جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الإنسانة والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
– دراسة مقارنة –

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطالبتين:

زروق هاجر

بن علية حنان

إشراف الأستاذ:

● د. الجمادى مسعود

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/بوجمعة أحمد	محمد بوضياف المسيلة	رئيسا
د/الجمادي مسعود	محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
د/سويسي ليلى	محمد بوضياف المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023/2022م - 1444/1443هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد .

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي.

لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال من إخوة وأخوات إلى رفيقات المشوار التي قاسمنني لحظاته رعاهم الله ووفقهم.

إلى كل قسم علوم الشريعة والقانون دفعة 2023 جامعة محمد بوضياف مسيلة؛

إلى كل من كان لهم أثر على حياتي وإلى كل من أحبهم قلبي.

شكر وعرفان

نشكر الله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لنا ، والقائل في محكم تنزيل

﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ . . . . ﴾ الآية رقم: (07) سورة إبراهيم

الحمد لله جل وعلا أولا وأخيرا فقد أعان ووفق في إنجاز هذا العمل المتواضع .

نتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى كل من فتح لنا آفاق العلم والمعرفة،

بدءا بآبائنا وأمهاتنا الذين كانوا ومازالوا المشعل الذي ينير سبيل النجاح.

وإلى مشايخنا الذين غرسوا في أنفسنا الأدب وعلو الهمة وحبّ العلماء

وإلى كل معلم وأستاذ تفانى في تربيتنا وتعليمنا وعرج بنا إلى جنان العلم وقطوفه.

وإلى من ساهم في إنجاح هذا البحث من قريب أو بعيد .

وإلى الدكتور الأستاذ جمادي المسعود .

-بارك الله فيكم جميعا -

قائمة المختصرات

الاختصار	التسمية
ت	تحقيق
د.ت	دون تاريخ للنشر
د.د.ن	دون دار نشر
د.ط	دون رقم طبعة
د.م	دون مكان نشر
ط	طبعة
مج	مجلد
ص	صفحة
ق،أ،ج	قانون الأسرة الجزائري
م	ميلادي
هـ	هجري

مقدمة

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وخاتم الأنْبياء نبينا محمد وعلى آله وصحبه الطاهرين أما بعد:

إن الوحي الإلهي منح عقد الزواج شأناً عظيما فقد جعله من أهم العقود التي فصّل فيها وبيّن جميع أحكامها العامة منها والخاصة وكل ما يدور ويتعلق بها فلم يترك شيئا مبهما أو من غير تفصيل أو تفسير فجعل أحكام الزواج واضحة وبينة لما لها من أهمية بالغة تمس الزوجين خصوصا وتمس المجتمع المسلم عموما فالسبيل الوحيد لتكوين الأسرة هو الزواج ولأن الزواج رابطة مقدسة وإنسانية جعله الله تعالى عقدا رضائياً تسود فيه المودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿**وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ **[سورة الروم:21]**، فالرابطة القويمة بين الزوجين تنشئ لنا أسرة متينة، فالأسرة دورها كبير في تنظيم المجتمع وازدهاره فصلاح الأسرة صلاح المجتمع وبفساد الأسرة وتهدمها ينقلب المجتمع ويسوء، فاختلال الزواج ينتج عنه تصدع الأسرة وانهيار المجتمع إذ الشريعة الإسلامية أوّلت إلى تحقيق وجلب كل ما فيه منفعة ومصلحة للأسرة، والمشرع الجزائري أخد من الشريعة الإسلامية كل ما يتعلق بالأسرة وأحكامها فلم يقتصر على مذهب واحد بل أخذ من كل المذاهب الفقهية لتسهيل أخذ الأحكام. وتعتبر الولاية في الزواج هي السلطة التي يتبناها الولي في قبول أو رفض زواج المولى عليه وولاية الإجبار هي ولاية القيام على الصغير والمجنون والمعتوه وعلى الفتاة البكر فيكون للولي كامل السلطة في إبرام عقد الزواج دون الرجوع إلى المولى عليه وأخذ موافقته ورأيه إذ ولاية الإجبار في الزواج في بعض الحالات لها دور كبير في المجتمع المسلم لما يترتب عليها من الحفاظ على مصالح الأبناء وحفظ حقوقهم قبل فوات الأوان.

أولا– أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية موضوع بحثنا فيما يلي:

1. بيان أهمية الولي في الإقدام على إبرام عقد الزواج لما له من أهمية في حياة المرأة والحفاظ على مصالحها وإعلاء شأنها.

2. بيان مدى شرعية ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي في الزواج.

3. الدافع الذي جعل أكثرية علماء الشريعة يقولون بولاية الإجبار في الزواج في حالات خاصة

4. بيان رأي المشرّع الجزائري من ولاية الإجبار قبل التعديل وبعده.

5. بيان نقاط توافق قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي في ولاية الإجبار في الزواج.

ثانيا– إشكالية البحث: وتتمثّل فيما يأتي:

1. الإشكالية الرئيسة: ما موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج؟

2. الإشكاليات الفرعية: هل يجوز للولي أن يجبر ابنه أو ابنته على الزواج فقها؟، وهل الفقهاء متفقون على مشروعية ولاية الإجبار في الزواج؟،وما هي ضوابط ولاية الإجبار في الزواج؟، وما هي مستندات من قالوا بها من الفقهاء القدامى والمحدثين؟، وما موقف المشرّع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج؟، وهل موقف المشرّع الجزائري من ولاية الإجبار قبل التعديل هي نفسها بعد التعديل؟

ثالثا– سبب اختيار الموضوع:

بحثنا الذي يندرج تحت عنوان (ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائر) لم ندرسه من فراغ بل لأهداف وأسباب دفعتنا لاختيار هذا الموضوع منها:

1. رغبتنا في الإحاطة على جزئية ولاية الإجبار؛ بين من يجيز هذه الولاية ومن لا يجيزها في المذاهب الفقهية وبيان موقف المشرع الجزائري من هذه الولاية.

2. التماس الأهمية التي أعطتها الشريعة الإسلامية للولي لما ورد في النصوص القرآنية والسنة النبوية.

3. اعتبار ولاية الإجبار جزئية لم تأخذ حقها في البحث والتحليل والرغبة في توضيح النقاط التي تتطابق فيها أحكام الإجبار في الفقه الإسلامي وق أ ج.

رابعا – أهداف موضوع الموضوع:

1. بيان من يقوم مقام الولي في ولاية الإجبار ومن يمنع من ذلك.

2. إظهار مكانة الولي في إبرام عقد الزواج من الناحية الشرعية والقانونية.

3. بيان مدى شرعية ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي.

4. بيان موقف المشرّع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل وبعد التعديل.

خامسا– الدراسات السابقة:

من الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع نذكر منها:

1. [ولاية التزويج في الفقه الإسلامي والقانون المقارن]، للطالب مراح سعيد حيث تكلم عن مفهوم الولاية في المبحث الأول والمبحث الثاني تكلم عن تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها، والمبحث الثالث تناول أحكام الولاية على القاصر حيث تطابق موضوع بحثنا مع موضوع بحثه في مفهوم الولاية_ولاشك_أن هذه الد راسة وبالرغم ارتباطها الموضوعي بدراستنا إلا أنها تختلف من حيث المنهج المتبع ، حيث أن دراسته دراسة مقارنة، بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من جهة ، والتشريع الجزائري وتشريعات البلدان العربية من جهة أخرى ،بينما دراستنا مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

2. [ولاية الإجبار على النكاح لغير الأولياء]، آمنة بنت علي الوثلان حيث تحدثت في موضوع بحثها عن من تثبت لهم ولاية الإجبار فذكرت في المبحث الأول ثبوت ولاية الإجبار للوصي ،والمبحث الثاني تكلمت ثبوت ولاية الإجبار للحاكم والسيد، بالرغم أن دراسة الطالبة تتلاقى موضوعيا مع دراستنا إلا أن يختلفان في المنهج المتبع وتوسع طرح البحث، حيث نجد الطالبة اعتمدت على المنهج التحليلي لدراستها، أما بالنسبة لدراستنا التي اعتمدنا على المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،

3. **[دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري]**، للطالبة قارون فايزة حيث قسمت موضوع بحثها إلى فصلين ذكرت في الفصل الأول طبيعة الولاية في عقد الزواج وفي الفصل الثاني الولي في عقد الزواج بين الركن والشرط ، ولقد اعتمدت الطالبة على المنهج المقارن في دراستها وحاولت أن تبرز مكانة الولي أو دور الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ،أما بالنسبة لدراستنا التي سوف نتحدث عنها وهي ولاية إجبار في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

سادسا– المنهج المعتمد: اعتمدنا عدة مناهج حسبما تفتضيه الدراسة، وهي:

. **المنهج الوصفي:** والذي يتضح في بيان مدى مشروعية ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

. **المنهج التحليلي:** باعتبار أن موضوع ولاية الإجبار في الزواج من المواضيع التي لاقت اهتمام العلماء وذلك من خلال تحليل كلام علماء الفقه الإسلامي وشرّاح قانون الأسرة الجزائري.

. **المنهج المقارن:** لطبيعة بحثنا الذي يعتمد على المقارنة والموازنة بين علماء الفقه الإسلامي فيما بينهم من ناحية، وبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من ناحية ثانية.

سابعا– الصعوبات:

من الصعوبات التي واجهتنا في إنجاز هذه الرسالة ما يأتي:

. صعوبة الحصول على بعض المراجع التي تكلمت على موضوعنا، وذلك بعدم توفرها في مواقع الأنترنت.

. تشعب المادة العلمية في بعض الأحيان وصعوبة حصرها.

ثامنا – خطة البحث:

وتشتمل الخطة على مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة وهي كالاتي:

مقدمة: والمشتملة على عناصرها الأساسية كأهمية الموضوع، والإشكالية والدراسات السابقة....

الفصل التمهيدي: حقيقة الولاية وأقسامها وموقف المشرع الجزائري منها.

المبحث الأول: حقيقة الولاية وأسبابها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

المبحث الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منه.

المبحث الثالث: أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري.

الفصل الأول. حقيقة ولاية الإجبار في الزواج وموجباتها وحكمتها وسند القائلين بها وموقف المشرع الجزائري منها.

المبحث الأول: حقيقة ولاية الإجبار في الزواج وحكمها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل وبعد التعديل.

المبحث الثالث: موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تبت له وحكمتها وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفصل الثاني: حقيقة البلوغ وعلاماته وولاية إجبار التزويج وخيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج.

المبحث الأول: حقيقة البلوغ وعلامات البلوغ.

المبحث الثاني: ولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار.

المبحث الثالث: خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج.

خاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال بحثنا وبعض التوصيات.

الفصل التمهيدي

حقيقة الولاية وأقسامها وموقف المشرع الجزائري منها .

ويتناول ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:

حقيقة الولاية وأسبابها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها .

المبحث الثاني:

شروط الولي في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منه.

المبحث الثالث:

أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري.

تمهيد:

تعتبر الولاية من المواضيع التي اهتم الفقهاء والعلماء في وضع أحكامها، ونظرا لارتباط موضوعنا بالولاية والذي هو جزء منها، كان لابد علينا أن نشير إلى الأحكام العامة للولاية من تعريفات وأسباب، ليتسنى لنا دراسة موضوع بحثنا، وقد قسمنا الفصل التمهيدي إلى ثلاثة مباحث رئيسة وهي حقيقة الولاية وأسبابها وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى شروطها، وفي المبحث الأخير تناولنا أهمية الولاية وتقسيماتها، مع بيان موقف المشرع الجزائري منها.

المبحث الأول:

حقيقة الولاية وأسبابها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول:

حقيقة الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها

المطلب الثاني:

أسباب الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها

تمهيد:

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، وهما حقيقة الولاية وذلك ببيان معناه اللغوي والاصطلاحي وبيان أصله ومدلوله، باعتبار أن لولاية كانت لها أهمية بالغة عند العلماء والفقهاء عبر العصور، أما المطلب الثاني تناولنا فيه الأسباب التي توجب الولاية.

المطلب الأول: حقيقة الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

الفرع الأول: حقيقة الولاية لغة واصطلاحا.

أولا . حقيقة الولاية لغة

وردت تعريفات كثيرة لمختلف علماء اللغة ومن بينها: ذكر في معجم لسان العرب أن كلمة (ولي) من أسماء الله تعالى: [الولي هو الناصر وقيل: المتولي لأمور العالم الخلائق القائم بها، ومن أسمائه عز وجل: الوالي وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها]، قال ابن الأثير: (وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لا ينطبق عليه اسم الولي)[1].

وجاء في معجم مقاييس اللغة أن (ولي): [الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على قرب، ومن الباب الموالى: المعتق والمعتق، والصاحب، والحليف، وابن العم، والناصر، والجار، كل هؤلاء من الولي وهو القرب][2].

ومنه ذكر في الحديث عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر)[3] أي أدنى وأقرب في النسب إلى الموروث[4].

وقد ذكرت الولاية في القرآن في قوله تعالي:﴿ .... **وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ** ﴾البقرة 107، أي مالكم ولي يرعى شئونكم أو ناصر ينصركم غير الله تعالى فهو نعم الناصر والمعين، ويتبين لنا أن المعنى اللغوي الأقرب للولاية هو الناصر والمتولي لشؤون الغير عند الحاجة.

---

[1]) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، نشر أدب الحوزة، إيران، 1405، المجلد 15، ص407,408.

[2]) ابن فارس: أحمد بن فارس ابن زكريا (ت395)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د م ن، د ط، د ت ن، ج6، ص141.

[3]) أخرجه الدار قطني، كتاب الفرائض، رقم الحديث 4000/ 12، سنن الدار القطني علي بن عمرالدارقطني ت (385)، بتحقيق الفتح عادل أحمد عبد الموجود، دار المعرفة، بيروت، ط1 ،1422هـ2001، ج 3، ص 312

[4]) ابن الأثير: مجد الدين أبي السعادات مبارك بن محمد الجزري (ت606)، النهاية في غريب الحديث والأثر، مؤسسة اسماعيليان، إيران، دط ، د ت ن ، ج5، ص229.

ثانيا . حقيقة الولاية اصطلاحا:

لقد تعدّدت تعريفات الفقهاء القدامى والمحدثين لمصطلح الولاية ومنها:

- **تعريف الحنفية للولاية أنها:** [الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى]، تثبت بأربع أسباب قرابة وملك وولاء وإمامة] [1].

تعريف المالكية: وعرف فقهاء المالكية الولاية هي: [الآصرة الموجبة للإرث] [2]،

- **تعريف الولاية عند الشافعية والحنابلة:** لم يذكر فقهاء الشافعية ولا الحنابلة تعريف الولاية عموما بل اقتصر ذكرها في أحكام ولاية التزويج بأن الولاية تنتقل من الأب إلى الولي وذلك بسبب من أسباب الولاية في تولي عقد الزواج.

- **وقد عرفها علي بن محمد الجرجاني:** [هي قيام العبد بالحَّق عند الفناء عن_نفسه] والولاية في الشرع: [تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى][3].

ومن تعريفات المُحْدَثين:

- **تعريف أبي زهرة للولاية:** [هي القدرة على إنشاء العقد نافذا][4].

- **وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بقوله:** [القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد ويسمى متولي العقد هو الولي][5].

- **وعرفها عبد العظيم شرف الدين:** [القدرة على إنشاء العقود نافذة دون توقف على إجازة أحد، فإذا كان العقد متعلقا بشأن من شئون العاقد كتزويجه نفسه، وبيعه ماله كانت ولاية

---

[1]) ابن عابدين: محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار ، دار عالم الكتب ، الرياض، طبعة خاصة، 2003، ج4، ص154.

[2]) وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، وكالة يوم التحر ، الكويت ، ط1، 2006م ، ج 45، ص136

[3]) الجرجاني: علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، (ت.836 هـ) معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د ط، 1413، ص213.

[4]) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دم ن، د ت ن، طبعة الثانية، ص107.

[5]) وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، د ط، (2010)، ج 43، ص 96.

قاصرة، وإذا كان العقد متعلقا بشأن من شئون غيره كتزويجه ابنه وبيع ماله كانت ولاية متعدية] [1] .

والتعريف الأقرب والأوضح للولاية هو تعريف عبد العظيم شرف الدين بقوله: أنه عقد ينتقل للولي شرعا بدون توقف على إذن أحد؛ إذ أنه يخول للولي السلطة على النفس والمال، كتزويجه والتصرف في ماله على الوجه الصحيح ولمصلحته.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من حقيقة الولاية.

* عرفها مصطفى أحمد الزرقا: [قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شئونه الشخصية والمالية][2] .

وعرّفها فقهاء آخرون بأنها: [تنفيذ القول على الغير والإشراف على شئونه والولاية الشرعية على الأشخاص تبدأ منذ ولادتهم][3].

فالولاية من الناحية القانونية هي السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف في مال الغير أو في نفسه بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها في حق هذا الغير وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو من حكم القاضي أو من الغير نفسه.

ومن خلال هذه التعريفات يتبيّن لنا أن الولاية هي سلطة مخولة للولي ويكون الأب أو من يقوم مقامه بالتصرف في شؤون الغير بسبب من الأسباب التي حدّدها الفقهاء.

ولكن لم يعرف المشرع الجزائري الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري إنما اكتفى بذكر بعض أحكامها، حيث نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري أنّه: (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج)[4]، ونصت المادة 11المعدلة من نفس القانون: (تعقد المرأة الراشدة

---

[1]) عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، (2004) ص 327.

[2]) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء1، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية 1425،2004 ه ص843.

[3]) محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، 1431،2010، ص84.

[4]) أضيفت بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره)[1]، ويتولى زواج القصر أولياؤهم ، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا وليّ له.

كما جاءت المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري تقضي بأنه إذا تم الزواج بدون ولي، فإنه يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركنا واحد[2].

من خلال المادتين يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يهمل دور الولاية خصوصا في زواج المرأة فقد ذكر الولي في جميع النصوص القانونية التي تشير إلى دور الولي واعتبره شرطا من شروط عقد الزواج، ولكن لم يعرّف المشرع الجزائري الولاية، وطبقا المادة 222 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية [كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية][3]، فتعريف المشرّع الجزائري للولاية هو نفسه التعريف الفقهي.

المطلب الثاني: أسباب الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

في هذا المطلب سنوضح الأسباب التي تثبت الولاية للأولياء في التزويج، التي ذكرها الفقهاء، وكذلك الأسباب التي ذكرها المشرع الجزائري التي تثبت الولاية.

الفرع الأول: أسباب الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي.

إن الأسباب جمع سبب والسبب في اللغة: [الحبل وكل ما يتوصل به إلى غيره][4]. وسنتطرق إلى ذكر الأسباب الموجبة للولاية من عصبة نسب، أو ما يقوم مقامها مما يتوصل به إلى ثبوت ولاية الولي على غيره وأحقيته بها[5]، وللولاية في الزواج عدة أسباب منها ما هو

---

[1]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم قانون الأسرة الجزائري.

[2]) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 1، ص118.

[3]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم قانون الأسرة الجزائري.

[4]) الرازي: محمد بن أبو بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1976، د ط، ص 119.

[5]) عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 2002، ج2، ص168.

متفق عليه بين العلماء والفقهاء، ومنها ما اختلف فيه عند الفقهاء وهذا ما سنذكره في هذا الفرع.

أولا . الولاية في النكاح بسبب القرابة:

اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية النكاح للعصبات من الأقرباء واختلفوا فيها بالنسبة لذوي الأرحام فذهب جمهور العلماء بأنها لا ولاية لذوي الأرحام لأنها خاصة بالعصبات فقط، وخالفهم المذهب الحنفي بقوله بثبوت الولاية لذوي الأرحام كالأخوال و الخالات والعمات عند عدم وجود العصبات[1]، وروى أبو يوسف و محمد عن أبي حنيفة: [أنه إذا كان هناك عصبة لا تثبت لغير العصبة ولاية الإنكاح ، وإن لم يكن ثمة عصبة؛ فلغير العصبة من القربات من الرجال و النساء؛ نحو الأم و الأخت والخالة ولاية التزويج الأقرب فالأقرب ، إذا كان المزوج ممن يرث المزوج، وهو الرواية المشهورة عن أبي حنيفة رحمه الله][2]

أما عند المالكية من أسباب الولاية في النكاح الأبوة لأنه مزيد من شفقة الأب على القربات يوجب من سداد النظر ما لا يهتدي إليه غالبا [3]، الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الأباء ثم الإخوة للأب والأم ثم الأب فقط ، ثم الأجداد وإن علوا[4].

وعند الشافعية أن من أسباب الولاية القرابة بقوله: [الأبوة، وفي معناها الجدودة، وهي أقوى الأسباب لكمال الشفقة، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة، ويستحب استئذانها][5]، وذكر في مغني المحتاج: [وأحق الأولياء بالتزويج أب ثم جد ثم أبوه ثم أخ لأبوين أو لأب ثم ابنه وإن سفل ثم عم ثم سائر العصبة كالإرث][6].

---

[1]) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ص 224 .

[2]) الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود(587ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقبق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2002،2م1424ه، ص 356.

[3]) القرافي: شهاب دين أحمد بن، الذخيرة، تحقيق محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1994،1م، ج4، ص 217.

[4]) القاضي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط 1، 1415، ج 3، ص28.

[5]) النووي، روضة الطالبين في عمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط3، 1412 ه، ج 7، ص 53.

[6]) الشافعي: أبي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي(676ه)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، ه1997.1418م، ج3، ص 203.

وكذلك القرابة عند الحنابلة سبب من أسباب الولاية وجاء في المغني: [وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ثم أبوه وإن علا ثم ابنها وابنه وإن سفل ثم أخوها لأبيها وأمها] ومعنى ذلك أن الأب أولى الناس بتزويج الحرة ولا ولاية لأحد معه، ثم يأتي الجد فهو أحق بالولاية بعد الأب ثم الابن أحق بالولاية ثم التزويج عند عدم وجود الأب وآباؤه[1].

ثانيا . الولاية في النكاح بسبب الولاء :

*الولاء سبب من أسباب الولاية في النكاح ولم يختلف العلماء في مشروعيته، وأن من أعتق شخصا ثبت له ولاؤه في الإرث والنكاح، وذلك بشرط ألا يكون للمنعم عليه بالعتق ولي من النسب[2].

*وهي الصلة بين السيد ومن أعتقه من عبيده، فإذا لم يكن للعتيق عصبة من النسب كان سيده الذي أعتقه وعصبته أحق بتزويجه، فالعتق ينشئ صلة بين السيد ومن أعتقه من عبيده تشبه صلة القرابة[3].

*فمن أسباب ثبوت الولاية في النكاح الولاء، لقوله صلى الله وعليه وسلم: (الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب)[4]، وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الولاء سبب من أسباب الولاية، فقد جاء في بدائع الصنائع الكساني: [ولاية ولاء العتاقة نوعان ، ولاية حتم و إيجاب، وولاية ندب واستحباب، وشرط ثبوت هذه الولاية وهو أن لا يكون للمعتق عصبة من جهة القرابة، فإن كان فلا ولاية للمعتق لأنه لا ولاء له، لأن مولى العتاقة أخر العصبات][5], وذكر في مختصر ابن الحاجب:[بعد عصبة النسب تنتقل الولاية إلى المولى الأعلى، وهو

---

[1]) ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق عبد الله بن الحسن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، (1986)، ج 9، ص 357.355.

[2]) عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 162.

[3]) عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، الطبعة الأولى، ص338.

[4]) أخرجه البيهقي(ت458)، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكا له، رقم الحديث: 21433.السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م، ج10، ص 494.

[5]) الكساني: علاء الدين أبي بكر بن مسعود(ت587)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003 م، ج3، ص376.

من له العتاقة][1]، وقد جاء في مغني المحتاج للشافعي قوله: [فإن لم يوجد نسيب زوج المعتق ثم عصبته كالإرث] و المعتق و هو من له الولاء فيشمل عصبته [2].

وذكر في المغني قوله: [ثم المولى المنعم، ثم أقرب عصبته] فإذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها، أن مولاها يزوجها][3].

ثالثا . الولاية في النكاح بسبب السلطان:

ولاية السلطان من الأسباب المتفق عليها، لثبوت الولاية له عند أهل العلم فتثبت ولايته على كل من لا ولي له، فتمنح له ولاية عامة على النفس والمال، ومن أدلة ثبوت ولايته في النكاح، قوله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي والسلطان ولي من لا ولي لها)[4].

وقال الدسوقي في كتابه: [إلا وزوجها القاضي] و المقصود أن السلطان يزوج البالغة أو الغير بالغة ولو لم تأذن بالقول و تزوج إذا خيف عليها الضيعة أو عدمت النفقة، وقال ابن الحارث: [جواز تزويج الحاكم لها إذا كانت بالغا وإلا فلا يزوجها مالم يخف عليها الفساد وإلا زوجها] [5].

وجاء في الروضة الشافعي: [يزوج السلطان بالولاية العامة البوالغ ولا يزوج الصغار، والسلطان يزوج في مواضع أحدها: عدم الولي الخاص وعند غيبته، عند إرادته تزويجها لنفسه، وعند عضل وليها بقرابة أو إعتاق] [6].

---

[1]) خليل بن إسحاق المالكي (ت776)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2011م، ج3، ص 334.

[2]) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، (1997)، ج3، ص 204.

[3]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 360.

[4]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم :13608, السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003، ج7، ص172.

[5]) الدسوقي: شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د م ن ، ج 2، ص 229.

[6]) النووي، مرجع سابق، ص 58.

رابعا . الولاية في النكاح بسبب الكفالة

إن استحقاق الولاية على المرأة في النكاح بسبب الكفالة محل خلاف، ولم يقل بها سوى المالكية، ولكن يشترط ألا يكون للمرأة ولي من النسب أو ولاء أو سلطان فلا ولاية لكافل مع نسب، فثبوت ولاية الكافل لضرورة القيام بمصالح المكفول وحمايته.

وقال محمد الدسوقي في كتابه: [والمقصود بالمكفولة من مات أبوها أو غاب أهلها وحاصله أن البنت إذا مات أبوها وغاب أهلها وكفلها رجل أي قام بأمورها حتى بلغت عنده سواء كان مستحقا لحضانتها شرعا أو كان أجنبيا فإنه يثبت له الولاية عليها ويزوجها بإذنها][1].

خامسا . الولاية في النكاح بسبب الإسلام:

تثبت الولاية بسبب الإسلام وهو قول المالكية فالولاية عند مالك نوعان ولاية خاصة تثبت بالنسب أو ولاية عامة التي تثبت بالإسلام، وشرط ثبوتها ألا يكون للمرأة ولي خاص من نسب أو ولاء.

وتثبت الولاية بسبب الإسلام لقوله تعالى:﴿ **وَالْمُومِنُونَ وَالْمُومِنٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْض** ﴾[سورة التوبة:71]، جاء في الذخيرة: [إذا وكلت الدنية كالمعتقة والمسكينة أجنبيا في بلد ليس فيه سلطان، أو فيه لكن يعسر وصولها إليه، ولا ولي لها جاز][2].

سادسا . الولاية في النكاح بسبب الوكالة

الوكالة عقد شرعي، والوكيل هو من يستنيب الولي في تزويج موليته في حياته فيقوم مقام الولي فيما وكل فيه في حضرة الولي وغيابه ويثبت له ما يثبت للولي من الإجبار أو عدمه[3]، وذهب الجمهور إلى صحة الولاية في الزواج بالتوكيل ولم يخالفهم في ذلك إلا قول من أحد قولين للشافعية أنها لا تصح بالوكالة، ولكن الراجح ثبوت الولاية في النكاح بسبب الوكالة.

---

[1]) الدسوقي، المرجع نفسه، ص 225.

[2]) القرافي، المرجع سابق، ص 240.

[3])عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص 181

تثبت الولاية بالتوكيل عند الحنفية فقد جاء في فتح القدير: [أن الوكالة نوعا من الولاية إذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولي على نفسه أو غيره من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه][1].

والتوكيل في النكاح عند المالكية جائز فقد ورد في كتاب المعونة: [التوكيل في عقد النكاح جائز، لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كسائر عقود المعاوضة، فإن سمي له امرأة بعينها وسمي صداقها جاز كتوكيله إياه على شراء سلعة بعينها بثمن معلوم فيجوز، وإن أطلق الوكالة جاز إذا زوجه من يشبه أن تكون من نسائه ولا يلزمه من لا تشبه أن تكون من نسائه لأن إطلاق الوكالة يقتضي نساء المثل كما يقتضي في البيع ثمن المثل][2].

وقد قال النووي في كتابه: [التوكيل بالتزويج جائز، فإن كان الولي مجبرا فله التوكيل بغير إذنها على الصحيح، وقيل يشترط إذنها حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد، فعلى هذا إن كانت صغيرة امتنع التوكل][3].

وتصح الولاية بالوكالة في المذهب الحنبلي فقد جاء في كشاف القناع: [ووكيل كل واحد من الأولياء مجبرا كان أو غيره يقوم مقامه وإن كان الولي حاضرا لأنه عقد معاوضة، فجاز التوكيل فيه كالبيع، وقياسا على توكيل الزوج][4].

سابعا . الولاية في النكاح بسبب الوصية:

الوصية من الأسباب الموجبة للولاية ولقد اختلف العلماء في مشروعية الولاية بالوصية، فالشافعية والحنفية وقول عن الإمام أحمد رحمهم الله لا يجيزون للوصي الولاية وخالفهم مالك وأظهر الروايتين المشهورتين عن الإمام أحمد رحمهما الله أن ولاية الوصية

---

[1]) ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد (861ه)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م1424ه،ج3، ص295.

[2]) القاضي عبد الوهاب البغدادي (422ه)، المعونة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د ط: د ت ن، ج1، ص 749.

[3]) النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412. 1991م، ص 72.

[4]) البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط ، 1983ه ، ج5، ص56.

تجوز في النكاح، فيجوز للولي تولي تزويج المرأة وحماية مصالحها وتزويجها بالكفء، جاء في كشاف القناع قوله: [تستفاد ولاية النكاح بالوصية إذ نص له على التزويج، مجبرا كان الولي كأب أو غير مجبر كأخ][1] ،وقال في المدونة: [قال مالك لا نكاح للأولياء مع الوصي والوصي ووصي الوصي أولى من الأولياء] [2].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أسباب الولاية في النكاح.

أولا . الولاية في النكاح بسبب القرابة:

نص المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة رقم 11-84 قبل التعديل (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له)، فيتبيّن لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر القرابة لاعتبار أن الولاية لا تصح إلا بأسباب وأولها القرابة.

كما يرى بلحاج العربي: [معنى الأقربون هنا: الابن، وصي الأب، فالأخ فابن الأخ، فالجد لأب، فالأقربون، فالولي تكون له الولاية على شخص القاصر دون ماله باستثناء الأب، فإن له الولاية على النفس والمال معا بينما الوصي والمقدم تكون ولايتهما على مال القاصر دون شخصه كقاعدة عامة، وتنتهي الولاية على النفس بالبلوغ، وأما الولاية على المال بالرشد القانوني] [3].

ولقد عدلت المادة 11 بالأمر 05-02 وأصبحت تنص على أنه:(تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7). فقد اتجه المشرع من خلال التعديل الجديد إلى اعتبار الولاية أمرا شكليا، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، ولها أن تباشره بنفسها متى كانت راشدة أي بلغت (19) سنة، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة، فقد استبدل المشرع معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة

[1]) البهوتي، مرجع سابق، ص 58.

[2]) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، د ط، ج4، ص 16.

[3]) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، (2013)، ص411.

في نص المادة 11 العطف على الأب"أو"التي تفيد التخيير لا الترتيب، فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان لهذه المرأة أب أو أخ أو أي قريب أخر[1].

ثانيا . الولاية في النكاح بسبب القضاء:

جاء في المادة11 من قانون الأسرة رقم 84–11:"يتولى زواج المرأة وليها...والقاضي ولي من لا ولي له"، ويفهم من هذه المادة أن القضاء سبب من أسباب الولاية إذ لم يكن للمرأة ولي قريب جاز للقاضي تولي الولاية في تزويج المرأة[2].

أما الذي جاء بعد تعديل قانون الأسرة، فإن المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من نص المادة 11 لم يشر إلى أن القاضي ولي المرأة الراشدة التي لا ولي لها كما كان في السابق، ونص بعد التعديل في المادة 11 من الأمر 05–02 في فقرتها الثانية دون الإخلال بأحكام المادة 7: (يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له) والمقصود من هذه المادة أنه حصر القاضي في تزويج القاصر الصغيرة عند عدم وجود الأولياء.

ثالثا . الولاية في النكاح بسبب الوصية:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل في المادة 92: (يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية)[3]، فالوصي سبب من أسباب الولاية إذ يقوم بمراعاة شؤون وصيه ما لم يبلغ سن الرشد.

ويعين الوصي من قبل المحكمة ليتولى القيام بمهمة معينة تخص القاصر ومع ضرورة عدم تجاوز المهمة الممنوحة له وهذا في المادة 95: (للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88/89/90)، والمادة 90 من قانون الأسرة الجزائري تنص على: (إذا

---

[1]) أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، رسالة الماجستير في القانون، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق 2009/2008، ص47.

[2]) عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص97.

[3]) قانون الأسرة، الكتاب الثاني، الفصل الثالث،2007، ص13.

تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة)[1], ومن هنا يتضح لنا أن الوصي سبب من أسباب ثبوت الولاية على القاصر عند المشرع الجزائري.

رابعا . الولاية في النكاح بسبب الكفالة:

نص المشرع الجزائري في المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري: (الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام ولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي)، ونصت المادة 118 من نفس القانون: (يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته) [2].

من خلال أحكام الكفالة التي وردت في قانون الأسرة الجزائري يظهر أن الكافل تثبت له ولاية التزويج على المكفول المستمدة من الولاية القانونية، وباعتبار أن الزواج من الشؤون الواجبة للرعاية بأن يتولى الكافل عقد زواج المكفول القاصر والقيام بذلك كقيام الأب بابنه، إذا كان في ذلك مصلحة له [3].

خامسا . الولاية في النكاح بسبب الوكالة:

نص المشرع الجزائري قبل التعديل بالتوكيل في الزواج ولكن ألغي بعد ذلك، قال الدكتور بلحاج العربي: [والحقيقة أنه رغم وجود فائدة طفيفة للزواج بالتوكيل و خاصة في حالة غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب قاهرة، إلا أن مفهوم الوكالة لا ينسجم كثيرا مع طبيعة عقد الزواج ونظامه القانوني] [4].

ويعد عقد الوكالة من العقود التبرعية، حيث تصت المادة 571 من الأمر 75– 58: (الوكالة و الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر بالقيام بعمل شيء لحساب الموكل

---

[1]) مقراني وردة، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، (2016)، ص 46.

[2]) قانون الأسرة، الكتاب الثاني، الفصل السابع، ص114.

[3]) شيباني عبد الله لمرجع السابق، ص100.

[4]) أحمد عبدو، الوكالة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء و الإبقاء، مجلة دائرة البحوث و الدراسات و القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، ، (2023)، ص 281.

وباسمه)، ونستنتج من خلال هذه المادة أن الوكالة و النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل للقيام بتصرف قانوني، ومن خصائص الوكالة أنه عقد رضائي تبرعي ملزم لطرفي العقد[1].

[1]) حرمة عبد الله ، المسؤولية القانونية للوكيل في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة أدرار، (2020)، ص5.

المبحث الثاني:

شروط الولي في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منه.

ويتضمن مطلبين.

المطلب الأول:

شروط الولي المتفق عليها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها

المطلب الثاني:

شروط الولي المختلف فيها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها

تمهيد:

المقصود بشروط الولاية في عقد الزواج، هي الصفات التي يجب أن تتوفر في الشخص المتمثل في الولي حتى تمنح له مسؤولية الولاية، أو الصفات المطلوبة في كل ولي حتى تكون تصرفاته صحيحة في العقد الذي يتولاه، فلابد من توفر جملة من الشروط في الولي حتى تصح ولايته وقد فصل الفقهاء هذه الشروط فاتفقوا في بعضها، واختلفوا في البعض الآخر وهو ما يتم التطرق له ضمن هذا المطلب، وذلك بيان الشروط المتفق عليها ثم الشروط المختلف فيه.

المطلب الأول: شروط الولي المتفق عليها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

الفرع الأول: شروط الولي المتفق عليها في الفقه الإسلامي.

أولا – اتحاد الدين:(الإسلام)

اتفقت المذاهب الأربعة: الحنفية [1]، المالكية[2] ، الشافعية[3] ، الحنابلة[4] ، " أنه لا يجوز أن يكون ولي المسلمة كافرا "، حيث أن الحنفية يعتبر الإسلام أو اتحاد الدين أهم الشرط ، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم كما لا ولاية لمسلم على غيره ممن اختلفت دياناته ، لأن الزواج في الشريعة الإسلامية عقد ديني تترتب عليه نتائج بالغة الأهمية ، تتعدى أثارها نطاق الزوجية إلى المجتمع .

أما المالكية: حيث يعتبرون أن الإسلام شرط في خصوص المسلمة، فلا يصح أن يتولى عقد نكاحها كافر، ولوكان أبوها لقوله تعالى:﴿ **وَلَنْ يَّجْعَلَ اللهَ لِلْكَافِرِيَن سَبِيلاً**ۧ﴾[سورة النساء: 141]،وأما الكافرة الكتابية يتزوجها مسلم ، فإنه يجوز لأبيها كافر أن يعقد لما عليه لقوله تعالى:﴿**والذِينَ كَفَرُوا بعضهم أَوْلِيَاءُ بَعَضْ**﴾[سورة: الانفال73].

قال الشافعي ولا يكون الكافر وليا لمسلمة وان كانت ابنته، قد زوج ابن سعيد بن العاص النبي صلى الله عليه وسلم حبيبة، وأبو سفيان حي لأنها كانت مسلمة وابن سعيد مسلم، لأن الله تبارك وتعالى قطع الموالاة بين المسلمين والمشركين والمواريث، لقوله تعالى:﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالمُؤْمِنَاتُ أَوْلِياءُ بَعَضِ**﴾[سورة التوبة: 71] أي أن الكافر ليس بناصر لها لاختلاف الدين فلا يكون وليا ، وكذا أيضا لا يجوز أن يكون المسلم وليا لكافرة لقوله تعالى :﴿ **لاَ تَتَّخِذُواْ اَلْيَهُودَ وَالنَصَارىّ أَوْلِيَاءُ بَعْضِ**﴾[سورة المائدة: 51].

---

[1]) السرخسي: لشمس الدين، المبسوط، حققه مجموعة من العلماء الأفاضل، (د د ن، د ط)، ج 5، ص 224.

[2]) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ط3، ج3، ص 226و227.

[3]) تقي الدين أبي بكر محمد الحصني الدمشقي، (ت: 752ه)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، حققه عبد الله بن سميط، مؤسسة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د ط، ص480.

[4]) بن قدامة: محمد عبد الله بن أحمد الحنبلي، (ت: 541ه)، المغني، حققه عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، ج 9، ص 299.

أما بالنسبة المذهب الحنبلي حكى البعض منه أنه لا ولاية لكافر على مسلمة، وسواء كان أبا أم غيره، وهو المنصوص عند الإمام أحمد رحمه الله، كما أن الله تعالى قطع الولاية في كتابه بين المؤمنين والكافرين، وأوجب البراءة منهم وأثبتت الولاية بين المسلمين، قال الله تعالى﴿ وَلَنْ **يَجْعَلْ الله لِلْكَافِرِينَ على المُؤْمِنِينَ سَبيلاً** ﴾[سورة النساء:141] وولاية الكافر على المسلمة نوع من هذا السبيل المنفي شرعا.

ثانيا– التكليف أو (كمال الأهلية):

اتفقت المذاهب الأربعة: الحنفية[1]والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] أنه لا يجوز لصبي أو المجنون وليين.

1 . ذهب **المذهب الحنفي** إلى القول بأنه إذا لم يوجد العقل في الولي لم تثبت لهم الولاية، قال الكاساني [لا يجوز الانكاح من المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا من الصبي العاقل، لان هؤلاء ليسوا من أهل الولاية، لان أهلية الولاية من بالقدرة على تحصيل النظر في حق المولى عليه وذلك بكمال الرأي والعقل][5].

2 . المذهب المالكي:

فلا يصح العقد من صبي لعدم أهليته

وكذلك لا يصح من مجنون ومعتوه

فإن المالكية يرون أن السفيه إن كان صاحب رأي فإن عقده على موليته يمضي خير أن يستحب له استئذان وليه، اما إذا كان السفيه ضعيف الرأي فإنه لا يعقد ويفسخ إذا عقد، أي الولاية لم تثبت له في هذه الحالة[6] .

---

1) الكاساني: الإمام علاء الدين أبو بكر (ت:587ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، حققه الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ج 3، ص 34

[2]) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 226و227.

[3]) تقي الدين أبي بكر محمد الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المرجع السابق، ص 480.

[4]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 300.

1) الكاساني: الإمام علاء الدين أبو بكر (ت:587ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، حققه الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ج 3، ص 34

[6]) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي، المرجع السابق، ص 226و227.

3 . أما بالنسبة إلى **المذهب الشافعي** فلا يجوز أن يكون الصبي والمجنون وليين، لأنه مولي عليهما لاختلال نظرهما في مصلحتهما، ثم هذا في المجنون المطبق، أما المنقطع ففيه خلاف، والصحيح أيضا: أنه كالمطبق، فعلى هذا: تنتقل الولاية إلى الأبعد لا إلى القاضي، ويزوج يوم جنونه دون يوم إفاقته وأن اختلال العقل لهرم أو خبل جبلي أو عارض يمنع الولاية أيضا، وينقلها إلى الأبعد، وكذا الحجر بالسفه على المذهب لاختلال نظره في حق نفسه، فغيره أولى، ولهذا ولي عليه، فأشبه الصبي، وفي معنى ذلك: كثرة الأسقام والألآم الشاغلة عن معرفة مواضع النظر و المصلحة، فتنتقل الولاية إلى الأبعد، نص عليه الشافعي رضي الله عنه وتبعه أصحابه رضي الله عنهم[1].

4 . **المذهب الحنبلي:** حيث يرى ابن قدامة: [من لاعقل له لا يمكنه النظر ويلي نفسه، فغيره أولى وسواء في هذا من لاعقل له لصغره كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند، فالشيخ الذي ضعف لكبره، لا يعرف موضع الخطر للمولى عليه ولا ولاية له][2].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شروط الولي المتفق عليها.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الشروط الواجب توفرها في الولي الذي عقد زواج موليته، وطبقا المادة 222 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النص فيجب الأخذ بالشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة[3].

المطلب الثاني: شروط الولي المختلف فيها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

الفرع الأول: شروط الولي المختلف فيها في الفقه الإسلامي.

أولا–الذكورة: وقع الخلاف بين جمهور الفقهاء، والأحناف في اعتبار الذكورة شرطا للولاية

[1]) تقي الدين أبو بكر محمد الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المرجع السابق، ص 480.

[2]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 300.

[3]) الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن القانون الأسرة المعدل.

من عدمه، فذهب جمهور العلماء [المالكية[1]، الشافعية[2]، الحنابلة[3]] إلى القول باشتراط الذكورة في الولي، إذ لا يمكن للمرأة أن تتولى زواج غيرها طالما أنها غير قادرة على تولي زواجها بنفسها، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، أما الأحناف، فلم يشرطوا الذكورة في الولي، إذ يمكن للمرأة في مذهبهم أن تتولى زواج غيرها بطريق الوكالة أو النيابة، تماما مثلما تتولى زواج نفسها، ومحل الخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية هو المرأة البالغة العاقلة، أما من فقدت البلوغ أو العقل، فلا يجوز لها مباشرة العقد، فاتفق الفقهاء على أن الولي هنا الذي يزوج ويتولى إبرام العقد[4].

ثانيا– العدالة: انقسم الفقهاء بشأن هذا الشرط إلى فريقين.

1 . الفريق الأول: ذهب الشافعية [5]والحنابلة [6]إلى القول بشرطية العدالة، لحديث لقوله النبي صلى الله عليه وسلم [لانكاح إلا بولي مرشد][7] وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد، لان الفاسق قد يزوج المرأة ممن لا تتوافر فيه العدالة وهذا مخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [إذا أتاكم من ترضوه خلقه فزوجوه، ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، قالوا يا رسول الله، وإن كان فيه، قال إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه – قالها ثلاث مرات] واستثني القائلون بها السلطان وولي الأمة.

---

[1]) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ج 3، ص 226.

[2]) تقي الدين أبي بكر: (ت: 752)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، حققه عبد الله ابن سميط، مؤسسة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 5، ص 481.

[3]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 300و301.

[4]) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 5 ، ص44.

[5]) تقي الدين أبي بكر محمد الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المرجع نفسه، 480و481.

[6]) بن قدامة، المغني، المرجع نفسه، ص 299.

[7]) أخرجه البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، رقم الحديث 21/ 3، ص 200.

2-الفريق الثاني: ذهب الأحناف[1]، والمالكية[2] إلى القول بعدم شرطية العدالة للولاية في الزواج، وحجتهم في ذلك أن الفسق لا يمنع من وجود الشفقة ورعاية المصلحة، ولم يثبت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، ومن بعده أن منع الفاسق من تزويج من هي في ولايته.

ثالثا-الرشد: انقسم الفقهاء إلى فريقين :

الفريق الأول: ذهب الشافعية[3] والحنابلة[4] إلى القول باشتراط الرشد في ولاية التزويج، إذ لا يمكن للسفيه أن يكون وليا على غيره، طالما أنه لا يمكن أن يكون وليا على نفسه، واشتراط الشافعية في ذلك أن يكون السفيه محجورا عليه، فإن لم يكن كذلك، فلا حرج في تزويج غيره، ورغم اتفاق المذهب الشافعي والحنبلي على اعتبار الرشد من شروط الولي، إلا أن الاختلاف وقع في تفسير معنى الرشد، فالرشد عند الحنابلة معرفة الكفاءة ومصالح النكاح وليس فقط المال، أما عند الشافعية، فالرشد عدم تبذير المال.

الفريق الثاني: أما الأحناف[5]و والمالكية[6] ، فذهبوا مذهبا مغايرا ، إذ يصح للسفيه عندهم أن يتولى زواج غيره وإن كان محجورا عليه ، وفصل المالكية في المسألة بقول استحباب أن يكون هذا التزويج بإذن من المولى عليها ، وإذن من وليه ، وأضاف المالكية دون غيرهم من المذاهب شرطين آخرين هما : عدم إحرام الولي بحج أو عمرة ، وعدم الإكراه ، فلا يصح للمكره تولي زواج غيره .

رابعا. عدم الإحرام:

ومعنى هذا الشرط أنه لا يصح للولي تزويج موليته، ما دام محرما بحج أو عمرة أو بهما معا، وليس معناه أن إحرام الولي سالب لحقه في الولاية كما هو الشأن في سائر ما تقدم من الشرط.

---

[1]) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 44.

[2]) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص 227.

[3]) تقي الدين أبي بكر محمد الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، المرجع السابق، 481.

[4]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 300.

[5]) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص44.

[6]) الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص227.

وللعلماء في هذا الشأن مذهبان مشهوران:

***المذهب الأول:** أنه لا يصح للمحرم أن يعقد النكاح لنفسه ولا لغيره، ولا أن يعقد له مطلقا وهذا مذهب الجمهور، ومنهم الأئمة الثلاثة: مالك[1] والشافعي[2] وأحمد[3].

قال ابن قدامة رحمه الله: روي ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، وبه قال السعيد بن المسيب وسلمان بن اليسار والأوزاعي ومالك والشافعي.

***المذهب الثاني:** أن الإحرام لا يمنع النكاح مطلقا، أي عكس الأول, وإليه ذهب أبو حنيفة[4]، وأصحابه والثوري وغيرهم، وهو مروي عن عباس رضي الله عنهما.

ويستمر المنع إلى تمام الإحلال بالرمي والطواف في الحج والعمرة، وكما لا يجوز للولي تولي العقد، اثناء الإحرام فلا يجوز له توكيل من يتولى عنه، فإن عقد وهو محرم فسخ العقد، وإن تباعد جاز نكاحها.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شروط الولي المختلف فيها.

لم ينص المشرع الجزائري علي شروط الولي المختلف فيها، ولكن بالعودة إلي نص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[5]، نستنتج هذه المادة تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة في حالة غياب نص قانوني في موضوع ما، ولذلك يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص شروط الولي في عقد الزواج من ذكورة ورشد، وخلو من الإحرام عدالة.

---

[1]) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ج3، ص 227.

[2]) تقي الدين أبي بكر(ت752)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، حققه عبد الله بن سميط، مؤسسة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط5، ص481.

[3]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج9، 329.

[4]) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق،ج5، ص44، 45.

[5]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن القانون الأسرة المعدل.

المبحث الثالث:

أهمية الولاية في الزواج وأقسامها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

ويتضمن مطلبان:

المطلب الأول:

أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

المطلب الثاني:

أقسام الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

تمهيد:

سوف نتطرق في هذا المبحث للولاية في الزواج من خلال ذكر أهميتها وأقسامها، ولهذا قسمنا المبحث إلى المطلبين: المطلب الأول أهمية الولاية في الزواج وموقف المشرع الجزائري منها، والمطلب الثاني: أقسام الولاية وموقف المشرع الجزائري منها.

المطلب الأول: أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

الفرع الأول: أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي[1]: لها فوائد وغابات جمّة ومنها:

أولا . مراعاة مصلحة المرأة ببذل النصح لها ودلالتها على ما ينفعها.

ثانيا . تجنيب المرأة مخاطر المجازفة والتسرع لقلة خبرتها بأمر الرجال فتقع ضحية العاطفة او الخداع

ثالثا . إعطاء عناية كبرى للزواج.

رابعا . إشراك المرأة في أسرتها في الرأي والمشورة تفاديا للسلبيات المتوقعة في بيت الزوجية فيكون الجميع عونا لها وحاميا ومدافعا عنها.

خامسا . تمتين جانب المرأة في أسرتها الجديدة ليكون اولياؤها لها سندا لها مع نشوب أي اختلاف لان عادة الناس جرت على استهلال إيذاء من لا مدافع له.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أهمية الولاية.

لم ينص المشرع الجزائري على أهمية الولاية، وبالعودة إلي نص_المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تنص على [أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية][2]، بمعنى أن الشريعة الإسلامية تعتبر المرجع الاحتياطي الأول لقاضي شؤون الأسرة في حال لم يجد نصوصا قانونية يطبقها في القضية المطروحة أمامه.

المطلب الثاني: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.

سنتطرق في هذا المطلب إلى تقسيمات الفقهاء للولاية وبيان موقف المشرع الجزائري منها.

الفرع الأول: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي.

لقد قسّم العلماء الولاية إلى أقسام متعدّدة باعتبارات مختلفة وهي:

أولا . أقسام الولاية من حيث العموم والخصوص: قسمان:

[1]) المسعود جمادي، فقه الأسرة، محاضرات سنة ثانية ، شريعة ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، ص 22.

[2]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن القانون الأسرة المعدل.

ذكر تقسيم الولاية من حيث العموم والخصوص في المعونة بقوله[1] :

1. الولاية العامة: فالولاية العامة تقوم على الدين والأصل في ثبوتها قوله تعالى:

﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ**﴾[المائدة: 51]

2. الولاية الخاصة: وهي الولاية بالنسب، وولاية بالحكم، والولاية بالنسب مقدمة عن الولاية بالحكم.

ثانيا . أقسام الولاية من حيث القصور والتعدية: قسمان:

الولاية تنقسم إلى قسمين من حيث القصور و التعدية، كما ذكرها عبد الرحمان الصابوني في كتابه[2] :

1. الولاية القاصرة: هي الأهلية التي يملك بها الراشد الحق في تزويج نفسه بمن يشاء وبالمهر الذي يريده دون توقف على إجازة أحد.

2. الولاية المتعدية: والولاية المتعدية هي قدرة العاقد على إنشاء العقد نيابة عن غيره بحكم الشرع، وتنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين ولاية على المال وولاية على النفس.

ثالثا . أقسام الولاية من حيث نوعية التعدية:

تنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين والتي ذكرها حافظ محمد أنور في كتابه[3] :

1. الولاية المتعدية على المال: وهي سلطة شرعية تمكن صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات الخاصة بالمال وتنفيذها، ويشمل كل ما يتعلق بأموال المولى عليه من حقوقه على الغير وحقوق الغير عليه، فيلزم الولي حفظ مال موليه من الضياع والهلاك.

2. الولاية المتعدية على النفس: تثبت الولاية على النفس بالإشراف على مصالح المولى عليه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه وهي تتنوع إلى ثلاثة أنواع، ولاية الحضانة وهي ولاية الحفظ والرعاية، وولاية الكفالة وهي ولاية التربية والتعليم، وولاية التزويج فالولي على النفس يتولى تزويج المولى عليه بناء على ما أعطاه الشرع من صلاحية ذلك وحق التصرف فيه.

---

[1]) القاضي عبد الوهاب البغدادي، مرجع سابق، ص729.

[2]) عبد الرحمان الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، دار القلم، الإمارات، ط2، 1421ه .2000م، ص 210.

[3]) حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية، الرياض، ط1، 1420 ه، ص33.

رابعا . أقسام الولاية من حيث الأصالة والنيابة:

ذكر بدران أبو العينين بدران أن الولاية المتعدية قسمان[1] وهي:

1. الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت للأب الشرعي والجد الصحيح على الصغير ومن في حكمه، فتثبت لهم الولاية شرعا على أولادهم بمجرد ولايتهم، ولا يملك أحدهما التنازل عنها، وتستمر هذه الولاية حتى يزول سببها، وهو الصغر.

2. الولاية النيابية: والولاية النيابية هي الولاية المستمدة من الغير، بإنابة شخص كالوصي الذي يعينه الأب والجد الذي ينوب عن تصرفات الصغير والوكيل، وكولاية القاضي والسلطان، وبالولاية النيابية تثبت للوصي والقاضي الولاية.

خامسا . أقسام الولاية من حيث الاختيار والإجبار:

والولاية من حيث الإجبار والاختيار قسمان[2] :

1. ولاية الاختيار: ولاية الاختيار هي التي تخول للولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد، ولكن الفقهاء اختلفوا في تسميتها، فالحنفية في الراجح من مذهبهم يسمونها ولاية ندب واستحباب، ويسميها المالكية ولاية اختيار بحيث لا جبر فيها، ويسميها الشافعية ولاية شركة لاشتراكهما في اختيار الزوج.

2. ولاية الإجبار: وهي التي تخول لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه.

الفرع الثاني: أقسام الولاية عند المشرع الجزائري.

أولا . أقسام الولاية من حيث العموم والخصوص عند المشرّع الجزائري:

1. الولاية العامة عند المشرّع الجزائري: الولاية العامة تثبت للقاضي والسلطان عند عدم وجود ولي قريب للقيام بشؤون القاصر ومصالحه وفق سلطته التقديرية، فقد أثبت المشرع الجزائري الولاية للقاضي، وذلك من خلال المادة 11 من الأمر 05 – 02 (دون الإخلال

---

[1]) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت ، د ط ، د ت ن ، ص 453.

[2]) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعة، بيروت، الطبعة 4، 1983ه، ص294.293.

بأحكام المادة 7 وهي (يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له)، ففي هذه المادة أشار المشرع الجزائري أن للقاضي ولاية عامة على القاصر.

2. الولاية الخاصة عند المشرّع الجزائري: الولاية الخاصة وهي التي تثبت لأشخاص معينين للقيام بشؤون عديم الأهلية و ناقصها، وهي سلطة شرعية، ففي المادة87 المعدلة بالأمر 05–02 من ق أ ج على أنه (يكون الأب وليا على أولاده القصر، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد)[1]، فالملاحظ أن المشرع الجزائري و بالرغم من كون الأب حيا، إلا أنه منح الولاية للأم على أبنائها القاصرين، وحاول المشرع تبرير ذلك إلى الضرورة الحتمية لحاجة الأولاد القصر لمن يتولى شؤونهم وأمورهم الإدارية و المدرسية، في حالة عدم قدرة قيام الأب بها لمانع مؤقت[2].

ثانيا . أقسام الولاية من حيث القصور والتعدية عند المشرّع الجزائري:

1. الولاية القاصرة عند المشرّع الجزائري: وتثبت الولاية القاصرة بالأهلية والقدرة على إنشاء التصرفات القانونية كما في ولاية التزويج نصت عليها المادة 11المعدلة بموجب الأمر 05 – 02من ق ج أنه: (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره) والمقصود من هذه المادة أن للمرأة الراشدة أن تبرم عقد زوجها بنفسها، فالولاية حق للمرأة، ولا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها، فهي لا تباشر العقد ولكن تفوض الولي أن يعقد عليها [3].

2. الولاية المتعدية عند المشرّع الجزائري: هي الولاية التي تنتقل من الأب أو الجد إلى الأولياء الذين حددهم القانون حيث جاء في المادة 92 من ق أ ج: (يجوز للأب أو الجد

---

[1]) عدلت بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2]) إيمان حيدوسي، ولاية الأم على أبنائها القصر، مجلة العلوم الإنسانية، قسنطينة1الجزائر، المجلد أ، العدد 50، 2018، ص334.

[3]) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ص120.

تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة86).

ثالثا . أقسام الولاية من حيث نوعية التعدية عند المشرّع الجزائري:

1. الولاية المتعدية على المال عند المشرّع الجزائري: وقد نص على هذه الولاية في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري: (على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام)، والمقصود من هذه المادة أن المشرع أوجب للولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، أن يصون أمواله وألا يبذرها.

2. الولاية المتعدية على النفس عند المشرّع الجزائري: وهي الولاية التي تنتقل إلى الغير بسبب من الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري، كالحضانة فقد جاء في المادة 62من ق أ ج على أنها: (الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا), من خلال هذا التعريف يبين لنا أن المحضون يحتاج إلى رعاية صحية وخلقية و تربوية، لذا يتعين على المحكمة عندما تقرر فك الرابطة الزوجية تفصل في حق الحضانة، أن تراعى كل هذه العناصر التي ذكرها ق أ ج و أن تراعى مصلحته الحقيقية التي يجب أن توفر له طيلة مدة الحضانة [1].

رابعا . أقسام الولاية من حيث الأصالة والنيابة عند المشرّع الجزائري:

1. الولاية الأصلية عند المشرّع الجزائري: والولاية الأصلية هي الولاية التي تثبت للولي ابتداء بسبب شرعي على أولاده، نص المشرع الجزائري في المادة 11من ق أ ج بالأمر 02 – 05: (دون الإخلال بأحكام المادة 7، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له)، ومفهوم المادة أن الولاية على الصغار تكون أولا للأب أو الجد ثم تنتقل للأولياء الآخرين في حال عدم وجود الأب.

[1]) عينار فاطيمة، أحكام الحضانة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في لحقوق، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو، 2012، ص7.

2. الولاية النيابية على النفس عند المشرّع الجزائري: وهي الولاية الممنوحة للوصي أو القاضي قد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 116من ق أ ج بأنها: (التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي) 81 ق أ ج : (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، أو عته ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون)

خامسا . أقسام الولاية من حيث الإجبار والاختيار عند المشرّع الجزائري:

1. ولاية الإجبار عند المشرّع الجزائري:

أ . موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار قبل التعديل:

لقد تكلّم المشرّع الجزائري عن ولاية الإجبار على الزواج قبل التعديل ومنع الولي في المادة 13 من إجبار من في ولايته على الزواج حيث جاء فيها:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)، فمضمون المادة 13 أنه لا يصح أن تجبر سواء كانت بكرا أو ثيبا، صغيرة كانت أو كبيرة بهذا العموم والإطلاق.

ب . موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار بعد التعديل:

وفق التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري في الأمر 05 – 02 فإنه لم ينص على ولاية الإجبار فقد جاء في المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري: (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها)، ومن خلال هذه المادة وضع المشرع حدا لمدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج ومن هذه المادة لا يجوز أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها سواء سبق لها الزواج وكانت ثيبا أو لم يسبق لها الزواج وكانت بكرا[1]، فنفيه لإجبار الصغيرة فمن باب أولى الكبيرة.

[1]) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية ، د م ، د ط، د س ن، ص 69.

2. ولاية الاختيار عند المشرّع الجزائري:

أ . موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار قبل التعديل:

واعتبر المشرع الجزائري الولي ركنا في عقد الزواج قبل التعديل ، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدونه، وهذا ما أكدته المادة 11من قانون الأسرة الجزائري (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين, والقاضي ولي من لا ولي له)[1]، فأثبت لها الولاية الاختيارية، بمعنى يتولى وليها الشرعي إبرام عقد الزواج بعد رضاها وموافقتها، فإن لم ترض ولم تقبل فلا يصح زواجها ويبطل.

ب . **موقف المشرع الجزائري من ولاية الاختيار بعد التعديل:**

تثبت ولاية الاختيار للمرأة البالغة العاقلة بإنشاء عقد زواجها من خلال المادة 11 من الأمر 05 – 02من ق أ ج والتي تنص على: (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره)، فأثبت لها المشرّع الجزائري حق إبرام عقد زواجها بنفسها ولكن بشرط حضور رجل سواء كان قريبا أم بعيدا، فأفرغ ولاية الرجل من مضمونه، وصارت شرطيته شكلية فقط

نتائج الفصل التمهيدي:

ومما سبق ذكره نخلص إلى ما يلي:

1 . الولاية تعني النصرة بالمعنى اللغوي، أما في اصطلاح الفقهاء فهي سلطة الشخص في إدارة الشؤون وفق المصالح التي تعود بالنفع على المولى عليه.

2 . اعتبر المشرع الجزائري الولي ركنا من أركان الزواج قبل التعديل، وجعله شرطا من شروط الزواج بعد التعديل.

3 . من الشروط المجمع عليها التي تخص الولي، أن يكون مسلما مكلفا فلا تصح ولاية الكافر أو المجنون، أما الذكورة والعدالة فهي من الشروط المختلف فيها، أما بالنسبة لقانون

[1]) أحمد شامي، المرجع السابق، ص 46.

الأسرة الجزائري فلم يرد نص بخصوص الشروط وكل ما لم يرد فيه نص قانوني يرجع فيه إلى أحكام الشريعة حسب المادة222 من ق أ ج.

4 . لقد حدّد الفقهاء مجموعة من الأسباب، التي تثبت بها الولاية في النكاح كالوصية والكفالة والوكالة، والتي تنتقل من الأب إلى غيره، وذلك أن الوصي والكافل يقومان بالحفاظ على مصالح المكفول.

5 . أخذ المشرع الجزائري بأسباب الولاية في نصوصه، كالقرابة والوصية والوكالة وهي سلطة الغير في تولي العقود وحمايته وتنتهي بالرشد القانوني.

6 . أهمية الولاية تقوم على أساس المسؤولية التي تقع على عاتق الولي لاسيما في عقد الزواج.

8 . قسّم الفقهاء الولاية في النكاح على عدة اعتبارات إلى أقسام مختلفة، فالولاية تكون عامة وخاصة، وتكون قاصرة ومتعدية وتكون اختيارية وإجبارية وهذا التقسيم كذلك ينطبق على قانون الأسرة الجزائري من خلال نصوصه.

الفصل الأول

حقيقة ولاية الإجبار في الزواج وموجباتها وحكمها وسند القائلين بها وموقف المشرع الجزائري

المبحث الأول: حقيقة ولاية الإجبار في الزواج وحكمها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج

المبحث الثالث:

موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تثبت له وحكمتها وموقف المشرع الجزائري من ذلك

تمهيد:

لقد اهتم علماء الفقه الإسلامي بولاية الإجبار اهتماما كبيرا ، كذلك نجد اهتماما من الجانب القانوني المتعلّق بقانون الأسرة الجزائري الذي يعتبر أساسا لبناء الأسرة الجزائرية لهذا سوف نتناول في هذا الفصل حقيقة ولاية الإجبار في الزواج ،و حكمها وموجباتها، ومن تثبت له وحكمتها في الفقه الإسلامي وبيان موقف المشرّع الجزائري من ذلك.

المبحث الأول:

حقيقة ولاية الإجبار في الزواج وحكمها في الفقه الإسلامي.

ويتضمن مطلبين.

المطلب الأول:

حقيقة ولاية الإجبار في الزواج.

المطلب الثاني:

حكم ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي

تمهيد:

نتطرق في المبحث إلى تعريف ولاية الإجبار في الزواج، وحكمها في الفقه الإسلامي، لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، أولا: ولاية الإجبار لغة واصطلاحا، ثانيا: حكم ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حقيقة ولاية الإجبار في الزواج.

وبما أن ولاية الإجبار مركب إضافي فيتم تعريفه باعتبارين باعتباره مركبا إضافيا، وباعتباره لقبا لهذا النوع من الولاية.

الفرع الأول: حقيقة ولاية الإجبار باعتبارها مركبا إضافيا.

أولا: حقيقة الولاية لغة واصطلاحا: قد سبق تعريفها في الفصل التمهيدي.

ثانيا . حقيقة الإجبار لغة واصطلاحا:

1. حقيقة الإجبار لغة:

الإجبار مصدر: أجبر بمعنى: الإكراه، الإلزام.

يقال أجبر الرجل عدوه على الأمر يُجْبِرَهُ إجْبَارا، فالرجل مجبِر وعدوَه مُجْبَرُ: أكرهه حمله على فعل ما يريد بالجبر والإكراه[1].

وقال الزبيدي في تاج العروس:

(إن النحويين استحبوا أن يجعلوا جبرت لجبر العظم بعد كسره وجبر الفقير، بعد فاقته وأن يكون الإجبار مقصورا على الإكراه)[2].

2. حقيقة الإجبار اصطلاحا:

أ . حقيقة الإجبار شرعا: يقصد به حمل الغير من ذي ولاية بطريق الإلزام على عمل، تحقيقا لحكم الشرع، أما الإجبار في الزواج فهو مباشرة الولي العقد نافذا على المولى عليه،

[1]) عصام نور الدين، معجم الوسيط، (عربي – عربي)، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان ،2005، ص105

[2]) محمد مرتضي الحسني الواسطي الزبيدي الحنفي: تاج العروس، (د ن) مصر، (د ط)، ج 3، ص 84

دون التوقف على إذنه ورضاه[1].

ب . حقيقة الإجبار قانونا: وهي:"ولاية الأب أو الجد أو المقربين على الفتاة البكر، والصغير والمجنون وفيها يستبد الولي بإنشاء العقد المولي عليه لا يشاركه أحد"[2].

فولاية الإجبار: وهي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن المولى يستبد فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، وتثبت للصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، كما تثبت للصغيرة بالنسبة للبنت بكرا كانت أو ثيبا [3].

ونستنتج مما سبق ذكره من الناحية الشرعية والقانونية أن التعريف اللغوي أعم من التعريف الاصطلاحي، لأن الإجبار في اللغة يكون ممن له ولاية، كما يكون ممن لا ولاية له، أما الإجبار الشرعي فإنه لا يكون إلا من ذي ولاية يعمل بها تحقيقا لحكم الشرع؛ وهنا يمكننا القول بأن ولاية الإجبار هي التي ينفرد بها الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره.

ثالثا . مصطلح الإكراه وعلاقته بالإجبار.

1. حقيقة الإكراه لغة واصطلاحا.

أ . حقيقة الإكراه لغة:

جاء في القاموس المحيط: الكره الإباء والمشقة، وبالضم ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح ما أكرهك عليه[4].

الإكراه معناه في اللغة إيقاع الكره، فمعنى أكرهت فلانا أثبت ما يكرهه، وأوقعته فيه وحملته عليه، وهذا المعنى اللغوي هو الأصل للمعنى الشرعي، لأن معناه في الشريعة دعوة الإنسان

---

[1]) أحمد حسين فراج، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بيروت، (د ط)، 1988، ص193و194".

[2])العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وأثارها في ق. أ . ج ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،د ط ، الجزائر ، 2013 ،ص401.

[3]) رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1 ، 2007، ص 66.

[4]) الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب(ت817ه)، القاموس المحيط، تحقيق الشيخ أبو الوفا نصر الهوزيني المصري الشافعي، بيروت –لبنان، ص 1251.

غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاد والتهديد، وإنزال الأذى الشديدين لم يجب داعية.

قال الطبري: [والكره بالضم هو ما حمل الرجل نفسه عليه من غير إكراه أحد إياه عليه، والكره بفتح الكاف هو ما حمله غيره، فأدخله عليه كرها][1].

ب . حقيقة الإكراه اصطلاحا:

*** حقيقة الإكراه شرعا:** ومن تعريفاته:

. حقيقة الإكراه عند الحنفية: عرّف بأنه" فعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب"[2]، كما عرفه ابن عابدين في حاشيته بقوله:"فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه"[3]، أو [هو عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإبعاد والتهديد][4].

. حقيقة الإكراه عند المالكية: "ما يفعله الإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو، أو سجن، أو تخويف "[5].

. حقيقة الإكراه عند الشافعية: عرّف:"بأن الإكراه أن يصير الرجل في يديه من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلّب على واحد من هؤلاء، ويكون المكرَه يخاف خوفا عليه دلالة أنه أمر امتنع من قبول ما أمر به، يبلغ به الضرب المؤلم أكثر من إتلاف نفس"[6].

---

[1]) ابن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل في القرآن، حققه عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط 1، ج 3، ص 246.

[2]) شمس الدين السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، ج24، ص 38.

[3]) محمد أمين الشهيد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، ط والنشر وتوزيع الرياض، سنة هـ1423-2003م، ج 6، ص 128.

[4]) الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت:587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ - 1986، ج 7، ص 175

[5]) خليل الحطاب الرعيني: أبو عبد لله محمد بن عبد الرحمان المغربي (ت: 954)، مواهب جليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب لطباعة والنشر والتوزيع، ج 4، ص2 و3.

[6]) محمد بن إدريس الشافعي (ت: 150،204)، الأُمّ، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، ط 1، 1422 هـ،2001م، ج3، ص148و149.

. حقيقة الإكراه عند الحنابلة: "فقالوا لا يكون الشخص مكرَها حتى ينال من العذاب كالضرب والخنق مع الوعيد وما أتاه" [1].

وعرفه بعض الفقهاء المحدثين ومنهم أبو زهرة بقوله: [أن يغلب على ظن المكرَه جدية المكرِه حتى يكون هناك معيار للجدية على التهديد، وبعث الخوف، والرهبة في النفس][2].

نستنتج أن المعني اللغوي والشرعي يلتقيان التقاء كاملا، من حيث إن الإكراه هو حمل الشخص على فعل هو كاره له، وبعد النظر في التعريفات نجد أن تعريف الحنفية يضم أنواع الإكراه، من حيث إن الإكراه يعدم الرضا مطلقا ولا يكون للشخص فيه أي اختيار، وقد لا يعدم هذا الإكراه ولكنه يفسد هذا الاختيار، أما الشافعية فيظهر في تعريفهم أن الاختيار باق، وكذلك نجد أن مالكية عرف الإكراه بأنه لا يلزم صاحبه ولا يتحاسب على الأفعال التي يفعلها.

ولعل أحسن التعريفات الذي يمكن اختيارها من بين التعريفات السابقة هو **تعريف المالكية: "ما يفعله الإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو سجن أو تخويف"** "أي كل الأفعال التي يفعلها الإنسان من ضرب أو سجن أو تخويف، سواء كان منه أو غيره، فإنه إكراه لا يلزم صاحبه حكمه ولا يحاسب عليه عقده.

وسبب اختيارنا لتعريف المالكية لأن الأفعال التي يفعلها الإنسان بالإكراه لا يحاسب عليها ولا يتحمل نتائجها.

***الإكراه قانونا:** عرف الإكراه في الاصطلاح القانوني بتعريفات كثيرة منها:

. الإكراه: هو الرهبة أو الخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد والذي يدفعه لإبرام التصرف القانوني[3].

---

[1]) أحمد بن محمد بن قدامة (ت: 541، 620): المغْني، تحقيق عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ط 1، ج 10، سنة1406، 1986، ص103.

[2]) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، سنة1998، ص 370.

[3]) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5 ،ج 1 ، 2007، ص 59 .

. الإكراه: هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا، فتحمله على التعاقد بوجه غير مشروع[1].

والإكراه بهذا المعنى من عيوب الإرادة، أي أنه يفسد الرضا ولا يعدمه فإرادة المكرَه موجودة، ولكنها معيبة بفقدانها لأحد عناصرها الأساسية وهو عنصر الحرية والاختيار[2].

ولقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1/88 من القانون المدني بأنه هو (الرهبة التي تبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التعاقد)[3].

ويعرف الإكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يعيب إرادة المتعاقد هنا ليست هي الوسائل المستعملة في الإكراه، بل هي الحالة النفسية التي أدت إليها وهي :الرغبة التي تولدت في نفس الشخص فدفعته إلى التعاقد، فإرادة المكره تكون على هذا النحو إرادة معيبة تعوزها حرية الاختيار[4].

نستنتج من خلال التعريفات اللغوية والاصطلاحية للإكراه ما يأتي:

. الأفعال التي يفعلها المُكْرَه تأتي عن طريق ضغط.

. الأفعال التي أُمر بها المُكْره تكون إجبارية وليست اختيارية.

. نتائج تلك الأفعال لا يتحملها المُكْره.

2 . أوجه التشابه والاختلاف بين الإكراه والإجبار:

ونستخلص أهم نقاط التشابه والاختلاف من خلال أقوال العلماء وتعريفاتهم:

أ . أوجه التشابه بين الإكراه والإجبار:

*الإكراه والإجبار كلاهما ضغط على الإرادة.

---

[1]) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5 ،ج 1 ، 2007، ص 59 .

[2]) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5 ،ج 1 ، 2007، ص 59 .

[3]) الأمر رقم 75 –58المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[4]) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، ج1، الجزائر،2004، ص،115– 116 .

*الإجبار يدخل في مفهوم الإكراه.

*الإجبار والإكراه كلاهما يعبران عن إلزام بشيء.

*الإجبار والإكراه كلاهما عقد نافذ.

ب . أوجه الاختلاف بين الإكراه والإجبار:

* الإكراه هو ضغط غير مشروع، أما الإجبار فهو ضغط مشروع أو هو من سلطة ثابتة شرعا.

*الإكراه يمارس على المتعاقد بكل الوسائل المختلفة، أما الإجبار يمارس من طرف الأب أو الأقربون.

* الإكراه يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط وهي أن يكون المُكْرَه قادرا على تنفيذ ما هدد به، أما الإجبار يكون فيه الولي يمارس سلطته مباشرة على المرأة سواء كانت راضية أو غير راضية.

*الإكراه نوعان: على الأمر الممنوع شرعا كالكفر، والقتل، والزنا، والسرقة، وشرب الخمر، وما إلى ذلك، وعلى الأمر المأمور به شرعا كإكراه المرتد على الإيمان من جديد، وإكراه المسلم المتهاون على أداء الصلاة، وإلزام أداء الزكاة في حق من وجبت عليه وامتنع من أدائها، وإنكاح الفتيات والفتيان الصغار، وحتى البالغة عند بعض الفقهاء على الزواج ممن هو كفء لها فسموا النوع الأول "إكراها "والثاني "إجبارا[1].

الفرع الثاني: حقيقة ولاية الإجبار باعتبارها لقبا لهذا النوع من الولاية.

اتفق الفقهاء على أن الإجبار أحد أنواع الولاية في عقد الزواج، والتي لا تثبت لكل الأولياء، ذلك لتمييزهم بين الولي المجبر وبين الولي غير المجبر.

[1]) محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، دكتوراه دولة في الدراسات الإسلامية، دار الكتب العلمية، لبنان، جامعة محمد الأول، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، وجدة، ، ص 326.

أولا . تسميات ولاية الإجبار.

لولاية الإجبار عدة تسميات هي "**ولاية الحتّم والإيجاب**، "**ولاية الاستبداد** "و**ولاية الإجبار**"، فكلها مصطلحات تدل على انفراد الولي فيها بتزويج المولى عليها التي تحت ولايته بغير إذنها ورضاها[1].

ثانيا . حقيقتها ولاية الإجبار اللقبية:

وتعرّف بأنّها: [ولاية ينفرد فيها الولي بإنشاء عقد زواج من له ولاية عليه، دون التوقف على إذنه ورضاه، ففي اختياره هو دون أن يرجع إلى من له الولاية؛ هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره هو دون أن يرجع إلى من له الولاية عليه، فالمولى عليه لم يكن له اختيار في هذا الزواج][2].

وتعرف أيضا بأنّها: "هي الولاية التي يكون فيها للولي الحق في أن يزوج غيره بمن يختاره، رضي الغير بذلك أم لم يرض وهي بهذا ولاية كاملة ويسمى صاحبها ولي مجبِر ولا تثبت إلا على فاقدي الأهلية وناقصها، كالصغير والمجنون والمعتوه"[3].

من خلال التعريفين يتبين لنا:

بأن الولاية الإجبارية في عقد الزواج هي حق مطلق للولي فقط، فله مطلق الصلاحية في أن يستبد بتزويج المولي عليه بغير إذنه ورضاه ودون الرجوع إليه واستشارته؛ وهذه الولاية تثبت على فاقدي الأهلية وناقصيها، ويمكنا الاستنتاج: أن الولي له كامل السلطة أن يجبر البنت أو المولى عليه على الزواج.

---

[1]) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحداث التعديلات دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، 2007، ص 250.

[2]) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د ط، 2007، ص 250.

[3]) عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، د ط، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، لبنان،2009، ص 36.

3 . موقف المشرع الجزائري من حقيقة ولاية الإجبار في الزواج:

المشرع الجزائري لم يعرف ولاية الإجبار، لذلك يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة)[1].

المطلب الثاني: حكم ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: القائلون بولاية الإجبار في الزواج وأدلتهم.

أولا . القائلون بولاية الإجبار في الزواج وأدلتهم.

أقرّ جماهير العلماء بثبوت ولاية الإجبار إذ ذهب كل من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، أنه يجوز للأب أو من يقوم مقامه بولاية الإجبار في التزويج، ولأن الولي أدرى وأعلم بمصلحة موليته ما لم يكن في هذا الجبر إضرار لها.

ثانيا . أدلة القائلين بولاية الإجبار في الزواج: وقد استندوا على ذلك بمجموعة من النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية، ومنها:

1 . قوله تعالى: ﴿**وَالِۦۡ يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَالِۦۡ لَمۡ يَحِضۡنَۚ**﴾ [سورة الطلاق : 4].

وجه الاستدلال: إن مقصود الآية أن الله تعالى بين عدة الصغيرة وهي التي لم تحض والسبب الذي يوجب العدة هو النكاح وذلك دليل على الصغيرة تزوج وتطلق، ولأنها صغيرة فيكون لوليها الحق في تزويجها[6].

---

[1]) الأمر 05-02: المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن القانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم

[2]) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص241.

[3]) حمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاندهلوي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، ج 9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1420.1999 ص331.

[4]) محمد بن إدريس الشافعي، (ت 203)، الأم، تحقيق محمد ابراهيم الخفناوي، ج6، دار الحديث القاهرة، ب ط ، 2008، ص 44.

[5]) ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص 355.

[6]) السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص 212.

2-عن عائشة رضي الله عنها قالت: [تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسع سنين][1].

وجه الاستدلال: زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها دليل صريح على جواز تزويج الأب للبكر الصغيرة بغير إذنها، إذ من المعلوم أنها لم تكن في حال العقد ممن يعتبر إذنها [2].

3-وعن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها في نفسها وإذنها صماتها][3] .

وجه الاستدلال: دل الحديث على نفي ولاية الإجبار بالنسبة للثيب لزوال البكارة، في حين البكر يجوز تزويجها، قال الدسوقي: جاء في المشهور أن للأب أن يجبر البكر ولو عانسا لأن العلة في الجبر البكارة وهي موجودة[4].

الفرع الثاني: النافون لولاية الإجبار في الزواج وأدلتهم.

أولا: النافون لولاية الإجبار في الزواج

من الفقهاء النافين لولاية الإجبار في الزواج ابن شبرمة بقوله: [لا يجوز إنكاح الأب ابنته الصغيرة حتى تبلغ و تأذن] [5], وقد وافقه ابن عثيمين في قوله: [لا يجوز أن يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أبدا، لأننا إن قلنا بشرط الرضا فرضاها غير معتبر، و لا نقول بالإجبار في

---

[1]) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، رقم الحديث (1422)، ص642.

[2]) سمية بنت محمد بن عبد الله الخضيري، الأفعال المؤثرة في فقه الأسرة، رسالة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، المملكة العربية السعودية، 1433-1434هـ، ص 26.

[3]) أخرجه البيهقي: أبو بكر أحمد بن حسين بن علي، (ت458) ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح الثيب ، رقم الحديث 13677، السنن الكبرى ، ج7، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الطبعة 3، 2002، ص 191.

[4]) الدسوقي: شمس الدين محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د ط ,د ت ن، ص222.

[5]) مرضي بن مشوح العنزي، القول بما لم يسبق به قول، دار الحضارة، الرياض، ط2، (2022)، ص90.

البالغة فهذه من باب أولى وهذا القول هو الصواب، أن الأب لا يزوج بنته حتى تبلغ، و إذا بلغت فلا يزوجها حتى ترضى] [1].

وقد أخذ الشيخ المعلمي بقوله: [ليس بيد الجمهور، دليل على صحة زواج الصغيرة إلا الإجماع، ولم يثبت في المسألة إجماع][2].

ثانيا . أدلة النافين لولاية الإجبار في الزواج:

ومن أدلتهم لنفي ولاية الإجبار في الزواج، ما يأتي:

1 . قال الله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَ ىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ [سورة النساء : 6]

وجه الاستدلال:المفهوم من الآية أنها جعلت بلوغ سن النكاح أمارة على انتهاء الصغر، لهذا فلا مصلحة للعقد قبل البلوغ، وفي إثباته قبله ضرر بالصغير لعدم استفادته من العقد[3].

2 . إن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، إذ لا تظهر أثاره إلا بعد البل وغ فلا حاجة إليه قبله، وولاية الإجبار أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها، وحيث لا حاجة للصغير في الزواج فلا تثبت فيه على الصغار ولاية [4].

3 . ما رواه ابن عباس رضي الله عنه: [أن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم][5].

4. عن ابن عباس رضي الله عنهما: [أن رسول الله صلى اله عليه وسلم رد نكاح بكر و ثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان][1].

---

[1]) محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المتقنع، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، (1427)، المجل د12، ص 58.

[2]) المعلمي: عبد الرحمان بن يحي المعلمي اليماني، فوائد المجاميع، دار عالم الفوائد، د م ن، د ط، د س ،ن، ج24، ص 116.

[3]) محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام بن تيمية في الزواج وأثاره، د د ن، المملكة العربية السعودية، 2003، مجلد1، ص219.

[4]) محمد بن أحمد الصالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وأثاره، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، د ط، 2003، المجلد الأول، ص 218.

[5]) أخرجه البيهقي، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح الأباء الأبكار، رقم الحديث 13669، ص 189.

وجه الاستدلال من الحديثين و دلالة الحديثين أنه لم ينكر عليها صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكرا أو ثيب فدل أن الحكم لا يختلف و في الحديث المعروف البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها فدل أن أصل الرضا منها معتبر في النكاح [2].

5 . قال عثمان البتي وابن شبرمة وأبو بكر الأصم أن ولاية الإجبار تكون على المصاب بالعته أو الجنون من البالغين فقط، ولا تكون على الصغار أبدا [3].

***الترجيح وسببه:** كل من القولين له أدلته الشرعية الثابتة التي يستند إليها، ولكن القول الذي نختاره حسب رأينا القول الثاني النافين لولاية الإجبار.

وسبب الترجيح هو:

* إن ولاية الإجبار في الزواج على الصغار في كثير من الأحيان تكون مؤدية إلى مشاكل أسرية وهذا ليس فيه مصلحة لهم.

* إن الزواج يشترط فيه الرضا والإذن بقبول الزواج وهذا لا يتحقق لهم لعدم إدراكهم بمسؤولية الزواج.

* إنه ليس هناك دليل قاطع يجيز ولاية الإجبار في الزواج بل هي من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء.

[1]) أخرجه البيهقي، المرجع نفسه، رقم الحديث، 13671، ص 189.

[2]) السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص02.

[3]) محمد بن أحمد الصالح، مرجع نفسه، ص218.

المبحث الثاني:

موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل وبعد التعديل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل التعديل

المطلب الثاني:

موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج بعد التعديل

تمهيد:

في هذا المبحث سنتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار، قبل التعديل بموجب قانون 84-11، وبعد التعديل بموجب الأمر 05-02 فقد جاء هذا التعديل نظرا للانتقادات التي وجهت له بسبب الغموض في النصوص.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل التعديل.

لقد تكلّم المشرّع الجزائري عن ولاية الإجبار على الزواج قبل التعديل ومنع الولي في المادة 13 من إجبار من في ولايته على الزواج حيث جاء فيها:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)، فمضمون المادة 13 أنه لا يصح أن تجبر سواء كانت بكرا أو ثيبا.

وقد أبطل مجلس قضاء مستغانم في حكمه الصادر في 3نوفمبر 1966م زواجا استبد فيه الولي بالعقد، لذلك يظهر أن ق أ ج مال نحو المذهب الحنفي وقرّر بنص المادة13 منه أنه[لا يجوز للولي أبا كان أو غيره ان يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها]، وهو بذلك يكون قد وضع حدا نهائيا لنقاش قديم طويل حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا تحبه ولا تأنس إليه أو تكره أن ترتبط به بعقد زواج، ومن الآن فصاعدا لا يجوز لأي جزائري أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها، سواء سبق لها الزواج وكانت ثيبا، أو لم يسبق لها الزواج وما زالت بكرا، وسواء بلغت سن أهلية الزواج بحكم القانون أو أعفيت منه بموجب إذن أو إعفاء من القضاء لسبب من الأسباب أم لا، وإذا أجبر الولي الفتاة على الزواج وأبرم عقد زواجها ببلد أجنبي تقبل قوانينه إجبار البنات على الزواج، فإن مثل هذا العقد يكون باطلا ولا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية أو غير الإدارية[1].

[1]) عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص69/68

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج بعد التعديل.

لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة13 بعد التعديل:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها)، فهذه المادة و إن كانت تتكلم على القاصرة فهي تنطبق على القاصر بمفهوم الموافقة لأنه عقد رضائي ولا ينعقد إلا بتبادل رضا الزوجين فكلا من الرجل والمرأة ينبغي أن يكونا راضيين بالزواج ولو كانا قاصرين[1].

وأما فيما يتعلق بزواج الصغار فقد "حدد القانون أهلية الزواج في المادة "7"من قانون الأسرة، أنه لا يجوز قانونا تزويج الصغار قبل بلوغهم السن القانوني (19سنة) إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة وبعد موافقة وليهم الشرعي"[2].

ففي المادة 13 فقد تعرض ق أ ج صراحة لموضوع الإجبار على الزواج فمن خلال هذه المادة قد أكد المشرع الجزائري بعد التعديل، على عدم إجبار القاصرة على الزواج، وأن زواج القصر يلزم ترخيص من عند القاضي، على إبرام عقد الزواج إذا كان في هذا الزواج ضرورة أو مصلحة للقاصرة، ويتضح أن ق أ ج، لم يتعرض لموضوع إجبار المرأة الراشدة على الزواج، في أي نص صريح، غير أنه من المواد 11 و13يفهم أنه أكد على مبدأ عدم جواز إجبار المرأة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا[3].

وإذا كان المشرّع الجزائري قد منع إجبار القاصرة على الزواج فمنع البالغة الراشدة من باب أولى.

ومن خلال دراستنا للتعديلات التي مست قانون الأسرة بموجب الأمر 05– 02 أن المشرع الجزائري لم يأخذ بولاية الإجبار في التزويج بل جعلها ولاية اختيارية تقوم على ركن الرضا، ومستند ذلك المادة 9 التي تنص على:(ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)، فلم يعد الولي

---

[1]) رزيق بخوش، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد التاسع، جوان 2016، ص 355.

[2]) بلحاج العربي الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 414.

[3]) سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، تخصص أصول الفقه ،2011.1432، ص 151.

ركنا من أركان الزواج وأصبح شرطا شكليا بحيث إذا غاب الولي لم يؤثر في العقد فقد جاء في نص المادة11 أن الولي تختاره المرأة أي لم يصبح للولي أي دور في ولاية التزويج ، فقد منح المشرع الجزائري الحرية في إبرام عقد زواجها بمن تراه أصلح لها بحضور أي شخص رجل تختاره.

المبحث الثالث:

موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تثبت له وحكمتها وموقف المشرع الجزائري من ذلك

ويتضمن مطلبين.

المطلب الأول:

موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تثبت له في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني:

حكمة ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من موجباتها ومن تثبت في حقه

المطلب الأول: موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تثبت له في الفقه الإسلامي.

إن ولاية الإجبار في الزواج ثابتة للولي عند جمهور الفقهاء كقاعدة عامة، غير أنهم اختلفوا في علة الإجبار ونطاقه بين موسع ومضيق.

الفرع الأول: موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها في الفقه الإسلامي.

أولا. موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها عند الحنفية والمالكية:

1 . موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ودليلها عند الحنفية:

أ . موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها عند الحنفية:إنّ علة الإجبار عند الحنفية، الصّغر والجنون، قال الكاساني: [وأما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا، كون المولى عليه صغيرًا أو صغيرة، أو مجنونا كبيرا أو مجنونة كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا، فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولاعلى العاقلة البالغة[1]]. ولا عبرة بالبكارة والثويبة عند الحنفية، ففي الهداية [ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها، وإن لم يعقد عليها وليّ، بكرا كانت أو ثيبا عند][2].

ب . دليل العلة عند الحنفية:

البكر الصغيرة: يستثنى الأحناف البكر البالغة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: [والبكر تستأمر في نفسها][3] أي طلب إذنها وبالتالي لا تزوج إلا برضاها، والصغيرة تتزوج جبرا ولو كانت ثيبا لأنها لا تدري بمصالح الزواج وليس لها الخبرة في شؤون الحياة[4].

الصغر ونقصان العقل [الجنون]: وذلك إن الصغر ينفي الخبرة بأمور الزواج، أما نقصان العقل بكونه يضفي صفة الصغر حتى على الكبير، فمعناه أن للولي أن يزوج المجنون والسفيه جبرا ذكرا كان أو أنثى[5].

---

[1]) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 2، ص 251.

[2]) لإمام برهان الدين أبي الحسن علي: (ت593)، الهداية شرح المبتدي، حققه نعيم أشرف أحمد، دار القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط 1، ج 3، ص 20.

[3]) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب ينكح الأب غيره والبكر والثيب إلا برضاها، رقم ح 5136.

[4]) عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1986، ج 4، ص 31.

[5]) عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع نفسه، ص 31، 32.

2 . موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ودليلها عند المالكية:

أ . **موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها عند المالكية:**إن علة الإجبار عند المالكية، البكارة والصغر، قال ابن جزي: [فأما الأب فولايته نوعان: جبر وإذن، فالجبر للبكر وإن كانت بالغا، وللصغيرة وإنْ كانت ثيبا ويستحب استئمارها، فالجبر يقع بإحدى العلتين][1].

ب . دليل العلة عند المالكية:

البكارة: تجبر البكر على الزواج ولو كانت عانسا بلغت من العمر ستين سنة فما فوق ولو بدون مهر المثل، أو من غير كفء كأن يكون أقل حالا أو قبيح المنظر، ودليل المالكية في ذلك تزويج أبي بكر رضي الله عنه ابنته عائشة وهي بكر صغيرة من رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

. عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم: [الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها، فصمتها إقرارها]، هذا الحديث يدل على أن البكر بخلاف الثيب فيحمل كل ما ورد من استئذان البكر واستئمارها على الاستحباب

الصغر: كل ما يدخل في معناه من عدم البلوغ والجنون المطبق والسفه، فلمن تثبت له ولاية الإجبار له أن يجبر الصغير، دون البلوغ والجنون جنونا مطبقا ولو كانت ثيبا[3].

. فيمكن الاستدلال لعلة الإجبار الصغر أو البكرة لقلة الخبرة، وعدم معرفة مصلحتها، إما لكونها صغيرة غير ناضجة، وإمّا لكونها لم يسبق لها الزواج كونها بكرا فلا تقدّر مصلحتها تقديرا صحيحا فيحال الأمر لوليها، وخاصة الأب لأنه الأعرف بمصلحتها وخيرها والأرفق بها.

---

[1]) محمد بن أحمد جُزيْ (ت: 693، 741)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، حققه محمد بن سيدي محمد مولاي، د ط، ص 333.

[2]) محمد بن أحمد جُزيْ، المرجع نفسه، ص 333.

[3]) أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة، وحققه أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط1، ص 200.

ثانيا . موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها عند الشافعية والحنابلة:

1. موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ودليلها عند الشافعية:

أ . **موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها عند الشافعية:**يتضح من مصادر الفقه الشافعي أن علة الإجبار عندهم ثلاثة أُمور: البكارة في الأنثى والصغر في الغلام، والجنون في المجنون والمجنونة.

قال الشربيني: [وللأب ولاية الإجبار، وهي تزويج ابنته البكر صغيرة أو كبيرة عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة، بغير إذنها وليس له تزويج ثيب بالغة وإن عادت بكارتها، فإن كانت تلك الثيب صغيرة غير مجنونة وغير أمة لم تزوج سواءَ احتملت الوطء أمْ لا، حتى تبلغ][1].

ب . دليل العلة عند الشافعية:

قال الشافعية بثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة والمجنون صغيرا أم كبيرا والبكر البالغة العاقلة بدون استئذان ورضاه، لأن البكر تجهل شؤون الزواج ولو كانت عاقلة لعدم ممارسته بالتجربة، فتكون عاجزة عن اختيار الزوج الملائم، فعن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها، وإذنها صماتها][2].أما بالنسبة للصغيرة لو زوج الأب الصغيرة وثم دخل بها الزوج ثم طلقت لا يجوز للأب تزويجها حتى تبلغ فتستشار، إذا لا حاجة إلى زواجها ثانية ، حيث لم تنجح التجربة الأولى فلا داعي لتكرارها ، وهي لا تزوج إلا بأمرها كما صرح الحديث ،[الثيب تستأمر] ولا أمر لها مادامت صغيرة ، فينظر حتى تبلغ ليكون لها أمر[3].

كما ثبت ولاية الإجبار على المجانين وعلة الإجبار هنا فقدان العقل وعدم التمييز، بين ما هو ظاهر وما هو نافع.

---

[1]) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، حققه محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، لبنان، د ط، ج 3، ص 215.

[2]) أ خرجه سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، رقم ح 1108.

[3]) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج' حققه محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، لبنان، د ط، ج 3، ص 215.

2. موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ودليلها عند الحنابلة:

أ . **موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ودليلها عند الحنابلة:**يستفاد من مصادر الفقه الحنبلي، أن علة الإجبار عندهم، الصغر والجنون والبكارة جاء في كشاف القناع: [للأب خاصة تزويج بنيه الصغار وبنيه المجانين، ولو كان بنوه المجانين بالغين لأنه لا قول لهم ... وللأب تزويج بناته الأبكار ولو بعد البلوغ، وللأب أيضا تزويج ثيب لها دون تسع سنين، بغير إذنهم، وليس ذلك الجد لعموم الأحاديث، ولأنه قاصر عن الأب فلم يملك الإجبار كالعم][1].

ب . دليل العلة عند الحنابلة:

البكارة: تجبر البكر البالغة عاقلة أو مجنونة، فله تزويجها بدون إذن، إلا لمن به عيب ويجعل لها خيار الفسخ، أما الثيب بالغة ولها تسع سنين يصح تزويجها بدون إذن وليها ورضاها[2]، عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم: [الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها، وإذنها صماتها][3]، هذا الحديث يدل على أن البكر بخلاف الثيب فيحمل كل ما ورد من استئذان البكر واستئمارها على الاستحباب.

والصغر: كل ما يدخل في معناه من عدم البلوغ والجنون المطبق والسفه، فلمن تثبت له ولاية الإجبار له أن يجبر الصغير، دون البلوغ والجنون جنونا مطبقا ولو كانت ثيبا ، بمعنى أن المجنونة المطبقة فليس له زواجهما لأنه موقف على الإذن وليس لها إذن معتبر.

ونجد المذهب الحنبلي يتفق مع المذهب المالكي في ثبوت ولاية الإجبار لكل من الأب والوصي بشرط تعيين الزوج، فالأب يمارس الإجبار على الصغيرة مالم تبلغ ، فاذا بلغت زال السبب الإجبار ، بل تزول ولاية التزويج إطلاقا، وتجبر البكر وإن كانت صغيرة [4].

---

[1]) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط، ج 5، ص 42.

[2]) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع نفسه.

[3]) أ خرجه سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، رقم ح 1108.

[4]) ابن قدامة: (ت : 541 – 620)، المغني ، حققه عبد الله ابن عبد الحن التركي ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ط1، ج 9 ص 567.

*بعد عرض آراء الفقهاء، يتبين أن هناك اختلافا فيما بينهم عن سبب وعلة ولاية الإجبار، فالحنفية قالوا سبب ولاية الإجبار هي الصغر والجنون، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى أن سبب ولاية الإجبار في البكارة والصغر؛ بينما قال الشافعية البكارة والجنون، أما فقهاء الحنابلة قالوا الصغر والجنون والبكارة.

واتفقت كل المذاهب على سبب ولاية الإجبار المتمثلة في الصغر واختلفوا في الأسباب الأخرى.

القول الراجح وسببه: وبعد عرض الكلام السابق فيما يخص علة الإجبار يظهر أن الأقرب للصحة، والأقوى شرعا وعقلا أن يقال أن الصغَر والبكارة وصفان يمكن أن يكون كل واحد منهما سببا لإمكانية أن ينفرد الأب بتزويج من اتصف به دون أخذ رأيه حرصا على مصلحة المولى عليه لأن الصغير لصغره غير ناضج نضوجا يمكّنه من معرفة مصلحته، والبكارة للبكر لقلة الخبرة والتجربة قد تفوّت عنه ما هو أصلح له، فيحال الأمر للولي الأب الأعرف بمصلحته والأشفق به، مع ملاحظة الأخذ بعين الاعتبار محاولة أخذ رأي الصغير والبكر ومناقشته وتبادل أطراف الحديث معه، وزيادة استشارة أقاربه ليكون تحقيق مصلحته أغلب وأرجح.

الفرع الثاني: من تثبت له ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي.

أولا. من تثبت له ولاية الإجبار عند الحنفية والمالكية:

1. من تثبت له ولاية الإجبار عند الحنفية: وتثبت ولاية الإجبار عند الحنفية للأب والجد اللذين عُرفا بحسن الاختيار ولم يشتهرا بالفسوق والعصيان، ثم لبقية العصبات وفق ترتيب في المذهب[1]، وقال الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف: [إن ولاية الإجبار كما تكون للعصبات الأقرباء تكون لغير العصبة منهم، لكن الأقرباء غير العصبة مؤخرون في الترتيب عن العصبة النسبية][2]،حسب قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن ولاية الإجبار تثبت للعصبات ولذوي الأرحام من الأقارب.

[1]) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 2، ص 251.

[2]) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د م ن ، ط 2، د س ، ص111.

غير أنهم اختلفوا في المدى الذي تنتهي عنده الولاية القرابة، فقال محمد: [أنها تكون للعصبة بالنسب، فإن لم يكن أحد منهم كانت الولاية للعصبة السببية، فإذا لم تكن هذه العصبة أيضا كانت الولاية للسلطان أو القاضي، وعلى هذا لا يكون لأحد من الأقرباء غير العصبات ولاية الإجبار].

***ومن أدلتهم على ذلك:**

قال الله تعالى:﴿ وَيسْتفْتُونَكَ فِي النِّسَاء قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَما يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاء الَّلاتِي لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرَغَبُونَ أَن تَنْكِحُوهُنَّ﴾[سورة النساء: 127].

ذكرت عائشة رضي الله عنها أنها نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها، ويرغب في نكاحها، ولايسقط لها في صداقها فهذا يدل على أن اليتيمة أي الصغيرة التي مات أبوها قد يرغب وليها في نكاحها، ولا يعطيها مهر مثلها، والولي يتزوجهن لابد أن يكون غير ذي محرم كابن العم مثلا، فهذا يدل على أن العصبات جميعا لهم ولاية التزويج، واللوم الذي جاء في الآية للأولياء الذين يتزوجون من يكونون في ولايتهم من غير أن يعطوهن مهر مثلهن[1].

*ولقد زوّج النبي صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة من ابن سلمه وهما صغيران.

من تثبت له ولاية الإجبار عند المالكية: في المشهور عندهم يثبتونها للأب ووصيه، لأن الوصي قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك، فإن الأب لا يختار وصيا لتزويج ابنته إلا إذا كان موفور الشفقة حريصا على مصلحة ابنته، غير أن المالكية يقيّدون ولاية الإجبار للوصي بحالة ما إذا عين الأب أو فوض له الأمر بأن يزوجها بمن يشاء، فإذا ملك الوصي الإجبار لا يزوجها إلا بمهر المثل وبالزوج الكفء، بخلاف الأب فإنه يملك الإجبار مطلقا[2].

أما بالنسبة في إجبار المجنونة، إذا كانت بالغة وجنونها مستمرا، ففي هذه الحالة يجوز للولي تزويجها، أما إذا كان متقطعا فلا يزوجها إلا في حالة إفاقتها وبعد استئذانها.

---

[1]) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 252.

[2]) الدسوقي: شمس الدين، حاشية الدسوقي، المطبعة الأزهرية، بمصر، د ط، ج 2، ص 223.

ثانيا . من تثبت له ولاية الإجبار عند الشافعية والحنابلة:

2 . من تثبت له ولاية الإجبار عند الشافعية: أثبت الشافعي ولاية الإجبار للأب والجد على الصغير والصغيرة، وعلى البكر سواء كانت صغيرة أم كبيرة، وعلى المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى النكاح، كأن يقول طبيب عادل في المجنونة الثيب، واستدل الأئمة الثلاثة، مالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل في قصرهم الولاية على الأب، أو الأب والجد على رأي الشافعي أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلاّ لحاجة المولى عليهم، الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة، ليسوا في حاجة إلى الزواج، وعند ثبوت الحاجة في المجانين وغيرهم

(الصغير والصغيرة) تثبت، ولكون الأب وافر الشفقة على أولاده ويعرف مصلحتهمّ فتثبت له الولاية لكمال شفقته، والآثار الواردة في زواج الصغار كانت ولاية الزواج فيها للأب والجد، فالجد في نظر الشافعي كالأب في كثير من الأحكام، ولذلك ألحقه به، ولاّ يقاس غير الأب والجد على الأب لأنه ليس كامل الشفقة وافر الإيثار لناقصي الأهلية أو عديمها فلا تثبت له قياسا [1].

*واستدل الشافعية لمذهبهم بقوله تعالى:﴿ **ملة أبيكم إبراهيم** ﴾**[سورة الحج:78]**. فتدل الآية بأن الأجداد آباء، فيسمى الجد أبا إجراء لحكم الأب عليه، وإن خالفه في الاسم فيقوم الجد مقام الأب في حال انعدام الأب، لكمال الشفقة، ولأنه الأب أعلى وله ولاية على مالها، بخلاف غيره من الأولياء

وتثبت ولاية الإجبار عند الشافعية، للأب والجد، أبو الأب وإن علا عند عدمه أو عدم أهليته وكذا كليهما[2].

3 . من تثبت له ولاية الإجبار عند الحنابلة:

تثبت ولاية الإجبار عند الحنابلة للأب أو وصيه في التزويج، في المشهور عندهم يثبتونها للأب ووصيه، لأن الوصي قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك، فإن الأب لا يختار

[1]) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص 111.

[2]) محمد بن خطيب الشربيني، مغني المحتاج، حققه محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، ط 1، ج 3، سنة هـ1418-1997، ص 220.

وصيا لتزويج ابنته إلا إذا كان موفور الشفقة حريصا على مصلحة ابنته، بينما اشترط أحمد بن حنبل وهو الذي ينتمي في ولاية الوصي بالتزويج أن يكون الأب قد عين الزوج[1].

المطلب الثاني: حكمة ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من موجباتها ومن تثبت في حقه.

الفرع الأول: حكمة ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي.

هناك حِكم متعددة ومختلفة ويمكن اختصارها في حكمتين رئيستين وهما:

أولا . حكمة ولاية الإجبار في الزواج الشخصية: ومنها:

1 . إن الصغيرة لا تعرف مصلحتها الحقيقية في الزواج عموما وفي هذا الزوج خصوصا للصغر فيتدخل الأب مثلا الأعرف بمصلحتها فيزوجها دون إذنها فتنجب أولادا، وتنتفع هي وزوجها وأولادها وبعدم هذا الإجبار تفوت هذه المصلحة.

2 . وذكر أبو زهرة أن ولاية الإجبار تثبت بأمرين هما: أولهما الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره في حالة قصره، وثانيهما حسن الرأي وتخير أوجه النفع، فإذا توافر هذان الأمران كاملين من غير شائبة تشوبهما كانت الولاية كاملة[2].

3 . الغاية الواضحة من ولاية الإجبار في الزواج ليس المقصود منها التعسف والقهر والإضرار بالمولى عليها، وإنما هي مشروعة للنظر في مصلحته وتحقيق أوجه النفع له، ولهذا تأسس ثبوتها على الشفقة الدافعة إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، ورعاية أمره عاجلا وأجلا، وعلى العدالة وحسن الرأي والتدبير، وتخير أوجه النفع [3].

4 . إن الهدف من الولاية الإجبارية الحرص على مصلحة الصغير، فاختلفت أحكام تزويجهم نظرا لاختلاف شفقتهم فالأب والجد بالنسبة للمجنونة أو المعتوهة أوفر شفقة وحرصهم على مصلحة المولى وذلك إذا كان الولي ليس فاسقا أو مستهترا أ فتزويجه المولى عليه صحيح

---

[1]) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط، ج 5، ص 50.

[2]) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ص118.

[3]) عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الأولى ،1430ه 2009م، ص 40.

سواء كان الزوج كفؤا أو غير كفؤا، وسواء كان المهر مهر المثل أو أقل، لتوفر شفقته وشدة حرصه لا بد أن يختار ما فيه مصلحة وعوض المولى عن الكفاءة والمهر ما هو أنفع له و أتقى [1].

5 . إن الحكمة من ولاية الإجبار في الزواج هي قدرة الولي على مراعاة مصالح المولى عليها، واختيار لها الشخص الكفء.

6-جاء **في بدائع الصنائع:** [أن الله شرع النكاح حفظا للنوع الإنساني، فالصغار لا رأي لهم على التمييز بين الكفء وغيره لهذا شرع الله الولاية للأولياء في حق تزويجهم إحرازا لمصلحتهم خوف فوات الكفء، ومنحها للأقارب لكونهم أشفق الناس عليهم وجعلها ملزمة إذا كان المزوج الأب أو الجد، لأن كثرة شفقتهم داعية إلى السعي وراء مصلحتهم] [2].

ثانيا . حكمة ولاية الإجبار في الزواج الاجتماعية: ومنها:

1- إن الصغيرة لا تعرف مصلحتها الحقيقية في الزواج عموما وفي هذا الزوج خصوصا للصغر فيتدخل الأب مثلا الأعرف بمصلحتها فيزوجها دون إذنها فتنجب أولادا صالحين ينفعان الأسرة والمجتمع وبعدم هذا الإجبار تفوت هذه المصلحة.

2- الغاية من الإجبار في الزواج أن آثاره تنعكس على المجتمع المسلم فشرع الإجبار حرصا على صيانة أعراضهم و أنسابهم تكريما للمرأة وصيانة لها، وحفظا للأنساب و الأعراض من العار والزلل و بذلك فارق العقود المالية التي يجوز للمرأة التصرف فيها، لأنها مهما قيل في أهميتها فلا تصل أو تقارب مكانة عقد الزواج في شرف مقاصده وعظم خطره [3].

3- من المقاصد المرجوة من ولاية الإجبار في الزواج بالنسبة للمجتمع تكوين أسرة صالحة وذلك بحسن النظر ودقة التأمل في اختيار الزوج.

---

[1]) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ص 63.

[2]) الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود، ت 587، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406.1986، ص339

[3]) ناصر أحمد إبراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، د ط، ص 354.

4- إن المجتمع بحاجة إلى أفراد صالحين لبنائه وازدهاره، ولا يتحقق ذلك إلا بالاختيار الصحيح وعادة الأب في تزويجه لبناته يختار الكفء القادر على بناء أسرة متزنة تنتج من يصلح المجتمع وتحافظ على ثوابته.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من موجبات ولاية الإجبار ومن تثبت في حقه.

أولا : موقف المشرّع الجزائري من موجبات ولاية الإجبار ومن تثبت في حقه قبل التعديل:

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري قد منع ولاية الإجبار، سواء كانت المولى عليها قاصرة، بالغة، بكرا، أو ثيبا، بنص صريح وذلك في المادة 13 التي نصت: (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)[1].

ونستنتج من هذا بأن هذه المادة تؤكد أمرا واضحا وهو رضا المرأة في عقد الزواج أساس صحة الزواج وبدونه يبطل، وما دام أن المشرّع منع من الإجبار مطلقا فهذا يستلزم أنه لا يرى أي سبب أو علة أو موجب للإجبار على الزواج.

ثانيا: موقف المشرّع الجزائري من موجبات ولاية الإجبار ومن تثبت في حقه بعد التعديل:

لقد منع المشرع الجزائري إجبار القاصرات على الزواج، في المادة 13 من ق أ ج: (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها، غير أنه يجوز لأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت)[2]، ويلحق بالقاصرة القاصر بمفهوم الموافقة لعدم الفارق بينهما، والبالغين والرائدين ذكورا وإناثا من باب أولى لكمال العقل ونضج الفكر، وما دام أن المشرّع منع من الإجبار على مطلقا تصريحا وتلميحا فهذا يستلزم أنه لا يرى أي سبب أو علة أو موجب للإجبار على الزواج، وما دام أن المشرّع منع من الإجبار مطلقا فهذا يستلزم أنه لا يرى أي سبب أو علة أو موجب للإجبار على الزواج.

[1]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

نتائج الفصل الأول:

ونخلص مما سبق ذكره إلى ما يأتي:

1) ولاية الإجبار وهي السلطة المخولة إلى الولي بإنشاء عقد الزواج، على من له ولاية عليه دون التوقف على إذنه أو رضاه.

2) الإكراه هو الرهبة أو الخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد، الذي يجعله يلجأ لإبرام التصرف القانوني هذا من جانب القانون، أما الجانب الشرعي وهي عدم تحمل نتائج الأفعال التي يفعلها الإنسان.

3) ذهب جماهير العلماء سلفا وخلفا إلى مشروعية ولاية الإجبار في الزواج خلافا لبعض العلماء القدامى والمحدثين النافين لمشروعيتها.

4) ولاية الإجبار في قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ بها، بل منعها صراحة وبإطلاق قبل التعديل، وتصريحا بالنسبة للقاصرات، وتلميحا لغيرها وقد أخذ بالولاية الاختيارية، وهي التي تقوم على موافقة البنت لإنشاء العقد.

5) يتبين لنا اختلاف أقوال الفقهاء في سبب ولاية الإجبار بين: الصغر والجنون، والبكارة (في الأنثى، والصغر في الغلام).

6) الحكمة من ولاية الإجبار مراعاة مصالح المولى عليهم الشخصية والأسرية والاجتماعية.

الفصل الثاني

حقيقة البلوغ وعلاماته وولاية إجبار التزويج وخيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج

المبحث الأول:

حقيقة البلوغ وعلاماته.

المبحث الثاني:

ولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار

المبحث الثالث:

خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج

تمهيد:

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالقاصرين من خلال حفظ حقوقهم، فقد خصصت لهم أحكاما وتشريعات تضمن لهم مصالحهم وتبعد عنهم أذى الآخرين، ومن أهم التشريعات ما يتعلق بولاية الصغار والكبار، فقد جاءت النصوص الشرعية بإعطاء بعض الأولياء ممن تتوافر فيهم الشفقة على الصغير والصغيرة حق تزويجهما، وفق شروط وضوابط معينة وأهمها تحقيق مصلحتهم، وكذلك شرعت الشريعة خيار البلوغ للصغار إذا تم تزويجهم من طرف الأولياء، لانتفاء المصلحة وعدم وفور الشفقة الكاملة لدى الولي تجاه من ولي عليه، وهذا الفصل جاء لبيان: حقيقة البلوغ وعلاماته، وولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار، وأخيرا خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج.

المبحث الأول:

حقيقة البلوغ وعلاماته

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

حقيقة البلوغ لغة واصطلاحا

المطلب الثاني:

علامات البلوغ

*موقف المشرّع الجزائري من البلوغ وعلاماته

تمهيد:

سنتناول في هذا المبحث مطلبين: المطلب الأول حول حقيقة البلوغ لغة واصطلاحا أما المطلب الثاني نتكلم فيه عن علامات البلوغ وفي الأخير موقف المشرع الجزائري من البلوغ وعلاماته.

المطلب الأول: حقيقة البلوغ لغة واصطلاحا

سوف نتناول في هذا المطلب حقيقة البلوغ، لهذا قسمنا المطلب إلى فرعين هما: الفرع الأول: حقيقة البلوغ من الناحية اللغوية، أما الفرع الثاني: حقيقة البلوغ من الناحية الاصطلاحية.

الفرع الأول: حقيقة البلوغ لغة

يقال: بَلَغَ المكان بُلوغًا: [وَصَلَ إليه، أو شَارَفَ عليه، والغُلامُ: أدْرك، وثَنَاءُ أَبْلغُ: مُبَالغُ فيه، وشيءُ بالغ "جيد وقد بلغ مبلغا].

والاسم من الإبْلاغ والتبليغ وهو: الإيصالُ.

البلاغُ: وهو ما يتوصل به إلى الغاية ويقال في هذا الأمر [كفاية، والبُلوغُ: مرحلة نُضْج الأعضاء التناسلية في كلا الجنسين][1].

وجاء في لسان العرب: [بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغا، وصل وانتهي، وبلغ الغلام: احتلم كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف، وكذلك بلغت الجارية التهذيب، بلغ الصبي والجارية: إذا أدركا وهما بالغان][2].

نستنتج من التعريفات اللغوية للبلوغ هو الوصول إلى الشيء، ولكن هذا التعريف العام للبلوغ أما التعريف الأقرب لموضوعنا هو مرحلة نضج الأعضاء التناسلية في كلا الجنسين.

---

[1]) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، (ت: 395)، معجم مقاييس اللغة، حققه عبد السلام محمد هارون، دار الفكر مصر 1979، ط1، ص 301.

[2]) ابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر البيروت، ط 1، ص 383.

الفرع الثاني: حقيقة البلوغ اصطلاحا

عرف الفقهاء البلوغ بتعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد وهو وصول الصبي إلى مرحلة لم يعد فيها صغيرا حيث ينتقل منها إلى مرحلة التكليف.

- **وقد عرفه الفقهاء الحنفية بقولهم:** "انتهاء حد الصغر في الإنسان، ليكون أهلا للتكاليف الشرعية"[1].

-**وعرّفه المالكية بقولهم:** [بأنه قوة تحدث في الصغير يخرج بها من حال الطفولية إلى الرجولية][2].

- **وعرّفه الشافعية بقولهم:** [يعرف بلوغ الذكر بالإمناء وبإتمام خمس عشر سنة][3].

- **وعرفه الحنابلة بأنه:** [هو بلوغ حد التكليف]، وهو في حق الغلام والجارية على السواء، حيث بالبلوغ يجري عليهما قلم الحسنات والسيئات، ويصبح كل منهما مكلفا بالعبادات والأحكام الشرعية التي كلفه الله بها، كما وتصح منه التصرفات كالبيع والشراء والزواج والطلاق والهبة والوصية وغير ذلك من التصرفات[4].

ومن خلال التعريفات السابقة نستنتج أنها تلتقي في المعني المقصود من البلوغ بوجه عام.

غير أنه يترجح التعريف الأول للبلوغ باعتباره: **[انتهاء حد الصغر في الإنسان ليكون أهلا للتكاليف الشرعية]**، وذلك للاعتبارات الآتية:

1-إنه تعريف جامع لمعنى البلوغ، بحيث يشمل الفتاة، والفتي، وذلك من خلال كلمة "الإنسان ".

2- مانع لمفاهيم أخري ذات الصلة بالبلوغ، كالرشد، والكبر، وبلوغ الأشدّ، وكل هذا من خلال عبارة انتهاء حد الصغر.

---

[1]) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ج 8، ص186

[2]) صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثّمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيْد القيرواني، (د، د، ط)، ص 254.

[3]) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، ج 2، ص 215.

[4]) عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي (ت: 1392،1312هـ)، حاشية الرّوض المُرْبِع شرْح زاد المستنقع، حقوق الطبع محفوظة، ط 1، جَ1، ص 419.

3 – يعبر بوضوح، على أن البلوغ بظهور العلامات الدالة عليه في الإنسان، ودليل خروجه من مرحلة الصغر إلى مرحلة جديدة في حياته، يتبوأ من خلالها مركزا قانونيا جديدا.

4–وهذا المركز القانوني الجديد يخول البالغ أهلية أداء كاملة يتأهل بموجبها لكافة الحقوق والواجبات الشرعية، والتي من أهمها، حقه في مباشرة الزواج وتحمل مسؤولياته.

5– إنّه تعريف صاغ هذه المعاني بلغة بسيطة، وعبارة قصيرة مفهومة ولهذه العوامل متكاملة، يتجلى كونه أقرب إلى المعنى الحقيقي للبلوغ.

المطلب الثاني: علامات البلوغ.

إن علامات البلوغ الدالة على أهلية الرجل والمرأة للزواج ولتحمّل مسؤوليته تقسّم باعتبارات مختلفة ومتعدّدة، ومن أهم هذه الاعتبارات اعتبار السن واعتبار العلامات الطبيعية، ولذلك كان هذا المطلب في فرعين أساسيين؛ الفرع الأول حول البلوغ بالسن، والفرع الثاني البلوغ بالعلامات الطبيعية والتي منها ما هو مشترك بين الذكور والإناث ومنها ما هو خاص بالإناث وهذا ما سيتم توضيحه.

الفرع الأول: البلوغ بعلامة السن

أولا : صورة المسألة:

هل يعتبر بلوغ سن معيّن من علامات البلوغ وخروج الشخص من مرحلة الصغر إلى مرحلة التكليف؟

ثانيا: تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على أن الصبي يبلغ حد التكليف إذا احتلم أو بلغ، ولكنهم اختلفوا في تحديد سن البلوغ إلى ثلاثة أقوال على النحو الآتي.

ثالثا:الخلاف الفقهي حول سن البلوغ:

1–القائلون بأن سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكور وسبع عشرة سنة للإناث وأدلتهم:

أ– القائلون بأن سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكور وسبع عشرة سنة للإناث: وهو مذهب أبي حنيفة[1].

[1]) ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ط، ج 9، ص 220.

قال أبو حنيفة: [بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطأ، فإن لم يوجد ذلك حتى يتم له ثمانية عشرة سنة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والإحبال فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة][1].

ب- أدلة القائلين بأن سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكور وسبع عشرة سنة للإناث: ومن أدلتهم على ذلك:

* قال الله تعالى:﴿ **وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِالتِے هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ**﴾[سورة الأنعام :152].

وجه الاستدلال: قالوا إن الأشد هو بلوغ ثماني عشر سنة وهذا قول مروي عن ترجمان القران عبد الله بن عباس رضي الله عنهما إذ قال **[حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ]** نهاية قوته، وغاية شبابه واستوائه وهو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين وهذا أقل ما قيل فيه، فيبني الحكم عليه للتيقن به[2].

وانما ذهبوا إلى أنً أقل ما قيل فيه ذلك أخذا مما نقله المفسرون عن السلف رحمهم الله، فقد نقلوا في تحديده عنهم ثمانية أقوال، القول بأنه ثمانية عشر عاما هو أقلها، وانما صح هذا الاستدلال بناء على أن المراد بالأشد هو البلوغ غير أن الإناث ِ نشوؤهن وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة؛ لاشتمالها أي السنة على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة.

2- القائلون بأن سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكور والإناث وأدلتهم:

أ - القائلون بأن سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكور والإناث: وهو مذهب المالكية[3].

ب- أدلة القائلين بأن سن البلوغ ثماني عشرة سنة للذكور والإناث: استدل أصحاب القول الثاني بما استدل به أصحاب القول الأول دون تفريق بين الذكر والأنثى.

---

[1]) ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د ط، ج 9، ص 220.

[2]) لم أجده مسندا عن ابن عباس ، ورواه ابن جرير الطبري في تفسيره [13/ 68] وقال روي عن ابن عباس من وجه غير مرضي.

[3]) أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، وحققه محمد أحيد الموريتاني ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، 1ط ، ص 333.

3- القائلون بأن سن البلوغ خمس عشرة سنة للذكور والإناث وأدلتهم:

أ- القائلون بأن سن البلوغ خمس عشرة سنة للذكور والإناث: وهو مذهب بعض فقهاء المالكية[1]، والشافعية[2]والحنابلة[3] .

ب- أدلة القائلين بأن سن البلوغ خمس عشرة سنة للذكور والإناث: ومن أدلتهم على ذلك:

*روي عن ابن عمر رضي الله عنه: [عُرِضْت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني][4].

وجه الاستدلال:

* أن النبي صلى الله عليه وسلم رده قبل الخامسة عشرة، وأجازه حينما بلغها، فدل على أنها حد فاصل بين مرحلتي الصبا والبلوغ[5].

*وري عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كُتِب مَالَه وماعليه، وأُخِذت مِنْهُ الحدود][6].

وجه الاستدلال:

- الحديث صريح في الدلالة على أن الغلام إذا بلغ خمسة عشرة سنة فإنه يصبح مكلفا وأهلا لوجوب الحقوق له وعليه[7].

---

[1]) القاضي عبد الوهاب البغدادي، (ت: 466هـ) ، المعونة على مذهب عالم المدينة، حققه حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د ط ، ج 1 ، ص 1174.

[2]) لأبي إسحاق الشيرازي، (ت : 393هـ- 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، حققه محمد الزحيلي، دار القلم، سوريا، ط 1، ج 3، ص 279.

[3]) ابن قدامة:(ت : 541-620) ، المغني، حققه عبد الله بن عبد الحن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط 1، ج 6، ص 597.

[4]) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم. رقم الحديث 320.

[5]) بن اسماعيل الصنعاني، كتاب بلوغ المرام من أدلة الأحكام، 3/845.

[6]) أخرجه البيهقي، في كتاب الحجر، باب البلوغ بالسن، رقم الحديث 4202.

[7]) محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، ج6، 346.

***الترجيح وسببه:** مسألة البلوغ بعلامة السن التي اختلف فيها الفقهاء، تعتبر مسألة اجتهادية بين العلماء، وليست مسألة نصية، ويمكن القول في الأخير أنه متى كان الإنسان بالغا عاقلا يصبح مكلفا مخاطبا بالأحكام الشرعية والوضعية والذكر والأنثى في ذلك سواء، ومتى كان كذلك تصبح جميع تصرفاته من أقوال وأفعال نافذة في حقه، ولعل القول الأرجح والأقوى هو القول الأخير القائل بأن سن البلوغ خمس عشرة سنة للذكور والإناث لصراحة قول ابن عمر رضي الله عنه ووضوحه، ويمكن القول بأن سن البلوغ قد يختلف من شخص إلى آخر دون الخامس عشرة سنة أو أكثر ولكن الغالب هو سن الخامس عشرة سنة.

الفرع الثاني: البلوغ بالعلامات الطبيعية

أولا: صورة المسألة: هل يعتبر خروج الشخص من مرحلة الصغر إلى مرحلة التكليف بالعلامات غير السنية وهي العلامات الطبيعية كالاحتلام والحيض والحمل وغيرها؟

ثانيا . أقسام العلامات الطبيعية: وهي قسمان:

1-العلامات الطبيعية المشتركة بين الذكور والإناث:

أ- علامة الاحتلام:

*** حقيقة علامة الاحتلام:**

ويقصد بالإنزال أو الاحتلام: "خروج المني من القُبل، والمني هو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، كيفما خرج، في يقظة أم منام، بجماع أو احتلام أو غير ذلك[1].

***حكم علامة الاحتلام باعتبارها من علامات البلوغ:** والاحتلام والإنزال بهذا المعنى، يحصل به البلوغ بغير خلاف بين الفقها[2].

***دليل علامة الاحتلام:**

قوله تعالى:﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلۡأَطۡفَٰلُ مِنكُمُ ٱلۡحُلُمَ فَلۡيَسۡتَـٔۡذِنُواْ كَمَا ٱسۡتَـٔۡذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِهِمۡ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيم ﴾[سورة النور : 59].

[1]) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 6، ص 597.

[2]) ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 6، ص 597.

وجه الاستدلال:

دلّت الآية الكريمة دلالة واضحة وصريحة على أن بلوغ الأطفال يكون بالاحتلام، حيث جعلت الآية حد التكليف منوطًا ببلوغ الصبي الحلم، فكان المراد ببلوغ الحلم المذكور في الآية الكريمة هو: الوصول إلى حد البلوغ، أي حد التكليف بالأحكام الشرعية[1].

– عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: [يرفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل][2].

وجه الاستدلال:

– دلّ الحديث صراحةً على أن البلوغ يتحقق بالاحتلام؛ وأن الصبي لا يكلّف بالأحكام الشرعية حتى يبلغ، ويؤيد ذلك ما ورد في رواية أخرى عن عليٍ رضي الله عنه قال: [ر فع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يبرأ]. فذكر فيها البلوغ صراحةً؛ فإن قوله صلى الله عليه وسلم: [حتى يبلغ] مطلق، والاحتلام مقيد فيحمل عليه لثبوت اللفظين عنه صلى الله عليه وسلم، فيكون الاحتلام بلوغ قطعا[3].

– والاحتلام علامة من علامات البلوغ المشتركة بين الذكر والأنثى والدليل على ذلك ما روته أم المؤمنين أم سلمة أنها قالت: جاءت أم سليم امرأة أبي طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن الله لا يستحيي من الحق، هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت. فقال رسول صلى الله عليه وسلم: [نعم إذا رأت الماء][4]. وفي رواية: فغطت أم سلمة تعني وجهها، وقالت يا رسول الله وتحتلم؟ قال: [نعم تربت يمينك فبم يشبهها ولدها][5].

---

[1]) محمد علي السايس، تفسير الآيات الأحكام، ص 184.

[2]) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في المجنون، رقم الحديث 4403، قال عنه ألباني، صحيح.

[3]) شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود على سنن أبي داود، دار ابن الحزم، لبنان، ط1، ص 58.

[4]) أخرجه البخاري: كتاب الغسل، باب إذا احتلمت المرأة، ح 282، ص 83،84.

[5]) أخرجه البخاري: كتاب العلم، باب الحياء في العلم، [ح 130، 1/53] .

ب – علامة الإنبات:

***حقيقة علامة الإنبات:** إن المراد بالإنبات في هذا المقام، [نبات الشعر الخشن حول قبل الذكر والأنثى][1].

وفي هذا المعنى، قال الشوكاني: [والمراد بالإنبات، هو إنبات الشعر الأسود المتجمد في العانة لا إنبات مطلق الشعر فإنه موجود في الأطفال][2].

* **الخلاف الفقهي حول علامة الإنبات:** اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة أقوال:

* **القائلون بأن الإنبات ليس علامة على البلوغ أصلا وأدلتهم:**

* **القائلون بأن الإنبات ليس علامة على البلوغ أصلا:** وهو مذهب أبي حنيفة[3].

* **أدلة القائلين بأن الإنبات ليس علامة على البلوغ أصلا:**

– ما رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: [رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يلتحم وعن المجنون حتى يعقل]"[4].

وجه الاستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر في الحديث: [وعن الصبي حتّى يحتلِم]؛ فجعل الاحتلام حدا لبلوغ الصبي، ولم يذكر الانبات كعلامة عليه[5].

– وحديث عامر بن سعد عن أبيه، أن سعد بن معاذ رضي الله عنه، حكم على بني قريظة أن يقتل منهم كل من جرت عليه المواسي، وأن تقسم ذراريهم وأموالهم، فذكر ذلك لرسول الله

---

[1]) الدسوقي: العلامة شمس الدين محمد عرف، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د ط، ج 3، ص 293.

[2]) الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت: 156هـ)، نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، دار الحديث، القاهرة، ج 1، ص 275.

[3]) السرخسي، المبسوط، ج 10، ص 27.

[4]) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب حدود، باب في المجنون، رقم الحديث 4402، ص 657.

[5]) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، المرجع السابق، ج 6، ص 334.

صلى الله عليه وسلم فقال: [لقد حكم بينهم بحكم الله الذي حكم به من فوق سبع سماوات][1].

وجه الاستدلال:

قالوا: أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد بقوله: [لَقَد حكَم بينهم بِحكمِ اللهِ] تنفيذ حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه حيث حكم بأن يقتل منهم من جرت عليه المواسي، لعلمه رضي الله عنه أّنه كان من المقاتلة فيهم[2].

* إن الإنبات ليس بلوغا، لأن إنبات الشعر يختلف باختلاف أحوال الناس، فنبات الشعر في الهند سريع مقارنة مع نباته في الأتراك فهو بطيء[3].

*** القائلون بأن الإنبات علامة من علامات البلوغ مطلقا وأدلتهم:**

*** القائلون بأن الإنبات علامة من علامات البلوغ مطلقا:** إن الإنبات علامة للبلوغ مطلقا، (أي في الذكر والأنثى) في حق ولد المسلم والكافر وهذا قول جمهور العلماء **من**الحنفية[4]، المالكية[5]، الشافعية [6]،الحنابلة[7].

– **أدلة القائلين بأن الإنبات علامة من علامات البلوغ مطلقا:** ومن أدلتهم على ذلك:

– عن عطية القرظي رضي الله عنه قال: [عُرضت على رسول الله صلي الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا فيّ فأمر النبي أن ينظروا إليّ هل أنبت فنظروا إليّ فلم يجدوني أنبتُ فخلي عني وألحقني بالسبي][8].

---

[1]) أخرجه البزار، مسند البزار: مسند سعد أبي وقاص رضى الله عنه، كتاب الأحاديث والآثار الواقعة في شرح الكبير، ج 6، ص 671.

[2]) السرخسي: لشمس الدين، المبسوط، حققه مجموعة من علماء، دار المعرفة، بيروت، د ط، ج10، ص27.

[3]) السرخسي: لشمس الدين، المبسوط، حققه مجموعة من علماء، دار المعرفة، بيروت، د ط، ج10، ص 27.

[4]) السرخسي، المبسوط، ج 10، ص30

[5]) أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل لمختصر الخليل، دار الكتب العلمية، ط 1، ج 6، ص 234.

[6]) لأبي إسحاق الشيرازي، (ت: 393هـ–476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، حققه محمد الزحيلي، دار القلم، سوريا، ط 1، ج 3، ص 300.

[7]) ابن قدامة:(ت: 541–620)، المغني، حققه عبد الله بن عبد الحن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط 1، ج 6، ص 577.

[8]) أخرجه أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الحدود، باب في المجنون، رقم الحديث 4405، ص 657.

وجه الاستدلال:

أنه لما بلغ النبي صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة بمقتل مقاتلتهم، وسبيي ذراريهم، وأن يكشف مؤتزر المراهقين منهم، فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذراري، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم [لقد حكم بينهم بحكم الله الذي حكم به من فوق سبع سماوات]، فكان ذلك إقرارا من النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه على حكمه[1].

وقد روي عن مالك: "أن الحدود لا تقام إلا بالإنبات، ما لم يحتلم الرجل أو تحيض المرأة"[2].

وجه الاستدلال:

قال أصبغ بن الفرج أخبرني بن القاسم، قال: سمعت مالكا يقول: "العمل عندنا على حديث عمر بن الخطاب"، [لو جرت عليه المواسي لحددته] قال اصبغ: قال بن القاسم: "وأحب الي ألا يقام عليه الحد الا باجتماع الانبات والبلوغ"[3].

*** القائلون بأن الإنبات علامة من علامات بلوغ صبيان الكفار دون المسلمين وأدلتهم:**

*** القائلون بأن الإنبات علامة من علامات بلوغ صبيان الكفار دون المسلمين:** إن الإنبات علامة على البلوغ في حق الكفار دون المسلمين، وهذا ما ذهب إليه الشافعي في القول الآخر[4].

*** أدلة القائلين بأن الإنبات علامة من علامات بلوغ صبيان الكفار دون المسلمين:** ومن أدلتهم:

---

[1]) محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، الرياض، ج 7، ص 333.

[2]) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، حققه محمد أحيد ولد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط1 ، ص 331.

[3]) أبو عمر يوسف، الكافي في فقه أهل المدينة، المرجع نفسه، ص 331.

[4]) أبو إسحاق الشيرازي (ت: 393، 476)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، حققه محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط 1، ج 3، ص 279 و280.

– ما روى عطية القرظي قال: [كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ رضي الله عنه، فشكوا فيّ، أمن الذرية أنا أم من المقاتلة، فقال رسول الله انظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه، فنظروا فإذا عانتي لم تنبت، فجعلوني في الذرية، ولم أقتل][1].

وجه الاستدلال: فقد جعل الإنبات في حق الكافر دون المسلم، لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فلم يجعل دلالة في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم، فجعل دلالة في حقهم، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الحرية[2].

الترجيح وسببه: والذي يظهر راجحا وأقوى هو قول الجمهور القائل باعتبار الإنبات علامة من علامات البلوغ لقوة أدلتهم.

2- العلامات الطبيعية الخاصة بالإناث:

أ – علامة الحيض:

***حقيقة علامة الحيض:**

والمراد بالحيض: خروج الدم من الموضع المعتاد في الأنثى، وهذا لا يصل لها إلا إذا كانت بالغة، فكان ظهورها دليلا على بلوغها، وأدنى سن لظهوره وهو بلوغها من العمر تسع سنوات[3].

***حكم علامة الحيض باعتبارها من علامات البلوغ:**

لم يختلف العلماء في كون الحيض علامة من علامات بلوغ الأنثى من الكتاب والسنة.

***دليل علامة الحيض:** ومن ذلك:

قوله تعالى:﴿ وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ اِلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذي فَاعْتَزِلُواْ اُلنِّسَآءَ في اِلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّيٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَاتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ الله ﴾ [سورة البقرة: 222].

---

[1]) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب الغلام يصيب الحد، رقم الحديث 453.

[2]) لأبي إسحاق الشيرازي، المرجع نفسه، ص 280.

[3]) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1993م، ج 6، ص 420.

وجه الاستدلال:

الحيض علامة من علامات بلوغ المرأة عند ظهورها تبلغ المرأة فدلت الآية [فاعتزلوا النساء في المحيض]، وفسر صلى الله عليه وسلم الاعتزال بقوله: [اصنعوا كل شيء الا النكاح] وكان صلى الله عليه وسلم يعامل المرأة التي تكون حائضا معاملة عادية[1].

حدثنا يعقوب بن كعب الأنطاكي، ومؤمل بن الفضل الحراني قال: حدثنا الوليد عن سعيد بن بشير عن قتادة، عن خالد قال يعقوب: ابن دريك، عن عائشة: أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق، فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال: [يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا]، وأشار إلى وجهه وكفيه[2].

وجه الاستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم علق وجوب الستر وتحريم نظر الرجل الى المرأة بالمحيض، وإيجاب ستر العورات تكليف، فدل على أنه بلوغ لتعلق التكليف به، وأنها اصبحت بالحيض بالغة مكلفة وقوله صلى الله عليه وسلم [لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار] يعني: أنها بلغت وقت الحيض لا كونها وقت الحيض، لأن الحائض لا تصح منها الصلاة بحال[3].

ب . علامة الحمل:

***حقيقة علامة الحمل:**

الحبل في المرأة دليل على نزول المني منها، وباختلاطه بماء الرجل يتكون الولد ويظهر الحبل، فكانت من علامات البلوغ في المرأة[4].

---

[1]) ابن كثير، تفسيير القرآن الكريم، دار ابن حزم، ص 300.

[2]) أخرجه أبو داود: سنن أبي داود، كتاب اللباس، باب فيما تبدي زينتها، رقم الحديث 410، ص 613.

[3]) الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 6، 347.

[4]) عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 421.

***حكم علامة الحمل باعتبارها من علامات البلوغ:**

فالحبل او الحمل دليل على البلوغ، وعلامة من علاماته وهذا ثبت في الكتاب والسنة.

***دليل علامة الحمل[الحبل]: ومن ذلك:**

قوله تعالى:﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾[سورة الطارق :7/6/5].

*** وجه الاستدلال:** إن الله عز وجل في قوله: "خلق من ماء دافق"، بمعنى المني يخرج دفقا من الرجل ومن المرأة، فيولد منها الولد بإذن الله عز وجل، وقوله: "يخرج من بين الصلب والترائب"، يعني صلب الرجل وترائب المرأة وهو صدرها، وهذا دليل على أن الحبل علامة من علامات البلوغ[1].

***موقف المشرع الجزائري من البلوغ وعلاماته:**

لم ينص المشرع الجزائري على البلوغ وعلاماته، قبل التعديل أو بعد التعديل، ولكن جاء في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري أنه: [كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشرعية الإسلامية] [2]،نستنتج من هذه المادة أن الشريعة الإسلامية تعتبر المرجع الاحتياطي الأول لقاضي شؤون الأسرة في حال لم يجد نصوصا قانونية يطبقها في القضية المطروحة أمامه، فتكون علامات البلوغ عند المشرّع الجزائري هي نفسها علامات البلوغ في الفقه الإسلامي.

[1]) عبد الله شحاته، تفسير القرآن الكريم ، ج1،ص 8.

[2]) الأمر 05-02 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المتعلق ب قانون الأسرة المعدل والمتمم .

المبحث الثاني:

ولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار.

ويتضمّن مطلبين:

المطلب الأول:

ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة البكر والثيب

المطلب الثاني:

ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر والثيب

تمهيد:

سنتحدث في هذا المبحث عن حكم إجبار تزويج الصغير الذي لم يبلغ والكبير الذي بلغ، البكر الذي لم يسبق له الزواج والثيب الذي سبق له الزواج، وعن الأولياء، الذين يمتلكون ولاية الإجبار فليس كل ولي مجبر، لأن هناك حالات لا يجوز للولي أن يجبرهم على الزواج ويستوجب منهم رضاهم عن عقد الزواج وكذلك بيان أي الأولياء الذين يمتلكون هذه الولاية لأنها لا تقتصر عن الأب فقط، فهناك من جعل بعض الأولياء في مرتبة الولي وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث، وإن الطرف المقصود في ولاية الإجبار في الزواج عموما عند الفقهاء القدامى والمحدثين وفي البحث خصوصا أصالة هي المرأة، وقد يلحق بها أحيانا الرجل، لأن المرأة هي التي يراعى في جانبها الولي، وليس في جانب الرجل، لذلك تركيزنا في البحث على جهة المرأة بصفة عامة، وإن كانت العناوين توحي بالطرفين كل مرة، لكن المرأة هي المستهدفة إذ تشملها ولاية الإجبار كما تشملها ولاية الاختيار بخلاف الرجل

المطلب الأول: ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة البكر والثيب

الفرع الأول: ولاية إجبار التزويج عل الصغير والصغيرة البكر.

أولا . ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة البكر من طرف الأب.

1- صورة المسألة: هل يجوز شرعا للأب إجبار الصغير والصغيرة الذي لم يبلغ والبكر الذي لم يسبق له الزواج على الزواج أم لا؟

2- تحرير محل النزاع: أجمع أهل العلم على أن إنكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ،ولم يخالف في هذا القول إلا ابن شبرمة وعثمان البتي، والأصم[1].

3- الخلاف الفقهي في المسألة: لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

أ- القائلون بثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغير والصغير البكر وأدلتهم:

***القائلون بثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغير والصغيرة البكر:**

[1]) مرضي بن مشوح بن راضي، القول بما لم يسبق به قول، دار الحضارة، ط 2، د م ن 2022، ص90.

ذهب الجمهور من الحنفية[1]، المالكية[2]، الشافعية[3]، الحنابلة[4]، إلى أنه للأب إجبار الصغير والصغيرة البكر على الزواج .

جاء في مغني المحتاج قوله: [وللأب تزويج البكر الصغيرة بغير إذنها فللأب ولاية إجبار التزويج ابنته البكر الصغيرة عاقلة كانت أو مجنونة، إن لم يكن بينها وبين أبيها عداوة ظاهرة، بغير إذنها][5].

وجاء في المغني لابن قدامة: [وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة] [6].

***أدلة القائلين بثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغير والصغيرة البكر:** ومن أدلتهم:

قوله تعالى:﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[سورة الطلاق: 4].

-**وجه الاستدلال:** أن الله تعالى بين في هذه الآية عدة الصغيرة التي لم تحض، وهذا دليل على صحة الزواج إذ لا عدة إلا من فرقة في زواج صحيح.

ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تزوج عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع سنين.

- **وجه الاستدلال:** ففي الحديث دليل على جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآباء[7].

---

[1]) ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي(861ه)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م .1433ه، ج3، ص 246.

[2]) الحبيب بن طاهر الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط3، 1426ه، ج3، ص213.

[3]) أبو إسحاق الشافعي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، ط1، 1417ه .1996م، ج4، ص125.

[4]) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيوت، د ط ، د ت ن ، ج5،ص 42.

[5]) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني(ت676)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيوت ، لبنان، ط1، (1997)،ج3، ص200.

[6]) ابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب الرياض، ط 1، 1986 ، ص 398.

[7]) شمس الدين السرخسي، المبسوط، د دن ، د ت ن ،الجزء4، ص212.

– زوج الزبير رضي الله عنه ابنته صبية، وزوج غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ابنته صغيرة قال: ولو كان النكاح لا يجوز على البكر إلا بأمرها لم يجز أن يزوج حتى يكون لها أمر في نفسها[1].

– وذكر في كشاف القناع في مذهب أحمد: [أن للأب تزويج بنيه الصغار وبنيه المجانين لأنهم لا قول لهم فكان له ولاية تزويجهم كأولاده الصغار، وعن الأثرم أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير، فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعا][2].

– **الإجماع:** قال ابن المنذر: [أجمع كل من نحفظ عنه من **أهل** العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها][3].

ب–القائلون بعدم ثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغير والصغيرة البكر وأدلتهم:

***القائلون بعدم ثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغير والصغيرة البكر:**

من القائلين بعدم ثبوت ولاية الإجبار في الزواج أبو بكر الأصم و ابن شبرمة في قوله: [لا يجوز لإنكاح الأب ابنته الصغيرة حتى تبلغ و تأذن][4]، ووافق ابن عثيمين ابن شبرمة في عدم جواز تزويج الصغار بقوله:[ذكر بعض العلماء الإجماع على أنه له أن يزوجها، وقال ابن شبرمة من الفقهاء المعروفين أنه لا يجوز أن يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أبدا، لأننا إن قلنا بشرط الرضا فرضاها غير معتبر، ولا نقول بالإجبار في البالغة فهذه من باب أولى وهذا القول هو الصواب، أن الأب لا يزوج بنته حتى تبلغ، وإذا بلغت فلا يزوجها حتى ترضى][5].

---

[1]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الأباء الأبكار، المرجع السابق، ص185.

[2]) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق ، ص 42.

[3]) محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاهلي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1999م)،ج9،ص331.

[4]) مرضي بن مشوح بن راضي، القول بما لم يسبق به قول، مرجع سابق، ص90.

[5]) مرضي بن مشوح بن راضي ، مرجع سابق، ص92,

***أدلة القائلين بعدم ثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغير والصغيرة البكر:** ومن أدلتهم:

قوله تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [سورة النساء: 6].

– **وجه الاستدلال:** معنى الآية الكريمة أن بلوغ سن النكاح وهو بلوغ الحلم الذي يصلحون عنده للنكاح[1]، وهذا دليل على عدم ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة في الزواج لا للأب ولا لغيره.

لا يجوز تزويج الصغيرة قبل البلوغ لأنه لا فائدة منه، ولأن ثبوت الولاية على الصغيرة لحاجة المولى عليه، حتى أن فيما لا يتحقق فيه الحاجة لا تثبت الولاية، كالتبرعات، ولا حاجة للصغيرة إلى النكاح لأن الغاية من النكاح قضاء الشهوة و النسل والصغر ينافيهما [2].

ج . القائلون بثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغيرة دون الصغير البكر وأدلتهم:

***القائلون بثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغيرة دون الصغير البكر:** وهو قول ابن حزم الظاهري[3]، أن ولاية الإجبار تثبت للصغيرة أما الصغير فلا تثبت عليه هذه الولاية ولا يزوجه أحد.

***أدلة القائلين بثبوت ولاية الإجبار للأب على الصغيرة دون والصغير البكر:** وممّا استدل به ابن حزم على منع تزويج الصغير مطلقا حتى يبلغ فيزوج نفسه:

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ [سورة الأنعام: 164].

– **ووجه الاستدلال:** المقصود من هذه الآية المنع من جواز عقد أحد على أحد إلا أن يوجب إنفاذ ذلك نص قرآن، أو سنة ولا نص ولا سنة في جواز إنكاح الأب لابنه الصغير[4].

---

[1]) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار القران الكريم بيروت، ط4، 1981، المجلد1، ص 259.

[2]) شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 112.

[3]) ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003، ج9، ص44.

[4]) ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ص 45.

– **إن** ولاية الإجبار على الصغير لا تجوز وليس لأب ولا لغيره إنكاح الصغير إلا بعد بلوغه فإن زوجه قبل ذلك فالنكاح مفسوخ، وقد أجازه بعض من السلف ودليلهم أن أعملوا القياس على الصغيرة، ولكن لا يجوز القياس [قال علي: و القياس كله باطل، ولو كان القياس حقا لكان قد عارض هذا القياس قياس آخر مثله ، وهو أنهم قد أجمعوا على أن الذكر إذا بلغ لا مدخل لأبيه ولا لغيره في إنكاحه أصلا، وأنه في ذلك بخلاف الأنثى التي له فيها مدخل إما بإذن وإما بإنكاح، وإما بمراعاة الكفء، فكذلك يجب أن يكون حكمهما مختلفين قبل البلوغ][1].

***الترجيح وسببه:** والذي يظهر راجحا هو القول الأول قول الجمهور القائل بثبوت ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة البكر وذلك:

– لقوة الأدلة المستند عليها.

– ثبوت ولاية الإجبار على الصغار، ودليل ذلك زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها وهي صغيرة وغير بالغة، لأن الأصل في أقواله وأفعاله صلى الله عليه وسلم أنها تشريع لأمته ما لم يرد دليل على أنه خاص بالرسول صلى الله عليه وسلم[2].

– أن للأب أن يزوجها إذا كان في الزواج مصلحة لها كتزويجها بكفء، فالأب أشفق وأحرص على ابنته وابنه في جلب المنفعة لهما في دينهما ودنياهما.

ثانيا: ولاية إجبار التزويج للصغير والصغيرة البكر من طرف الأولياء الآخرين غير الأب

1– صورة المسألة: هل يجوز للأولياء الآخرين غير الأب إجبار الصغير والصغيرة الذي لم يبلغ والبكر الذي لم يسبق له الزواج على الزواج ؟

2– الخلاف الفقهي في المسألة: لقد اختلف الفقهاء في المسألة على أقوال:

أ– القائلون بأنه حق خاص بالأب وحده وأدلتهم:

***القائلون بأنه حق خاص بالأب وحده:** خصوصية ولاية الإجبار للأب فقط على الصغير

[1]) ابن حزم، المرجع نفسه، ص44.

[2]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، الرسالة الحادية عشر، جامعة الملك سعود، الرياض، ص1026.

والصغيرة البكر وهو قول مالك[1]، والثوري وابن أبي ليلى[2].

وقال مالك في المدونة أنه لا يثبت الولاية على الصغيرة إلا للأب فقط، أما الصغير فتجوز عليه ولاية الوصي فقط حيث ذكر [يجوز إنكاح الغلام الصغير للوصي وأما الجارية فلا يزوجها أحد إلا أبوها ولا يزوجها أحد من الأولياء ولا الأوصياء حتى تبلغ المحيض فإذا بلغت المحيض زوجها الوصي برضاها جاز له ذلك][3].

***أدلة القائلين بأنه حق خاص بالأب وحده:** ومن أدلتهم:

– ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال:[تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها] [4].

وجه الاستدلال : يشير هذا الحديث إلى أنه لا ولاية لأحد من الأولياء على اليتيمة ولا تزوج إلا بإذنها ورضاها وهذا صريح في مضمون الحديث واليتيمة حقيقة هي الصغيرة قبل بلوغها، والصغيرة ليس لها إذن معتبر فدلت هذه الأحاديث بمنطوقها على أن اليتيمة لا تنكح إلا بإذنها ولا إذن لها قبل البلوغ، وذلك دليل على اشتراط بلوغها الذي يصح به الإذن كما دلت بمفهومها على أن ذات الأب بخلافها كما تقدم[5].

–عن عبد الله بن عمر قال توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص قال: وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون قال عبد الله: وهما خالاي، قال فخطبت إلى قدامة بن معضون ابنة عثمان بن معظون فزوجنبها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها فأرغبها في المال فحطت إليه ،وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبيا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن معظون: يا رسول الله ابنة اخي أوصى بها إليّ فزوجتها ابن عمتها عبد الله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح ولا

---

[1]) عبد البر: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1422هـ .2002م، ص 231.

[2]) ابن قدامة، مرجع سابق، ص 402.

[3]) مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ص17.

[4]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة، رقم الحديث:13690، ص194.

[5]) عوض بن رجاء العوفي،الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، ط1،2002 ،ص 391.

في الكفاءة، ولكنها امرأة ، وإنما حطت إلى هوى أمها، قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:[هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها]. فأنتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة[1].

وجه الاستدلال: أنه صلى الله عليه وسلم ناط عدم جواز جبر العم لابنة أخيه باليتم، وفسخ نكاحها فدل على أن الجبر ليس بيد أحد سوى الأب، وقياس سائر الأقارب على الأجنبي لأن من لا يتصرف في مال الصغيرة بنفسه لم يملك التصرف في بضعها[2].

ب . القائلون بأنه يلحق بالأب الجد وأدلتهم:

***القائلون بأنه يلحق بالأب الجد:** أن الجد يقوم مقام الأب عند عدم وجوده في ولاية الإجبار في التزويج وهو مذهب الشافعية[3].

قال الشافعي: [والجد أبو الأب، وأبوه، وأبو أبيه، يقومون مقام الأب في تزويج البكر وولاية الثيب مالم يكن دون واحد منهم أب أقرب منه][4].

وذكر الشيرازي أنه: [يجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة][5].

***أدلة القائلين بأنه يلحق بالأب الجد:** ومن أدلتهم على ذلك:

روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [الثيب أحق بنفسها من وليها، البكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها][6].

وجه الاستدلال: أن الجد يملك الشفقة كالأب ولأن ولايته ولاية إيلاد فيجوز له جبرها كالأب،

---

[1]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح ، الحديث رقم 37/3493، الحافظ علي بن عمر الدار قطني (ت 385)، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2001، ج 3، ص157.

[2]) الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ط3، 2005، ج 3 ص 210,

[3]) شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003م 1424هـ، ج6، ص229.

[4]) الشافعي : محمد بن أدريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 2001، ص48.

[5]) الشيرازي،المهذب، المرجع السابق، ص125.

[6]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الآباء الأبكار، رقم الحديث:13663، ص186,

ولأن الجد يملك التصرف في مالها جاز له التصرف في تزويجها كالأب[1].

– الشافعية يرون أن للجد إجبار البكر الصغيرة على الزواج وذلك لتحقق الشفقة ومراعاة الجد لمصلحة الصغير والصغيرة.

الجد يعتبر أب أعلى، له ولادة وتعصيب وله الولاية على مالها بخلاف غيره من بقية الأولياء[2].

ج . القائلون بأن الإجبار حق لكل الأولياء ولها الخيار إذا بلغت وأدلتهم:

***القائلون بأن الإجبار حق لكل الأولياء ولها الخيار إذا بلغت:** وهو قول الحنفية[3]،أنه يجوز لسائر الأولياء تزويج الصغير والصغيرة البكر ولكن يحق لهم الخيار بعد البلوغ بالفسخ إلا أن يكون وليها أبوها أو جدها فلا خيار لها.

وقد جاء في المذهب الحنفي: [إذا أنكح الوالد الصغير أو الصغيرة فهو جائز عليهما وكذلك يجوز ولاية التزويج للصغار لغير الأب والجد بأن تكون الولاية لسائر الأولياء][4]، لأن العلة في الإجبار عند الحنفية الصغر فولاية الإجبار تثبت لكل الأولياء على الصغار.

***أدلة القائلين بأن الإجبار حق لكل الأولياء ولها الخيار إذا بلغت:** ومن أدلتهم:

قوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾

[سورة النساء 3].

وجه الاستدلال: قال أبو حنيفة لكل من كان من أهل الميراث من القربات أن يزوج الأقرب فالأقرب فإن كان المزوج الأب أو الجد فلا خيار لهم بعد البلوغ، وإن كان غيرهما فلهم الخيار بعد البلوغ[5].

---

[1]) ابن قدامة، مرجع سابق، ص 402.

[2]) عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح مرجع سابق، ص392.

[3]) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص345.

[4]) السرخسي، مرجع سابق، ص 213.

[5]) الجصاص: أبي بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1412ه 1992م،ج2، ص342.

– وعن عروة بن الزبير قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن قول الله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ**﴾ قالت: [يا ابن أختي، هذه يتيمة تكون في حجر وليها تشركه في ماله ويعجبه مالها وجمالها، فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطي غيره، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا لهن، ويبلغوا لهن أعلى سنتهن في الصداق][1].

د– القائلون بأن لغير الأب حق الإجبار ولها الخيار إذا بلغت ولا يدخل بها الزوج حتى البلوغ وأدلتهم:

***القائلون بأنه لغير الأب حق الإجبار ولها الخيار إذا بلغت ولا يدخل بها الزوج حتى البلوغ:** وهو قول إسحاق بن راهويه[2].

***أدلة القائلين بأنه لغير الأب حق الإجبار ولها الخيار إذا بلغت ولا يدخل بها الزوج حتى البلوغ:**

– روي عن أحمد وإسحاق رحمهم الله أنه: [جائز على الصغيرين إذا زوجهما غير الأب، ولهما الخيار عند إدراكهما][3].

– أن العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة فيثبت لهما الخيار إذا ملكا أنفسهما، لأن أصل الشفقة موجودة ولكنها قاصرة بالقياس بشفقة الأب و الجد، و باعتبار نقصان الشفقة ثبت لهما الخيار حتى يزال الضرر لو كان موجودا، بخلاف الأب و الجد فإنهما لوفور شفقتهما تاما الولاية فلا يحتاج الأمر إلى إثبات الخيار[4].

---

[1]) أخرجه البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح ، باب تزويج اليتيمة، رقم الحديث: 5140، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المكتبة السلفية، د م ن، د س ن، ج9، ص 197.

[2]) المزوري: أبو عبد الله محمد بن نصر(293ه)، اختلاف العلماء، عالم الكتب، د م ن، ط1، 1405ه .1985م، ص162.

[3]) المزوري، إختلاف العلماء، مرجع سابق، ص126.

[4]) سعد بن حميد السبيعي، الولاية في النكاح، رسالة الدكتوراه، قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، 1401ه، ص 203.

– إذا كان الولي غير أب أو جد ، فإذا ملكت أمرها ببلوغها ثبت لها الخيار ؛ لتستدرك ما فاتها، كالأمة إذا زوجها مولاها ثم أعتقها، لأن غير الأب والجد قاصر الشفقة[1].

هـ– القائلون بأنه لغير الأب حق الإجبار ولا خيار لها إذا بلغت وأدلتهم:

***القائلون بأنه لغير الأب حق الإجبار ولا خيار لها إذا بلغت:** وهو قول عروة بن الزبير وحماد بن أبي سليمان وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة[2]، أنه تزويج الأولياء للصغير ثابت وقولهم بعدم خيار البلوغ وعدم فسخ الزواج.

– قال الإمام أبو يوسف رحمه الله : [نكاح الأولياء كلهم بمنزلة الأب، فأي ولي زوج صغيرة فنكاحه ثابت عليها، لا خيار لواحد منهما إذا أدرك][3].

– يقع النكاح لازما ولا خيار فيه لأنه عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب و الجد، لأن القرابة سبب لاستحقاق الولاية والقريب يتصرف نظرا للمولى عليه، وهو قائم مقام الأب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال فكما أن عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الأب فكذلك عقد الولي[4].

***أدلة القائلين بأنه لغير الأب حق الإجبار ولا خيار لها إذا بلغت:** ومن أدلتهم:

– أنها ولاية مستحقة بالقرابة، فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب، كما أن القرابة مستحقة لكامل الولاية، والقريب قائم مقام الأب في التصرف في النفس، كالوصي في التصرف في المال فكما أن عقد الوصي يلزم أن يكون كعقد الأب فيما قام فعله مقامه فكذلك عقد الولي يجب أن يكون كعقد الأب[5].

الترجيح وسببه: والذي يظهر راجحا هو القول بإلحاق الجد بالأب في جواز الإجبار على الزواج بالنسبة للصغير والصغيرة البكر لأن الجد يلحق بالأب في الشفقة ومراعاة مصلحة

---

[1]) عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مرجع سابق، ص416.

[2]) شمس الدين السرخسي ، المبسوط، 215

[3]) المزوري , المرجع نفسه ، ص 126.

[4]) سعد بن حميد السبيعي، الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص202.

[5]) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، 215.

أولاده وأحفاده وأسباطه، وإذا بلغ الصغير أو الصغيرة وأحسوا بالضرر فلهم الفسخ، وهذا القول جمعا بين مصالح الإجبار في الصغر، ودفع المضار عند البلوغ.

ثالثا . ولاية إجبار التزويج للصغير والصغيرة البكر من طرف الوصي:

1- صورة المسألة: هل يجوز للأب تفويض الوصي في تزويج الصغير والصغيرة الذي لم يبلغ والبكر الذي لم يسبق له الزواج، وإجباره على الزواج أم لا؟

2- مدى مشروعية الوصية بالتزويج: من الفقهاء من أخذ بمشروعية الوصية، وأن للأب أن يعيّن وصيا في تزويج بناته وفق شروط، كما أن من الفقهاء من لم يجيزوا الوصية في أمر النكاح فظهر قول يبين أن ولاية التزويج خاصة بالأولياء فقط والقول الثاني يثبت للوصي ولاية التزويج، فاختلفوا في هذه المسألة على قولين:

أ- القائلون بأن التزويج خاص بالأولياء وأدلتهم:

***القائلون بأن التزويج خاص بالأولياء:** وهو قول الحنفية[1]، والشافعية[2]، أن ولاية التزويج تختص بالأولياء وأنها لا تستفاد بالوصية سواء أوصى الأب الوصي بتزويج بناته أو لم يوص.

***أدلة القائلين بأن التزويج خاص بالأولياء:** ومن أدلتهم:

- جاء في المحلى بالآثار قوله:[من أوصى إذا مات أن تزوج ابنته البكر الصغيرة أو البالغ فهي وصية فاسدة لا يجوز إنفاذها وذلك أن الصغيرة إذا مات أبوها صارت يتيمة والمنصوص عنه أن اليتيمة لا تزوج حتى تستأذن][3].

- قوله صلى الله عليه وسلم: [أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل][4].

وجه الاستدلال: أنه لا ولاية لوصي إن لم يكن من العصبة؛ وسواء وصي الأب بالأبكار و الثيبات ، ووصي غيره فلا ولاية لوصي في نكاح[5].

---

[1]) شمس الدين السرخسي، المرجع نفسه، 214

[2]) الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 2001 م،ج6 ،ص 52.

[3]) ابن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ص46.

[4]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، رقم الحديث: 10/3466، ص 146.

[5]) الشافعي، الأم، مرجع سابق، ،ص 52.

– إن الولاية تنتقل إلى الأولياء الآخرين شرعا، فلم يجز أن يوصي بها الأب كالحضانة، ولأنه لا ضرر على الوصي في حالة تضييعها ووضعها فيمن ليس كفئا لها، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي.

– أن الوصي يتصرف في المال، فأما التصرف في النفس لا يحتمل الإيصاء إلى الغير فلهذا يثبت للأولياء بطريق القيام مقام الآباء [1].

–إن الوصي أجنبي على المرأة فلا ينظر لها كنظر الولي من طلب الكفاءة ونحوها إذ لا يلحقه عار ولا ضرر بوضعها في غير كفئها، وكذلك الوصي ليس من الورثة وولاية الزواج مستحقة بالميراث[2].

ب . القائلون بمشروعية الوصية من طرف الولي بالتزويج وأدلتهم:

***القائلون بمشروعية الوصية من طرف الولي بالتزويج:** وهو مذهب المالكية[3]، وأحمد في رواية عنه[4]، بأن ولاية النكاح تستفاد بالوصية فالوصي في مرتبة الأب بأن تثبت له ولاية التزويج.

***أدلة القائلين بمشروعية الوصية من طرف الولي بالتزويج:**

– حديث قدامة المتقدم، وفيه قوله : يا رسول الله ابنة أخي أوصي بها إليّ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: [هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها][5].

وجه الاستدلال: إن قدامة بن مظعون ذكر السبب الذي اعتقد أنه يملك به أن يعقد ، وهو كونه عما ووصيا، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينف ولاية الوصي في عقد النكاح، بل عدل إلى أن العلة من منع العقد عليها أنه يرجع إلى حالها وهو اليتم وليس في صفة الولي بأن اليتيمة لا تزوج إلا بإذنها فمنعه من جبرها وأقر له بإذنها.

---

[1]) شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، 214.

[2]) عوض بن رجاء العوفي، مرجع سابق، ص191.

[3]) ابن عبد البر، الكافي، مرجع سابق، ص 233.

[4]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص365.

[5]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، رقم الحديث : 37/3493، ص 157.

– جاء في الكافي قوله: [الوصية بالنكاح جائزة كالوصية بالمال والوصي عند مالك أولى من الولي بالإنكاح ويستحب له أن يشاور الولي ولو زوجها الولي بإذن الوصي كان حسنا][1].

– وكذلك القياس على ولاية المال، لأن العقد على البنت ولاية ثابتة للأب حال حياته فكان له نقلها إلى من يختار حال وفاته كولاية المال[2].

***الترجيح وسببه:** والذي يظهر راجحا أن الولاية في النكاح تستفاد بالوصية وهو قول المالكية والحنابلة، وذلك للأسباب الآتية :

– إنه لم يرد نص شرعي من الكتاب والسنة النبوية بعدم مشروعية تعيين الوصي وليا للمرأة، ففي حديث قدامة بن معضون يدل على إقرار الرسول صلى الله عليه وسلم للوصية وعدم نفيها عنه.

– **إن** الأب لا يوصي إلا من رأى فيه الأمانة والصدق والعدل في تزويج بناته، ومراعاة المصلحة لهن بتزويجهن الكفء، فقد يكون الوصي خيرا من الولي الذي قد يكون سفيها أو فاسقا.

3 – مدى ولاية إجبار التزويج للصغير والصغيرة البكر من طرف الوصي.

أ– القائلون بمشروعية إجبار الوصي للصغير والصغيرة البكر وأدلتهم:

***القائلون بمشروعية إجبار الوصي للصغير والصغيرة البكر:** وهو وقول أكثر الحنابلة[3]، بأنه يجوز للوصي تزويج الصغيرة البكر الموصي بتزويجها.

***أدلة القائلين بمشروعية إجبار الوصي للصغير والصغيرة البكر:** ومن أدلتهم:

– تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية، سواء كان مجبرا كالأب، أو غير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك لوصيه، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك، لأنه قائم مقامه كالوكيل[4].

---

[1]) ابن عبد البر، الكافي، المرجع نفسه، ص233.

[2]) الحبيب بن طاهر الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ط3،2005 م، ج3، ص216.

[3]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج9، ص365.

[4]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 366.

– لأنها ولاية ثابتة فجازت الوصية بها كولاية المال، ولأن له أن يستنيب في حياته، فكذا بعد مماته كالمال، فعلى هذا يجبر من يجبره من ذكر وأنثى[1].

ب– القائلون بأنه لا يملك الوصي الإجبار إلا إذا عيّن له الأب الزوج أو أذن له في الإجبار وأدلتهم:

***القائلون بأنه لا يملك الوصي الإجبار إلا إذا عيّن له الأب الزوج أو أذن له في الإجبار:**

وهو قول المالكية[2]، وقد جعل للوصي ولاية إجبار التزويج للصغير والصغيرة البكر إذا عيّن له الزوج وأذن له بولاية الإجبار.

***أدلة القائلين بأنه لا يملك الوصي الإجبار إلا إذا عيّن له الأب الزوج أو أذن له في الإجبار:** ومن أدلتهم:

– قال مالك رحمه الله: [إذا عين الأب الزوج ، ملك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة، وإن لم يعين الزوج ، وكانت ابنته كبيرة، صحت الوصية، واعتبر إذنها، وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها، فإذا أذنت، جاز أن يزوجها بإذنها][3].

– من صور الإجبار : قول الأب للوصي: [أنت وصي على بناتي، أو على بضع بناتي أو زوجها من أحببت] فالمشهور عن المالكية له الجبر[4]

– يعين الأب للوصي الزوج، ويشترط في هذه الحالة أن يكون الزوج المعين كفؤا صالحا، فلو عين فاسقا أو شارب خمر فلا عبرة به.

ـ قال الخرشي رحمه الله: [وصي أمره الأب بالإجبار فلا خلاف أن له ذلك وينزل منزلة الأب في حياته ومماته وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج] يعني أن الوصي يجبر

---

[1]) ابن مفلح: برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب ، الرياض،، د ط ، د س ن، ج7، ص 36.

[2]) الخرشي ، مختصر سيدي خليل ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، مصر، ط2، 1317، ص177.

[3]) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 366.

[4]) أمنة بنت علي الوثلان، ولاية الإجبار على النكاح لغير الأولياء، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمان، االرياض، العدد 14، 1433هـ 2012م،ص 230.

البكر الصغيرة على الزواج بشرط أن يأمره الأب بالإجبار بقول صريح أو متضمن معنى الجبر كأن يقول له زوجها من فلان [1].

***الترجيح وسببه:** القول الراجح قول الإمام مالك أنه لا يملك الوصي الإجبار إلا إذا عين له الأب الزوج أو أذن له بالإجبار، وذلك لما يأتي:

– إن الوصي يعتبر نائبا عن الأب، قائما مقامه في الإجبار والتزويج فهو حق يملكه الأب وينقله لوصيه بأمره بتزويج ابنته من شخص معين.

– إن الأب لشفقته ومخافة ضياع بناته بعد موته يعين وصيا يسمح له بالإجبار ويعين له الزوج، فوصي الأب لا يقدم على ذلك غالبا إلا على سبيل النظر والمصلحة، لأن الصغير الذي لم يبلغ لا شهوة له ولا خوف عليه من الافتتان، فكان تزويجه في هذه الحال لإحراز مصلحة قريبة أو بعيدة اطلع عليها الوصي[2].

الفرع الثاني : ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب

أولا : ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب

1 – صورة المسألة: هل يجوز للأب إجبار الصغير والصغيرة الذي لم يبلغ والثيب الذي سبق له الزواج على الزواج أم لا؟

2– تحرير محل النزاع: لم يختلف جماهير الفقهاء في جواز ولاية إجبار التزويج على البكر الصغيرة وذلك لورود أدلة نصية تدل على ثبوت هذه الولاية للأب، ولكن ظهر الخلاف في الثيب الصغيرة، فهل يجوز للأب تزويج الثيب الصغيرة أم لا؟ فاختلفوا في إجبار الثيب الصغيرة على قولين منهم من جعل للأب ولاية الإجبار على الثيب الصغيرة ومنهم من نفى عنها الإجبار.

[1]) الخرشي ، مختصر سيدي خليل، مرجع نفسه، ص177.

[2]) أمنة بنت علي الوثلان، ولاية الإجبار على النكاح لغير الأولياء، مرجع سابق، ص 229.

3-الخلاف الفقهي في المسألة: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أ- القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب وأدلتهم:

***القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب:**

وهو قول الحنفية[1]، والمالكية[2]، ووجه من مذهب الحنابلة [3].

جاء في المبسوط أنه يجوز إجبار الأب لابنته الثيب الصغيرة على الزواج فقال: [إذا مات زوج الصغيرة عنها بعدما دخل بها أو طلقها وانقضت عدتها كان لأبيها أن يزوجها عندنا][4].

***أدلة القائلين بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب:** ومن أدلتهم:

- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:[تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها][5].

- وما رواه أبو موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:[تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن رضيت زوجت، وإن لم ترض لم تزوج][6].

- **ووجه الاستدلال من الحديثين:** أن المقصود من الحديثين كون اليتيمة تستأذن ولا تزوج من دون إذنها ويدلان بمفهوم المخالفة على أن غير اليتيمة وهي ذات الأب بكرا كانت أو ثيبا لا تستأذن إلا الثيب البالغة فإنها تستأمر وهذا قول عامة أهل العلم.

- إن العلة في الإجبار الصغر، لقصور عقلها وعدم التمييز بدليل أنه غير مكلف بالأحكام الشرعية ولا يصح تصرفه في ماله، وعلة الصغر موجودة في الثيب، فيصح إجبارها على

---

[1]) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ص264.

[2]) القاضي أبي الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص16.

[3]) ابن مفلح: برهان الدين أبي إسحاق(816ه)،المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب ، الرياض،1423ه2003م، ج7،ص 21.

[4]) شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص217.

[5]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة، الحديث رقم 13690، ص 194.

[6]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، الحديث رقم: 77/3533، ص 171.

النكاح قياسا على البكر الصغيرة، وعلى القول بأن كل من الصغر والبكارة علة للإجبار فإن الحكم إذا ثبت بعلتين فزالت إحداهما ثبت الحكم بالأخرى[1].

– قال سحنون:[من دخل بها وطلقت قبل البلوغ للأب إجبارها بلغت بعد الطلاق أو لم تبلغ] [2].

ب– القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب وأدلتهم:

***القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب:** وهو قول الشافعي[3]، ووجه من المذهب الحنبلي[4]، بأنه لا يجوز للأب ولا لغيره من الأولياء تزويج الثيب الصغير دون رضاها.

فلا يجبر الأب الثيب ولو كانت صغيرة وهذا ما جاء في كتاب نهاية المحتاج في قوله:[الثيب أحق بنفسها من وليها فإن كانت الثيب صغيرة لم يجز لوليها تزويجها حتى تبلغ لوجوب استئذانها وهو متعذر لصغرها][5].

***أدلة القائلين بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب:** ومن أدلتهم:

– ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:[الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها] [6].

وجه الاستدلال: يدل الحديث على أن الثيوبة دليل العلم بمصالح النكاح، لأن الثيب قد اختبرت المقصود، فزالت الجهالة بأمر النكاح، والثيوبة عادة إنما تحصل بعد العقل والتمييز،

---

[1]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، مرجع سابق، ص1063.

[2]) خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختص خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، د ت ن ، ج3، ص 336.

[3]) الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص48.

[4]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص407.

[5]) شمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ص229 .

[6]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الآباء الأبكار، رقم الحديث : 13661، ص 186.

وهذا كاف لدفع ولاية الإجبار عن الثيب الصغيرة، ولأن في تأخير نكاحها فائدة، وهي أنها مجربة للنكاح، فتؤخر حتى تبلغ ويعتبر إذنها[1].

– ما رواه عدي الكندي عن أبيه رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: [شاوروا النساء في أنفسهن] فقيل له: يا رسول الله إن البكر تستحي؟ قال: [الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها][2].

وجه الاستدلال: ففي الحديث دلالة على أنه لا يزوج الثيب أحدا إلا بإذنها، وإذنها الكلام، وإذا زوج الأب الثيب بغير علمها فالنكاح مفسوخ رضيت بعد أو لم ترض[3].

***الترجيح وسببه: والذي يظهر راجحا هو القول بمشروعية إجبار الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأب** لأنه الأعرف والأدري بمصلحة المولى عليهم، ولأن صفة الصغر هي التي تجعل صاحبها لا يعرف مصلحته الحقيقة ولا يقدّرها فتسند معرفة مصلحته للأب المشفق والأحرص على مصلحته.

وقد يرجّح قول من يرى عدم جواز إجبار الثيب الصغير والصغيرة من طرف الأب على الزواج، وذلك للأسباب الآتية:

– لقوة ما استدلوا به من نصوص شرعية.

– وردت أحاديث كثيرة بشأن استئذان الثيب وأن يكون إذنها بالكلام والثيب إما أنها صغيرة أو كبيرة، فعموم اللفظ يقتضي بأن الثيب الكبيرة والصغيرة كلاهما لا يجبرها لا الأب ولا غيره من الأولياء.

– ضعف أدلة المخالفين في قولهم بأن علة الإجبار هي الصغر فقط، أو الصغر والبكارة فإذا انتفت إحداهما تعلق الحكم بالأخرى، فهذا غير صحيح بل الصحيح أن علة الإجبار

---

[1]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، مرجع سابق، ص1061.

[2]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام، رقم الحديث 13706، ص 199.

[3]) الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص48.

هي الصغر والبكارة معا، وأنه لا بد لصحة الإجبار وجودهما معا، فإذا انتفت أحداهما لا يصح الإجبار[1].

ثانيا: ولاية إجبار التزويج للصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين:

أ- القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين وأدلتهم:

***القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين:** وهو مذهب الحنفية[2]، الذي يجيز للأولياء الآخرين إجبار تزويج الثيب الصغير والصغيرة.

***أدلة القائلين بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين:** ومن أدلتهم:

- تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية، سواء كان مجبرا كالأب، أو غير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك لوصيه، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك، لأنه قائم مقامه كالوكيل[3].

-جاء في كتاب بدائع الصنائع أن ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد تثبت للأب والأولياء، كون المولى عليه صغيرا أو صغيرة سواء كانت الصغيرة بكرا أو ثيبا فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على البالغة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا [4].

---

[1]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، المرجع السابق، ص 1065.

[2]) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ج3، ص 357

[3]) ابن قدامة، المرجع السابق، ص 366.

[4]) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ج3، ص 357.

ب . القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين وأدلتهم:

*** القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين:** وهو قول مالك[1]، الشافعي[2]، إلا في الجد أنه ليس لغير الأب إجبار الثيب الصغيرة على الزواج.

***أدلة القائلين بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين:**ومن أدلتهم:

-عدم جواز إجبار الصغيرة والصغير الثيب من طرف الأولياء الأخرين ولا يزوجها ألا الأب فقط، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إذا خاف عليها من الضيعة والفساد، في قول مالك رحمه الله لأن الأب أوفر شفقة ورحمة لا توجد في غيره من الأولياء لأنهم.

- جاء في مغني المحتاج:[ومن على حاشية النسب كأخ وعم لا يزوج صغيرة بحال بكرا كانت أو ثيبا، عاقلة أو مجنونة؛ لأنها إنما تزوج بالإذن وإذنها غير معتبر][3].

- أن الثيب الصغيرة لا يجوز تزويجها حتى تبلغ فتأذن، لأن إذنها معتبر في حال الكبر، فلا يجوز الافتيات[4]، عليها في حال الصغر.

***الترجيح وسببه:** وقد يرجّح قول من يرى عدم جواز إجبار الثيب الصغير والصغيرة من طرف الأولياء الآخرين على الزواج، وذلك للأسباب الآتية:

- لقوة ما استدلوا به من نصوص شرعية.

- وردت أحاديث كثيرة بشأن استئذان الثيب وأن يكون إذنها بالكلام والثيب إما أنها صغيرة أو كبيرة, فعموم اللفظ يقتضي بأن الثيب الكبيرة والصغيرة كلاهما لا يجبرها لا الأب ولا غيره من الأولياء.

---

[1]) القاضي أبي الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص17.

[2]) أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ص126.

[3]) شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص202.

[4]) افتات عليه: إذا فوت ما يريد، وافتات افتعل الفوت، وهو السبق، ومعناه أنه يستبد في الرأي بتزويجها دونه، النظم [77/7].

– ضعف أدلة المخالفين في قولهم بأن علة الإجبار هي الصغر فقط، أو الصغر والبكارة فإذا انتفت إحداهما تعلق الحكم بالأخرى ،فهذا غير صحيح بل الصحيح أن علة الإجبار هي الصغر والبكارة معا، وأنه لا بد لصحة الإجبار وجودهما معا، فإذا انتفت أحداهما لا يصح الإجبار[1].

–عدم وجود الشفقة الجبلية الكبيرة عموما في غير الأب ممّا يضعف القول بمشروعية أحقيتهم في إجبارها على الزواج.

المطلب الثاني: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر والثيب

الفرع الأول: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر :

أولا :ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد:

1– صورة المسألة: هل يحق للأب والجد إجبار الكبير والكبيرة البالغ والبكر الذي لم يسبق له الزواج على الزواج أم لا يجوز ذلك ؟

2 –الخلاف الفقهي في المسألة: فاختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أ– القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد وأدلتهم:

***القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد:**

يجوز للأب إجبار الكبير والكبيرة البكر على الزواج وهو قول مالك[2] وأصحابه، الشافعي[3] ألحق الجد بالأب، وأحمد في رواية له[4].

– وذكر في المعونة في تزويج الأب ابنته البكر البالغة الكبيرة: [أن للأب إنكاح البكر، وإن بلغت جبرا ،وهذا خلافا لأبي حنيفة.....][5].

---

[1]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، المرجع السابق، ص 1065.

[2]) ابن البر، الكافي، مرجع سابق، ص231.

[3]) أبي إسحاق الشيرازي، المهذب، دار القلم ، دمشق، ط1، 1417ه .1996م، ج4، ص125.

[4]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق ، ص399.

[5]) القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مرجع سابق ، ص719.

– وجاء في مغني المحتاج:[للأب تزويج البكر صغيرة أو كبيرة بغير إذنها] ولكن بشروط وهي أن لا يكون بينها وبين أبيها عداوة ظاهرة[1].

– وعن أحمد رحمه الله روايتان ؛ إحداهما، أن للأب إجبارها على النكاح، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة [2].

***أدلة القائلين بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد:** ومن أدلتهم:

– ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :[الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن، وإذنها صماتها][3].

وجه الاستدلال: ففي الحديث دل على أن النساء صنفان، أثبت الحق لإحداهما ، ونفاه عن الأخرى وهي البكر، فيكون وليها أحق منها، و أن إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام وأن التفريق بينهم هو أن البكر لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها بل تخطب إلى وليها فيستأذنها وإذنها صماتها، أما الثيب فقد زال عنها الحياء فتتكلم بالنكاح فتخطب إلى نفسها وتأمر الولي أن يزوجها[4].

– ما رواه أبو موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: [تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت، وإن أنكرت لم تكره][5].

وجه الاستدلال: الحديث يدل بمنطوقه على أن اليتيمة تستأمر في نفسها ، ويدل بمفهوم المخالفة على أن غير اليتيمة وهي البكر ذات الأب تزوج بغير لإذنها [6].

---

[1]) الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص200 .

[2]) ابن قدامة ، المرجع نفسه، ص399.

[3]) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت ، ص 641.

[4]) سمية بنت محمد، الأفعال المؤثرة في الفقه الإسلامي ،رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية، 1434ه، ص31.

[5]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة، رقم الحديث:13691، ص 194.

[6]) عبد الله بن عبد العزيز جبرين، ولاية الإجبار في النكاح، مرجع سابق، ص991.

– جاء في الكافي في فقه أهل المدينة أنه: [للأب أن يزوج البكر البالغ كما يزوج الصغيرة بغير إذنها، ولا رأي للبكر مع أبيها و يستحب في البكر البالغ أن يستأمرها قبل العقد عليها يندب إلى ذلك وليس بواجب عليه][1].

ب– القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد وأدلتهم:

***القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد:** يبطل عقد النكاح بالإجبار ولا يجوز للأب ولا لغيره من الأولياء إجبار البكر الكبيرة على النكاح، وهو مذهب الحنفية [2]والأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور[3] والمذهب الحنبلي في إحدى الروايتين[4].

فقد جاء في المبسوط في قول ابن أبي ليلى: [إذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهي بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها وإذا أبت وردت لم يجز العقد][5].

***أدلة القائلين بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأب والجد:** ومن أدلتهم:

–عن عبد الله بن بريدة، قال: جاءت فتاة إلى عائشة رضي الله عنها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بها خسيسته وإني كرهت ذلك، فقالت عائشة رضي الله عنها: اقعدي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذكري ذلك له، فجاء نبي الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى أبيها فلما جاء أبوها جعل أمرها إليها، فلما رأت أن الأمر قد جعل إليها قالت: إني أجزت ما صنع والدي إنما أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء أم لا[6].

---

[1]) ابن البر، الكافي، مرجع سابق، ص231.

[2]) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 02.

[3]) المزوري، اختلاف العلماء، مرجع سابق، ص124.

[4]) بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 399.

[5]) السرخسي، المرجع نفسه، ص 02.

[6]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الإباء والأبكار، رقم الحديث 13676، ص191.

وجه الاستدلال: أن البكر الكبيرة إذا كانت رشيدة لا يجوز للأب ولا لغيره أن يتصرف في مالها إلا بإذنها، ومعلوم أن بضعها أهم من مالها، وأن التصرف في مالها أخف ضررا عليها من التصرف في بضعها بإجبارها على الزواج من شخص لا ترغب فيه وتكره معاشرته، فمن باب أولى أن لا يجوز له التصرف في بضعها مع كراهتها ورشدها[1]

ـ عن عطاء بن أبي رباح قال: فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأة وزوجها، وهي بكر؛ أنكحها أبوها وهي كارهة[2].

وجه الاستدلال: ومدلوله أن البكر البالغة حرة مخاطبة، فلا يكون للغير عليها ولاية وإنما تكون الولاية على الصغيرة لقصر عقلها، وقد كمل عقل البالغة بالبلوغ بدليل توجه الخطاب الشرعي إليها، فصارت كالغلام في عدم إجبارها على الزواج بعد بلوغه وكالتصرف في مال البكر البالغة فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه[3].

ـ عن ابن عباس، أن جارية بكرا، أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم[4].

وجه الاستدلال: لأنها جائزة التصرف في مالها ، فلم يجز إجبارها، فهي كالثيب و الرجل[5]،لا يكون للأب تزويجها بدون رضاها.

***الترجيح وسببه: .** إن أصحاب القولين قد استندوا على حجج وأدلة نقلية من السنة النبوية ولكن أدلة القول الثاني وهو قول المذهب الحنفي الذي يرى بعدم مشروعية إجبار البكر الكبيرة على الزواج أقوى، من جهة وضوح الأدلة التي استدلوا بها، والتي تبين أن ليس للولي إجبار البكر الكبيرة على الزواج.

---

[1]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح مرجع سابق، ص 987.

[2]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، الحديث رقم : 52/3508، ص 162.

[3]) ابتسام عويد عياد المطرفي، ترجيحات شيخ الإسلام ابن تيمية، بحث الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1416هـ .1995م، ص101.

[4]) ابن عبد البر، التمهيد، مطبعة الضالة، المغرب، د ط ، 1985، ج19، ص 101.

[5]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 399.

– وهذا ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وهو عدم إجبار البكر البالغة على الزواج، وهذا ما يظهر راجحا وذلك لقوة أدلة القائلين به، ولكون الغرض من عقد الزواج الدوام والاستمرارية حتى تتحقق فائدته المرجوة منه، ولا يكون ذلك إلا بالرضا و القبول، ولأن في الرضا منفعة كل من الزوجين والأولاد الذين هم ثمرة عقد الزواج والشارع الحكيم قصد بهذا العقد الاستقرار وهذا يتنافلى مع الإجبار[1].

– قال ابن القيم: قوله صلى الله عليه وسلم:[البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها] أن موجب الحكم أنه لا تجبر البكر على النكاح ولا تزوج إلا برضاها وهذا قول جمهور السلف[2].

– وكذلك كون البكر الكبيرة لا يمكن قياسها بالبكر الصغيرة وذلك أن الكبيرة تكون بالغة وعاقلة وقادرة على تولي العقود كالبيع و الشراء، لأنها تميز بين الخير والشر أما الصغيرة فسبب إجبارها قصور عقلها وعدم قدرتها.

ثانيا: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر من طرف الأولياء الآخرين غير الأب والجد

1– صورة المسألة: هل يجوز إجبار الكبير والكبيرة البالغ والبكر الذي لم يسبق له الزواج من طرف الأولياء الآخرين غير الأب والجد على الزواج أم لا ؟

2– حكم هذه المسألة: لا يجوز للأولياء إجبار البكر الكبير والكبيرة على الزواج.

ولا يصح للأولياء الآخرين إجبار الكبير والكبيرة البكر على الزواج إلا بموافقتهم على الزواج وذلك باستئذانهم، لورود نصوص كثيرة تنفي ولاية الإجبار عنهم، سواء كان المجبر الأب . على الخلاف السابق . أم غيره وبهذا قال رسول الله صلى عليه وسلم: [البكر تستأذن في

[1]) ابتسام عويد عياد المطرفي، ترجيحات شيخ الإسلام ابن تيمية في النكاح، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1416هـ . 1995م، ص 105.

[2]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، الرسالة الحادية عشر، جامعة الملك سعود، الرياض، ص995.

نفسها وإذنها صماتها] وهذا يدل على استئذان البكر ولها التخيير فإن سكوتها يدل على الرضا .

3- ما يحصل به إذن البكر:

أ- صورة المسألة: هناك من يعتبر إذن البالغة البكر سكوتها إذا كان الولي الأب أو الجد، وهناك من يرى أنه يلزمها النطق بالموافقة على هذا الزواج إذا كان من الأولياء الآخرين غير الأب والجد .

ب- تحرير محل النزاع: انفق الفقهاء على أن البكر يلزم إذنها ورضاها على الزواج ولكن اختلفوا في إذنها هل يكون بالسكوت أم بالنطق؟

ج- الخلاف الفقهي في المسألة: لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

***القائلون بأن إذنها صمتها إذا استأذنها الأب أو الجد وأدلتهم:**

* **القائلون بأن إذنها صمتها إذا استأذنها الأب أو الجد:** وهو قول عامة أهل العلم من الحنفية[1]، المالكية[2]، الحنابلة[3]، من أن سكوت البكر دليل على رضاها إذا استأذنها الأب أو الجد ويعتد رضا البكر البالغة بصمتها الذي هو دليل على قبولها للنكاح.

* **أدلة القائلين بأن إذنها صمتها إذا استأذنها الأب والجد:** ومن أدلتهم على ذلك:

- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:[لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن] فقالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: [الصموت][4].

- حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله قال[الأيم أملك بأمرها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وصمتها إقرارها][5].

- قال ذكوان مولى عائشة: سمعت عائشة رضي الله عنها، تقول: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم[

---

[1]) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 03.

[2]) القاضي أبي الوليد، بداية المجتهد،مرجع سابق، ص12.

[3]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 407.

[4]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الثيب، الحديث رقم: 23671، ص 192.

[5]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، رقم الحديث 1/3535, ص 171.

نعم تستأمر] قالت عائشة. فإنها تستحي فتسكت، قال صلى الله عليه وسلم : [ذاك إذنها إذا سكتت][1].

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث: دلت كل الأحاديث هنا أنها إذا بلغها عقد الأب فسكتت فالنكاح جائز عليها لأن الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء، فإن ذلك يحول بينها وبين النطق[2].

***القائلون بأن إذنها نطقها إذا استأذنها غير الأب وغير الجد وأدلتهم:**

*** القائلون بأن إذنها نطقها إذا استأذنها غير الأب وغير الجد:** لا يثبت إذن البكر الكبيرة بالسكوت إذا إستئذنها الأولياء الآخرون بل يلزم نطقها بالرضا على النكاح، وهو قول أصحاب الشافعية[3]، وبعض الحنابلة[4].

*** أدلة القائلين بأن إذنها نطقها إذا استأذنها غير الأب وغير الجد:** ومن أدلتهم:

– عن أبي موسى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:[تستأمر اليتيمة، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز عليها][5]، ولأنها لم تنطق بالرفض مع سماعها للاستئذان، فكان الصمات والضحك إذنا ورضا، والبكاء يدل على الحياء لا على الكراهة، لأنها لو كرهت لامتنعت، لأنها لا تستحي من الامتناع[6].

– إن الصمات يعتبر عدم الإذن فلا يكون إذنا ولأن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل الحياء، ويحتمل غيرهما فلا يكون إذنا، كما في حق الثيب، وإنما اكتفي به في حق الأب و الجد، لأن رضاها عند تزويجها لها مستحب وليس بواجب[7].

---

[1]) أخرجه مسلم، كتاب النكاح،باب استئذان الثيب في النكاح ، الحديث رقم 1420، ص642.

[2]) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 03.

[3]) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 56.

[4]) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 408.

[5]) سنن الدارمي، باب في اليتيمة تزوج نفسها، عبد الله بن عبد الرحمان بن الفضل بن بهرام ابن عبد الصمد التميمي (ت255)، المطبعة، دمشق، 1349، ج 2، ص138.

[6]) ابن قدامة، مرجع سابق، ص 409,

[7]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، مرجع سابق، ص1005.

***الترجيح وسببه:** والذي يظهر راجحا هو القول الأول القائل بأن إذن البكر الصمات، فكل أقواله تدل صراحة على أن إذن البكر السكوت ، وإذن الثيب الكلام.

الفرع الثاني: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب

أولا – ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب:

1- صورة المسألة: هل يملك الأب ولاية الإجبار في النكاح على الثيب االذي سبق له الزواج والكبير والكبيرة البالغ أم أنه لا يجوز له ذلك لزوال سبب الإجبار؟

2- الخلاف الفقهي في المسألة: لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أ- القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب وأدلتهم:

***القائلون بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب:** ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية[1]، المالكية[2]، الشافعية[3]، والحنابلة[4]، إلى عدم جواز إجبار الأب للثيب البالغ على الزواج.

***أدلة القائلين بعدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب:** ومن أدلتهم على ذلك:

-لا تثبت ولاية إجبار التزويج للثيب الكبيرة إذ إنكاح الأب الثيب لا ينفذ بدون رضاها، قال في المبسوط: [إذا زوج الثيب أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لأن الأصل في السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وإنما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفي بسكوتها عند الاستئمار][5].

---

[1]) شمس الدين السرخسي، المبسوط ج5، ص 10

[2]) القاضي عبد الوهاب البغدادي،المعونة، مرجع سابق، ص 720

[3]) شمس الدين محمد بن خطيب، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص202.

[4]) ابن قدامة، مرجع سابق ، ص 406.

[5]) شمس الدين السرخسي، المبسوط ج5، ص 10.

– وجاء في المعونة:[أنه ليس للأب ولا غيره إجبار الثيب الكبيرة ولا تزوج إلا برضاها لقوله صلى الله عليه وسلم: [ليس للولي مع الثيب أمر][1]، ولأنها قد خيرت أمرها وعرفت مصالح نفسها، وزال الحجر عنها في مالها، فوجب انتفاء الإجبار عنها][2].

. وجاء في المدونة أنه: [قلت : الثيب أيكون إذنها سكوتها، قال: لا إلا أن تتكلم وتستخلف الولي في إنكاحها][3].

– قال ابن قدامة: وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها، فالنكاح باطل وإن رضيت بعد والمقصود من ذلك أن الثيب لا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها[4]، ودليل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:[الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها][5].

–عن ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: [الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمرها أبوها في نفسها][6]

_ عن عبد الرحمان ومجمع ابني يزيد بن جارية الأنصاري عن خنساء بنت خدام الأنصارية رضي الله عنها أن أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه[7].

وجه الاستدلال: ودلالة الحديثين أنه لا يجوز للولي ولا لغيره تزويج الثيب الكبيرة إلا باستشارتها و رضاها عن عقد الزواج، عكس البكر الذي يكون سكوتها دليل رضاها .

---

[1]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، الحديث رقم 66/3522، ص168.

[2]) القاضي عبد الوهاب البغدادي،المعونة، مرجع سابق، ص 720.

[3]) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 07.

[4]) ابن قدامة، مرجع سابق ، ص 406.

[5]) أخرجه البهقي ، كتاب النكاح، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام، رقم الحديث:13706، ص199.

[6]) أخرجه الدار قطني، كتاب النكاح، حديث رقم:70/3526، ص 169.

[7]) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود ، حديث رقم :5138، ص194.

ب- القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب وأدلتهم:

***القائلون بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب:**

وذهب الحسن البصري إلى أنه يجوز للأب تزويج ابنته الثيب الكبيرة بدون إذنها وإن كرهت ذلك[1].

وذهب إبراهيم النخعي إلى أنه يجوز للأب أن يزوّج ابنته الثيب الكبيرة دون إذنها إن كانت في عياله، وإن كانت بائنة في بيتها مع أولادها استأمرها[2].

***أدلة القائلين بمشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأب:**

ومن أدلتهم:

- وقد يستدل لقولهما ورأيهما بأن الأب وهو الأقرب للبنت والأشفق والأرفق والأعقل فقد يرى مصلحة موليته في إجبارها على الزواج عموما وعلى هذا الزوج خصوصا لما فيه من المنافع لها ما لا تقدّره هي لنفسها فيكون من هذه الناحية إجباره مشروعا ومقبولا شرعا وعقلا وعرفا.

الترجيح وسببه: والذي يظهر راجحا هو القول الأول بعدم مشروعية إجبار الثيب الكبيرة على الزواج سواء من طرف الأب أو غيره لما يأتي:

- القول بإجبار الثيب الكبيرة هو قول مخالف لأقواله صلى الله عليه وسلم التي توكد أن الثيب لا يجوز لأي كان أن يجبرها وجعل إذنها ورضاها الكلام.

- ما ثبت عن رسول الله صلى الله عيه وسلم أنه رد نكاح الخنساء لأن أباها زوّجها بغير إذنها فدل على بطلان هذا الزواج.

---

[1]) ابن قدامة: المغني[492/6]، ابن القيم: زادالمعاد[99/5]، عبد الله الجبرين: الرسالة الحادية عشرة ولاية الإجبار في النكاح[969 وما بعدها]

[2]) روى هذا القول عبد الرزاق في النكاح، باب استئمار النساء في أبضاعهن[144/6]، رقم[10293]، عبد الله الجبرين: الرسالة الحادية عشرة ولاية الإجبار في النكاح[969 وما بعدها]

ثانيا: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأولياء الآخرين غير الأب والجد

1- صورة المسألة: هل يجوز للأولياء غير الأب والجد إجبار الثيب الذي سبق له الزواج الكبير والكبيرة البالغ على الزواج أم لا يجوز؟

2- الحكم الفقهي في المسألة: لقد ذهب جمهورأهل العلم من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى عدم جواز إجبار الأولياء غير الأب والجد للثيب البالغة على الزواج.

***أدلتهم على عدم مشروعية ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب من طرف الأولياء الأخرين:** واستدلوا على ذلك بجملة من الأحاديث التي تشير إلى أن الثيب لا تزوج إلا برضاها وموافقتها، ومنها:

- ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلّم أنه قال:[لا تنكح البكر حتى تستأذن، ولا الثيب حتى تستأمر، فقيل يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: إذا سكتت][5].

وجه الاستدلال: دل الحديث على أنه لابد من طلب الأمر من الثيب، فلا يعقد عليها حتى يطلب الولي الأمر منها، فلو أجبرت على النكاح فيكون العقد باطلا[6].

- ما روته الخنساء بنت خِدام:[أن أباها زوّجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلّم فردّ نكاحها] [7].

وجه الاستدلال: دل الحديث على أن إجبار الثيب على النكاح بغير رضاها مردود[8].

---

[1]) شمس الدين السرخسي، المبسوط ج5، ص 10

[2]) القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مرجع سابق، ص 720

[3]) شمس الدين محمد بن خطيب، مغني المحتاج، مرجع سابق، ص202.

[4]) ابن قدامة، مرجع سابق ، ص 406.

[5]) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب في النكاح[2555/6]، رقم الحديث[6567].

[6]) الصنعاني: سبل السلام[118/3]، الأفعال المؤثرة في فقه الأسرة: سمية الخضيري[33/32].

[7]) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إذا زوّج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود[1974/5]، رقم الحديث[4845].

[8]) الأفعال المؤثرة في فقه الأسرة: سمية الخضيري[33/32].

– وقد نقل الإجماع على أن الإجبار للثيب الكبيرة لا يصح، وأنه مبطل للنكاح[1].

– وجاء عند الحنفية أنه لا يجبر أحد البكر الثيب ويلزم رضاها وقال في شرح فتح القدير: [ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول] لقوله صلى الله عليه وسلم: [الثيب تشاور] ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقلة الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها[2].

– إن ولاية إجبار التزويج لا تثبت للأب ولا لسائر الأولياء على الثيب الكبيرة وجاء في الذخيرة: [أن الأب في الثيب كسائر الأولياء في عدم الجبر والتحكم عليها في مصالحها][3]، وكذلك الوصي كالأب في الثيب فلا يستطيع إجبارها لاستقلالها بنفسها ولأنها أعلم بمصالحها .

3– ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار: لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أ– القائلون بأن ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار زوال بكارتها بحلال أم بحرام وأدلتهم

***القائلون بأن ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار زوال بكارتها بحلال أم بحرام:** يرفع الإجبار عن الثيب سواء كانت ثيبا بنكاح صحيح أي حلال أو بحرام ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد[4], والشافعي[5]، الحنابلة[6].

***أدلة القائلين بأن ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار زوال بكارتها بحلال أم بحرام:**

– يزول الإجبار عن المرأة التي زالت بكارتها بحلال أو حرام، ولا يكون صمتها إذنا للزواج، قال الشافعي:[إذا جومعت بنكاح صحيح أو فاسد أو زنا، صغيرة كانت بالغا أو غير بالغ، كانت ثيبا لا يكون للأب تزويجها إلا بإذنها][7].

---

[1]) ابن رشد: بداية المجتهد[5/2]، ابن المنذر: الإجماع[74].

[2]) كمال الدين محمد بن عبد الواحد، مرجع سابق، ص260.

[3]) شهاب الدين أحمد بن ادريس القافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، ط1، (1994) ، ج4، ص 223.

[4]) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص07.

[5]) محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1(2001)، ج6، ص 48.

[6]) ابن قدامة، المغني ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ط3(1997)، ج9، ص410.

[7]) محمد بن ادريس الشافعي، الأم، المرجع نفسه، ص 48.

– الثيب هي من زالت بكارتها بوطء حلال أم حرام كالزنا لا إجبار عليها سواء كان الأب أو غيره من الأولياء، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم:[الثيب أحق بنفسها] فهي كالثيب لغة وشرعا بدليل أنه لو أوصى بعتق كل ثيب في ملكه دخلت إجماعا [1].

قال ابن قدامة:[الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة من القبل، سواء كان الوطء حلالا أو حراما], فاعتبارها أنها بكر بعلة الحياء غير صحيح، لأن في ذلك إبطالا للأحاديث وعلى هذا لا يكون لأبيها إجبارها إذا كانت بالغة[2]، و لقوله صلى الله عليه وسلم: [ليس للولي مع الثيب أمر][3].

ب – القائلون بأن ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار زوال بكارتها بحلال أم بشبهة وأدلتهم:

***القائلون بأن ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار زوال بكارتها بحلال أم بشبهة:** إن الثيوبة التي ترفع الإجبار في الزواج على المرأة الكبيرة التي زالت بكارتها بسبب نكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك، وهو قول أبي حنيفة[4]، مالك وأصحابه[5]، وبعض الحنابلة[6].

***أدلة القائلين بأن ضابط الثيوبة التي ترفع الإجبار زوال بكارتها بحلال أم بشبهة:**

ومن أدلتهم على ذلك:

– الثيب بالنكاح الفاسد مثلها بالصحيح، أي لا تجبر لأنها لا حياء يلحقها في ذلك كالزانية، ولأن لواحق النكاح الصحيح ثبتت في هذا من لحوق الولد ودرء الحد والاعتداد في بيتها، فوجب أن تساويها في عدم الجبر[7].

---

[1])العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية ، د م ن، د ت ن، د ط ، ج9، ص 193.

[2]) ابن قدامة، المغني ، المرجع السابق، ص410.

[3]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح ، باب ما جاء في إنكاح الثيب ، حديث رقم 13680، ص 192.

[4]) شمس الدين السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص8.

[5]) القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مرجع سابق ، ص721,

[6]) ابن قدامة ، المغني، مرجع نفسه، ص411.

[7]) خليل ابن إسحاق المالكي (ت776)، التوضيح شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان، ط1،2011 ، ج3، ص339.

– يرفع الإجبار إذا زالت البكارة بوطء شبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهر ذلك الفعل حين ألزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل، وهنا الشرع ما أظهر ذلك عليها إذ لم يعلق به شيئا من الأحكام وأمرها بالستر على نفسها فإن أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح أنه لا يكتفى بسكوتها[1].

– الثيوبة التي ترفع الإجبار هي الوطء في نكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك أو شبهة ملك، ولا يثبت بوطء زنا أو غصب على وجه، خلافا للشافعي، لأن رفع الإجبار بالثيوبة لزوال الحياء والانقباض الذي يكون في البكر، وهذا منتف من المزني بها لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ركبته فوجب بقاء الإجبار عليها ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال، فكذلك إجبار النكاح[2].

***الترجيح وسببه:** كلا القولين له مستنده، والذي يظهر أرجح هو القول الثاني الذي يعتبر الثيب هي من زالت بكارتها بنكاح صحيح أو نكاح شبهة أو ملك يمين أما من زالت بكارتها بغصب أو زنا فلا تسمى ثيبا .

وذلك أن الثيب هي من مارست النكاح وجربته وأصبحت لا تستحي في ذكره ودليل ذلك أنه يلزم إذنها بالكلام عند استئذانها في الزواج، أما التي زالت بكارتها بزنا أو غصب لم تمارس النكاح وتستحي في الكلام فيه وحكمها حكم البكر لأن العلة التي لأجلها اكتفى بسكوت البكر هو الحياء، وهو موجود عندها[3].

---

[1]) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج5 ص7.

[2]) القاضي عبد الوهاب البغدادي، مرجع سابق ، ص721.

[3]) عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، الرسالة الحادية عشر، جامعة الملك سعود ،ة الرياض ، ص 974.

***موقف المشرع الجزائري من ولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار:**

أولا :موقف المشرع الجزائري من ولاية إجبار التزويج على الصغار:

1- موقفه من ولاية إجبار التزويج على الصغار قبل التعديل:

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري قد منع ولاية الإجبار بصفة عامة دون تخصيص، سواء كانت المولى عليها قاصرة، بالغة، بكرا، أو ثيبا، بنص صريح وذلك في المادة 13 التي نصت على:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)[1].

ونستنتج من هذا بأن هذه المادة تؤكد أمرا واضحا وهو رضا المرأة في عقد الزواج أساس صحة الزواج وبدونه يبطل، ولا يصح إجبارها على الزواج، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، بكرا كانت أو ثيبا .

2- موقفه من ولاية إجبار التزويج على الصغار بعد التعديل:

إنه لم يأخذ المشرع الجزائري بولاية الإجبار في التعديل الأخير وهذا ظاهر في نصوصه، فقد نص المشرع في المادة 13 بعد التعديل:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)[2].

ففي هذه المادة المعدّلة خصّ منع الإجبار على الزواج بالقاصرة الصغيرة صراحة ليزيح كل التباس.

ومن خلال هذه المادة فال الدكتور بن حرز لله : [أنه وضع حدا نهائيا لنقاش قديم وطويل حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج بشخص لا تحبه ولا تأنس إليه أو تكره أن ترتبط به بعقد زواج و من الأن فصاعدا لا يجوز لأي جزائري أن يجبر ابنته على الزواج بدون رضاها سواء سبق لها الزواج و كانت ثيبا

أو لم يسبق لها الزواج ومازالت بكرا، وسواء بلغت سن أهلية الزواج بحكم القانون أو أعفيت

---

[1]) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2]) عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

منه بموجب إذن أو إعفاء من القضاء لسبب من الأسباب][1].

وقال بلحاج العربي: [فيما يتعلق بزواج الصغار فقد حدد القانون أهلية الزواج في المادة 7من قانون الأسرة، وأنه لا يجوز في القانون تزويج الصغار قبل بلوغهم السن القانوني (19 سنه) إلا بترخيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة وبعد موافقة وليهم الشرعي المادة 11من قانون الأسرة الجزائري المعدلة][2], فهذه المادة تؤكد على منع إجبار القاصرة التي لم تبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من ولاية إجبار التزويج على الكبار:

1- موقفه من ولاية إجبار التزويج على الكبار قبل التعديل:

قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري قد منع ولاية الإجبار بصفة عامة دون تخصيص، سواء كانت المولى عليها قاصرة، أو كبيرة، بكرا، أو ثيبا، بنص صريح وذلك في المادة 13 التي نصت على:(لا يجوز أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجها)[3].

ونستنتج من هذا بأن هذه المادة تؤكد أمرا واضحا وهو رضا المرأة في عقد الزواج أساس صحة الزواج وبدونه يبطل.

واعتبر المشرع الجزائري الولي ركنا في عقد الزواج ، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدونه، وهذا ما أكدته المادة 11من قانون الأسرة الجزائري (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين, والقاضي ولي من لا ولي له)[4]، فأثبت لها الولاية الاختيارية، بمعنى يتولى وليها الشرعي إبرام عقد الزواج بعد رضاها وموافقتها، فإن لم ترض ولم تقبل فلا يصح زواجها ويبطل.

---

[1]) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، د م ن، د ط، د س ن، ص 69,

[2]) بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، د ط،2013، ص 414.

[3])الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[4]) أحمد شامي، المرجع السابق، ص 46.

2 – موقفه من ولاية إجبار التزويج على الكبار بعد التعديل:

*إنه لم يأخذ المشرع الجزائري بولاية الإجبار في التعديل الأخير وهذا ظاهر في نصوصه، فقد نص المشرع في المادة 13 بعد التعديل:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)[1].

ففي هذه المادة المعدّلة خصّ منع الإجبار على الزواج بالقاصرة الصغيرة صراحة ليزيح كل التباس، فيكون منع إجبار الكبيرة البالغ من باب أولى، وأثبت لها المشرّع الجزائري بعد التعديل الولاية الاختيارية الشكلية، حيث خوّل لها القانون إبرام عقد الزواج بنفسها ولكن بحضور وليها وهو أبوها أو أي شخص تختاره، حيث جاء في المادة11 والتي تنص على: [تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره].

يقول الدكتور عبد القادر داودي في كتابه"أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري": [لقد منع المشرع الجزائري الولي مهما كانت درجته من أن يجبر من في ولايته من النساء سواء كانت المرأة بكرا أم ثيبا][2].

وإن الإجبار لا يتصور وقوعه إلا من قبل الولي و الولي من خلال المادة 9من قانون الأسرة الجزائري يعتبر شرطا من شروط الزواج وليس ركنا من أركانه، فإن تخلف شرط الولي ، في حق المرأة الراشدة لا يترتب عليه أي أثر، خلافا للشروط الأخرى المنصوص عليها [3].

ونستنتج من خلال التعديل الأخير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بولاية الإجبار في التزويج لا للصغار ولا للكبار، وجعل الرضا الركن الأساسي في عقد الزواج وجعل للمرأة

[1]) عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

[2]) المسعود جمادي، مطبوعة محاضرات مقياس فقه الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019، ص37.

[3]) سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، 2011، ص152.

حرية اختيار وليها وقدرتها على إبرام عقد زواجها بنفسها متى توفرت لها الأهلية وكانت راشدة.

المبحث الثالث:

خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

خيار البلوغ للصغار وأثره علي عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الأب.

المطلب الثاني:

خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الآخرين غير الأب

تمهيد:

سنتكلّم على خيار البلوغ للصغار إذا تمّ تزويجهم من طرف الأب في المطلب الأول، وعن خيار البلوغ للصغار إذا تمّ تزويجهم من طرف غير الأب في المطلب الثاني.

المطلب الأول: خيار البلوغ للصغار وأثره علي عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الأب.

الفرع الأول: صورة المسألة: هل للصغيرة غير بالغة إذا زُوِجَتْ إجبارا من قبل أبيها حق خيار الفسخ بعد بلوغها ؟

الفرع الثاني: موقف العلماء حول مسألة خيار البلوغ للصغار وأثره علي عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الأب.

اتفق فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة، من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] على أنه إذا زوج الأب ابنته الصغيرة أو الصغير فإن العقد يبقى لازما، ولا يثبت لهما خيار بعد البلوغ، وعليه لا يثبت بعد البلوغ حق الخيار في مطالبة فسخ عقد الزواج، وخاصة إذا توافرت شروط الزواج المعتبرة، لأن الأب له ولاية الإجبار في تزويجها بغير رضاها، ويرجع ذلك لما يتمتع به الأب من وفور الشفقة وكمال الرأي، وحرصه على حسن الاختيار لابنه أو ابنته فإنه ينظر لهما مالا ينظر لنفسه، لذلك يلزم العقد بمباشرته لهما كما لوكان باشره بعد البلوغ، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضى الله عنها "وهي بنت ست سنين، وبنى بها وهي بنت تسع ، ومكثت عنده تسعا"[5]. فدل ذلك على أن الأب إذا زوج ابنته لا

---

[1]) الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، د ط ، ج 3، ص 10.

[2]) القرافي: لشهاب الدين أحمد، (ت 684هـ، 1285م)، الذخيرة ، حققه الأستاذ محمد بو خبزة ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ط 1، 1994، ج 4 ، ص 217.

[3]) الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني (ت: 676)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، حققه محمد خليل عيثاني ، دار المعرفة ، بيروت ، ط 1، 1997م ، ج 4 ، ص 277.

[4]) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط ، ج 5 ، ص 42.

[5]) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب من بني بامرأة وهي بنت تسع سنين، رقم الحديث 4863 ، ص 1980.

يثبت لها الخيار إذا بلغت، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخير عائشة، ولوكان الخيار ثابتا لها لخيرها كما خيرها عند نزول آية التخيير[1].

المطلب الثاني: خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الآخرين غير الأب

الفرع الأول: صورة المسألة: هل يثبت خيار البلوغ للصغار إذا تم تزويجهم إجبارا من طرف الأولياء الآخرين غير الأب أم لا ؟.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول المسألة: لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أولا . القائلون بثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة وأدلتهم:

***القائلون بثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة:** وهو مذهب أبي حنيفة[2]، ورأي عند المالكية[3]، وقول عند الشافعية[4]، ورأي عند الحنابلة[5].

***أدلة القائلين بثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة:** ومن أدلتهم على ذلك:

إن النبي زوّج أمامه بنت عمه حمزة من سلمة من أبي سلمة، وهي صغيرة، وقال: [لها الخيار إذا بلغت][6].

وجه الاستدلال: ونستنتج من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم ، جعل للزوجة خيار البلوغ ، اذا زوجها غير الأب .

عن ابن عمر رضي الله عنه قال توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خوله بنت حكم بن أمية وأوصى إلى أخيه قدامه بن مظعون، قال عبد الله (أي ابن عمر) وهما خالاي،

---

[1]) شمس الدين السرخسي، المبسوط، حققه مجموعة من العلماء، د دن ، د ط ، ج 4 ، ص 213.

[2]) السرخسي، المبسوط، المرجع نفسه، ص 215.

[3]) القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ص 231.

[4]) الماوردي: الحاوي الكبير[66/9].

[5]) ابن قدامة (ت : 541–620)، المغني، حققه عبد الله الحن التركي وآخرون ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ط 1، ج 9، ص 402.

[6]) أخرجه البيهقي، كتاب النكاح ، باب ما جاء في النكاح اليتيمة ، رقم الحديث 13698.

فخطبت إلى قدامة ابنة عثمان فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها، فأرغبها في المال، فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبيا، حتى ارتفع أمرهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله، ابنة أخي، وأوصى بها إليّ، فزوجتها ابن عمتها عبد الله ابن عمر ولم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة وأنها حطت إلى هوى أمها، فقال رسول الله: [هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها]، قال: [فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة] [1].

وجه الاستدلال:

أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها، فاختارت الفسخ، بدليل ما روي عن بن عمر انه قال: [فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة]، فدل على خيار البلوغ اذا كان المزوج غير الأب[2].

ثانيا . القائلون بعدم ثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة وأدلتهم:

* **القائلون بعدم ثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة:** وهو مذهب الحنفية[3] .

***أدلة القائلين بعدم ثبوت خيار البلوغ للصغير والصغيرة:** ومن أدلتهم:

إن هذا عقد بولاية مستحقة بالقرابة، فلا يثبت فيها خيار البلوغ كعقد الأب والجد، وهذا لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية والقريب بالتصرف بنظر المولى عليه، لا لنفسه وهو قائم مقام الأب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال، فكما أن عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الأب فيما قام فعله مقامه فكذلك عقد الولي[4].

***الترجيح وسببه:** والذي يظهر راجحا بعد عرض الآراء هو القول هو بثبوت خيار البلوغ للصغيرة والصغير إذا تم التزويج من طرف الأولياء غير الأب، لأن ولاية غير الأب مهما كانت درجة القرابة إلا أنها لا تخلو من القصور في الشفقة والرأي والنظر، والنظر مقترن

---

[1]) أخرجه ابن ماجة، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، رقم الحديث 1109.

[2]) ابن الهمام، شرح الفتح القدير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، ج 3، ص 267.

[3]) السرخسي، المبسوط، د دن، د ط ، ج 4 ، ص 215.

[4]) السرخسي، المبسوط، د د ن ، د ط ، ج 4، ص 215.

بوفور الشفقة، فلتمكن النقصان والقصور في رأيهم ثبت للصغار خيار البلوغ بعد بلوغها بين الإقرار أو فسخ العقد.

***موقف المشرع الجزائري من خيار البلوغ قبل التعديل وبعده :**

لقد اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية والعائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة شؤون الحياة والأعباء الزوجية[1]، ولقد ذهب الفقهاء على رأسهم ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم إلى أن زواج الصغير ليس في مصلحته بل هو باطل ولا يترتب عليه أثر . هذا وقد نصت عليه المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، قانون 84/11: (تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 والمرأة 18 سنة)، قبل التعديل كانت أهلية الزواج في المادة 05 من الأمر الصادر في 04-02- 1959، 15 سنة بالنسبة للمرأة و18 بالنسبة للرجل ، ونجدها ارتفعت في المادة 07 من قانون الأسرة الصادرة في 09 جوان 1984 إلى 21 للرجل والمرأة .وبعد التعديل نجد المادة 07 : (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزواج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات)[2]، ويكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا.

وإذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من قانون الأسرة الجزائري تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي[3]،وهنا نستنتج أن الزواج يرتبط بالأهلية الكاملة للرجل والمرأة.

وبما أن المشرّع الجزائري قد منع من ولاية الإجبار قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري بصفة عامة دون تخصيص، سواء كانت المولى عليها قاصرة، أو كبيرة، بكرا، أو ثيبا، بنص

---

[1])بلحاج بلعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 1 ، 1994، ص 279.

[2]) الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ا، المعدل والمتمم المتعلق ب قانون الأسرة الجزائري .

[3]) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 280.

صريح وذلك في المادة 13 التي نصت على:(لا يجوز أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، ولا يجوز أن يزوجها)[1].

وبعد التعديل لم يأخذ المشرع الجزائري بولاية الإجبار وهذا ظاهر في نصوصه، فقد نص المشرع في المادة 13 بعد التعديل:(لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)[2]، لكل الأصناف صغيرة أو كبيرة، بكرا أو ثيبا، وأنه لا تزويج للمرأة إلا برضاها وإذنها، فمؤدّى ذلك أن مسألة خيار البلوغ بالإبقاء أو الفسخ للزواج للمجبرة عليه لصغرها غير مطروحة أصلا، لأن المرّع الجزائري قد سدّ طريق الإجبار من البداية، والكلام على خيار البلوغ يعتبر فرعا عن جواز الإجبار ابتداء، ونفي الإجبار ابتداء ينفى خيار البلوغ انتهاء.

[1])الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[2]) عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

نتائج الفصل الثاني:

1. البلوغ هو وصول الصبي إلى مرحلة لم يعد فيها صغيرا حيث ينتقل إلى مرحلة التكليف.

2. البلوغ هو أساس التكليف وعلاماته دالة على أهلية الرجل والمرأة للزواج وقدرتهم على تحمل مسؤولية الزواج.

3. اتفاق فقهاء المذاهب الأربع على مشروعية الإجبار في تزويج الصغار حماية لمصالحهم وعدم تفويت الكفء ولم يخالفهم إلا بعض العلماء القدامى كابن شبرمة والعثيمين.

4 . الثيب الصغيرة يجبرها الأب عند عامة أهل العلم لعلة الصغر وخالفهم الشافعي بقوله أنها لا تجبرها وتستأذن بعد البلوغ.

5 . ليس لغير الأب إجبار التزويج للصغيرة إلا في الوصي عن الأب عند المالكية والحنابلة، والجد عند الشافعية فهما يقومان مقام الأب في إجبار الصغار.

6 . يجوز لجميع الأولياء ولاية الإجبار في التزويج للصغيرة سواء كانت ثيبا أو بكرا وهذا قول أبي حنيفة.

7. بالنسبة للكبير والكبيرة البكر اتفق الفقهاء على استئذانهم في النكاح وإذن البكر سكوتها، أما في الثيب الكبيرة فلا يعد إذنها إلا بالكلام الصريح بالقبول.

8. ليس لأحد من الأولياء إجبار الكبير والكبيرة على الزواج إلا باستئذانهن.

9. أجاز المالكية والحنابلة الولاية في النكاح بالوصية وخالفهم الشافعية والحنفية في ذلك.

10. عدم ثبوت خيار البلوغ للصغيرة والصغير إذا زوجهما الأب وتوفرت الشروط المعتبرة في الزواج باتفاق العلماء، في حين وقع خلاف في الخيار إذا زوجها ولي آخر غير الأب.

11. منع المشرّع الجزائري ولاية الإجبار أصلا على الصغير والكبير، على البكر والثيب، سواء قبل التعديل أو بعده.

خاتمة

وفيها النتائج العامة للبحث وبعض التوصيات:

أولا: النتائج العامة للبحث:

من خلال بحثنا في هذا الموضوع، يتضح لنا بأن الأمور المتعلقة بالزواج، يجب أن تكون مستمدة من الشريعة الإسلامية، باعتباره عقدا دينيا قبل أن يكون عقد مدنيا، فالشريعة الإسلامية عنت بهذا العقد وقامت بتحديد ضوابطه وأحكامه المستوحاة من القرآن الكريم والسنة النبوية، ومن أهم النتائج المتوصل إليها في البحث:

1- إن الولاية تقوم على أساس المسؤولية التي تقع على عاتق الولي لاسيما في أخطر عقد ألا وهو عقد الزواج، باعتبار أنآ لا تلحق الزوجين فقط وإنما تصيب أهليهما، ويشترط لمن يصلح للولاية أن يتحقق فيه كمال الأهلية بأن يكون عاقلا، بالغا، مسلما، كما يشترط اتحاد الدين بينه وبين من تثبت عليه ولاية.

2- إن للولاية أهمية كبيرة في حياة المولى عليها فهي أساس في الأسرة، وعمادها الذي تقوم عليها فمن خلال تضمن الأسرة استقرارها ودوامها ، ويقع على الولي العبء الأكبر ألا وهو المسؤول شرعا وقانونا في حفظ المولى عليها ورعايتها ومشاركتها في اختيار زوجها.

3- المقاصد الكلية الشرعية تنسجم مع قانون تحديد سن الزواج بسن معينة، حيث أن المحافظة على النسل والنسب من مقاصد الشريعة التي جاءت برعايتها.

4- سن البلوغ بالعلامات الطبيعية غير مضبوط وغير موحّد، بل إنه يتفاوت ويختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والبيئات وطبيعة المناخ، فكانت الحاجة ملحة لتحديد إطار قانوني لهذا الأمر، يتم من خلاله تحديد سن معينة للزواج لذكور والإناث.

5- زواج الصغار جائز مشروع، ولا يستطيع أحد القول بحرمته أو بطلانه، لثبوت جوازه بالكتاب والسنة، لكن لابد من حصره في أضيق الحدود وذلك في حال وجود مصلحة معتبرة منه.

6- الصغير ليس له مباشرة في عقد الزواج بنفسه لنفسه، لقصور عقله وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

7- للأب ولاية إجبار الصغير أو الصغيرة على الزواج أو من يقوم مقامه من جد، أو سائر الأولياء، أو وصي الأب على خلاف بين العلماء، ولكن ليست هذه الولاية على الإطلاق بل لابد أن يكون تزويجه لها منوط بالمصلحة ، وليس ذلك لغيره من الأولياء.

8- عدم ثبوت خيار البلوغ للصغيرة أو الصغير إذا زوجها الأب وتوافرت الشروط المعتبرة للزواج، في حين هناك خلاف في خيار يثبت مطلقا للصغيرين في حال تزويجهما من الأولياء الآخرين غير الأب، ذلك أن الولي من غير الأب مهما كانت قرابته إلا أنه لا يخلو من قصور الشفقة وفي الرأي والنظر.

9- منع المشرّع الجزائري ولاية الإجبار أصلا على الصغير والكبير، على البكر والثيب، سواء قبل التعديل أو بعده.

التوصيات: ومنها:

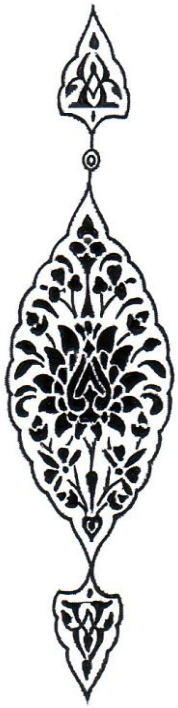
1- على المشرّع الجزائري أن يلم بجميع أحكام الأسرة صراحة وينظمها في نصوص واضحة لا لبس فيها، سواء ما تعلّق بالولاية عموما أو بولاية الإجبار خصوصا.

2- على طلبة الشريعة عموما وطلبة الشريعة والقانون خصوصا تناول جميع جزئيات ق أ ج بما فيها الولاية عامة وولاية الإجبار خاصة ودراستها دراسة دقيقة ومقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي من جهة وبقوانين الأحوال الشخصية للدول العربية والإسلامية والوقوف على مواطن القوة لتوكيدها وتعزيزها، ومواطن الضعف والمخالفة للشريعة الإسلامية لتصحيحها.

3- يمكن لطلبة الشريعة تناول جزئيات ولاية الإجبار نقطة لتشبع بحثا ويتوصّل فيها إلى نتائج أفضل في مذكّرات ماستر؛ مثل: [علة ولاية الإجبار في الزواج]، [لمن تثبت ولاية الإجبار في الزواج]، [ولاية الإجبار على الصغار والكبار والأبكار والثيبات في الزواج]....

الفهارس

العامة للبحث



أولا: فهرس السور والآيات:

السور والآيات	رقمها	الصفحة
البقرة		
﴿.... وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴾	107	8
﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ ۚ ﴾	222	82
النساء		
﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾	06	51
﴿ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِن كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَكُن مَّعَكُمْ وَإِن كَانَ لِلْكَٰفِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُم مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۚ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ۚ ﴾	141	70
﴿ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِن كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَكُن مَّعَكُمْ وَإِن كَانَ لِلْكَٰفِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُم مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۚ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۚ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ۚ ﴾	141	70
﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾	19	71
﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾	06	89
﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾	03	93
المائدة		

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمۡ فَإِنَّهُۥ مِنۡهُمۡۗ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهۡدِي ٱلۡقَوۡمَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴾	51	23
الأنعام		
﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥۚ ﴾	125	75
﴿ وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ ﴾	164	89
التوبة		
﴿ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ ﴾	71	23
﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ يَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓۚ أُوْلَٰٓئِكَ سَيَرۡحَمُهُمُ ٱللَّهُۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾	71	23
﴿ وَمَا مَنَعَهُمۡ أَن تُقۡبَلَ مِنۡهُمۡ نَفَقَٰتُهُمۡ إِلَّآ أَنَّهُمۡ كَفَرُواْ بِٱللَّهِ وَبِرَسُولِهِۦ وَلَا يَأۡتُونَ ٱلصَّلَوٰةَ إِلَّا وَهُمۡ كُسَالَىٰ وَلَا يُنفِقُونَ إِلَّا وَهُمۡ كَٰرِهُونَ﴾	53	71
النور		
﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ﴾	32	71
﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلۡأَطۡفَٰلُ مِنكُمُ ٱلۡحُلُمَ فَلۡيَسۡتَـٔۡذِنُواْ كَمَا ٱسۡتَـٔۡذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِهِمۡۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ﴾	59	78
﴿ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ ﴾	58	71
الطلاق		
﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾	04	49

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية:

الحديث	الصفحة
عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر]	08
قوله صلى الله وعليه وسلم (الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب)	13
قوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي والسلطان ولي من لا ولي لها)	14
عن ابن عباس رضي الله عنه قال : [لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد]	15
وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم [لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ،ولا يزوجهن إلا الأولياء]	16
عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [ليس للولي مع الثيب أمر، و اليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها]	114
عن عائشة رضي الله عنها قالت: [تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين، وبنى بيّ وأنا بنت تسع سنين]	49
عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يستأمرها أبوها في نفسها وإذنها صماتها]	51
عن ابن عباس رضي الله عنهما: [أن رسول الله صلى اله عليه وسلم رد نكاح بكر و ثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحهما]	51

عن ابن عمر رضي الله عنه: [عُرِضْت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني]	76
عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كُتِب مَالَه وما عليه ، وأُخِذت مِنْهُ الحدود]	76
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: [ير فع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل]	78
عامر بن سعد عن أبيه ، أن سعد بن معاذ رضى الله عنه ، حكم على بني قريظة أن يقتل منهم كل من جرت عليه المواسي ، وأن تقسم ذراريهم وأموالهم ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :[لقد حكم بينهم بحكم الله الذي حكم به من فوق سبع سماوات	80
عن عطية القرظي رضي الله عنه قال:[عُرضت على رسول الله صلي الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا فيّ فأمر النبي أن ينظروا إليّ هل أنبت فنظروا إليّ فلم يجدوني أنبتُ فخلي عني وألحقني بالسبي]	80
وقال: [يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يربمنها إلا هذا وهذا"، وأشار إلى وجهه وكفيه]	83
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :[تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها]	91
قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: [هي يتيمة ،ولا تنكح إلا بإذنها].	97

قوله صلى الله عليه وسلم :[أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل]	96
قوله : يا رسول الله ابنه أخي أوصي بها إلي، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم :[هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها]	97
ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:[تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن سكتت فوق إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها	98
ما رواه أبو موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :[تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن رضيت زوجت ، وإن لم ترض لم تزوج	
ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [الأيم أحق بنفسها من وليها ...]	107
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :[شاوروا النساء في أنفسهن] فقيل له : يا رسول الله إن البكر تستحي ؟ قال :[الثيب تعرب عن نفسها و البكر رضاها صمتها]	103
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :[الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن ، وإذنها صماتها]	102
عن عطاء بن أبي رباح قال: فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأة وزوجها ، وهي بكر ؛ أنكحها أبوها وهي كارهة	109
عن ابن عباس ، أن جارية بكرا،أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم	109

قوله صلى الله عليه وسلم:[البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن] فقالوا: يا رسول الله كيف إذنها ؟ قال : [الصموت]	110
حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله قال[الأيم أملك بأمرها من وليها ، و البكر تستأمر في نفسها وصمتها إقرارها]	111
قال ذكوان مولى عائشة : سمعت عائشة رضي الله عنها ، تقول : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم[نعم تستأمر] قالت عائشة . فإنها تستحي فتسكت، قال صلى الله عليه وسلم :[ذاك إذنها إذا سكتت	111
عن أبي موسى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :[تستأمر اليتيمة، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها ، وإن أبت فلا جواز عليها]	108
عن عبد الرحمان ومجمع ابني يزيد بن جارية الأنصاري عن خنساء بنت خدام الأنصارية رضي الله عنها أن أباها زوجها وهي ثيب ، فكرهت ذلك ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه	59
قوله صلى الله عليه وسلم: [ليس للولي مع الثيب أمر]	75
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: [هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها]	92

ثالثا . فهرس المصادر والمراجع:

1 . القرآن الكريم. برواية ورش عن نافع.

2 . الكتب

1. ابن الأثير : مجد الدين أبو السعادات مبارك بن محمد الجزري (ت606)،النهاية في غريب الحديث والأثر.

2. ابن الهمام:كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري (ت861)، فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م/ 1423هـ.

3. ابن حجر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت 852)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المكتبة السلفية، د ط، د ت ن.

4. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية ،بيروت، ط1، 2003.

5. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، ط والنشر وتوزيع الرياض، سنة هـ1423-2003م.

6. ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت463)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، تحقيق سعيد أحمد أعراب، مطبعة المحمدية، المغرب، د ط ، 1408هـ .1988م

7. ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، وحققه محمد أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ،ط1.

8. ابن فارس : أحمد بن فارس ابن زكريا (ت395)، ،معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د م ن ، د ط ، د ت ن 1399هـ/1979م .

9. ابن قدامة : موفق الدين أبي محمد بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق عبد الله بن الحسن التركي ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ط1، (1986م).

10. ابن مفلح: برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب ، الرياض،، د ط ، د س ن

11. ابن منظور: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، نشر أدب الحوزة، إيران، 1405هـ.

12. أبو إسحاق الشيرازي،(ت: 393هـ- 476 هـ) ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، حققه محمد الزحيلي ، دار القلم ، دمشق، سوريا ، ط 1 ، 1417هـ 1996م

13. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحداث التعديلات دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط.

14. بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية ، بيروت ، د ط ، د ت ن .

15. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2013.

16. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، ج1، الجزائر،2004

17. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.

18. البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع ، عالم الكتب ، بيروت ،1403هـ .1983.

19. البيهقي(ت458) .السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003م

20. تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني الحسيني الدمشقي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي، حققه عبد القادر الأرناؤوط، دار البشائر، دمشق، ط 9 ، سنة 1422هـ-2001م.

21. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، د ط.

22. الجرجاني:علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني،(ت.836 ه) معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د ط، 1413ه.

23. حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية، الرياض، ط1، 1420ه.

24. الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ط3، 2005م.

25. الخرشي: أبو عبد لله محمد بن عبد الله شرح على مختصر سيدي خليل (ت1101ه) ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، مصر، ط2، 1317ه.

26. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5 ، 2007م.

27. خليل الحطاب الرعيني: أبو عبد لله محمد بن عبد الرحمان المغربي (ت: 954)، مواهب جليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب لطباعة والنشر والتوزيع.

28. خليل بن إسحاق المالكي (ت776)، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 2011م.

29. الدار قطني الحافظ علي بن عمر(ت 385): سنن الدارقطني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2001م.

30. الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمان بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد التميمي (ت255): سنن الدارمي المطبعة ، دمشق، 1349

31. الدسوقي: العلامة شمس الدين محمد عرف، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د ط.

32. الرازي: محمد بن أبو بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1976، د ط.

33. رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1 ، 2007م.

34. زهير الشاويش، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله بن أحمد، مكتب الإسلامي، بيروت 1981،1م.

35. السرخسي: شمس الدين، المبسوط، حققه مجموعة من علماء، دار المعرفة، بيروت، د ط.

36. الشربيني: شمس الدين محمد بن الخطيب (ت: 676)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، حققه محمد خليل عيثاني ، دار المعرفة، بيروت ، ط 1، 1418ه / 1997م.

37. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، حققه عبد الله الحسن التركي، د د ن، ط 1.

38. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت: 1255ه)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الحديث، القاهرة.

39. صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الثّمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيْد القيرواني، (د، د ، ط)،

40. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق و آثارهما ، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية ،بيروت، ط1430،1ه 2009م.

41. عبد الرحمان الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، لبنان، ط 2.

42. عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي (ت: 1392،1312ه)، حاشية الرّوض المُرْبِع شرْح زاد المستنقع، حقوق الطبع محفوظة، ط 1.

43. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، ط1.

44. عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب ، المكتبة العلمية ، بيروت ، د ط.

45. عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية ، د م ، د ط، د ت ن.

46. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1993م.

47. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 ، سنة 1399هـ.

48. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

49. عصام نور الدين، معجم الوسيط، (عربي . عربي)، دار الكتب العلمية، ط1/لبنان /2005م.

50. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة ، ط1، 2002م.

51. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب(ت817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق الشيخ أبو الوفا نصر الهوزيني المصري الشافعي، بيروت ، لبنان.

52. القاضي عبد الوهاب البغدادي، (ت:466هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة ، حققه حميش عبد الحق، المكتبة التجارية ، مكة المكرمة ، د ط .

53. القرافي: شهاب الدين أحمد(ت: 684هـ/1285 م)، الذخيرة، حققه الأستاذ محمد بو خبزة ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ط 1، 1994م.

54. الكساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود(ت587)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003م /1424هـ.

55. مالك بن أنس: أبو عبد الله بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، (ت 179هـ) المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية ، السعودية، د ط، د ت ن.

56. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دم ن، د ت ن، ط2.

57. محمد الكندي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاج، دكتورا دولة في الدراسات الإسلامية،دار الكتب العلمية، لبنان .

58. محمد بن أحمد جُزَيْ (ت: 693، 741)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، حققه محمد بن سيدي محمد مولاي، د ط.

59. محمد بن أحمد صالح، فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره، د د ن ، د ط ، المملكة العربية السعودية.

60. محمد بن أدريس الشافعي، (ت204)، الأم، تحقيق محمد ابراهيم الخفناوي، دار الحديث القاهرة ، ب ط .

61. محمد بن صالح العثيمين ، الشرح الممتع على زاد المتقنع ، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1427هـ .

62. محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاندهلوي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1/ 1420هـ/1999م.

63. محمد زكريا بن محمد بن يحيى الكاهلي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999م .

64. محمد سمارة ،أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة، 1431هـ/2010م.

65. محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين، دار إحياء الكتب العربية ،د ن ط.

66. محمد علي الصابوني ،صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم ،بيروت، ط4، 1981م.

67. محمد محيي الدين عبد الحميد ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاستقامة، ط1، 1942 هـ.

68. محمد مرتضي الحسني الواسطي الزبيدي الحنفي: تاج العروس: ،(د ن)مصر،(د ط).

69. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعة ،بيروت، ط4، 1983هـ.

70. مرضي بن مشوح العنزي، القول بما لم يسبق به قول، دار الحضارة، الرياض، ط2 /2022 م.

71. المزوري: أبو عبد الله محمد بن نصر(ت294)، اختلاف العلماء، عالم الكتب، د م ن، ط1، 1985م.

72. مصطفى أحمد الزرقا ،المدخل الفقهي العام، دار القلم ،دمشق، ط2/ 1425م/2004هـ .

73. المعلمي، عبد الرحمان بن يحي المعلمي اليماني، فوائد المجاميع، دار عالم الفوائد، د م ن، د ط ، د ت ن.

74. ناصر أحمد إبراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005م، د ط.

75. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1/ 2010م .

76. النووي، روضة الطالبين في عمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط3، 1412 هـ.

77. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ط1، 2006م.

78. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، د ط 2010 م.

3 . البحوث و المجلات:

79. أحمد عبدو، الوكالة في عقد تازواج في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء والإبقاء، مجلة دائرة البحوث والدراسات والقانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2023 م.

80. إيمان حيدوسي، ولاية الأم على أبنائها القصر، مجلة العلوم الإنسانية، قسنطينة، العدد 50، 2018م.

81. رزيق بخوش، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد التاسع، جوان 2016م.

4 . الرسائل الأكاديمية:

82. إبتسام عويد عياد المطرفي، ترجيحات شيخ الإسلام ابن تيمية في النكاح، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1416هـ / 1995م .

83. أمنة بنت علي الوثلان، ولاية الإجبار على النكاح لغير الأولياء، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمان الرياض، العدد الرابع عشر: شوال، المحرم1433هـ/ 1434هـ /2012م.

84. حرمة عبد الله، المسؤولية القانونية للوكيل في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة أدرار، (2020م).

85. سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، ماستر، شريعة وقانون، جامعة الشهيد حمة لخضر، معهد العلوم الإسلامية، 2017م/2018م.

86. سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، تخصص أصول الفقه،1432هـ/2011م.

87. عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ولاية الإجبار في النكاح، الرسالة الحادية عشر، جامعة الملك سعود، الرياض.

88. عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي.

89. عينار فاطيمة، أحكام الحضانة في أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012م.

90. مراح سعيد، ولاية التزويج في فقه الإسلامي والقانون المقارن، ماستر، قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016م.

91. المسعود جمادي، مطبوعة محاضرات مقياس فقه الأسرة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019.

92. مقراني وردة ،النيابة الشرعية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، (2016)

5 . النصوص القانونية:

93. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم (ج. ر 15ص.19) .

94. القانون رقم 84. 11 المؤرخ في رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 9يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

95. الأمر رقم 75 –58المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

6 . المواقع الإلكترونية:

96. سمار عبد العزيز، الولي كشرط في عقد الزواج في القانون الجزائري، دخول بتاريخ 4جوان 2023 ، ساعة 96 net. 14:30 .netmohamahhttps://www

رابعا: فهرس الموضوعات:

فهرس الموضوعات	الصفحة
الاهداء	/
الشكر والعرفان	/
المقـــــدمـة	أ-هـ
الفصل التمهيدي: حقيقة الولاية وأقسامها وموقف المشرع الجزائري منها.	
المبحث الأول: حقيقة الولاية وأسبابها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها	**08**
المطلب الأول: حقيقة الولاية وأسبابها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.	**08**
الفرع الأول: حقيقة الولاية لغة واصطلاحا.	**08**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من حقيقة الولاية.	**10**
المطلب الثاني: أسباب الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.	**11**
الفرع الأول: أسباب الولاية في الفقه الإسلامي.	**11**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أسباب الولاية.	**17**
المبحث الثاني: شروط الولي في الفقه الإسلامي موقف المشرع الجزائري منه.	**21**
المطلب الأول:شروط الولي المتفق عليها في الفقه الإسلامي موقف المشرع الجزائري منها	**23**
الفرع الأول: شروط الولي المتفق عليها في الفقه الإسلامي.	**23**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شروط الولي المتفق عليها.	**25**
المطلب الثاني:شروط الولي المختلف فيه في الفقه الإسلامي موقف المشرع الجزائري منه	**25**
الفرع الأول: شروط الولي المختلف فيها في الفقه الإسلامي.	**25**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شروط الولي المختلف فيها	**28**
المبحث الثالث: أهمية الولاية في الزواج وأقسامها في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.	**29**

المطلب الأول:أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.	31
الفرع الأول: أهمية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي.	31
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أهمية الولاية.	31
المطلب الثاني: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها.	31
الفرع الأول: أقسام الولاية في الفقه الإسلامي.	31
الفرع الثاني: أقسام الولاية عند المشرع الجزائري.	34
نتائج الفصل التمهيدي:	38
الفصل الأول: حقيقة الولاية الإجبار في الزواج وموجباتها وحكمتها وسند القائلين بها وموقف المشرع الجزائري منها.	
المبحث الأول : حقيقة ولاية الإجبار في الزواج وحكمها في الفقه الإسلامي	41
المطلب الأول: حقيقة ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي	42
الفرع الأول: حقيقة ولاية الإجبار باعتبارها مركبا إضافيا.	42
الفرع الثاني: حقيقة ولاية الإجبار باعتبارها لقبا لهذا النوع من الولاية.	47
المطلب الثاني: حكم ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي	49
الفرع الأول: القائلون بولاية الإجبار في الزواج وأدلتهم	49
الفرع الثاني: النافون لولاية الإجبار في الزواج وأدلتهم	50
المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل وبعد التعديل	53
المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج قبل التعديل	54
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار في الزواج بعد التعديل	55
المبحث الثالث: موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تبت له وحكمتها وموقف المشرع الجزائري من ذلك.	57
المطلب الأول: موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها ولمن تثبت له في الفقه الإسلامي	58
الفرع الأول: موجبات ولاية الإجبار وعلتها وسببها في الفقه الإسلامي	58

الفرع الثاني: من تثبت له ولاية الإجبار في الفقه الإسلامي	62
المطلب الثاني: حكمة ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من موجباتها ومن تثبت في حقه.	64
الفرع الأول: حكمة ولاية الإجبار في الزواج في الفقه الإسلامي	64
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من موجبات ولاية الإجبار ومن تثبت في حقه	67
نتائج الفصل الأول	68
الفصل الثاني: حقيقة البلوغ وعلاماته وولاية إجبار التزويج وخيار البلوغ للصغار وأره على عقد الزواج.	
المبحث الأول: حقيقة البلوغ وعلاماته	71
المطلب الأول: حقيقة البلوغ لغة واصطلاحا	72
الفرع الأول: حقيقة البلوغ لغة	72
الفرع الثاني: حقيقة البلوغ اصطلاحا	73
المطلب الثاني: علامات البلوغ	74
الفرع الأول: البلوغ بعلامة السن	74
الفرع الثاني: البلوغ بالعلامات الطبيعية	77
المبحث الثاني: ولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار	85
المطلب الأول: ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة البكر والثيب	86
الفرع الأول: ولاية إجبار التزويج على الصغير والصغيرة البكر	86
الفرع الثاني: ولاية إجبار التزويج على الصغير و الصغيرة الثيب	100
المطلب الثاني: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر والثيب	106
الفرع الأول: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة البكر	106
الفرع الثاني: ولاية إجبار التزويج على الكبير والكبيرة الثيب	109
موقف المشرع الجزائري من ولاية إجبار التزويج على الصغار والكبار	116
المبحث الثالث: خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج	123
المطلب الأول: خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج إذا تم التزويج من	124

طرف الأب	
الفرع الأول : صورة المسألة: هل للصغيرة غير البالغة إذا زوجت من قبل أبيها حق الخيار بعد بلوغها؟	**124**
الفرع الثاني: خيار البلوغ للصغار وأثره في عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الأب	**124**
المطلب الثاني: خيار البلوغ للصغار وأثره على عقد الزواج إذا تم التزويج من طرف الأولياء الآخرين غير الأب	**125**
الفرع الأول: صورة المسألة : هل يثبت خيار البلوغ للصغار إذا تم التزويج من طرف الأولياء غير الأب؟	**125**
الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول المسألة وموقف المشرع الجزائري من خيار البلوغ	**125**
نتائج الفصل الثاني	**129**
الخاتمة: النتائج العامة للبحث وبعض التوصيات	**131**
الفهارس العامة للبحث:	**135**
أولا . فهرس الآيات والسور القرآنية	**141**
ثانيا . فهرس الأحاديث النبوية	**137**
ثالثا . فهرس المصادر والمراجع	**141**
رابعا . فهرس الموضوعات	**150**
الملخّص باللغة العربية و اللغة الإنجليزية	**154**

خامسا . ملخص البحث باللغة العربية واللغة الإنجليزية:

1 . الملخص باللغة العربية:

إن موضوع ولاية الإجبار في الزواج من المواضيع التي كانت محل اهتمام الفقهاء، نظرًا لدور الولي الكبير في هذا العقد. وأردنا في هذا البحث أن نوضح موقف المشرع الجزائري من ولاية الإجبار، وهل نص في قوانينه على أحكام هذه الولاية في عقد الزواج؛ لأن ولاية الإجبار من المواضيع المطروحة والمتعايشة في المجتمع، فيلزم أن نبين أحكامها في الفقه الإسلامي ومدى موافقة المشرع الجزائري للفقه الإسلامي في الولاية الإجبار في الزواج. وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها: أنه لا يجبر الصغيرة إلا الأب دون الأولياء الآخرين، وأنه لا ينبغي تزويج المرأة العاقلة دون موافقتها وضرورة استئذانها في عقد الزواج، لأن موافقة المرأة على الزواج يؤدي إلى استقرار الأسرة واستمرارها. كما أنه يثبت خيار البلوغ إذا تم التزويج من طرف الأولياء، ولا يثبت لها الخيار إذا زوّجها الأب والجد لأنهم أعلم بمصلحتها وأوفر شفقة عليها. كما أن المشرع الجزائري لم يأخذ بولاية الإجبار في عقد الزواج، ولا يملك الأب سلطة الإجبار لا على الكبيرة ولا الصغيرة إلا لضرورة يقدرها القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 11 و13 من قانون الأسرة الجزائري حسب التعديل الأخير.

الكلمات المفتاحية: الولي، الزواج، الإجبار، البلوغ، البكر، الثيب.

2 . الملخّص باللغة الإنجليزية:

Summer:

The topic of compulsory guardianship in marriage is one that has been of interest to jurists due to the significant role of the guardian in this contract. In this research, we aim to clarify the position of Algerian legislation on compulsory guardianship and whether it includes provisions regarding this authority in marriage contracts. Since compulsory guardianship is a subject that is raised and prevalent in society, it is essential to elucidate its provisions in Islamic jurisprudence and the extent of alignment with Algerian legislation on compulsory guardianship in marriage. The study concludes with several key findings: firstly, only the father, and no other guardians, can compel a minor to marry. Secondly, it is inappropriate to marry a mentally mature woman without her consent and the necessity of her permission in the marriage contract, as a woman's consent to marriage leads to the stability and continuity of the family. Additionally, the option to annul the marriage due to not reaching adulthood is confirmed if the marriage was conducted by the guardians, but not if it was arranged by the father or grandfather, as they are better aware of her best interests and show more compassion towards her. Furthermore, Algerian legislation does not incorporate compulsory guardianship in marriage, and the father does not possess the authority to enforce guardianship, neither for adults nor minors, except in cases deemed necessary by the judge, as stipulated by Articles 11 and 13 of the latest amendment to the Algerian Family Law.

Keywords: Guardian, Marriage, Compulsory Guardianship, Adulthood, Virgin, Non-virgin