصر.[4]

4- الحالة الرابعة:

---

[1]- الشيرازي: المرجع السابق،ج2،ص335./ والنووي:المجموع، ج14،ص668./ وابن جزي: المرجع السابق، ص251و252./والغرياني: المرجع السابق،ج3،ص668./ والبهوتي: شرح منتهى الإرادات،ج2،ص292./ ابن قدامة : المرجع السابق، ج6، ص213/ والأسروشني: المرجع السابق،ج2،ص30.

[2]- والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2،ص292./ ابن قدامة : المرجع السابق،ج14،ص214 ./والشيرازي:المرجع السابق،ج2،ص335./ ومحمود مطرجي: المجموع، ج14،ص125/وابن جزي:المرجع السابق،ص251و252./ والأسروشني: جامع احكام الصغار، المرجع السابق،ج2،ص307/ والباجي:المنتقى شرح ج2 مطبعة السعادة،مصر،1332ه،ص111 والأسروشني: المرجع السابق،ج2،ص104 / وابن عابدين:المرجع السابق ،ج4،ص340.

[3]- البهوتي:شرح منتهى الإرادات ،ج2،ص293/ابن قدامة : المرجع السابق،ج6،ص215

[4]- الشيرازي: المرجع السابق،ج1،ص336/./ ومحمود مطرجي: المجموع ،ج14،ص131و 133

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

كذلك يعتبر الولي متعسفا عند عدم مطالبته بحقوق ا
الخصم إن أنكرها، وعدم المصالحة بدفع بعض ما على المحجور من دين أو عين إذا كانت بـــه بينـــة، وقبض بعض ما للمحجور إن لم يكن به بينة[1].

5- الحالة الخامسة:

شراء الولي مال القاصر لنفسه أو بيع ماله له، فقد اختلف الفقهاء فيه على النحو التالي:

أ- المالكية:

قالوا أنه لا يجوز للأب أن يشتري من نفسه لأبنه الصغير وان يشتري لنفسه من ماله إلا إذا كان نظرا للولد ،و إلا يعتبر فعله هذا تعسفا وظلما له[2].

ب- الشافعية:

قالوا بأنه يعتبر هذا التصرف تعسفا إذا كان الولي غير الأب والجد، لأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه، بينما الأب والجد لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما[3].

ج- الحنابلة:

فقالوا بانه يعتبر هذا التصرف تعسفا اذا كان الولي غير الأب، واخرجوا الجد من الاستثناء، لأنه مظنة التهمة،بينما الأب فالتهمة منتقية ،بينه وبين ولده ،اذ من طبعه الشفقة عليه والميل اليه، وترك حـــظ نفسه لحظه بخلاف غيره[4].

د- الحنفية:

فقد فرقوا بين الأب، ووصيه، ووصي القاضي في هذا التصرف كالتالي:

* بالنسبة للأب يعتبر متعسفا عند شراء مال ولده لنفسه وبيع ماله لولده بأقل من قيمة المثل أو بأقـــل مما يتغابن الناس بمثله، أما إن كان هذا التصرف بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس بمثله فذلك جـــائز لا

---

[1]- البهوتي شرح منتهى الإرادات، ،ج2،ص293 و296 /والأزهري: المرجع السابق،ج2، ص99و100.

[2]- وابن جزي : المرجع السابق،ص251و252./ والأزهري: المرجع السابق، ج2،ص 99و 100.

[3]- البهوتي: شرح منتهى الإرادات،ج2، ص292/ ابن قدامة: المرجع السابق،ج6،ص215 والقاري : مجلة أحكام الشرعية على مذهب احمد،ط تهامة بجدة ،سنة1401هـــ، مادة1482.

[4]- الأسروشني: المرجع السابق ،ج2،ص261-262-263-267-311 / قدري باشا: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،ط الحديثة بالقاهرة سنة 1352ه،مادة426-459.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

ظلم فيه للمولى عليه.

* وكذلك وصي الأب يعتبر متعسفا عند بيعه مال نفسه لليتيم، أو شراء مال اليتيم لنفسه إن لم يكن فيه خير له، والخيرية في العقار أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير.

6- الحالة السادسة:

أكل الولي من مال القاصر، فقد اختلف الفقهاء فيه كذلك على النحو التالي:

أ- الشافعية والمالكية :

قالوا بأنه يعتبر أكل الولي من مال القاصر تعسفا وظلما، إذا كان غنيا لقوله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾ [النساء06]

أما إذا كان فقيرا فيجوز له اخذ كفايته منه[1] لقوله تعالى ﴿ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾ [النساء06]

ب- الحنفية:

قالوا بأنه إذا كان الولي على مال القاصر وصيا، واخذ أجرة مقابل عمله هذا وهو غير محتاج لـــذلك فهذا تعسف منه، لأنه إن كان كافيا فلا أجرة له.[2]

ج- الحنابلة:

قالوا بأنه إذا كان الولي على مال القاصر الحاكم وأمينه وأكلا شيئا منه، فهذا تعسف منهما، وذلك لاستغنائهما بما لهما في بيت المال، أما غير الحاكم وأمينة، فيكون أكله تعسفيا إذا كان بغير حاجـــة ماسة إليه .[3]

ولقد اعتبر الجصاص من الحنفية أن أكل الولي من مال اليتيم أمرا تعسفيا مطلقا لقوله تعالى:

---

[1]-الشيرازي:المرجع السابق ج1 ،ص337./ ومحمود مطرجي :المجموع، ج14، ص139،138./ والغرياني:المرجع السابق،ج3،ص667.

[2]- قدري باشا: المرجع السابق،م469.

[3]- البهوتي:شرح منتهى الإرادات،ج2،ص295./وابن قدامة: المرجع السابق،ج6،ص223./ والقاري:المرجع السابق،م1486.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

﴿إن الذين ياكلون أموال اليتامى ظلما ﴾ [النساء09

في الآية السابقة على أكله من مال نفسه بالمعروف لئلا يحتاج إلى مال اليتيم[1] وقد اختلف الفقهاء المجيزون لولي الفقير بالأكل من ماله ويلزمه زد بدل ما أكل عند يساره.

*** القول الأول:**

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في قول إلى انه لا يلزمه، لأنه عوض عن عمله، فلم يلزمه رد بدله مطلقا كالأجير والمضارب وكالرزق الذي يأكله الأمام من بيت المال[2].

***القول الثاني:**

قال أبو العالية وعبيدة السلماني والشافعي في قول آخره: يضمن عوضه في ذمته،لأنه مال لغيره وأجيز له أكله للحاجة ، فيجب عليه ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره في مخمصة[3].

7-الحـالة السـابعـة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن إنفاق الولي على القاصر من ماله وعلى من تلزمه مؤونته بالإسراف والتبذير والتقتير، تعسف و ظلم له وإلحاق للضرر به[4]،لقوله تعالى:﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾ [الفرقان67]

8-الحـالة الثـامنـة:

قال الحنفية بان قضاء الوصي دين نفسه بمال اليتيم، تعسف في استعمال حق ولايته عليه وظلم له، بينما الأب فيجوز له ذلك، لأن الأب لو باع مال الصغير من نفسه بمثل القيمة جاز،والوصي لا يملك البيع من نفسه إلا أن يكون خيرا لليتيم[5].

9- الحـالة التـاسعـة:

قال الحنفية و المالكية انه إذا قام الولي بتسلف أموال القاصر واتجر فيها لنفسه، فهذا تعسف منه وظلم

---

[1]- الجصاص: المرجع السابق، ج2، ص361.

[2]- الشيرازي:المرجع السابق،ج1،ص337./ومحمود مطرجي:المجموع،ج14،ص138و139 ./ والغرياني: المرجع السابق،ج2، ص295./ وابن قدامة: المرجع السابق، ج6، ص223 /وقدرى باشا: المرجع السابق،م469.

[3]- محمود مطرجي: المجموع، ج14 ،ص138 و139/و الشيرازي: المرجع السابق،ص337.

[4]- البهوتي: شرح منتهى الإرادات ،ج2و292./ والشيرازي: المرجع السابق، ج1، ص337./ ومحمود مطرجي: المجموع، ج14، ص134./ والأسروشني: المرجع السابق، ج2، ص147/ وقدري باشا:المرجع السابق، م466./ والغرياني: المرجع السابق، ج3،ص667و668 ./ و الدكتور وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص432.

[5]- والأسروشني: السابق، ج2، ص147./ وقدري باشا: المرجع السابق المادة460.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

للقاصر وتعد عليه ومجاوزة لحدود سلطة ولايته على مال القاصر أنها مقيدة بمصلحته[1]، مثل استثمار أمواله في التجارة وتنميتها وتثميرها، فهذا التصرف تعرض إليه الفقهاء واختلفوا في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

أ- القول الأول:

ذهب الحنابلة والمالكية والحنفية أن للولي مطلقا الاتجار بمال القاصر، وهو أولى من تركه، لأن ذلك أصلح له، إذ لا فائدة في إبقاء أمواله بدون استثمار[2]، لما روى ابن عمروا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:«ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه، ولايتركه حتى تأكله الصدقة»[3].

ب- القول الثاني:

ذهب الشافعية إلى انه يجب على الولي تنمية مال القاصر بقدر النفقة والزكاة لا أكثر، وينبغي عليه أن يجتهد،و يفعل أي شيء يغلب على ظنه انه صالح للقاصر،والله تعالى يعينه حسب قصده،وهو يعلم المفسد من المصلح[4]حيث يقول تعالى﴿والله يعلم المفسد من المصلح..﴾ [البقرة220]

ج-القول الثالث:

ذهب الجصاص من الحنفية وابن تيمية إلى أن استثمار الولي مال القاصر وتنميته مندوب وليس بواجب.

واستدل الجصاص بقوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾[البقرة220]

قال: فدل على انه ليس بواجب عمليه التصرف في ماله بالتجارة، لأن ظاهر اللفظ يدل على أن مراده الندب و الإرشاد[5].

وقال ابن تيمية [6]:ويستحب التجارة بمال القاصر لقول مالك، أنه بلغه، أن عمر بن الخطاب قال: (اتجروا في أموال اليتامى كي لا تأكلها الزكاة)[7]

---

[1]- الباجي: المرجع السابق، ج2، ص292/ والأسروشني: المرجع السابق،ج2،ص305/ ج3، ص95و97

[2]- البهوتي:شرح منتهى الإرادات، ج2،ص 292 / ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع،ج4،ص338./ والسرخسي: المرجع السابق، ج22، ص186و187 ./والأسروشني: المرجع السابق، ج3، ص96و98. والباجي: المرجع السابق،ج2،ص110.

[3]- سبق تخريجه ص54

[4]- العز بن عبد السلام: في فتاواه، ص 122/ وابن السبكي: معيد النعم ومبيد النقم،دار الكتاب العربي مصر،1367،ص64.

[5]- الجصاص: المرجع السابق:ج2:ص13و14.

[6]- البعلي: المرجع السابق،ص138

[7]- سبق تخريجه،ص54.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الثاني: تعسّف الوليّ في ولايته على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري:

لقد وافق المشرّع الجزائري في قانون الأسرة، فقهاء الشريعة، وحذا حذوهم في تحديده صلاحيات الوليّ، وضبط تصرفاته في ولايته على أموال القاصر، فإن تعدّى هذه الصّلاحيات أصبح متعسّـــفا، ويتبين هذا في الحالات التالية:

1 - الحالة الأولى:

إذا لم يتصرف الوليّ في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص، فيعتبر متعسّفا و ظالما له وملحقا الضرر به، ويكون مسؤولاً عن ذلك [1]، طبقا لأحكام المادة 1/88 التي تنصّ على أنّه: "على الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

2 - الحالة الثانية:

يعتبر الوليّ في ولايته على مال القاصر متعسّفا إذا لم يستأذن القاضي في تصرّفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلّقة بحقوق المولّى عليه[2] طبقا لأحكام المادة 2/88 حيث تنصّ: "وعليه أن يستأذن القاضي في التّصرّفات التالية:

- ✓ بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.
- ✓ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- ✓ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشّركة.
- ✓ إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تعتدّ لأكثر من سنة بعد بلوغه سنّ

---

[1]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص 156. / و الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص 71. / و الدكتور محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 78.

[2]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص 156و157. / و الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص 71.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الرشد."

فلا بدّ على الوليّ أن يستأذن العدالة في كل هذه التصرّفات التي حدّدتها المادة والتي لها علاقة بأموال القاصر، سواء في بيع عقاره أو تقسيمه أو إيجاره، أو في استثمار أمواله مضاربة أو شركة أو أي عقد فيه مصلحة للمولّى عليه.

3– الحالة الثالثة:

كذلك يعتبر القاضي متعسّفا عند منحه الإذن للوليّ في التّصرّف في أموال القاصر بدون مراعاة مصلحة المولّى عليه[1]، بحيث تنص المادة 89 من قانون الأسرة على ما يلي: "على القاضي أن يراعي الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتمّ بيع العقار بالمزاد العلني".

4 – الحالة الرابعة:

يعتبر الوليّ متعسّفا في ولايته على القاصر عند قيامه بخدمة مصالحة على حساب مصالح القاصر، وفي هذه الحالة يَحِقُّ للقاضي أن يعيّن متصرّفا خاصّاً تلقائيا[2]، وهذا تطبيقا لأحكام المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنصّ: "إذا تعارضت مصالح الوليّ ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرّفا خاصّا تلقائيّا أو بناء على طلب من له مصلحة."

5 – الحالة الخامسة:

وهي خاصّة بالوصيّ الذي بيّنت المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري بأن له نفس سلطة الوليّ في التّصرّف وفقا لأحكام المواد (99 و89 و90) من هذا القانون.

ويعتبر الوصيّ متعسّفا في استعمال حقّ ولايته على مال القاصر إذا ثبت من تصرفاته ما يهدّد مصلحة القاصر، بحيث يجوز لمن له مصلحة أن يطلب من القاضي بأن ينهي مهمة الوصيّ بعزله طبقا لأحكام المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري التي بيّنت الحالات التي تنتهي بها مهمة الوصيّ، الذي يكون مسؤولا عمّا يَلحَق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره[3] طبقا لأحكام المادة 98 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّه: "يكون الوصيّ مسؤولا عمّا يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

---

[1]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص 157.

[2]- الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص 71.

[3]- الدكتور بلحاج العربي: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص 158. / و الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص 71 و72./ و الدكتور محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص 81 و 82.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الخـاتمـة

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الخاتمة

من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث المتواضع، والمنصبّ على دراسة التعسّف في استعمال حقّ الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في نموذجين وهما ولاية الزواج والولاية على القصّر في أموالهم وأنفسهم، اتّضحت لي بعض الاستنتاجات وأهم الملاحظات المسجلة بالإضافة إلى بعض التوصيات التي يمكن توجيهها إلى المعنيين بالموضوع على النحو التالي:

أوّلاً:

التعسّف في استعمال حقّ الولاية سواء على البنت في عقد الزواج أو على القُصّر (صغير ومجنون ومعتوه وسفيه) أمر محرّم شرعاً وقانوناً.

ثانياً:

لا بدّ من منع المرأة التي تنفرد بعقد زواجها، لأنّ القول بالمنع يتماشى وروح القرآن، ويوافق حكمة الزواج، وإنّ رابطة الزواج رابطة مقدسة يجب أن لا يحوم حولها أيّ دنس أو شبهات.

ثالثاً:

لا يعني أنّ امتلاك وليّ الأمر مثل هذا العقد، بأن يتصرّف فيه كما يشاء، أو بتزويجها بمن يشاء، إنّما لا يبرم هذا العقد إلاّ بعد أخذ موافقتها ورضاها.

رابعاً:

لا بدّ أن يشترك كلّ من الوليّ والمولّى عليها في إنشاء عقد الزواج، ويكون شورى بينهما، حتّى يحصل رضا كلا الطّرفين، وبالتّالي يكون زواجاً ناجحاً.

خامساً:

إنّ المشرّع الجزائري قد نصّ صراحة في قانون الأسرة على بعض المسائل المتعلّقة بالتعسّف في استعمال حقّ الولاية، سواء في عقد الزواج أو على القُصّر، كما أنّه أغفل عن ذكر بعض المسائل الأخرى، لذلك أحالنا على أحكام الشريعة في المادة 222 من قانون الأسرة لسدّ الفراغ التشريعي الموجود فيه.

وعليه اقترحت أربعة مواد بشأن التعسّف في استعمال حقّ الولاية سواء في عقد الزواج أو على

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

القصّر في المسائل التي أغفل المشرّع الجزائري عن ذكر

* **المادّة الأولى:** تتعلّق بتعديل المادّة 9 من قانون الأسرة، والتي نصّها كالآتي: "يتمّ عقد الزّواج برضا المرأة ووليّها، وليس لأحدهما أن يستبدّ بالزّواج بدون إذن الآخر ورضاه، ومتى تحقّق رضا المرأة والوليّ معاً، فأيّهما قام بإجراء العقد، صحّ الزّواج سواء في ذلك الوليّ أو المرأة".

* **أمّا الثانية:** فتخصّ التعسّف في ولاية تزويج المجانين والمعاتيه، وهي كالآتي: "لا يجوز جبر المجنون والمعتوه على الزواج عند عدم الأب والوصي، إلاّ إذا ثبت تقرير من هيئة أطباء الأمراض العقلية أنّ زواجه يفيد في علاجه، واطّلع الطّرف الآخر على ذلك ورضي به".

* **أمّا الثّالثة:** فتتعلّق بالتعسّف في ولاية تزويج السّفيه، والتي نصّها: "لا يجوز جبر السّفيه على الزواج عند عدم الأب والوصيّ إلاّ إذا خيف عليه الزّنا".

* **أمّا الرّابعة:** فتخصّ التعسّف في الولاية على نفس القاصر، وهي كالآتي: "كلّ تربية تهمل الواجب الرّوحيّ والعقائدي والعقلي والجسدي للطّفل، أو تحمّله أكثر من قدراته، تعتبر إخلالاً بهذا العمل وخروجاً عن نطاق الحضانة الذي حدّدته المادّة 62 من قانون الأسرة".

سادساً:

إنّ المشرّع الجزائري قد اعتمد عدّة مذاهب عند تعرّضه صراحة لبعض المسائل المتعلقة بالتعسف في ولاية الزواج، إذ تبنّى المذهب المالكي في المادتين 9 و10 من قانون الأسرة، ووافق المذهب الحنفي في المادتين 12 و13 من قانون الأسرة، وساير المذهب الشّافعي في المادّة 11 من قانون الأسرة.

سابعاً:

إنّ المشرّع الجزائري قد وافق فقهاء الشريعة وحذا حذوهم في تحديده صلاحيات الوليّ وضبط تصرّفاته في ولايته على أموال القاصر.

ثامناً:

إنّ المشرّع الجزائري قد أضاف أشياءً لا علاقة لها بالمذاهب السّنية في المادّتين 32 و33 من قانون الأسرة.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس الآيات القرآنية

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس الآيات القرانية

سورة البقرة:

قوله تعالى: {وللمطلّقات متاع بالمعروف...} الآية 241 11

قوله تعالى: {ولا تلبسوا الحقّ بالباطل...} الآية 42 11

قوله تعالى: {الله وليّ الذين آمنوا...} الآية 257 17

قوله تعالى: {والوالدات يرضعن أولادهنّ...} الآية 233 114-28

قوله تعالى: {وإذا طلّقتم النّساء فبلغن أجلهنّ...} الآية 232 67-28

قوله تعالى: {ومن يتعد حدود الله...} الآية 229 70

قوله تعالى: {ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إنّ الله عزيز حكيم} الآية220 137-28

قوله تعالى: {حتى تنكح زوجا غيره...} الآية 230..... 62

قوله تعالى: {لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده...} الآية 233 114

سورة النّساء:

قوله تعالى: {فانكحوهنّ بإذن أهلهنّ ... بالمعروف} الآية 25 26

قوله تعالى: {وما يتلى عليكم في الكتاب ... بالقسط} الآية 127 26

قوله تعالى: {وآتوا اليتامى أموالهم ... بالطيّب} الآية 02 27

قوله تعالى: {ولا تؤتوا السّفهاء أموالكم ... معروفا} الآية 05 27

قوله تعالى: {وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ... بالمعروف} الآية 06 ..... 55-28 135-117

قوله تعالى: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا} الآية 141 34

قوله تعالى: {إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ... سعيراً} الآية 09 135-52

سورة المائدة:

قوله تعالى: {ومن يتولّ الله ورسوله ... الغالبون} الآية 56 17

قوله تعالى: يأيها الذين آمنوا ... أولياء بعض} الآية 51 41

سورة الأنعام:

قوله تعالى: {و لا تقربوا مال اليتيم.....أشده} الآية 152..... 52

قوله تعالى: {ولا تكسب كلّ نفس إلاّ عليها} الآية 164 106

سورة الأنفال:

قوله تعالى: {ويريد الله أن يحقّ الحقّ بكلماته ويقطع دابر الكافرين} الآية 07 11

سورة التوبة:

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

قوله تعالى: {والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض}

سورة النحل:

60 قوله تعالى: {و الله خلق لكم من أنفسكم أزواجا} الآية 72.....

سورة الإسراء:

11 قوله تعالى: {وقل جاء الحقّ وزهق الباطل إنّ الباطل كان زهوقاً} الآية 81 .....

سورة النّور:

51 قوله تعالى: {الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة} الآية 03 .....

118 قوله تعالى: {وأنكحوا الأيامى منكم والصّالحين} الآية 32 .....

سورة الفرقان:

136 قوله تعالى: {والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما} الآية 67 .....

سورةالروم:

48 قوله تعالى: {و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم.....} الآية 121.....

سورة يس:

11 قوله تعالى: {لقد حقّ القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون} الآية 07 .....

سورة الصّافات:

59 قوله تعالى: {أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم} الآية 22 .....

سورة ص:

59 قوله تعالى: {وآخ من شكله أزواج} الآية 58 .....

98 قوله تعالى: {وعندهم قاصرات الطرف أتراب} الآية 52 .....

سورة الشّورى:

17 قوله تعالى: {وما لكم من دون الله من ولي ولا نصير} الآية 31.....

59 قوله تعالى: {أو يزوّجهم ذكراناً وإناثاً} الآية 50 .....

سورة الدخان:

59 قوله تعالى: {وزوّجناهم بحور عين} الآية 54 .....

سورة ق:

59 قوله تعالى: {وأنبتنا فيها من كلّ زوج بهيج} الآية 07 .....

سورة المجادلة:

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

قوله تعالى: {لا تجد قوما يومنون.... أو عشيرتهم} الآية 2

سورة الممتحنة:

قوله تعالى: {لقد كان لكم في رسول الله .... واليوم الآخر} الآية 06 82

سورة الطلاق:

قوله تعالى: {ومن يتعد حدود الله ... نفسه} الآية 01..... 70

قوله تعالى: {واللآئي يئسن من المحيض من نسائكم ... يحضن} الآية 04 118-81

قوله تعالى: {لينفق ذو سعة من سعته....} الآية 07..... 52

سورة المعارج:

قوله تعالى: {والذين في أموالهم حقّ معلوم للسّائل والمحروم} الآية 24-25 11

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس الأحاديث النبوية

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس الأحاديث النبويّة

1. قوله صلى الله عليه وسلم : "لا ضَرَر ولا ضرار"..... 07 70
2. قوله صلى الله عليه وسلم: "إنّ الله أعطى كلّ ذي حقّ ..." 11
3. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلاّ بوليّ"..... 29 40
4. قوله صلى الله عليه وسلم: "أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها ..."..... 29
5. قوله صلى الله عليه وسلم: "فإن اشتجروا فالسّلطان وليّ من لا وليّ له"..... 29 51 71
6. قوله صلى الله عليه وسلم: "مروا أولادكم بالصّلاة ...."..... 29 113
7. قوله صلى الله عليه وسلم: "من ضرب غلاما له حد..."..... 29 112
8. قوله صلى الله عليه وسلم: "إنّ لولدك عليك حقّا"..... 30 42 113
9. قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"..... 30
10. قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها والبكر تستأذن..."..... 30 87-82
11. قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها واليتيمة تستأمر..."..... 30
12. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يَنكِح المُحْرِمُ ولا يُنـْكِح"..... 38
13. قوله صلى الله عليه وسلم: "يحلّ للرّجل من امرأته الحائض كلّ شيء..."..... 61
14. "إنّ أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع لي خسيسته..."..... 76
15. قوله صلى الله عليه وسلم: "...أنّ جارية بكراً أتت رسول الله ...فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وسلم..."..... 76
16. قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها والبكر يستأذنها أبوها..."..... 78
17. قوله صلى الله عليه وسلم: "اتّقوا الله في النّساء فإنّكم أخذتموهنّ بأمان الله" 77
18. قوله صلى الله عليه وسلم: "آمروا النّساء في بناتهنّ"..... 78

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

19. قوله صلى الله عليه وسلم: "عن الخنساء بنت خدام نكاحها"..... 80-31
92
20. قوله صلى الله عليه وسلم: "ليس للوليّ مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها" 81
21. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر..."..... 88
22. قوله صلى الله عليه وسلم: "تستأمر اليتيمة فإن بكت أوسكتت..."..... 88
23. قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح البكر حتى تستأذن..."..... 89
24. قوله صلى الله عليه وسلم: "البكر بالبكر " 91
25. قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما " 93
26. قوله صلى الله عليه وسلم: "أما لو تفعل، للفحتك النار..."..... 112
27. قوله صلى الله عليه وسلم: "ما نحل والد ولداً من نحل أفضل من أدب حسن"..... 113
28. قوله صلى الله عليه وسلم: "عن عائشة رضي الله عنها أنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم تزوّجها..." 119
29. قوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث..."..... 130
30. قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا من ولّي على يتيم له مال فليتّجر به..."..... 137-54
31. قوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب تعرب عن نفسها و البكر رضاها صمتها"..... 120-91
32. قوله صلى الله عليه وسلم: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة..."..... 137-54
33. قوله صلى الله عليه وسلم: "فإن دخل بها .....فرجها"..... 61

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس المواد القانونية

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس المواد القانونيه

أ ـ من قانون الأسرة الجزائري:

المادة 04: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة..." 63

المادة 07: "يتولّى زواج القصّر أولياءهم..." 39
51
122

المادة 09: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج..." 32

المادة 10: "يكون الرّضا بالإيجاب من أحد الطرفين..." 94

المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة..." 24
32
39
41
51
73
94

المادة 12: "لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزواج..." 73

المادة 13: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة..." 85-51

المادة 31: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات..." 40

المادة 33: "يبطل الزواج إذا ---- ركن الرضا..." 61-32

المادة 2/39: "يجب على الزوجة...." 43

المادة 62: "الحضانة هي رعاية الولد..." 47-32
115

المادة 64: "الأم أولى بحضانة ولدها..." 116-47

المادة 65:" تنقضي مدة حضانة الذكر...." 47

المادة 67: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها..." 116

المادة 72: " في حالة الطلاق ....." 48

المادة 81: "من كان فاقد الأهلية أو ناقضتها..." 106

المادة 82: "من لم يبلغ سنّ التمييز لصغر سنّه..." 106

المادة 83: "من بلغ سنّ التمييز طبقاً للمادة 43 من القانون المدني..." 106

المادة 85: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة..." 107

المادة 87: "يكون الأب وليا على أولاده القصّر..." 107-32

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

المادة 88: "على الولي أن يتصرّف في أموال القاصر..." 56-33 138
المادة 89: "على القاضي أن يراعي في الإذن..." 139-56
المادة 90: "إذا تعارضت مصالح الوليّ..." 139
المادة 95: "للوصي نفس سلطة الوليّ في التصرّف..." 33
المادة 98: "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر..." 139
المادة 222: "كل ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"..... 127-41

ب ـ من القانون المدني الجزائري:

المادة 41: "يعتبر استعمال الحق تعسّفيا..." 10
المادة 42: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية..." 39
المادة 43: "كلّ من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد..." 39
المادة 80: "إذا كان الشخص أصمّ أبكم أو أعمى أصمّ..." 37

ج ـ قانون الأسرة السّوري:

المادة 01: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعاً..." 63

د ـ مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

الفصل 07: "زواج المحجور عليه بسفه..." 131
الفصل 1/160: "المجنون هو الشخص الذي فقد عقله..." 107

هـ ـ مدونة الأسرة المغربية:

الفصل 04: "الزواج ميثاق تراض....." 63
الفصل 23: "يأذن قاضي الأسرة..." 127

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس المراجع

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

قائمة المراجع المعتمد عليها في ه

أوّلاً: المراجع باللّغة العربيّة:

1- المراجع العامّة:

أ- كتب التفسير:

* ابن كثير(الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير):

1- تفسير القرآن العظيم، دار الأندلس للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، سنة 1981م.

* البيضاوي (عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي):

2- أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي، وبهامشه حاشية العلامة أبي الفضل القرشي الصّديقي الخطيب المشهور بالكازروني، مؤسسة شعبان للنشر والتوزيع، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الجصاص (أبو بكر أحمد بن علي الرّازي):

3- أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1405 هـ.

* الخازن (علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي الصوفي المعروف بالخازن):

4- لباب التأويل في معاني التنزيل المعروف بتفسير الخازن، وبهامشه التفسير المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل تأليف الإمام الجليل العلاّمة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، طبع محمّد أمين وشركاؤه، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الزمخشري (أبو القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي):

5- الكشاف عن حقائق التنزيل وعبرة الأقاويل في وجوه التأويل، ويليه الكافي في الشراف في تخريج أحاديث الكشاف للإمام الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الصابوني (محمد علي الصابوني):

6- صفوة التفاسير(تفسير القرآن الكريم، الجامع بين المأثور والمعقول)، دار الفكر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الصاوي (الشيخ أحمد الصاوي المالكي):

7- الحاشية على تفسير الجلالين، دار إحياء الكتب العربية، لم يذكر التاريخ.

* المراغي (أحمد مصطفى المراغي):

8- تفسير المراغي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ.

ب – كتب الحديث وشروحه:

* ابن الأثير:

9- جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، نشرته مكتبة الحلواني وآخرون، سنة 1389 هـ / 1969 م.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* ابن باديس (الشيخ عبد الحميد بن باديس):

10- مجالس التذكير من حديث البشير النذير، دار البعث للنشر والتوزيع، قسنطينة – الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 1403 هـ / 1983 م.

* ابن ماجة (الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة):

11- السنن، حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، ج1 وج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* أبو داوود (الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي):

12- السنن، ج2 وج3، دار الجيل، بيروت، سنة 1413هـ / 1993 م.

* أحمد (الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني):

13- المسند، شرحه ووضع فهارسه محمد شاكر، دار المعارف، مصر، لم يذكر التاريخ.

* الباجي:

14- المنتقى شرح الموطأ، مط السعادة، مصر، سنة 1332هـ.

* البخاري (الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي):

15- الجامع الصحيح، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي):

16- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي – تحقيق وتخريج وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي- ج3،ج5،ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الصنعاني (الشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني):

17- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، صحّحه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه محمد عصام الدين أمين، مكتبة الإيمان، المنصورة، لم يذكر التاريخ.

* العثيمين (محمد بن صالح العثيمين):

18- شرح رياض الصالحين للنووي، دار بن الهيثم، القاهرة، سنة 2002م.

* العسقلاني (الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني):

19- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فواد عبد الباقي، قام بإخراجه وتصحيح تجاربه: محب الدين الخطيب، راجعه: قصى محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1407هـ/1987 م.

* السيوطي (الإمام الشيخ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري السيوطي الشافعي):

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

20- تنوير الحوالك: شرح على موطأ مالك، قدم له وضبط
سعد والأستاذ سعد حسن محمد، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، سنة 2005م.

* الشوكاني (العلامة محمد بن علي الشوكاني):

21- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، راجعه وضبطه عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، سنة 1425هـ/2004م.

* مالك (الإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي):

22- الموطأ، رواية يحي بن يحي الليثي، إعداد أحمد راتب موثن، دار النفائس، بيروت، الطبعة الخامسة، سنة 1401هـ/1981م.

* مسلم (الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري):

23- الجامع الصحيح، دار الفكر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* النّسائي (أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي):

24- السنن، شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

ج – كتب أصول الفقه:

* الشاطبي (أبو إسحاق الشاطبي):

25- الموافقات في أصول الشريعة، ضبطه الأستاذ عبد الله دراز، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت لبنان، لم يذكر التاريخ.

د – كتب الفقه:

1- الفقه العام:

* الجزائري (أبو بكر جابر الجزائري):

26- منهاج المسلم، دار السلمى، الدار البيضاء- المغرب، الطبعة الثالثة، لم يذكر التاريخ.

* الزرقاء (الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء):

27- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، الطبعة العاشرة، سنة 1387هـ/1968م.

* سابق (السيد سابق):

28- فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثامنة، سنة 1407هـ/1987م.

* العوايشة (حسين بن عودة العوايشة):

29- الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، الجزء الخامس، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1425هـ/2004م.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

2- الفقه الحنفي:

* ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز):

30- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1386هـ/1966م.

* ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد):

31- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* ابن الهمام (الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي):

32- فتح القدير شرح كتاب هداية المهتدي شرح بداية المبتدئ وهما لبرهان الدين المرغيناني وبالهامش شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتي وحاشية سعدي أفندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الأسروشني:

33- جامع أحكام الضغار، الجزء الأول، مطبعة النجوم الخضراء، بغداد، سنة 1982م.

* زادة (عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان):

34- مجمع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر وبهامشه الشرح المسمى بدر المنتقى في شرح الملتقى، سكب الأنهر على ملتقى الأبحر، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لم يذكر التاريخ.

* الزيلعي (الإمام فخر الدين عثمان بن علي الحنفي):

35- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي ومعه حاشية الإمام العلامة الشيخ شلبي على هذا الشرح، تحقيق الشيخ أحمد عزّو عناية، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ/2000م.

* السرخسي (شمس الدين أبو بكر محمد أحمد بن أبي سهل):

36- المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت، الطبعة الثانية، لم يذكر التاريخ.

* الكاساني (الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء):

37- بدائع الصنائع ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ/1986م.

3- الفقه المالكي:

* ابن جزي:

38- القوانين الفقهية، دار الكتب، الجزائر، سنة 1408هـ/1987م.

* ابن رشد (الفقيه أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد):

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

39- بداية المجتهد ونهاية المقتصد وثق نصوصه وحقق أد
الجيل، بيروت، سنة 1424هـ/2004م.

* الأزهري (عبد السميع الآبي):

40- جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الجعلي (السيد عثمان بن حسنين البري المالكي):

41- سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الفكر، بيروت، سنة 1402هـ/1982م.

* جمعة (محمد جمعة عبد الله):

42- الكواكب الدرية في فقه المالكية، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، لم يذكر التاريخ.

* الخرشي (أبو عبد الله بن علي):

43- الشرح على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صادر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الدردير (أحمد بن محمد):

44- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، دار المعارف، مصر، سنة 1392هـ.

45- الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، لم يذكر التاريخ.

* الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفة):

46- الحاشية على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشيخ المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، دار الفكر، لم يذكر التاريخ.

* الزحيلي (الدكتور وهبة الزحيلي):

47- الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق- بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1423هـ/2002م.

* العدوي (الشيخ علي الصعيدي):

48- الحاشية على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار المعرفة، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* العلوي (محمد العلوي العابدي):

49- الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، إفريقيا الشرق، الطبعة الأولى، سنة 1996م.

* الغرباني (الدكتور صادق عبد الرحمن):

50- مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ/2002م.

* القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس):

51- الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1994م.

- الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1344هـ.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* مالك (الإمام مالك بن أنس الأصبحي):

52- المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، الجزء الثالث دار الفكر بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1419هـ/1998م.

4 - الفقه الشافعي:

* الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين):

53- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، ومعه حاشية أي الرزاق بن محمد أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة، 1386هـ/1967م.

* السبكي (تاج الدين السبكي):

54- الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ.

55- معيد النعم ومبيد النقم، دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1367هـ.

* السيوطي (الإمام جلال الدين عبد الرحمن):

56- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، المجلد الأول، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه على مخطوطتين كاملتين محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام القاهرة، الطبعة الثانية، 1424هـ/2004م.

* الشافعي (الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس):

57- الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1413هـ/1993م.

* الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب):

58- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،مكتبة مصطفى البابي الحلبي،القاهرة، 1377هـ/1958م.

* الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف):

59- المهذب، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، سنة 1379هـ.

* العزّ (العز بن عبد السلام):

60- الفتاوى، مكتبة القرآن، مصر، لم يذكر التاريخ.

61- قواعد الأحكام، المكتبة الحسينية، مصر، 1353هـ.

* الغمراوي (الشيخ محمد الزهري):

62- السراج الوهاج شرح على متن المنهاج لشرف الدين يحيى النووي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.

* النووي (الإمام أبي زكرياء محيي الدين بن شرف):

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

63- روضة الطالبين، الجزء السابع، المكتب الإسلامي للط
1384هـ/1964م.
64- المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكرياء محي الدين بن شرف،تحقيق محمود مطرجي، الجزء 17، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1421هـ/2000م.
*الهيثمي (شهاب الدين أحمد بن حجر):
65- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء السابع، مطبعة مصطفى محمّد، لم يذكر التاريخ.

5- الفقه الحنبلي:

* ابن تيمية (تقي الدين أحمد بن عبد الحليم):
66- مجموع الفتاوي، جمع ابن قاسم، المجلد الثاني والثلاثون، طبعة حكومة المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1381هـ.
* ابن قدامة (الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود):
67- المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الحديث، القاهرة، سنة 1425هـ/2004م.
* ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر):
68- أعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.
69- تحفة المودود بأحكام المولود، دار البيان، دمشق، 1407هـ.
70- زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.
* ابن مفلح (محمد بن عبد الله):
71- الآداب الشرعية والمنح المرعية، مكتبة ابن تيمية، مصر، 1987م.
72- المبدع في شرح المقنع، الجزء الرابع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1394هـ/1974م.
* البعلي (محمد بن أبي الفتح الحنبلي):
73- الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1369هـ.
* البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس):
74- كشاف القناع على متن الإقناع، تعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء الخامس، مكتبة النشر الحديثة، لم يذكر التاريخ.
75- شرح منتهى الإرادات، طبع بمصر، لم يذكر التاريخ.
* الحنبلي (ابن رجب الحنبلي):

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

76- جامع العلوم والحكم، دار الفكر للطباعة والنشر، 992

* القاري:

77- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل، ط ، تهامة، جدة، 1401هـ.

* المرداوي (الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي الحنبلي):

78- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

6- الفقه الظاهري:

* ابن حزم (الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي الظاهري):

79- المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.

7- الفقه الجعفري:

* ابن المرتضى (أحمد بن يحيى):

80- البحر الزخار والجامع لمذاهب علماء الأمصار وبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجنة البحر الزخار لمحمد بن يحيى بهوان الصعيدي، الجزء الثالث، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1366هـ/1937م.

* ابن مطهر الحلي:

81- تذكرة الفقهاء، الجزء الثاني.

* الحلي (جعفر بن الحسين بن أحمد زكرياء بن يحيى بن الحسين):

82- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام في فقه الإمامية، الجزء الثاني، مطبعة الآداب، النجف، الطبعة الأولى، 1389هـ/1969م.

* مغنية (محمد جواد مغنية):

83- فقه الإمام جعفر الصادق، الجزء الخامس، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1978م.

8- الفقه المقارن:

* ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر):

84- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1953م.

* الجزيري (عبد الرحمن الجزيري):

85- الفقه على المذاهب الأربعة، المكتب الثقافي بالأزهر، القاهرة، 2000م.

* الزحيلي (الدكتور وهبة الزحيلي):

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

86- الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآ
الأحاديث النبوية وتخريجها ملحقا به فهرسة ألفبائية شاملة [illegible]، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1418هـ/1997م.

هـ - كتب الأحوال الشخصية:

1- كتب الشريعة:

* أبو زهرة (الإمام محمد أبو زهرة):

87- الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1957.

88- محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، لم يذكر التاريخ.

* الأشقر (الدكتور عمر سليمان الأشقر):

89- أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

* إمام (الدكتور محمد كمال الدين إمام):

90- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* بغدادي (مولاي ملياني بغدادي):

91- حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، بليدة، الجزائر، الطبعة 1997.

* الترمانيني (الدكتور عبد السلام الترمانيني):

92- الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام (دراسة مقارنة)، الكويت، سنة 1404هـ/1984م.

* الحصري (الدكتور أحمد الحصري):

93- النكاح والقضايا المتعلقة به، دار ابن زيدون بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.

* حسب الله (الأستاذ علي حسب الله):

94- الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1971م.

* حسين (الدكتور أحمد فراج حسين):

95- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1988م.

96- أحكام الأسرة في الإسلام، الناشر: منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418هـ/1998م.

* حمّاد (الدكتور نزيه حمّاد):

97- نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م.

* الديربي (أبو عباس أحمد بن عمر الديربي الشافعي):

98- أحكام الزواج على المذاهب الأربعة المسمى غاية المقصود لمن يتعاطى العقود، تحقيق ودراسة مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1406هـ/1986م.

Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* الذهبي (الأستاذ محمد حسين الذهبي):

99- الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين مذاهب أهل السنة والمذاهب الجعفري، دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، 1388هـ/1968م.

* شعبان (زكي الدين شعبان):

100- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، مطبعة الشروق، بيروت، الطبعة الثالثة، 1973م.

* شوقي (محمد شوقي أمين):

101- التشريع الإسلامي للأحوال الشخصية والتكافل الاجتماعي، سمير كو للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، لم يذكر التاريخ.

* الصدّيق (محمد الصالح الصدّيق):

102- نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة ، الجزائر، 1419هـ/1999م.

* عبد الحميد (محمد محي الدين عبد الحميد):

103- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1404هـ/1984م.

* العك (الشيخ خالد عبد الرحمن العك):

104- بناء الأسرة المسلمة في ضوء القرآن والسنة، دار المعرفة، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، 1420هـ/2000م.

* قدري (قدري باشا):

105- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المطبعة الحديثة، القاهرة، 1352هـ.

2- كتب القانون:

* بلحاج (الدكتور بلحاج العربي):

106- قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000م.

107- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م.

* تقية (الأستاذ تقية عبد الفتاح):

108- مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، 1999-2000م، بدون ذكر مكان الطبع.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* دلانة يوسف:

109- قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في قانوني الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2003.

* سعد (عبد العزيز سعد):

110- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة مدعّمة باجتهادات قضائية، 1416هـ/1996م.

* سعد (الأستاذ فضيل سعد):

111- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986م.

* شهبون (الأستاذ عبد الكريم شهبون):

112- شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الأول (الزواج والطلاق- الولادة ونتائجها)، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987م.

* الصابوني (الدكتور عبد الرحمن الصابوني):

113- قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، الطبعة الخامسة، 1398هـ-1399هـ/1978م-1979م.

* صبحي (الدكتور محمد صبحي نجم):

114- محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999م.

* فتيان (فريد فتيان):

115- شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات قانون وأحكام محكمة التمييز، دار واسط، لندن، الطبعة الثانية، 1986م.

* مبروك (الدكتور نصر الدين مبروك):

116- قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004م.

3- كتب المقارنة بين الشريعة والقانون:

* أبو زهرة (الإمام محمد أبو زهرة):

117- الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، لم يذكر التاريخ.

* بدران (الأستاذ بدران أبو العينين بدران):

118- الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1967م.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* البرّي (الدكتور زكرياء البري):

119- الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، الناشر: منشأة المعارف الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.

* بك (الشيخ أحمد إبراهيم بك):

120- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض، 1414هـ/1994م، بدون ذكر مكان الطبع.

* بن حوّاء (الأكحل بن حواء):

121- نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982م.

* بهنسي (المستشار عبد الفتاح إبراهيم بهنسي):

122- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (فقها وقانونا)، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.

* الجبوري (صالح جمعة حسن الجبوري):

123- الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن)، مؤسسة الرسالة، بغداد، الطبعة الأولى، 1396هـ/1976م.

* الجندي (المستشار أحمد نصر الجندي):

124- النفقات في الشّرع والقانون (نفقة الزوجة- نفقة الصغير- نفقة الأقارب)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1995م.

* داودى(عبد القادر داودي)

125- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر،الجزائر،الطبعة الأولى،2007 .

* الرافعي (الدكتور مصطفى الرافعي):

126- نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاءً، دار الكتاب العالمي، الدار الإفريقية العربية، الطبعة الأولى، 1990م.

* شلبي (الدكتور محمد مصطفى شلبي):

127- أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الرابعة، 1403هـ/1983م.

* العالم (الدكتور عبد السلام محمد شريف العالم):

128- قانون الزواج والطلاق وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قار يونس بنغازي، لم يذكر التاريخ.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* عامر (الدكتور عبد العزيز عامر):

129- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء "الزواج"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1404هـ/1984م.

و- كتب غير الأحوال الشخصية:

1- كتب الشريعة:

* الدريني (الأستاذ الدكتور فتحي الدريني):

130- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1419هـ/1998م.

* زيدان (عبد الكريم زيدان):

131- نظرات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م.

* شحاتة (شفيق شحاتة):

132- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982م.

2- كتب قانونية:

* أبو عامر (الدكتور محمد زكي أبو عامر):

133- دراسة في علم الإجرام والعقاب، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، 1982م.

* البدراوي (الدكتور عبد المنعم البدراوي):

134- مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1976م.

135- مصادر الإلتزام، سنة 1960م، بدون ذكر مكان النشر.

* حسين (الدكتور مدحت فؤاد فتوح حسين):

136- تنظيم مجتمع المعاقين، دار النهضة العربية، القاهرة، الكتاب الثالث، 1998م.

* الدريني (الأستاذ الدكتور فتحي الدريني):

137- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الأولى، 1967م.

* سلطان (الدكتور أنور سلطان):

138- النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المعارف، الطبعة الثانية، 1958م.

* السنهوري (الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري):

139- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة جرينبرج، 1946م.

* شحاتة (شفيق شحاتة):

140- محاضرات في النظرية العامة للحق دار المطوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 1978م.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* عبد الغفار (الدكتوران عبد الغفار ومحمود الشيخ):

141- بسيكولوجية الطفل غير العادي التربية الخاصة، دار [illegible] 1966م.

* العطار (الأستاذ عبد الناصر توفيق العطار):

142- مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، سنة 1979م.

* العوجي (الدكتور مصطفى العوجي):

143- القانون الجنائي العام، المسؤولية الجنائية، الجزء الثاني، مؤسسة نوفل، الطبعة الأولى، 1985م.

* عوض (الدكتور عباس محمود عوض):

144- في علم النفس الإجتماعي، سنة 1980م.

* فرج (الدكتور رضا فرج):

145- المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة، 1993م.

* كيرة (حسن كيرة):

146- المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.

* محمود (همّام محمّد محمود ومحمد حسين منصور):

147- مبادئ القانون، مطبعة التقدم، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.

* مختار (الأستاذ لبنى مختار):

148- وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، سنة 1984م، لم يذكر مكان الطبع.

* مذكور (الأستاذ محمد سلمى مذكور):

149- نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1957م.

* مرقس (سليمان مرقس):

150- محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، الجزء الأول، دار النشر، مصر، 1958م.

* منصور (الدكتور إسحاق إبراهيم منصور):

151- الموجز في علم الإجرام والعقاب، الطبعة الثانية، 1991م.

* منصور (منصور مصطفى منصور):

152- مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، مؤسسة النهضة، القاهرة، 1987م.

ي – كتب تراجم اللّغة:

* ابن الأثير (المبارك بن محمد الجزري):

153- النهاية في غريب الحديث، الجزء الثالث، المكتبة العلمية، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* ابن منظور (الإمام أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري):

154- لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* أبادي (نجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي):

155- القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1371هـ/1952م.

* الجرجاني (علي بن محمد):

156- التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، لم يذكر التاريخ.

* الكفوي (أبو البقاء الكفوي):

157- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، 1986م.

2- المراجع الخاصّة:

أ- المقالات والدراسات المتخصّصة:

* براج (جمعة محمد براج):

158- الولاية في عقد النكاح، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، سنة 1988م، العدد الحادي عشر.

* التجكاني (الدكتور محمد حبيب التجكاني):

159- المذاهب الأصولية كمنهج لتطور مدونة الأحول الشخصية، مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية "الميادين تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سنة 1409هـ/1988م، العدد الثالث.

* الخطيب (عز الدين الخطيب):

160- حقوق المرأة وقضاياها في الشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، سنة 1420هـ/2000م، العدد الثالث.

* سعيدات: (سعيدات عبد القادر):

161- الشركة الزوجية وأثرها على البناء الأسري، رؤية مستقبلية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، سنة 1420هـ- 2000م، العدد الثالث.

* سليمان (الدكتور علي علي سليمان):

162- حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الصادرة بتاريخ 01 جوان 1986م.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

* شلبي (محمّد شلبي):

163- نظرية الولاية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت، سنة 1987م، العدد السابع.

* ماروك (الدكتور ناصر الدين ماروك):

164- قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، سنة 1420هـ/2000م، العدد الثالث.

* النبهان (الأستاذ محمد فاروق النبهان):

165- أهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية "الميادين تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، سنة 1409هـ/1988م، العدد الثالث.

* هرنان (الأستاذ عبد الرحمن هرنان):

166- الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1990م، المجلد 28، العدد الثاني.

* وزارة العدل:

167- الدروس التي ألقيت على القضاة المتربصين في الأحوال الشخصية دفعة 1979م (الفوج الثاني) مركز التكوين القضائي بالدار البيضاء.

ب- الأطروحات:

* عبد القادر داودي:

168- مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية جامعة وهران، سنة 2005م.

ج- النصوص التشريعية:

169- قانون الأسرة المعدل الصّادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 18 محرم 1426هـ- الموافق لـ- 27 فبراير 2005م، العدد الخامس عشر.

170- القانون المدني، 1998م.

171- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، 1982م، الطبعة الرسمية للجمهورية التونسية.

172- مدونة الأسرة المغربية الجديدة سنة 2005.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

1- OUVRAGES GENEREAUX :

*** ABU SAHLIEH :**

173- Droit familial des pays arabes, 1988.

*** DOCTEUR FROUÇOIS CLOUTIER :**

174- La santé mentale. Que. Sais. Je ? Paris 1977

*** CHAFI :**

175- Code de statut personnel annote Walili.

2- OUVRAGES SPESSIAUX :

*** BELHADJ LARBI « Docteur d'état en doit » :**

176- Les atteintes a la liberté du mariage, étude de droit comparé, l'influence française dans le projet de code de la famille algérienne 1988, n° : 2.

*** BORRMANS :**

177- Le nouveau code Algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel principalement dans les pays arabes, revue internationale de droit comparé 1986/01, n° : 1.

*** FARIDA DEKHLI** « Avocat au bureau d'Algérie » :

178- Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien. L'influence française dans le projet de code de la famille algérienne 1988, n° : 3-4.

*** DENNOUNI :**

179- Les dispositions du code Algérien de la famille annuaire de l'Afrique du nord, 1984, n° : 24.

*** EL HILLA ABD LAZIZ :**

180- Le problème de l'irresponsabilité civile du malade mental, mémoire pour le diplôme d'études supérieures en sciences juridiques, université Med 5, Rabat, 1985-1986.

*** HAMDAN :**

181- Les difficultés de codification du droit de la famille Algérien, revue international de droit comparé, 1985/10, n° : 4.

*** MINCES :**

182- Les codes de la famille en Tunisie Algérie, Egypte, les cahiers de l'orient, 1989/01, n° : 13.

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس المواضيع

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

فهرس المواضيع

الموضـــــوع **الصفحة**

شكر وتقدير
إهـــــداء
المقدمـــــة 01

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: تعريف المصطلحات

المطلب الأول: تعريف التعسف

الفرع الأول: تعريف التعسف لغة 06
الفرع الثاني: تعريف التعسف إصطلاحا 07
أولا : في الفقه الإسلامي 07
ثانيا : في القانون الوضعي 08
ثالثا : في القانون المدني الجزائري 10

المطلب الثاني: تعريف الحق

الفرع الأول: تعريف الحق لغة 11
الفرع الثاني: تعريف الحق إصطلاحا 12
أولا : في الفقه الإسلامي 12
ثانيا : في القانون الوضعي 13

المطلب الثالث: تعريف الولاية

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة 17
الفرع الثاني: تعريف الولاية إصطلاحا 18

المبحث الثاني: أساس الولاية

المطلب الأول: أقسامها

الفرع الأول: تقسيم الولاية من حيث ذاتها 21
الفرع الثاني: تقسيم الولاية من حيث مصدرها 22
الفرع الثالث: تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره 23

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الرابع: تقسيم الولاية من حيث مو
المطلب الثاني: أدلة شرعيتها
الفرع الأول: أدلة شرعيتها من الكتاب 26
الفرع الثاني: أدلة شرعيتها من السنة 29
الفرع الثالث: أدلة شرعيتها من قانون الأسرة الجزائري 32
المطلب الثالث: شروطها
الفرع الأول: شروط الولي في الفقه الإسلامي 34
الفرع الثاني: شروط الولي في قانون الأسرة الجزائري 39
المطلب الرابع: دورها
الفرع الأول: دور الولي في ولايته على النفس 42
الحالة الأولى: دور الولي في ولاية التربية والحفظ 42
أولا : في الفقه الإسلامي 42
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 47
الحالة الثانية: دور الولي في ولاية التزويج 48
أولا : في الفقه الإسلامي 48
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 51
الفرع الثاني: دور الولي في ولايته على المال 52
أولا : في الفقه الإسلامي 52
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 55

الفصل الأول: التعسف في ولاية الزواج

المبحث الأول: ماهية الزواج
المطلب الأول: تعريف الزواج لغة 59
المطلب الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا 60
الفرع الأول: تعريف الزواج عند فقهاء المسلمين 60
الفرع الثاني: تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري 63
المبحث لثاني: تعسف الولي في الزواج
المطلب الأول: عضل الولي من الزواج 66

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

الفرع الأول: تعريف العضل
الفرع الثاني: حكم العضل 70
أولا : في الفقه الإسلامي 70
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 73
المطلب الثاني: إجبار الولي المرأة على الزواج 75
الفرع الأول: إجبار الولي المرأة على الزواج في الفقه الإسلامي 75
الفرع الثاني: إجبار الولي المرأة على الزواج في قانون الأسرة الجزائري 85
المطلب الثالث: الافتيات على المرأة 86
الفرع الأول: تعريف الافتيات 86
الفرع الثاني: حكم الافتيات 92
أولا : في الفقه الإسلامي 92
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 94
الفصل الثاني: التعسف في الولاية على القصر
المبحث الأول: تعريف القصر 96
المطلب الأول: تعريف القصر لغة 98
المطلب الثاني: تعريف القصر إصطلاحا 100
الفرع الأول: تعريف القصر في الفقه الإسلامي 100
الفرع الثاني: تعريف القصر في قانون الأسرة الجزائري 106
المبحث الثاني: تعسف الولي في ولايته على القصر 109
المطلب الأول: تعسف الولي في ولايته على نفس القاصر 111
الفرع الأول: تعسف الولي في ولاية تربية وحفظ القاصر 111
أولا : في الفقه الإسلامي 111
الحالة الأولى: تأديب الولد و كل من لك ولاية عليه بتعذيبه 111
الحالة الثانية: إهمال الآباء في تأديب وتعليم أولادهم الصغار ومن في ولايتهم ما يُصْلِح دنياهم وأخراهم 113
الحالة الثالثة: طلب الأمّ المطلقة المرضعة لطفلها أجرة من أبيه بنيّة الإضرار 113
الحالة الرّابعة: انتزاع الأب من مطلقته ولَدَهَا و حرمانها من إرضاعه 114

PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

لإلحاق الضّرر بها
الحالة الخامسة: منح الحاضنة إبنها من رية أبيها 114

الحالة السادسة: مطالبة الأب المطلق من الحاضنة إحضار الولد إلى بيته يوميا ليأكل عنده
الحالة السابعة:المطالبة بإمساك الطفل المحضون مع العجز عن الإهتمام به و تربيته
الحالة الثامنة:تعمد الأب إفتعال مبرر لسقوط حضانة الأم
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 115
الفرع الثاني: **تعسف الولي في ولاية تزويجه للقاصر** 117
الحالة الأولى: تعسف الولي في ولاية تزويج الصغار 117
أولا : في الفقه الإسلامي 117
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 122
الحالة الثانية: تعسف الولي في ولاية تزويج المجانين والمعتوهين 123
أولا : في الفقه الإسلامي 123
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 127
الحالة الثالثة: تعسف الولي في ولاية تزويج السفيه 128
أولا : في الفقه الإسلامي 128
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري 131
المطلب الثاني: تعسف الولي في ولايته على مال القاصر 132
الفرع الأول: تعسف الولي في ولايته على مال القاصر في الفقه الإسلامي 132
الفرع الثاني: تعسف الولي في ولايته على مال القاصر في قانون الأسرة الجزائري 138
الخاتمة 140
فهرس الآيات القرآنية 143
فهرس الأحاديث النبوية 147
فهرس المواد القانونية 150
قائمة المراجع 153