مجلة الدراسات القانونية المقارنة
المجلد 06/العـــدد02 (2020)، ص.ص.534-554. ISSN:2478-0022 EISSN:2600-6154

دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف

–التعسف في استعمال حق الولاية أنموذجا–

The role of the Algerian family law to woman protecting from abuse -Abusive use in the right of guardianship as a model-

الباحثة: هاجرة عمير

Reserchер: Hadjira OMEIR

طالبة دكتوراه، القانون المقارن للأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

عضو باحث بمخبر القانون الخاص المقارن

PhD student, Comparative Family Law , faculty of law political science, university of hassiba bin bouali chlef
A member researcher of the comparative private law laboratory
h.omeir@univ-chlef.dz

الأستاذ الدكتور: محمد حاج بن علي

Prof. Mohamed HADJBENALI

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

faculty of law political science, university of hassiba bin bouali chlef
mohamed.hadjbenali@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 2020/03/18 **تاريخ القبول:2020/06/04** **تاريخ النشر:2020/12/27**

ملخص:

تعتبر الولاية حق شرعي خوله الشارع الحكيم و المشرع الجزائري للولي في ممارسته هذا الحق حفاظا على مصالح المرأة، وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالولاية في هذه الدراسة ليس الأب فحسب، بل وحتى الزوج، فهذان الأخيران لهما سلطة شرعية منحهم إياها الشارع الحكيم، لحماية حقوق المرأة. وتبرز أهمية هذه الدراسة في أنه بالرغم من المكانة الهامة التي منحها الشارع الحكيم والمشرع الجزائري للولي، إلا أن هذا الحق شرع كوسيلة لغاية وهي تحقيق مقصد الشارع ثم المشرع الجزائري من هذا الحكم، ويكمن الهدف من هذه الدراسة في تسليط الضوء على صور تعسف الولي في استعمال حق الولاية على المرأة من خلال التعريج على التعسف في ولاية التزويج، وكذا تعسف الزوج في استعماله حق القوامة، ونشير أيضا إلى دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف كلٍّ من الولي والزوج في استعمال حق الولاية. وقد توصلنا في الأخير إلى

المؤلف المرسل: الباحثة: عمير هاجرة **Email:h.omeir@univ-chlef.dz**

أن الولاية حق غير مطلق وإنما مقيد بعدم الإضرار بالمرأة، فعلى الولي ألا يسيء استعمال هذه المزية التي منحه إياها الشارع الحكيم والمشرع الجزائري.

كلمات مفتاحية:

التعسف؛ عقد الزواج؛ العضل في الزواج؛ الافتيات على المرأة؛ قانون الأسرة.

Abstract:

The guardianship is a legitimate that the wise legislator enact judicious and the Algerian legislator have delegated to the guardian in exercising this right in order to preserve the interests of women and their maintenance. The importance of this study highlights that, despite the important position that the wise legislator granted to the father and represented in the right to assume directly the marriage of the interested, this right was legitimized as a means to an end which is the fulfillment of the purpose of legislator and then the Algerian legislator from this ruling, as well as for the husband, despite the advantage that he gave He has the wise legislator and the Algerian legislator in using the right of guardianship over women, The aim of this study is to focus on images of abuse of the guardian in the use of the right of guardianship over women through the definition of arbitrariness on the right of the guardianship of marriage, as well as abuse of the husband in his use of the right of absolute guardianship and wealso note the role of the Algerian Family Law in protecting women from the arbitrariness of both the guardian and the husband in the use of the right to guardianship

Keywords:

Arbitrariness; Marriage contract; Problem in marriage; Throw the women in lie; Family law.

مقدمة:

تعتبر الولاية حق شرعي خوله الشارع الحكيم والمشرع الجزائري للولي في ممارسته هذا الحق لحماية المرأة وحفظ حقوقها، باعتبارها طرفا ضعيفا في المجتمع بصفة عامة، وداخل الأسرة بصفة خاصة، وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالولاية في هذه الدراسة ليس الأب فحسب، بل وحتى الزوج، فهذان الأخيران لهما سلطة شرعية منحهم إياها الشارع الحكيم والمشرع الجزائري، حفاظا على مصلحة المرأة وصيانتها حتى لا تضيع في المجتمع، خاصة وأنهم السند الذي تستند عليه والحامي لها ولكيانها من أي تعدٍّ قد يحدث لها عند انعدام الولاية.

وينطوي البحث على قدر كبير من الأهمية كونه رغم المكانة الهامة التي منحها الشارع الحكيم للأب والمتمثل في حق توليه أمور أبنائه، وتوليه مباشرة عقد زواج موليته والذي هو في الأصل هبة من الله سبحانه وتعالى لعباده، إلا أن هذا الحق شرع كوسيلة لتحقيق مقصد الشارع، والمتمثلة في تحقيق مصلحة ابنته، وبما أن هذه المزية الفردية والمتمثلة في الولاية ليست

مطلقة، فإن لها ضوابط تحكمها ومن بينها (استئذان المرأة في الزواج)، فعلى الولي التقيد بهذه الضوابط عند توليه أمور موليته في الزواج وأن لا يسيء استعمال هذا الحق الذي نصب في الأصل لتحقيق مقصد الشارع الحكيم.

وكذلك بالنسبة للزوج فبالرغم من المزية التي أعطاها الشارع الحكيم له في استعمال حق الولاية على المرأة، والتي تظهر له قوامته أو سلطته الزوجية، قد ينحرف عنها، أو يتجاوز حدود استعمالها على نحو مضاد لما شرع له في الأصل، فيتعسف في استعمال حق الولاية فيضر بالمرأة كنتيجة لهذا التعسف. وبذلك يكون مناقضا لما شرعه الله سبحانه وأراد، وترتيبا لذلك يكون تصرفه باطلا وغير مشروع.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على صور تعسف الولي في استعمال حق الولاية على المرأة من خلال التعريج على التعسف في ولاية التزويج، وكذا تعسف الزوج في استعماله حق القوامة، ونشير أيضا إلى دور تعديل قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف في استعمال حق الولاية؛ حيث أنه وفي ظل ما تعانيه المرأة الجزائرية من تعسف وانتهاك لحقوقها سواء من حيث ولاية التزويج أو من حيث ولاية الزوج، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى تعديل قانون الأسرة، فعدل المواد التي تنص على الولاية المطلقة للأب، وكذا المواد التي تعطي حق القوامة المطلقة للزوج.

كما أنه وبالرغم من الضوابط التي قيدت الولي سواء كان الأب أو الزوج (حتى لا يسيئا استعمال حقهما)، إلا أنهما ينظران للولاية على أنها حق مطلق لا ينازعهما فيها أحد، فيرى أن ابنته أو زوجته هي ملكه، له تسيير أمورها كيفما يشاء حتى وإن وصل في استبداده إلى المغالاة في التعسف والاستبداد هذا إن كان أبا، وله استعمال الحقوق الزوجية كيفما أراد حتى وإن أضر بزوجته إن كان زوجا لها. وتبعا لما سبق ذكره أمكن طرح الإشكالية التالية: متى يعتد بممارسة الولي أبا كان أو زوجا لحقه في الولاية تعسفا في استعماله لهذا الحق، وكيف حمى المشرع الجزائري المرأة من التعسفات التي قد تطالها من وليها سواء كان أبوها أو زوجها؟.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة أمكن الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن مقسمين هذه الورقة البحثية إلى محورين، نتطرق في المحور الأول إلى تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج على المرأة، وأما المحور الثاني سيتم من خلاله إبراز تعسف الزوج في الولاية على المرأة.

المحور الأول: تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج على المرأة

تعتبر الولاية على النفس حقا للأب في تولي شؤون المولى عليها، بما يكون في ذلك صلاحا لها؛ وتمتد ولايته على البنت القاصرة وحتى البالغة سواء كانت بكرا أم ثيبا. غير أن نظرة الولي لهذا الحق–أي حق ولاية التزويج– قد تحيد على ما شرع له في الأصل، فيمارس هذا الحق بنقيض مقاصده الشرعية، وهذا ما يعرف بالتعسف في استعمال حق ولاية التزويج. وتتعدد صور تعسف الولي في استعمال حق الولاية، بتعدد كثرة تعسفاته التي يمارسها إزاء من له الولاية عليها، وعليه سنقوم في هذا المحور بتسليط الضوء على صور تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج على المرأة(أولا)، ونبرز بعد ذلك دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الولي في ولاية التزويج (ثانيا).

أولا: صور تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج على المرأة

إن تعسف الولي في استعماله حق ولاية التزويج يتخذ عدة صور، ومن بين أهمها، تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج[1] (01)، وتعسف الولي في إجبار موليته على الزواج (02)، وكذلك تعسف الولي في الافتيات على المرأة(03)

1–تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج

يتجسد تعسف الولي في عضل موليته العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، أو يكون بامتناعه –أي الولي– عن التزويج من غير حق، كأن يكون المولى عليه مجنونا أو مجنونة، وأثبت الطب أن الزواج علاجا له أو لها، أو ثبتت أن المصلحة في الزواج ووجد من يقبل الزواج، ولكن امتنع الولي بغير سبب شرعي ومن غير مبرر. ويعد الولي عاضلا إذا امتنع عن التزويج عند حاجة المولى عليها إليه، كما إذا طلبت الحرة النكاح من كفء موجود راغب فيها بمهر المثل، كما يعتبر امتناعه هذا تعسفا وظلما لأنه استغل استعمال حق الولاية الثابت له شرعا على وجه يلحق بغيره الإضرار، ويخالف حكمة مشروعيته التي هي مقصد الشارع الحكيم؛ والتي تتمثل في توظيف هذه الولاية في مصلحة المولى عليها[2].

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن عضل الولي قد يكون أبًا أو أخًا وغيره من الأولياء الأقرب، فقد حدث في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عضلا من أخ لأخته. فعن معقل بن يسار قال زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها. فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا. وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه. فأنزل الله هذه الآية" وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ"[3]. فقلت: الآن أفعل يا رسول الله فزوجتها إياه.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد متى يكون الولي عاضلا عن تزويج موليته، إذ حصروا هذا الخلاف في ثلاث صور ألا وهي؛ منع الولي المرأة من الزواج بالكفء (أ)، أو أن يرغب الولي بتزويجها من كفء وترغب بكفء آخر (ب)، أو امتناع الولي من تزويج موليته بكفئها بسبب نقصان المهر عن مهر مثيلاتها (ج).

أ–منع الولي المرأة من الزواج بكفء

اختلف فقهاء المذاهب السنية في مسألة منع الولي المرأة من الزواج بكفء، فالحنفية يرون بأن الولي يعد عاضلا إن منع موليته من الزواج بالكفء الذي رغبت به، ويصير عقدها في هذه الحالة بمنزلة عقد بنفسه فإن تخلف شرط الكفاءة في هذه الصورة لم يكن الولي عاضلا لثبوت حقه به. ولا يشترط تكرار العضل حتى تزوج نفسها، بل يكفي ثبوته مرة واحدة[4].

وأما المالكية فيرون أنه على الولي وجوبا الإجابة لكفء رضيت به البنت غير المجبرة[5]، فإذا منعها الولي الزواج بالكفء الذي رغبت به، فإنه لا يعد عاضلا حتى يثبت أن المنع قد ألحق بها ضررا، وأن ذلك الضرر كان متعمدا، بالإضافة إلى اشتراط تكرار المنع عدة مرات، فيصير الأمر إلى القاضي ليرفع عنها الظلم[6]. ويؤيد ذلك ما جاء في المدونة الكبرى: (قال): أرأيت البكر إذا رد الأب عنها خاطبا أو خاطبين، أيكون الأب في أول خاطب رد عنها معضلا لها (قال): أرى أنه ليس يكره الآباء على إنكاح بناتهم الأبكار، إلا أن يكون مضارا أو معضلا لها، فإن عرف ذلك منه، وأرادت الجارية النكاح فإن السلطان يقول له: إما أن تزوج أو أزوج عنك"[7].

ويرى الشافعية أنه إذا دعت البالغة العاقلة إلى كفء ولو عنين أو مجبوب، بشرط أن يخطبها وأن تعينه، وامتنع الولي عن تزويجها إياه فهو عاضل. بخلاف ما لو دعته إلى غير كفء، فلا يكون امتناعه عضلا لأن له حقا فيها[8].

كما يرى الحنابلة في مسألة إن منعها الولي من كفء رضيت به ورغب بها بما صح مهرا(ولو كان أقل من مهر المثل)، كان الولي عاضلا وترفع أمرها للسلطان ليزوجها[9].

ب–أن تطلب الزواج من كفء ورغب وليها في كفء آخر

اختلف الفقهاء في مسألة إن رغبت في الزواج من كفء ورغب وليها في كفء آخر.فالحنفية يرون بأن في المسألة قولين:

–القول الأول: أنه يعتبر عاضلا لأنه منعها الزواج بمن رغبته، وهو لا يقل كفاءة عمن رغب به، فلا مبرر لتقديم كفئه من توفر آخر، بل وزاد عليه أنها رغبت به[10].

–القول الثاني: أنه لا يعتبر عاضلا؛ ويرون في ذلك أنه بالعضل ترفع الولاية عن الولي إلى القاضي نيابة عنه لدفع الضرر عنها، والضرر مرفوع مع إرادته التزويج من كفء آخر[11].

ويرى المالكية في هذا الشأن أن امتناع الولي من تزويج موليته بالكفء الذي رغبت به يختلف من حيث كونه وليا مجبرا أو غير مجبر. فإن كان الولي أبا مجبرا وامتنع عن تزويج ابنته المجبرة، فلا يعد عاضلا إلا إذا تحقق منه الإضرار بها[12].

وأما إن كان الولي غير مجبرا، فإن امتناع هذا الأخير من تزويجها بالكفء الذي رضيت به فإن الحاكم يسأله عن وجه امتناعه، فإن أبدى وجها ورآه صوابا ردها إليه، وإن لم يبد وجها صحيحا أمر بتزويجها، فإن امتنع من تزويجها بعد الأمر، زوجها الحاكم[13].

كما أن للشافعية قولين في مسألة إذا رغبت المولى عليها في كفء ورغب وليها في كفء آخر، إذا كان العضل من الولي المجبر[14]:

–**القول الأول:** يعتبر الولي عاضلا لأن حقه في الكفاءة قد تحقق، فلا يمنعها حقها بمن رغبت الزواج منه.

–**القول الثاني:** لا يعتبر عاضلا لأنه يجبرها ابتداءً على الزواج بمن رغب بناء على سلطته بالولاية وهذا من جهة. ومن جهة أخرى إن له نوع حق في الكفاءة، لما ثبت أن الأولياء يعيرون بمصاهرتهم من هو دونهم وإن كان كفؤا.

وأما إن كان الولي غير المجبر فليس له تزويجها من غير الذي عينته جزما[15].

ويرى الحنابلة في هذه المسألة أن يقدم الذي اختارته، فإن امتنع من تزويجها كان عاضلا؛ ذلك لأنهم يرون أن النكاح إنما يراد للرغبة، فلا تجبر على من لا ترغب فيه. وأما إن طلبت تزويجها من غير كفء فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا[16].

جـ– امتناع الولي من تزويج موليته بكفئها بسبب نقصان المهر عن مهر مثلها

انقسم الفقهاء في ذلك إلى قولين :

–القول الأول: امتناع الولي من التزويج بأقل من مهر المثل:

وقد قال بذلك الحنفية؛ حيث يرون أن للولي الامتناع من التزويج بأقل من مهر المثل ولا يعد عاضلا بذلك[17] فهم يرون أن نقص المهر فيه عار وضرر يلحق بقية النساء. واستدلوا برأيهم أن للأولياء حقا في المهر، لأنهم يتفاخرون بغلاء المهر، ويتعيرون ببخسه، فيلحقهم الضرر بالبخس؛ وهو ضرر التعبير، فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض[18].

–القول الثاني: ليس للولي منعها من النكاح بأقل من مهر المثل

وقد قال بذلك المالكية والشافعية والحنابلة و أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية؛ حيث يرون أنه ليس للولي منعها من النكاح بمهر أقل من مهر مثلها إذا رضيت به، فإن فعل عد عاضلا. فهم يرون أن المهر حق للمرأة وعوض يختص بها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه. وقد استدلوا بقولهم ما جاء في حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه في قصة الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم[19].

والرأي الراجح في هذه المسألة هم أصحاب القول الثاني؛ بأنه ليس للولي الامتناع من التزويج بأقل من مهر المثل، فإن فعل عد عاضلا، لقوة أدلته؛ ولأنه موافق لما حث عليه الشارع من عدم المغالاة في المهور والتباهي بها[20].

2–تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج

تعتبر الولاية الإجبارية[21] هي الولاية التي ينفرد فيها الولي بمباشرة زواج المولى عليها، ولا يشاركه فيها أحد حتى المولى عليها نفسها، فهي ولاية عامة[22]. ويعد حق الإجبار جائز باتفاق المذاهب الأربع الذين جعلوا أسس مشروعيته يرجع إلى مصلحة المولى عليها، وحتى يتم التفصيل أكثر في محل خلاف الفقهاء، ومعرفة حالة ثبوت تعسف الولي في إجبار المولى عليها، فتجدر بنا الإشارة إذن إلى مواطن اختلاف فقهاء المذاهب السنية في مسألة الإجبار، وكذا علة ثبوت ولاية الإجبار، وذلك بالنسبة للبكر البالغة(أ)، والثيب الكبيرة (ب)، والصغيرة بكرا كانت أم ثيبا (ج).

أ– البكر البالغة: اختلف الفقهاء في مسألة ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة إلى قولين:

–القول الأول: عدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة

وقد قال بهذا الحنفية ومن معهم من الظاهرية، والإمام أحمد في أحد رأييه؛ حيث يرون عدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة، وأن رضاها شرط في صحة النكاح؛ بحيث يعتبر الولي متعسفا عندما يجبر موليته البكر البالغة على الزواج، ومتجاوزا حدود سلطة ولايته في الزواج[23]. وقد استدل أصحاب هذا القول بما روي عن عائشة رضي الله عنها (أن فتاة دخلت عليها فقالت إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وإني كارهة. فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله عليه الصلاة والسلام، فجاء رسول الله عليه الصلاة والسلام، فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها. فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم الناس أن ليس للآباء من الأمر شيء)[24].

–القول الثاني: ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة

وأصحاب هذا القول المالكية، ومن معهم من الشافعية، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه؛ يرون أن ولاية الإجبار تثبت على البكر البالغة. وقد استدل أصحاب هذا القول بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه سلم قال" الأيِّم أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها". وقد اعتبر أصحاب هذا القول أن علة ثبوت ولاية الإجبار

البكارة. وخالف هذا القول المالكية الذين ذهبوا إلى ثبوت ولاية الإجبار على الثيب الصغيرة بالرغم من زوال البكارة بسبب الصغر[25].

والرأي الراجح هو القول الأول؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها وهو ما ظهر في قصة البنت التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذا قصة البنت التي زوجها وليها جبرا[26].

ب– الثيب الكبيرة:

يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الثيب البالغة لا يجوز تزويجها بغير إذنها لا للأب ولا لغيره بإجماع المسلمين. وقد استدلوا في ذلك ما حدث للخنساء بنت خذام الأنصارية؛ أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فرد نكاحها. وهذا القول فقهاء المذاهب الأربع ويرون أن الثيب البالغة الرشيدة عالمة بمقاصد النكاح مختبرة له، فلا يجوز إجبارها عليه، فحالها كحال الرجل تماما[27].

–القول الأول: ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة(بكرا كانت أم ثيبا)

أجمع جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية على أن ولاية الإجبار تثبت على الصغيرة سواء كانت بكرا أو ثيبا؛ لأن الصغيرة عندهم ناقصة الأهلية، فلا تستقل بأمر نفسها فيمن تختار من الأزواج، وقد استدلوا في ذلك من القرآن الكريم لقوله جل في علاه" وَالـٰے يَئِسْنَ مِنَ اَلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ اِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُر وَالـٰے لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ اَلاَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اِللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنَ اَمْرِهِۦَ يُسْرا"[28]. فجعل اللائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر، ولا تكون العدة كذلك إلا من طلاق في نكاح، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها[29].

–القول الثاني: ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة البكر دون الثيب

وهذا القول هو قول الشافعية؛ حيث ذهبوا إلى تخصيص الحكم على البكر الصغيرة دون الثيب الصغيرة، واستدلوا في ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها". وبذلك فالثيب وإن كانت صغيرة لا تجبر على الزواج، فليس من حق أبوها أن يجبرها على الزواج إلا بإرادتها، وإلا يعتبر متعسفا متعد لحدود ولايته عليها[30].

وعليه يتضح مما سبق أنه وبالرغم من اختلاف الفقهاء في علة ثبوت ولاية الإجبار، إلا أن كلهم متفقين على أن حق ولاية الإجبار ليس مطلق، وإنما مقيد بعدم الإضرار بالمولى عليها؛ ذلك أن حالة الإجبار منوطة برعاية المصلحة وعدم الضرر.

جـ– تعسف الولي في الافتيات على المرأة

يعد الافتيات على المرأة[31] أو تزويجها بغير علمها ورضاها إحدى الصور الأخرى التي يتعسف فيها الولي ويتجاوز حدود ولايته على المولى عليها، وقد نظم الفقه الإسلامي هذه المسألة، واعتبر أنه لا يجوز شرعا تزويج المرأة بغير علمها وإذنها سواء كانت بكرا أم ثيبا، كبيرة بالغة غير مجبرة، وقد قال الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله"...وَلَا تُكْرِهُواْ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى اَلْبِغَاءِ اِنَ اَرَدْنَ تَحَصُّنا لِّتَبْتَغُواْ عَرَضَ اَلْحَيَوٰةِ اِلدُّنْيا وَمَنْ يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اَللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرَٰهِهِنَّ غَفُور رَّحِيم"[32]. وفي الأحاديث النبوية ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما. قال صلى الله عليه وسلم: (الأيِّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في

نفسها وإذنها صمتها). وقد دل هذا الحديث، على أن لوليها حق لكنَّها أحق منه. وقد قال ابن قيم الجوزية في هذا الحديث" أن هذا خبر في معنى الأمر على إحدى الطريقتين، أو خبر محض، ويكون خبرا عن حكم الشارع، لا خبر عن الواقع، وهي طريقة المحققين. فقد توافق أمره عليه الصلاة والسلام وخبره ونهيه، على أن البكر لا تزوج إلا بإذنها، ومثل هذا يقرب من القاطع، ويبعد كل البعد حمله على الاستحباب"[33].

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية قد أعطت حق المرأة في فسخ الزواج، ويكون هذا النكاح مردودا؛ وذلك لكثرة الأدلة التي نصت عن ذلك، ومن بينها قصة الخنساء بنت خذام الأنصاري، زوجها أبوها وهي ثيب فرد صلى الله عليه وسلم نكاحها. وكذلك قصة الفتاة التي زوجها أبوها ليرفع خسيسته، فجعل الرسول عليه الصلاة والسلام الأمر لها. وعليه فإذا رضيت يصح الزواج، ولا بد من رضاها بالقول صراحة، وإلا كان العقد غير جائز؛ لأنها في هذه الحالة كما قال المالكية أصبحت من السبعة أبكارا التي لا يكتفي منهن بالسكوت، بل لا بد من الإذن بالقول صراحة كالثيب، وقد وافق الحنابلة على هذه الحالة[34].

وبعد ما تم الإشارة إلى صور تعسف الولي في ولاية التزويج، وذلك من خلاله تعسفه في عضل موليته عن الزواج، أو تعسفه في إجبارها على الزواج، وكذا تعسفه في الافتيات عليها بالزواج. يجدر بنا في هذا الصدد الإشارة إلى دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الولي في ولاية التزويج.

ثانيا: دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الولي في ولاية التزويج

تكمن أهمية دراسة دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الولي في ولاية التزويج من خلال التعريج على قانون الأسرة قبل التعديل وبعد التعديل، وذلك من خلال تبيان دور قانون الأسرة في حماية المرأة من تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج (01)، وكذا إبراز دور قانون الأسرة في حماية المرأة من تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج(02)، وأيضا الإشارة إلى دور قانون الأسرة في حماية المرأة من تعسف الولي في الإفتيات عليها في الزواج(03).

1–دور قانون الأسرة في حماية المرأة من تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل، نجد المشرع الجزائري كان يأخذ بالمذهب المالكي في مسألة الولاية، حيث نص في المادة 11 من قانون 84-11[35] "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". فالمشرع الجزائري من خلال هذا القانون كان يعتبر الولاية ركن في عقد الزواج، بحيث يترتب على عقد الزواج في حالة تخلف ركن الولي البطلان. فالمرأة حتى وإن كانت بالغة لا تتولى ولاية نفسها، وإنما الذي له الولاية عليها هو أبوها. غير أن الولي في المجتمع الجزائري كثيرا ما يتعسف في استعمال سلطته ولايته، ومتجاوزا حدود استعمالها، وهو ما أكده القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا" حيث أذن فيه القاضي بالزواج إثر امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر، وليس في صالح المدعية التي طلبت الإذن بالزواج، لأن حق الولاية كما جاء في القرار مقيد" بمبدأ عدم التعسف في استعماله"[36]. ونظرا لذلك ذهب المشرع الجزائري من خلال المادة 12 فقرة 1 من نفس القانون قبل التعديل إلى الأخذ برأي الجمهور في مسألة انتقال الولاية في حالة العضل؛ وذلك حماية منه للمرأة الذي يتعسف الولي في حقها بمنعها من الزواج إذا كان الذي اختارته

صالحا لها، حيث نصت المادة السالفة" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون".

وأما إذا كانت ابنته بكرا، فأن المشرع الجزائري أجاز للولي منعها من الزواج، إذا كان في المنع من ذلك مصلحة لها، وهو ما جاء في نص المادة 12 الفقرة 2 من القانون السالف الذكر" غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

غير أن المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون السالف الذكر بموجب قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة المؤرخ في 27 فبراير 2005[37] خفض من درجة الولاية وجعلها بمنزلة الشرط لا بمنزلة الركن؛ بمعنى لا يترتب على تخلفها بطلان الزواج، وهو ما أكدته المادة 9 مكرر من هذا القانون" يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: ...الولي". وكذلك نص المادة 33 فقرة 2 من نفس القانون[38].

كما ذهب المشرع الجزائري بعد توقيعه على اتفاقية سيداو التي أرست بنودها على حماية المرأة من التعسفات التي قد تواجهها، وتعزيز مركزها داخل الأسرة إلى إعطاء المرأة حق تولي عقد زوجها بنفسها كما لها أن توكل ما شاءت متى كانت رشيدة، بل وذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك وأطلق عنان الحرية ورفع مركزها بحمايتها من تعسف الولي في عضلها عن الزواج، عندما جعل الولي في عقد زواج البالغة أمرا شكليا، بحيث إذا حضر لا يستشار، وإذا غاب لا يشترط، وكأنه بمثابة الشاهد على عقد الزواج، أو النائب عنها بموجب نيابة اتفاقية، وبهذه الحالة لا يمكن أن نتصور أي صورة من العضل وهو ما أكدته المادة 11 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة المعدل" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون". ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري حمى المرأة الراشدة من أي تعسف قد يلحقها، وذلك بإعطائها الحرية في توليها عقد زواجها، كما منحها مطلق الحرية حتى في توكيل عقد قرانها لأي شخص تراها مناسبا ليتولى عقد زواجها.

ويبدو مما تم الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد حاد عن القيم المثلى للمجتمع الجزائري والمستقاة من الشريعة الإسلامية، وذلك بعزل الولي جانبا في تولي حقوقه الأبوية والشرعية التي رخصها له الشارع الحكيم، وجعلها أسمى حقوقه وأجل صلاحياته. وبذلك يمكننا أن نتصور في هذه الحالة أن الولي هو المعضول في ممارسة حقه الشرعي.

ويتضح من قانون الأسرة المعدل أن رخصة تولي الأب عقد زواج موليته تكون على القاصرة فحسب، وهو ما أكدته المادة 11 الفقرة 2 من نفس القانون" يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

2–دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج

ذهب المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة إلى إقامة نوع من السياج لحماية المرأة من أي تعسف قد يطالها من الولي؛ وذلك بالأخذ بمبدأ عدم إجبار الولي المرأة على الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا، مهتديا بما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة النعمان –رحمه الله– ومن معه في عدم ثبوت ولاية الإجبار على المرأة البالغة البكر[39]. فالمشرع الجزائري من خلال هذا التعديل كما سبق وأن ذكرنا رخصة للمرأة تولي عقد زواجها بنفسها، ولها أن توكل في عقد زواجها من تشاء ليكون وليا لها.

وعليه يتضح أن المشرع الجزائري قد حل مشكلة إجبار النساء على الزواج كرها من خلال التعديل الجديد سواء بالنسبة للبالغة والقاصرة بكرا كانت أم ثيب، وهو ما أكده ضمن نص المادة 11 من قانون05-02 من قانون الأسرة السالف الذكر، وكذا نص المادة 13 من نفس القانون، حيث نصت هذه المادة على أنه" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة، التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له تزويجها بدون موافقتها". ومن هنا نجد المشرع الجزائري قد حمى المرأة حتى وإن كانت قاصرة من أي إجبار أو إكراه على الزواج والذي قد يلحقها من وليها، وذلك بجعل عقد الزواج مبني على موافقتها ورضاها، فلا يتم الزواج إلا بإرادتها، وهو ما وضحه المشرع من خلال المادة 04 من نفس القانون[40].

وحسن ما فعل المشرع الجزائري عند أخذه بمذهب الحنفية في هذه المسألة؛ وذلك حتى تتحد نصوصه بالنسبة للبالغة، وبالنسبة للقاصرة التي يمكن هي الأخرى أن تتعرض لأي نوع من التعسف في الإجبار على الزواج، وإن كان في وقتنا الحاضر لا مجال لاحتمال أن تجبر المرأة على الزواج، وذلك راجع لاستيعاب المجتمع حقيقة الزواج الرضائي، وأنه لا بد من أخذ رأي المرأة في الزواج، لأنه بالأخير هذا الزواج هو زواجها، فإن تم الزواج بموافقتها ورضاها فإن ذلك يؤدي إلى تكوين أسرة مبنية على ركائز قوية ومتينة.

3–دور قانون الأسرة في حماية المرأة من تعسف الولي في الافتيات على في الزواج

ذهب المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير لسنة 2005 إلى الأخذ بالمذهب الحنفي و ذلك بتركيزه على الولاية المنصبة للمرأة بجعلها ولاية اختيارية تقوم على إذنها وموافقتها ورضاها وكذا علمها بمن ستتزوج به[41]، بل ولها أن تتولى أمور زواجها بنفسها ولو كان بدون إذن وليها متى كانت رشيدة، وهو ما جاء في فحوى المادة 11 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة السالفة الذكر. ومن هنا تحدد موقف المشرع الجزائري من الولاية، وذلك بجعلها ولاية اختيارية للمرأة الراشدة بغض النظر عن كونها بكرا كانت أم ثيبا، كما أثبت المشرع الجزائري حمايته وحفظه لحقوق المرأة من تعسف الولي من الافتيات عليها في الزواج، وهو ما أكده من خلال نص المادة 4 من نفس القانون، وذلك بجعل الزواج عقد رضائي، بل وعزز المشرع موقفه أكثر بحماية المرأة من خلال نص المادة 9 من نفس القانون على أن" الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين" ومن خلال هذا النص يتضح أن الزواج لا ينعقد في حالة تخلف ركن الرضا، بل ويبطل الزواج في حالة تخلف هذا الركن؛ أي في حالة تزويجها بدون علما ورضاها أو ما يعرف بالافتيات عليها، فإن حدث وتم الزواج بالافتيات على المرأة، فإن هذا الزواج يقع باطلا بطلان مطلق وهو ما جاء صراحة في نص المادة 33 الفقرة 1" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

بل ويجب التنويه في هذه الدراسة بأن الولي باعتباره شرط في هذا القانون لا يتساوى والركن أي الرضا؛ فالركن هو جزء من ماهية العقد، بحيث لا ينعقد إلا بانعقاده ويبطل في حالة تخلفه، ففي نظر المشرع الجزائري يمكننا أن نتخلى عن الشرط خاصة الولي وما يثبت صحة هذا القول هو نص المادتين 11و 33 الفقرة 2 من قانون الأسرة السالف الذكر، ولكننا لا يمكن إطلاقا وبأي حال أن نتخلى عن الركن، وخاصة رضا الزوجين، وما يؤكد هذا الكلام نص المادتين 9 و33 الفقرة 1 من نفس القانون.

وأما بالنسبة للقاصرة التي لم تبلغ سن الرشد القانوني، فعلاوة على هذه النصوص التي سبق ذكرها والخاصة بركن الرضا والتي تطالها أيضا، منع المشرع الجزائري أيضا الولي صراحة تزويج القاصرة بدون علمها ورضاها أي منعه من الافتيات

عليها، وذلك من خلال نص المادة 13 من قانون الأسرة المعدل السالف الذكر" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة، التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له تزويجها بدون موافقتها".

والجدير بالذكر أن مسألة الافتيات على المرأة وبالأخص البالغة من الحقب الغابرة التي لا أثر لها في بنود قانون الأسرة الجديد، والذي يقوم على النزعة الفردية، ويقدس حرية المرأة، وينادي بالمساواة بين المرأة والرجل، فلا يمكن أن نتصور بأي حال هذه الصورة من الزواج لا في قانون الأسرة ولا حتى في الأسرة الجزائرية ولا حتى في المجتمع الجزائري ككل.

ويتضح مما سبق الإشارة إليه من خلال هذا المحور أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة وبالأخص في ولاية التزويج قد أحاط المرأة بسياج من الحماية، وضمن لها حقوق تعدت الحقوق الشرعية بل وطفت هذه الحقوق حتى حقوق من له الولاية عليها، وهذا كله من أجل تعزيز مركزها داخل الأسرة من جهة، ودعم ضعفها بتقوية ولايتها على نفسها وكذا تغليب مصلحتها من جهة أخرى. ولكن السؤال الذي يبقى مطروح في هذا الصدد هل المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الجزائري عزز مركز المرأة وحقوقها فقط في ولاية التزويج، أم أن المساواة التي نادى بها من خلال هذا التعديل محاولا تطبيق بنود اتفاقية سيداو شملت أيضا ولاية الزوج على المرأة؟.

المحور الثاني: تعسف الزوج في الولاية على المرأة

إن التعسف في الولاية لا يقصد به تعسف الولي في تزويج موليته، بل يراد به أيضا تعسف الزوج في الولاية على المرأة، فالزوج وفقا للشريعة الإسلامية السمحاء؛ هو الولي والمدبر لأمرها والوكيل لمصالحها، وله سلطة عليها وحقوق له تجب عليها احترامها والتقيد بها، احتراما لقوامته وسلطته الزوجية، فولاية الأب على ابنته تسقط بزواجها، وتنتقل ولايته إلى زوجها الذي سيكون الآمر الناهي لها، والذي سيكون أيضا السند الذي ترتكز عليه، والحامي لضعفها ومصالحها، إلا أن الولي والذي هو الزوج قد يتعسف ويتجاوز حدود سلطة ولايته على المرأة فيتعسف في حقوقه الزوجية، وعليه وحتى يتم التفصيل أكثر في هذه المسألة، سنتناول هذه الدراسة من خلال إبراز صور تعسف الزوج في الولاية على المرأة (أولا)، وكذا تبيان دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في الولاية عليها (ثانيا).

أولا: صور تعسف الزوج في الولاية على المرأة

سنشير في هذا الصدد إلى صور التعسف الزوج في الولاية على المرأة، ويكون ذلك من خلال التعريج على تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة (01)، وتعسف الزوج في تأديب الزوجة (02)، وتعسف الزوج في استعمال حق التعدد (03).

1–تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة

تعتبر النفقة من أجل حقوق الزوجة على زوجها لأنها مقابل التمكين والاستمتاع، فالمرأة إن مكنت زوجها من الاستمتاع بها أو عرضت التمكين عليه فنفقتها واجبة عليه، ولا تسقط بذلك إلا بالأداء أو الإبراء. وبالرغم من أن النفقة الزوجية قد أوجبها الشارع الحكيم واعتبرها حق خالص للمرأة ولأبنائها، وهي واجبة للزوجة على زوجها؛ لأنه المسؤول والولي عنها في توفير متطلباتها، ولوازم الحياة المناسبة لها بقدر حالهما، فإذا عجز عن ذلك بل وعن نفقة المعسرين، حق للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطالب بالنفقة من زوجها، وإلا فالتفريق بينها وبين زوجها. وهنا فإن القاضي يتحرى عن حال الزوج ليثبت لديه الإعسار أو المماطلة في اليسار. وقد اختلف الفقهاء في جواز أو عدم جواز التفريق لإعسار الزوج بالنفقة مع

مطالبة الزوجة بها، وإصرارها على أخذها بعد رفع الأمر إلى القضاء، وبعد أن يثبت للقاضي عجزه فعلا عن الإنفاق عليها[42]. وأما إذا ثبت يساره وتعسره في أداء النفقة يكون متعسفا في استعمال حق الولاية ومتعسف في الإنفاق على زوجته؛ وذلك لأن الزوجة قد لحقها ضرر لضيق العيش والعسر عن الإنفاق مع يسار زوجها، وخروجا من تلك الحالة تلجأ إلى القضاء طالبة التفريق لحق لها يتمثل في امتناع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه لها، وخاصة إن كان موسر الحال، فالرسول عليه الصلاة والسلام يقول" خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي".

2–تعسف الزوج في استعمال حق تأديب الزوجة

تعتبر القوامة حق شرعي رخصه الشارع الحكيم للزوج بما أودع فيه من قوة البدن، والقدرة على الإنفاق لقوله تعالى" اِلرِّجَالُ قَوَّمُونَ عَلَي اَلنِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اَللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَيٰ بَعْض وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنَ اَمْوَٰلِهِمْ.."[43]. وبما أن حق القوامة هي حق للزوج، فهي بالمقابل واجبة على الزوجة، فالزوجة ملزمة أن تطيع زوجها فيما تجب طاعته بالمعروف، وتحفظه حال حضرته وغيبته، وذلك من أجل استمرار الأسرة واستقرارها، وحتى يدوم الود والوفاق بين الزوجين داخل الأسرة، ومن هنا فإن خرجت الزوجة عن طاعة زوجها، كان لزوجها تأديبها مصداقا لقوله تعالى"..وَالتِے تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِے اِلْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنَ اَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً اِنَّ اَللَّهَ كَانَ عَلِيّا كَبِيرا"[44]. ومفاد هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى أودع في الرجل القوامة وجعلها حق شرعي له، فيقتضي على الزوجة أن تطيع زوجها فيما تجب عليها طاعته، وفي حال نشوزها وعصيانها الأوامر، فإن له تأديبها بالوسائل التي أجازها الله له من الوعظ والهجر في المضجع، وكذا التأديب بالضرب، وعلى الزوج أن يراعي في ذلك الترتيب الذي جاء في محكم الآية الكريمة، والتي تقتضي علاج النشوز بتلك الوسائل المباحة شرعا.

وعليه فإذا كان حق تأديب الزوج لزوجته ثابتا بمقتضى حق القوامة في حالة اعوجاج سلوك المرأة، وعصيانها أو تفريطها في حق زوجها؛ أي النشوز عليه، إلا أن هذا الحق لا ينبغي أن يتعسف فيه الزوج أو يتجاوز حدود استعمال حق التأديب؛ وذلك لأن حق التأديب مقيد بالوسائل الشرعية دون إفراط وتعسف وتجاوز للحدود سلطته الزوجية، حيث يعتبر التأديب رخصة للزوج يلجأ إليها عند الضرورة القصوى، والضرورة تقدر بمقدارها كما ذكرها الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله في سورة النساء؛ أي بعد استنفاذ كل الطرق الحكيمة لمعالجة عصيان ونشوز المرأة، وإذا ظن الزوج عدم الفائدة من الضرب، وجب أن لا يسلكه لأن ضرب الزوجة أو حق تأديبها شرع للعلاج، والعلاج يلجأ إليه للضرورة[45]، كما يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق التأديب ضرب الزوج لزوجته بصفة متكررة، وبطريقة مبرحة وهمجية كصفعها على الوجه أو ضربها بالنعل أو بسوط أو بعصا حادة فيكون فيها ظلم وعدوان في حقها وإهانة لكرامتها وتحقيرها[46].

وعليه فيجب أن يكون دافع الزوج في استعمال حق تأديب زوجته الناشز هو لصلاح حالها، وحملها على الطاعة بترك عصيانها فيما فرضه الله سبحانه عليها من حقوق زوجها، وهذا هو القصد والغرض من حق التأديب شرعا. ومن هنا فإذا كان التأديب لغاية أخرى، كأن يدفعها لارتكاب معصية كأن تفرط في واجب شرعي مثلا كالصلاة أو الصوم فلا يجوز، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، كما لا يجوز التأديب إن كان انتقاما من الزوجة أو لمجرد الإيذاء فحسب[47].

كما أنها ليست من الرجولة والشهامة ما شاع بين أهل الجفاء ممن قسى عليه وغلظ طبعه وساء فهمه من ظلم الزوجة، وضربها ضرب البهائم لأتفه الأسباب، متذرعا ومتسترا بإذن القرآن الكريم من الضرب، ويظن بعضهم أن الشهامة وحسن سير العائلة هي الضرب والقهر والاستيلاء، وأما القوامة فهي طوق في عنق المرأة لإذلالها وتسخيرها[48].

3–تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

يعتبر التعدد في حد ذاته أمرا مباحا ومشروعا وهو من حق الزوج متى توفرت فيه الشروط من قدرته على إقامة العدل، وكذا قدرته على الإنفاق، ولكن ممارسة هذا الحق كغيره من الحقوق التي أسلفنا ذكرها، قد يساء في استعمالها على نحو ينتج عنه أضرار تصيب الزوجة المتعدد عليها. وقد تكون هذه الأضرار مادية، كما يمكن أن تكون هناك أضرار معنوية نفسية تلحق الزوجة نتيجة إهمال وعدم مراعاة الزوج المعدد للضوابط الشرعية والقانونية المنصوص عليها[49].

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية السمحاء، وقانون الأسرة الجزائري قد اشترطا على من يريد التعدد أن يعدل بين زوجاته، إضافةً إلى توفر القدرة على الإنفاق، ناهيك على اشتراط المشرع الجزائري وجود المبررة الشرعي، بالإضافة إلى شرط الحصول على الإذن بالزواج من الزوجتين، وكذا شرط الحصول على الترخيص القضائي. إلا أن بعض الأزواج يرمون بهذه الشروط عرض الحائط متجاهلين ما دعت إليه الشريعة الإسلامية، فنجد كثيرا ما يؤدي الزواج الجديد إلى إنقاص من نفقة الزوجة الأولى، وكذا نفقة أولادها، والذين هم أولاده أيضا[50].

وإذا نظرنا من زاوية الضرر المعنوي، صحيح أن المرأة لا تود أن ترى بجانبها ضرة تشاركها الحياة، فهي لا تتحمل بطبيعتها كأنثى وبما جبلت عليه غريزتها الغيرة أن ترى امرأة تحب زوجها ويحبها، ولا تتحمل أن تراها تعطف على زوجها أو يعطف عليها، ولو كانت هذه المرأة أمه أو أخته، فما بالنا بالأزواج الذين يجمعون زوجاتهم في بيت واحد فهذه فيها مضرة نفسية عميقة ومؤثرة على الزوجة الأولى، وكما أن التعدد قد يؤدي إلى تراجع ونقصان تردد الزوج على زوجته الأولى، خاصة إذا كانت الزوجة الجديدة أقل سنا وأكثر جمالا وبهاء، فهذه الموصفات والإغراءات تجعل الزوج ينحاز ويضاجع هذه الزوجة أكثر من الأخرى التي قدم عليها الزمن. ودون أن ننسى في ذلك الجانب العاطفي والجنسي والميل من رعاية وحنان ومودة، فمما لا شك فيه أن الزوج سيميل كل الميل للزوجة الجديدة مقارنة بالزوجة السابقة التي أصبح يراها قديمة، وقد نهانا الله سبحانه وتعالى عن ذلك لقوله تعالى" فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوها كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كانَ غَفُوراً رَحِيماً"[51]، وعليه فإذا فعل الزوج ذلك مع علمه بأنه مقصر في واجباته الزوجية اتجاه واحدة منهن فإنه يكون مسؤولا عن ذلك، كونه قد ظلم أسرة بإهماله وعدم عدله، وإساءة استعماله لحقه، وتجاوز حدود استعمال هذا الحق على نحو يكون متعسفا في استعمال حق التعدد ومضرا بزوجته نتيجة التعسف في ممارسة هذا الحق[52].

ثانيا: دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الولي في الولاية عليها

سنعالج في هذا الصدد دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في الإعسار عليها بالنفقة (01)، وبعدها نتطرق إلى دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب (02)، ونختم الدراسة بدور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد (03).

1–دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة:

ذهب المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة إلى الأخذ برأي جمهور الفقهاء إلى أن النفقة الزوجية واجبة على الزوج بالدخول عليها، أو دعوتها إليه ببينة، وهو ما أشارت إليه في نص المادة 74 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". فالنفقة تعتبر من أجل حقوق الزوجة على زوجها، لأنها مقابل التمكين التام ومقابل الاستمتاع بها .

وأما إن كان ميسورا وتعمد عدم الإنفاق عليها، بل وتعسف في ذلك بكل أوجه التعسف، فإن المشرع الجزائري حمى المرأة من وطئت تعسف الزوج عليها، فمنح لها حق طلب التطليق لعدم الإنفاق، وهو ما أشارت إليه المادة 53 الفقرة الأولى من نفس القانون، حيث نصت المادة على أنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". ومن هنا فإن للزوجة الحق في طلب التطليق مع التعويض للضرر الذي أصابها من تعسف الزوج في الإعسار عليها بالنفقة.

كما ذهب المشرع الجزائري إلى حماية المرأة وتعزيز مركزها حتى لا يتعسف الزوج في أداء واجباته معاها، أو التقصير في إعطائها حقوقها، بالامتناع تعسفا عن أداء النفقة الواجبة عليه، حيث عاقب المشرع الجزائري كل ممتنع عن أداء النفقة الواجبة عليه بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة من 500 إلى 5000 د.ج وذلك طبقا لنص المادة 331 من 09-01 المتعلق بقانون العقوبات[53].

2–دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

إن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يورد أي نص يتكلم عن حق تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها، وكل ما نجده هو فقط نص الفقرة الأولى من المادة 39 التي توجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، والتي ألغيت بموجب قانون رقم 05-02 المتعلق بقانون الأسرة الجديد[54].

غير أننا إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 من قانون السالف الذكر التي تجيز الرجوع إليها عند عدم وجود نص قانوني يحكم حالة كهذه[55]، نجد أن حق تأديب الزوج لزوجته عند نشوزها شرع لحكمة وهي علاج حالة النشوز أو الخروج عن الطاعة لا غير، على أن يكون في ذلك احتراما للتدرج الذي وضعه الله عز وجل في محكم تنزيله، وأما إذا تجاوز الزوج حدود حق التأديب اعتبر متعسفا في استعمال هذا الحق، وذلك لأن الضرب المبرح مثلا الذي يتجاوز فيه الزوج حدود حق التأديب يعد ضرار فاحش للزوجة، ولذلك وحماية من المشرع الجزائري للزوجة من أي تعسف قد يطالها من الزوج عند المبالغة في التأديب لدرجة إحداث أضرار معنوية لها بهجره عن المضجع لمدة تفوق أربعة أشهر، حيث منح لها في ذلك صراحة حق طلب التطليق مع التعويض وفق نص المادة 53 الفقرة 3 من القانون السالف الذكر، حيث نصت المادة على أنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر".

وأما إذا لحقها ضررا جسدي من جراء تعسف الزوج في التأديب بالضرب، فقد رخص لها المشرع الجزائري أيضا طبقا للمادة 53 الفقرة 10 والأخيرة سببا آخر لأن تطلب التطليق مع التعويض، ناهيك عن المسؤولية الجزائية التي يمكن أن يتعرض لها الزوج[56]. حيث نصت المادة على أنه" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:..كل ضرر معتبر شرعا".

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة اعتبر أن كل ضرر قد يصيب الزوجة بسبب من الزوج لها أن تطلب التطليق[57]. وقد صدرت فعلا في هذا الشأن عدة قرارات قضائية استجاب فيها القضاء لطلب الزوجة التطليق بسبب استخدام الزوج أسلوب العنف ضد زوجته، ومن بين أهم هذه القرارات" حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن المجلس بعد سماع ملاحظات الطرفين وممارسة لسلطته التقديرية المخولة له، أسس قراراه على عدة شهادات تثبت أن الزوج يستعمل عدة مرات العنف على زوجته، وأنه اعترف بالضرب، وأن المحكمة حسين داي –القسم الجزائي– حكمت على المدعي في الطعن مرتين في 27 سبتمبر 1980 وفي 3 مارس 1982، ومن ثم فإن الطلاق الذي صرح به المجلس بطلب الزوجة جاء معللا"[58].

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري فإذا تعدى الزوج حدود وشروط التأديب وحاد بقصده من استعماله لهذا الحق عن المقصود الشرعي؛ أي من قصد التأديب إلى قصد الانتقام، فإنه يكيف تصرفه بكونه متعسف يتحمل تبعة أفعاله وآثاره ضربا أو جرحا، لأن ذلك لا يعتبر تأديبا، وبذلك يسأل مسؤولية جزائية يعاقب عليها على كونها مخالفة للضرب والجرح العمدي أو جنحة الضرب والجرح العمدي، وذلك لأن هذا القانون يجرم معظم أعمال العنف التي تمس سلامة الشخص البدنية والنفسية بشكل عام، فينص بذلك على عقوبات خاصة بجرائم الضرب والجرح.

3–دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من تعسف الزوج في استعمال حق تعدد الزوجات

ذهب المشرع الجزائري من خلال قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة المعدل إلى إقامة نوع من المساواة بين الرجل والمرأة، وذلك حتى تكون هي والرجل في كفة ميزان واحدة، وهذا ما أرست اتفاقية سيداو بنودها عليه؛ أي المساواة بين الرجل والمرأة في كافة أوجه الحياة وفي جميع الدرجات، بل والزيادة في مركزها حتى تصل لدرجة تفوق درجة منزلته، ومن بين أهم ما نادت به هذه الاتفاقية هو القضاء على تعدد الزوجات، وهو ما طبقه المشرع الجزائري بنوع من التقليص، وتجسد ذلك بوضع حدود وقيود للتعدد حماية للمرأة من تعسف الزوج في إساءة استعمال حق التعدد، ومن بين أهم هذه الضوابط العدل والقدرة على الإنفاق، وهو ما اشترطتهما الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى هذين الشرطين شرط المبرر الشرعي وكذا الحصول على إذن الزوجتين السابقة واللاحقة وكذا الحصول على الترخيص القضائي، ويعتبر هذين الشرطين الأخيرين سلحا في يد المرأة تحميانها من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد، وكذا تجاوز حدود سلطته في التعدد وكذا جوره.

وأما إذا استعان الزوج بالمادة 22 من نفس القانون بأن أثبت زواجه العرفي بحكم قضائي، ولو لم ترض الزوجة السابقة بذلك، وحتى وبدون مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من نفس القانون[59]، ولكن ومع ذلك منح لها المشرع الجزائري وفي ذات القانون رخصة طلب التطليق لضرر مع التعويض لها، وهذا طبقا للمادة 53 الفقرتين 6 و10.

وما تجدر إليه الإشارة في هذا الصدد أنه في حالة ما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها في عقد الزوج أو في عقد رسمي لاحق[60]، وخالف الزوج هذا الشرط بعد الزواج، فإنه بمخالفته هذا الشرط يكون قد تسبب في إضرار الزوجة بنكوله عن وعده، وبعد التقيد بالشرط المنصوص عليه في عقد الزواج، وهو ما جعله المشرع الجزائري سببا آخر للزوجة في أن تطلب التطليق مع حقها في التعويض طبقا لنص المادة 53 الفقرة 9[61].

خاتمة:

وبناءً على ما سبق ذكره يمكن القول أن الولاية حق غير مطلق وإنما مقيد بعدم الإضرار بالمرأة، فعلى الولي أبا كأن أم زوجا ألا يسيء استعمال هذه المزية التي منحه إياه الشارع الحكيم والمجسدة في قانون الأسرة الجزائري مؤكدة في إرادة المشرع الجزائري في تنظيم هذه المزية. فالغاية من منح الولي هذا الحق هو تحقيق المقاصد الشرعية لهذا الحق؛ فلا يتعسف الولي في توليه عقد زواج مولية لا بالعضل، ولا بالإجبار، ولا بالافتيات، ولا يتعسف الزوج في الإعسار بالنفقة إن كان ميسورا، ولا يتعسف في استعمال حق التأديب ولا يسيء استعمال حق التعدد، فإن اتخذ الولي سواء كان أبا أو زوجا صورة من هذه الصور أو غيرها، وقف الإسلام والقانون في وجهه، ومنعه من التمادي في استعماله، حتى لا يؤدي إلى مفاسد ممنوعة، فتنتقل منه الولاية إلى ولي آخر إن كان أبا، أو تطلق منه زوجته ويعوضها عن الضرر الذي لحقها إن كان زوجا.

وقد تم التوصل من خلال هذه الورقة البحثية إلى بعض النتائج وهي كالتالي:

- منح قانون الأسرة الجزائرية المرأة البالغة العاقلة توليها عقد زواجها بنفسها، حتى وبدون استشارة وليها، كما منحها الحق في أن توكل في عقد زواجها أي رجل آخر ليكون ولي لها. فالولي وفقا لقانون الأسرة الجزائرية بمثابة الشاهد، إذا حضر لا يستشار، وإذا غاب لا يشترط، وبذلك فلا يمكننا أن نتصور العضل في هذه الحالة إلى من جانب الولي في ممارسة حقه الشرعي؛
- لقد صرح الفقهاء بجل الأحاديث الصحيحة في مسألة إجبار المرأة على الزواج أو الافتيات عليها، فكل الدلائل نصت على استئذان المرأة في الزواج، فلا يمكن أن يتحقق المقصود من الزواج بتزويج المرأة بغير علمها ورضها. ومن زوج المرأة كرها يعتبر متعسفا في استعمال حق الولاية. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة؛
- حمى المشرع الجزائري المرأة من تعسفات الزوج في الولاية أو في إساءة استعماله حقوقه الزوجية من امتناعه عن الإنفاق، أو إساءة استعمال حق التأديب، وكذا إساءة استعمال حق التعدد، بأن منح لها حق طلب التطليق مع التعويض إن حصل لها ضرر أو خالف الزوج إحدى الفقرات المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

وبعد استعرضنا للنتائج، يمكن ختم هذه الورقة البحثية بثلاث توصيات تتمثلان في:

- على المشرع الجزائري أن يعيد نص المادة 13 المذكورة في قانون الأسرة – الملغى– 84-11؛ ذلك لأنه كان يشير إلى صورة من صور تعسف الولي، آلا وهي العضل. بينما قانون الأسرة 05-02 استغنى على هذه الصورة. فصورة العضل في الزواج من أجل صور تعسف الولي في المجتمع الجزائري؛
- على المشرع الجزائري أن يعدل من قانون الأسرة، ويجعل الولي كما كان سابقا في قانون 84-11 –الملغى– ركنا لانعقاد الزواج، ذلك أن مكانة الولي في حق المرأة البالغة وفقا للقانون 05-02 الحالي معدومة، مما جعله هو المعضول في ممارسة حقه الشرعي؛
- على المشرع الجزائري إعادة النظر في المواد التي ألغها بموجب القانون الجديد والتي ألغت مكانة الزوج في الأسرة، وحذفت له حق القوامة والرئاسة المنزلية وهذا مناقض ومخالف لأعراف المجتمع الجزائري المستقاة من الشريعة الإسلامية.

قائمة المصادر و المراجع:

أولا: قائمة المصادر

I.القرآن الكريم.

1–برواية ورش عن نافع

II.كتب السنة النبوية الشريفة

1–ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، الجزء الثالث؛ كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، الطبعة الأولى، دار الرسائل العالمية، دمشق، لسنة 1430 هـ– 2009 م.

2–أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثالث؛ كتاب النكاح، باب في الولي، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، دمشق، الحجاز، لسنة 2009.

3–مالك بن أنس، المدونة الكبرى ومعها مقدمات بن رشد، الجزء الثاني؛ دار الفكر، بيروت، لسنة 1406 هـ– 1986م.

III.القواميس والمعاجم:

1–أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، لسنة 711 هـ–630م.

ثانيا: المراجع

I.النصوص القانونية:

1–قانون رقم84–11 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 9 يونيو1984، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، المعدل والمتمم.

2–الأمر 05–02 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

3–قانون 09–01 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة في 8 مارس 2009، المعدل والمتمم للأمر 66–156 المؤرخ في 8 يونيو 1966.

II.الكتب:

- **الكتب العامة:**

1–الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لسنة 1982

2–عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني. الجزء 9، دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ– 1992.

3–محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، الجزء الثاني؛ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت–لبنان–، لسنة 2002.

- **الكتب المتخصصة:**

4–العربي بلحاج، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفق قرارات المحكمة العليا)، ديون المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 2000.

5–العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول؛ الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.125.

6–حسين الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

7–فاطمة الزهراء تبوب، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2016.

8–عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، الأردن، لسنة 2007، ص.92.

9–مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة (دراسة تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، لسنة2011.

III.الرسائل والمذكرات

أ) رسائل الدكتوراه

1– ربيحة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، لسنة 2010-2011.

ب) مذكرات الماجستير

1– العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع شريعة وقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، الخروبة، لسنة 2001-2002.

2– العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري(ولاية الزواج والقصر نموذجا)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإنسانية، جامعة وهران، لسنة 2009-2010.

3– سعاد مخالفية، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، لسنة 2015-2016.

IV.الملتقيات:

1– إسماعيل غازي مرحبا، مداخلة بعنوان حماية النساء بالطرق الشرعية من التعسف في استعمال حق الولاية الزوجية (من خلال بعض النماذج)، مؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون (التحديات العلمانية في مجال تشريعات الأحوال الشخصية)، مشروع قانون حماية النساء من العنف الأسري، جامعة طرابلس، المنعقد بتاريخ 2012/01/01

V.الأحكام والقرارات القضائية:

1– قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41104، غير منشور.

2– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم 90468، المجلة القضائية، عدد خاص 2001.

3– قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222134، ص126.

الهوامش:

[1] يعرف العضل لغة على أنه" العَضَلةُ والعَضِيلةُ، كل عصبة معها لحم غليظ. عَضِل عَضَلاً فهو عَضِلٌ وعُضُلٌ إذا كان كثير العضلات. وعَضَل المرأَةَ عن الزواج: حَبَسها. وعَضَلَ الرَّجُلُ يَعْضُلها ويَعْضِلُها عَضْلاً وعَضَّلها: منعها الزواج ظلما. وفي حديث ابن عمرو: قال له أبوه زوجتك امرأة فعضلتها؛ هو من العضل المنع، أراد أنك لم تعاملها معاملة الأزواج لنسائهم ولم تتركها تتصرف في نفسها فكأنك قد منعتها. أنظر. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء 11؛ دار صادر، بيروت، ص.451.

وأما في التعرف الاصطلاحي فقد عرفه الإمام أبو حنيفة –رحمه الله– على أنه" منع الولي موليته من الزواج بكفء رضيت به ورغب بها، على أن لا يقل مهرها عن مهر المثل". فأبو حنيفة يرى أن اعتراض الولي على زواجها من غير كفء، وبأقل من مهر المثل لا يعتبر عضلا، لأن له حقا في الكفاءة، وحقا في مهر المثل، حتى لا تضر غيرها. راجع. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني؛ الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لسنة 1982، ص.247.

وأما ابن قدامة فقد عرف العضل على أنه" منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه". أنظر. عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9؛ دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ- 1992، ص.383.

[2] العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري(ولاية الزواج والقصر نموذجا)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإنسانية، جامعة وهران، لسنة 2009-2010، ص.ص.66-67.

[3] الآية 232 من سورة البقرة.

[4] الكاساني، المرجع السابق، ص.247.

[5] مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة (دراسة تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، لسنة 2011، ص.96.

[6] عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، الأردن، لسنة 2007، ص.92.

[7] مالك بن أنس، المدونة الكبرى ومعها مقدمات بن رشد، الجزء الثاني؛ دار الفكر، بيروت، لسنة 1406 هـ- 1986 م، ص.145.

[8] ابن قدامة، المغني 152/7، 141، الرملي، غاية البيان، ص.250، والعنين: هو العاجز عن الإيلاج، أما المجبوب فهو: الذي يكون جميع ذكره مقطوعا. أنظر. عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.93.

[9] زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. 117/5. مقتبس عن عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.94.

[10] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.91.

[11] ابن عابدين، حاشية رد المحتار 82/3. مقتبس عن عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع والصفحة نفسها.

[12] العيد ابراهامي، المرجع السابق، ص.68.

[13] محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني؛ دار الفكر، بيروت، لبنان، ص.232.

[14] جلال الدين، شرح العلامة جلال الدين المحلي على مناهج الطالبين، بهامش حاشيتا قليوبي وعميرة. 225/3. مقتبس عن عبير ربحي شاكر قدومي، المرجع السابق، ص.93.

[15] عبير ربحي شاكر قدومي، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

[16] المرجع نفسه، ص.94.

[17] الحنفية يرون أن المرأة البالغة العاقلة، لا تجبر ولها الولاية على نفسها، فإن زوجت نفسها من شخص، كان زوجها صحيحا، ولكن بشرط أن يكون المهر مهر المثل، وأن يكون الرجل كفء. ومع ذلك يستحب عندهم مباشرة الولي تزويج موليته البالغة العاقلة فالولاية عندهم هي ولاية ندب واستحباب.

[18] الكاساني، المرجع السابق، ص.248.

[19] عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.384.

[20] مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، مرجع السابق، ص.99.

[21] يعرف الإجبار لغة بأنه" القهر والإكراه. ويقال جبر الرجل على الأمر يجبره، جبرا وجبورا، وأجبره أكرهه. أنظر.أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء 01؛ دار صادر، بيروت، ص.369.

ويعرف الإجبار اصطلاحا بأنه" حمل الغير من ذي ولاية بطرق الإلزام على عمل تحقيقا لحكم الشرع. وهذا بالنسبة لتعريف الإجبار بصفة عامة. وأما الإجبار في الزواج فهو "مباشرة الولي العقد نافذا على المولى عليه دون توقف على إذنه ورضاه". وتعرف ولاية الإجبار بأنها "الولاية التي ينفرد فيها الولي بمباشرة زواج المولي عليها، ولا يشاركه فيها أحد حتى المولى عليها نفسها، فهي ولاية عامة". راجع. العيد ابراهامي، المرجع السابق، ص.75. وفاطمة الزهراء تبوب، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2016، ص.72.

[22] تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.72.

[23] العيد ابراهامي، المرجع السابق، ص.ص.75–76.

[24] وقد روي حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما (أن جارية بكر أتت الرسول صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها رسول الله عليه الصلاة والسلام). أنظر. ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، الجزء الثالث؛ كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، الطبعة الأولى، دار الرسائل العالمية، دمشق، لسنة 1430 هـ- 2009 م، ص.72. أبي داود، سنن أبي داود، الجزء الثالث؛ كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، المرجع السابق، ص.436.

[25] العيد ابراهامي، المرجع السابق، ص.ص.78–79.

[26] المرجع نفسه، ص.79.

[27] عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.385.

[28] الآية 04 من سورة الطلاق.

[29] العيد ابراهامي، مرجع السابق، ص.ص.81–82.

[30] المرجع نفسه، ص.82–83.

[31] يعرف الافتيات لغة بأنه"الافتيات مصدره إفتات، فتأ ما فتئت وما فتأت أذكره: لغتان، بالكسر والنصب، فتأه، فتأ وفتوءا وما افتأت: أي ما برحت وما زلت. لا يستعمل إلا في النفي، ولا يتكلم به إلا مع الجحد". وإفتات في الأمر بمعنى استبد به، ويقال استقل به ولم يستشر أحد. أنظر. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول؛ دار صادر، بيروت، ص.119.

ويعرف الإفتيات اصطلاحا على أنه" تعدي الولي غير المجبر على المرأة فيعقد عليها بغير إذنها، بكرا كانت أم ثيبا، ثم يبلغها خبر زواجها. فالمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أم ثيبا، لا بد من استئذانها واستئمارها، وذلك لكثرة الأحاديث الصحيحة التي تنص على وجوب استئذانها". العيد ابراهامي، المرجع السابق، ص.86.

[32] الآية 33 من سورة النور.

[33] إسماعيل غازي مرحبا، مداخلة بعنوان حماية النساء بالطرق الشرعية من التعسف في استعمال حق الولاية الزوجية (من خلال بعض النماذج)، مؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون بعنوان التحديات العلمانية في مجال تشريعات الأحوال الشخصية، مشروع قانون حماية النساء من العنف الأسري، جامعة طرابلس، المنعقد بتاريخ 2012/01/01، ص.19.

[34] المرجع نفسه، ص.19.

[35] قانون 84–11 المتعلق بقانون الأسرة المؤرخ في 9 يونيو، الجريدة الرسمية العدد 31، الصفحة 03، المعدل والمتمم.

[36] راجع. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم 90468، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص.47.

[37] الأمر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، الصفحة 08.

[38] نصت المادة 33 الفقرة 2 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة على أنه" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

[39] العربي بلحاج، قانون الأسرة(مبادئ الاجتهاد القضائي وفق قرارات المحكمة العليا)، ديون المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 2000، ص.123.

[40] حيث نصت المادة 04 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة على أن" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي".

[41] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول؛ الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.125.

[42] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.ص.121-133.

[43] الآية 34 من سورة النساء.

[44] الآية 34 من سورة النساء.

[45] تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.83.

[46] سعاد مخالفية، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، لسنة 2015-2016، ص.57.

[47] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع شريعة وقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، الخروبة، لسنة 2001-2002، ص.157.

[48] ربيحة الغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، لسنة 2010-2011، ص.225.

[49] مخالفية سعاد، المرجع السابق، ص.27.

[50] حسين الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.399.

[51] الآية 129 من سورة النساء.

[52] مخالفية سعاد، مرجع سابق، ص.29.

[53] قانون 09-01 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادرة في 8 مارس 2009، المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمعدل والمتمم بقانون 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 07، الصفحة 127.

[54] تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.83.

[55] نصت المادة 222 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري على أنه" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

[56] تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.84.

[57] بالنسبة للضرر المعتبر شرعا فقد جاء في القرار" إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبر شرعا، التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي". قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/05/18، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 222134، ص126.

[58] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41104، غير منشور.

[59] نصت المادة 22 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة" يثبت الزواج بمستخرج عن الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

[60] نصت المادة 19 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

[61] نصت المادة 53 الفقرة 9 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزوج..".