موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري

ومدى مطابقته لمقتضى أحكام السياسة الشرعية.

✍ أ. فاتح ربيعي
أستاذ بكلية الحقوق ـ جامعة البليدة

مقدمة:

ما تجدر الإشارة إليه بداية أن قانون الأسرة في عمومه مستمد من الشريعة الإسلامية، ما يجعلنا نسجل مجموعة من الملاحظات تشكل في مجملها قواعد ارتكاز عند الحديث عن قانون الأسرة بصفة عامة، وعن عقد الزواج بشكل أخص:

1 - يصلح أن نطلق على هذا القانون لفظ "نظام"[1] فيكون نظام الأسرة بدلا من "قانون الأسرة"، واللفظ دال على معناه، بما يفيد الترابط والتناسق والانسجام والوحدة والشمول، ولذلك إذا ما عدنا لتاريخ النظم القانونية، وجدنا الأنظمة القديمة في الحضارات العريقة، تستعمل لفظ النظام، بدل لفظ "قانون", فيقال "نظام الأسرة"[2].

2 - نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية قائم على أساس التكامل بين المرأة والرجل، وليس على أساس الصراع كما هو عليه الحال في الأنظمة الغربية المعاصرة، ففي الإسلام «إنما النساء شقائق الرجل»[3]، والمرأة سند للرجل ومحل سكينته، وهو لباس لها، وهي لباس له كما قال تعالى: «وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ... »[4]، وقال أيضا: « هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ...»[5]، ولذلك كانت العلاقة التكاملية آية من آيات الله: «وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا »[6].

3 - ونظرا للعلاقة التكاملية الخاصة بين الرجل والمرأة فإن عقد الزواج في الشريعة يختلف عن باقي العقود الأخرى من حيث:

أ - إنه عقد أبدي يربط بين أنفس، وأن أهم مقصد له تكوين أنفس إعمارا للأرض.

ب - إنه ميثاق غليظ أي عهد شديد كما قال تعالى: «وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا»[7] ومن معاني الميثاق، العهد، والعقد, وهو يفيد علو الارتباط وسموه[8].

ج - ومن حيث الاستثناء من مبدأ الرضائية في تكوين العقود وإنشائها، فالأصل "لا

شكلية في العقود"، بل يتم انعقادها بمجرد تراضي الطرفين، لكن في الشريعة أوجبت أوضاعا وشكليات معينة في عقد الزواج لأهميته من جهة، ولتعلق أثاره بالمصلحة.

وهنا أنقل كلاما للدريني أشار إلى هذه الحقيقة فقال: "فعقد الزواج بما له من صلة بتأسيس القرابات، وبالنسب وببناء أسرة هي لبنة في البناء الاجتماعي, احتاط المشرع في أمره فأوجب (شروطا) لصحته، وبذلك كان عقد الزواج بمجرد التراضي ودون شاهدين عقدا فاسدا يجب فسخه"[9], واستدل بالحديث «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[10].

ولذلك وجدنا بعض المذاهب أوجبوا الشكلية في صيغة العقد، ولكنهم محجوجون بالقاعدة " العبرة بالمعاني وليست للألفاظ والمباني"[11]، ورأي الجمهور هو عدم التمسك بالشكلية في صيغة العقد ومنهم المالكية[12].

وتأسيسا على ما سبق يمكن أن نتساءل إلى أي مدى حقق المشرع الجزائري مبدأ النظامية –إن صح التعبير - والتناسق بخصوص الولي في المادة الحادية عشر (م11) من الأمر المعدل والمتمم للقانون 11/84[13]؟ وهل هذا التعديل كان موافقا لنصوص الشريعة وروحها ومقاصدها؟ وما مدى مطابقته لمقتضيات وأحكام السياسة الشرعية؟ وهل هو التعديل الأمثل أم ترد عليه تحفظات؟

وللإجابة العلمية على هذه الأسئلة فقد تناولت الموضوع وفقا للمحاور الآتية:

أولا: بيان مواد القانون الخاصة بالولي في قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: بيان مذاهب الفقهاء في مسألة الولي.

ثالثا: عقد مقارنة بين موقع الولي في القانون11/84 و في الأمر02/05.

رابعا: بيان مدى مطابقة التعديل بخصوص الولاية لأحكام السياسة الشرعية.

خاتمة.

أولا: بيان مواد القانون الخاصة بالولي في قانون الأسرة الجزائري.

ولبيان مواد القانون الخاصة بالولي في قانون الأسرة الجزائري, لابد من بيان موقع الولي في قانون الأسرة 11/84, وموقع الولي من خلال مواد التعديل الواردة في الأمر 02/05, لتسهل بعد ذلك المقارنة بينهما.

أ ـ موقع الولي في قانون الأسرة 11/84: لقد أورد المشرع الجزائري موقع الولي في ست مواد، في قانون الأسرة 11/84. ونذكرها هنا لتسهيل المقارنة مع التعديل:

- م9: يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، و**بولي** الزوجة، وشاهدين وصداق.
- م11: يتولى زواج المرأة **وليها** وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي **ولي** من لا ولي له.

– م12: لا يجوز **للولي** أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (9) من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت.

– م18: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في **م9** من هذا القانون.

– م32: إذا تم الزواج بدون **ولي** أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.

ب – موقع الولي من خلال التعديل الوارد في الأمر: 02/05: أما موقع الولي في القانون الجديد 05 -02[14]، يمكن إدراكه من خلال المواد الآتية:

-م9: ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين (تعديل).

-م9 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

-أهلية الزواج.

-الصداق.

-**الولي**.

-شاهدان.

-انعدام الموانع الشرعية للزواج.

-م11: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور **وليها** وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره من دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون[15]، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي **ولي** من لا ولي له.

-م18: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و**9 مكرر**.

-م32: يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

-م33: يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

-م33: إذا تم عقد الزواج بدون شاهدين أو صداق أو **ولي** في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

ثانيا: بيان مذاهب الفقهاء في مسألة الولي.

قبل دراسة موقع الولي من التعديل الأخير، يجدر بنا معرفة مذاهب الفقهاء من هذه المسألة، باعتبار القانون مستمد من الشريعة، ما يفترض في المشرع الجزائري عند وضع

القانون اطلاعه على هذه المذاهب واستلهام القواعد القانونية منها، فما موقع الولي عند الفقهاء؟ وما المذهب الذي استقى منه المشرع الرأي في مسألة الولي؟

وإذا عدنا إلى الفقهاء في مسألة الولاية في عقد الزواج نجدهم اختلفوا على رأيين أو مذهبين[16]:

المذهب الأول: وهو رأي الجمهور؛ ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها، وإنما الذي يزوجها هو وليها، وقد ذهب هذا المذهب مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وكثير من العلماء.

المذهب الثاني: للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، ولا اعتراض لأحد عليها، كما لها أن تزوج غيرها، كما يجوز لها أن توكل لتزويجها من تشاء، فيصح عقد الزواج بعبارتها لنفسها أصالة، ولغيرها وكالة، وقد ذهب هذا المذهب أبو حنيفة وزفر، والصاحبان في رواية، وهو قول الزهري والشعبي وابن سيرين، وقتادة.

وسبب الخلاف في ذلك هل الولاية في عقد النكاح شرط صحة في العقد، أم ليست شرطا فيه؟، وإلى ذلك أشار ابن رشد حين حدد "محل النزاع" في هذه المسألة بقوله: "اختلف الفقهاء، هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط"[17]؟

ولسنا هنا بصدد مناقشة أدلة كل فريق، وترجيح أحدهما، فليس ذلك هو مقصود البحث، وبخاصة أن كل فريق احتج لمذهبه بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، ولكن ما تجدر الإشارة إليه هنا، وملاحظته، التقارب بين المذهبين في الرأي من خلال ما فرضه كل طرف من شروط.

- فالجمهور قالوا بالولاية في عقد الزواج، ولكن ليس للولي أن يجبر موليته البالغة العاقلة على الزواج ممن تكره[18].

- والحنفية: لم يقولوا بالولاية في عقد الزواج، ولكنهم اشترطوا الكفاءة، وإذا لم تتحقق فللولي أن يمنع المرأة من الزواج ممن لا يكافئها. وأعطوه حق فسخ العقد في هذه الحالة[19].

وقد ذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى اشتراط الولي فقط، دون مباشرته للعقد بعبارته. فيصح عنده العقد بعبارة المرأة البالغة العاقلة، لكن العقد موقوف على إذن الولي، فإن أجازه نفذ، وإلا فهو باطل، وإذا امتنع الولي عن الإجازة في الكفء يكون عاضلا، والأمر إلى القاضي لتحديد العقد، وروي عدوله إلى ظاهر الرواية[20].

ونجد المذهبين يقتربان أكثر حينما يستدل الجمهور على مذهبهم من المعقول، بالحياء الفطري في المرأة، والحياء من مكارم الأخلاق وخاصة بالنسبة للمرأة، والشارع قد راعى أمر هذا " الحياء الفطري" في المرأة فمنع عنها كل ما يخدشه، فولى عليها في النكاح أولياءها من العصبات[21]، كما وجدنا الحنفية يستحسنون مباشرة الولي للعقد نيابة عنها، لأن عدم خروج المرأة عن مألوف العادات،

أمر مستحسن، كون المألوف من حياء المرأة يمنعها من ولوج مجالس الرجال[22].

ومع التقارب الحاصل بين المذهبين كما رأينا، إذا قارنا مسألة الولي التي وضعها العلماء سواء بالنسبة لمن يثبت ولاية المرأة في عقد الزواج أو لمن يلغيها، فإنه بناء على ذلك يمكن أن نعرف، ما الذي استقر عليه المشرع الجزائري من المذهبين عند تعديل قانون الأسرة؟

ثالثا: عقد مقارنة بين موقع الولي في القانون84/11 و في الأمر02/05.

عند تعميق النظر في قانون 11/84 من جهة، والأمر 02/05 المعدل والمتمم له، وإجراء المقابلة والمقارنة يظهر ما يأتي:

1 - الولي في قانون 11/84 ركن، وفي التعديل 02/05 شرط، وقد أحسن المشرع لأنه ميز بين الركن "الرضا"، والشرط "الولي"، لأن عدم التفريق بينهما أدى إلى الخلط بين الفساد والبطلان والصحة والفساد، فهذه المصطلحات لها دلالتها عند الفقهاء، والخلاف حولها كان سببا في اختلافهم في كثير من المسائل الفرعية[23].

فالجمهور عندهم إذا وقع الخلل في الوصف أو الأصل كان البطلان والفساد، فالباطل والفاسد عندهم سيان، والحكم إما أن يكون صحيحا وإما أن يكون باطلا، في حين نجد الحنفية يفرقون بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف في عقد الزواج، فإذا كان الخلل في الأصل كان البطلان، أما إن كان الخلل في الوصف كان الفساد[24]، وهو ما تفاداه المشرع الجزائري في التعديل[25].

2 - في مسألة الولي في قانون 11/84، أخذ المشرع برأي الجمهور، فجعل الولاية ركنا، والولي كامل الولاية، في حين نجد التعديل في الأمر 02/05 جعله شرطا في المادة "9"، وفي المادة "11"، أعطاه مجرد الحضور في الفقرة الأولى "بحضور وليها"، وهو انحياز للمذهب الحنفي، ليعود في الفقرة الثانية من المادة "11" ويخرج عن جميع المذاهب، حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره حتى دون تقديم الأقارب على غيرهم وهو ما يفيده معنى "أو" فهي في اللغة للتخيير[26].

وهو ما يلغي كل التفسيرات التي تقدم الأقارب على غيرهم، ومثل ذلك ما جاء في قوله تعالى في كفارة اليمين: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ أَوۡ تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٖۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ »[27] فهنا الأمر على سبيل الاختيار ولفظ "أي شخص" عام يشمل جميع أفراده على حد تعبير علماء الأصول، فكان

معنى "شخص" يشمل القريب والبعيد، والفصل بينهما ب "أو" التي تفيد التخيير يخرجه عن رأي جميع المذاهب الفقهية[28].

وعند العودة إلى القانون الفرنسي –لأننا مغرمون بها - يذهل المرء لما يجد المشرع الفرنسي قد أخذ في الأحوال الشخصية بكثير من أحكام الشريعة, ويجد بالمقابل أننا تجاوزنا خطا لم يتجاوزه غير المسلمين، لكي لا أقول النظام العلماني، فقد جاء في القانون المدني الفرنسي، أنه يجوز إلغاء الزواج إذا لم يوجد الأقارب حتى بلوغ سن 21 سنة ولا مندوحة عنه، ومن سن 21 إلى 30 سنة كاملة، يطلب رضا الأب والأم، ويعد ذلك شرطا لازما، ويمكن الاستغناء عنه بإعلامهما بمشروع الزواج، ويستغنى عن رضا الأقارب بعد هذا السن[29].

3 - في تعديل المادة 33، نجد تصحيحا في الفقرة الأولى لما كان خللا في الخلط بين البطلان والفساد، ولكن في الفقرة الثانية، نجد أن التعديل أقر سلطة التزويج على القاصر فقط، لكنه جعله في مرتبة الصداق الذي هو شرط في الدخول، والأصل أن الولي شرط في العقد[30] بنص المادة 9 مكرر من الأمر 02/05, وهو ما يتسق مع ما أشرنا إليه سلفا.

رابعا: بيان مدى مطابقة التعديل بخصوص الولاية لأحكام السياسة الشرعية.

تأسيسا على ما سبقت الإشارة إليه من تعديلات بخصوص مسألة "الولاية في عقد النكاح"، يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

1 - التعديل في بعض جوانبه خرج عن المذاهب الفقهية كلها، في حين يشترط في الاجتهاد أن يكون في دائرتها، وإن خرج عليها فيلزم أن يكون من أهله, كما يحتاج إلى تأصيل ودليل ولا دليل هنا.

2 - يلاحظ عدم التوازن بين موقع الولي من جهة, وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة ثانية، بما يخل من مقاصد الزواج ومنها: تمتين الروابط الاجتماعية، وتوفير الحماية للزوجة حال الخلاف والنزاع، كما يوفر لها سندا قويا حتى لا تهضم حقوقها ويكون العقد في غير صالحها.

3 - الأمة في الجزائر اجتمعت على رأي بعينه، وصار عرفا وتوحدت عليه وخلافه يعرض وحدتها للتفتت ونظامها العام للاهتزاز, ونسيجها الاجتماعي للتمزق, ولا يخفى ما في ذلك من مفاسد.

ولئن جاز للحاكم الترجيح والاجتهاد من باب السياسة الشرعية[31]، فإن اجتهاده مشروط بمدى تحقيقه للمصلحة العامة, طبقا للقاعدة المعلومة في أحكام السياسة الشرعية أن "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"[32], ولا مصلحة هاهنا، اللهم إلا استجابة للضغوط الغربية تحت ذريعة حقوق المرأة، من جهة، وضغط اللوبي المتغرب من جهة ثانية, والذي ما فتئ ينادي بإلغاء قانون الأسرة من أساسه كونه مستمد من الشريعة الإسلامية، مما يتنافى مع العصرنة وحقوق المرأة الأساسية بحسب زعمهم.

خـاتمــة

من خلال الإشارات السالفة الذكر فإني أرى بأن المشرع الجزائري جانب الصواب بخصوص مسألة الولي في عقد النكاح, في التعديل الوارد في الأمر 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84, لاسيما (المادة11) منه, وأن التعديل يحتاج إلى تعديل، بما يجعل قانون الأسرة الجزائري متفقا مع أحكام الشريعة, منسجما على الأقل مع المذهب الحنفي الذي جنح المشرع للأخذ به.

ومع قناعتي بشرط الولي في عقد النكاح , وأهمية مباشرته للعقد, ليس ذلك من الناحية الفقهية فحسب, بل حفاظا على مصلحة المرأة من جهة, وتحقيقا لمقتضى السياسة الشرعية من ناحية أخرى، كون الأمة اجتمعت وتوحدت على رأي ولا مصلحة في إلزامها بخلافه, ونظرا لتقارب المذهبين كما أسلفت, ولكي يكون القانون متسقا غير متناقض في أحكامه بخصوص مسألة الولي في عقد النكاح، فإن **نص التعديل المقترح** كالآتي:

المادة 11: تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.

- **للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة.**
- **في حالة التعارض في تقدير المصلحة فالحكم للقاضي.**

وبذلك نكون قد أزلنا التناقض بين مواد القانون المتعلقة بالولي, وميزنا بين ركن "الرضا" الذي يقضي تخلفه بطلان العقد, وشرط "الولي" فيه المختلف عن الركن في المرتبة والأثر, مع ما أثبته المشرع للمرأة من حق مباشرة العقد على رأي من قال به, كما نكون بذلك قد حافظنا على موقع الولي ولم يعد حضوره في مجلس العقد شكليا, أو في نفس مرتبة الشخص الغريب, وفي ذلك من المصلحة للمرأة وللمجتمع عامة ما لا يخفى, بما ينسجم مع أحكام السياسة الشرعية التي توازن بين مصلحة الفرد والجماعة وترعاهما على السواء.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى ضرورة توكيل أي تعديل مستقبلي يخص قانون الأسرة إلى علماء الشريعة والقانون المشهود لهم بالكفاءة وعمق النظر، والتشبع بالثقافة الشرعية والقانونية، والإدراك للواقع وإكراهاته, والارتباط بالمجتمع وهويته، والحرص على المصلحة العامة للبلاد والعباد دون غيرها.

ومع أن تحقيق ذاك المبتغى يبقى منوطا بصانعي القرار في البلاد, إلا أن ذلك لا يعفي أنصار المشروع الحضاري من المسؤولية, وبخاصة من احتلوا مواقع متقدمة في الدفاع عن هوية الأمة ومقوماتها, وبشكل أخص من تواجدوا في مؤسسات الدولة الصانعة للقرار, فيظل على عاتق هؤلاء المنافحة عن المصالح العليا للأمة والحيلولة دون المتسللين من المتغربين لمواقع

صناعة القواعد القانونية بعيدا عن وحي السماء.

هوامش الدراسة

1 -انظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي, مختار الصحاح, مكتبة لبنان, 1985م, باب النون, مادة نظم, ص278. ـ ابن منظور, لسان العرب, دار صادر, بيروت, باب نسق, 352/2.

2 -انظر: دليلة فركوس, تاريخ النظم القانونية, النظم القديمة (من القرن32ق.م إلى القرن 6م), دار أطلس للنشر, الجزائر, ديسمبر 1993م, 62/2, 115, 141, 208.

3 -حديث أخرجه البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (ت 458هـ)، السنن الكبرى، (تحقيق محمد عبد القادر عطا)، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، (1414 -1994م), 168/1.

4 -سورة التوبة 71.

5 -سورة البقرة 187.

6 - سورة الروم 21.

7 - سورة النساء 21.

8 - انظر: ابن منظور, لسان العرب, باب عقد, 296/3. باب غلظ, 494/1. وانظر: محمّد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم، الشهير بتفسير المنار: دار المعرفة، بيروت، 1412هـ- 1992م، 118/6.

9 -فتحي الدريني: النظريات الفقهية، مطبعة خالد بن الوليد, دمشق, 1402هـ ـ 1982م, ص272.

10 -أخرجه ابن جبان في صحيحه رقم (4075), باب الولي, 386/9. والهيثمي في مجمع الزوائد, باب ما جاء في الولي والشهود, وقال فيه: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الرحمان الوقاصي وهو متروك, 286/4, وقد عقد البخاري في صحيحه بابا سماه: باب من قال لانكاح إلا بولي, انظر: البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل الجعفي (ت 256هـ)، صحيح البخاري، ط3، (تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، لبنان، (1407هـ -1987م), 1970/5.

11 - الأصل في القاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، البورنو، محمد صديق بن أحمد، والمغزي، أبو الحارث، موسوعة القواعد الفقهية، ط2، مكتبة التوبة، الرياض، المملكة العربية السعودية 1418هـ - 1997م، 250/1. الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، تقديم وإشراف مصطفى الزرقا، ط2، دار القلم، دمشق، سوريا، 1412هـ -1991م، ص55، 251، 291.

12 - انظر: عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1986م, ج4, ص24.25. ـ فتحي الدريني: النظريات الفقهية, ص297.298.

13 - قانون 11/84 صدر أيام الحزب الواحد بتاريخ09 يونيو 1984م, وقد كان يومها الشيخ عبد الرحمن شيبان رئيس "جمعية العلماء المسلمين الجزائريين" حاليا هو وزير الشؤون الدينية، وهو من أشرف على إعداد هذا القانون وكان غرسا طيبا، فجزاه الله عن الإسلام والمسلمين في هذا البلد خيرا.

14 - انظر: الأمر: 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ27 فبراير 2005م المعدل والمتمم للقانون 11/84.

15 - المادة 7 من هذا القانون تنص على تحديد سن الزواج بـ 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزاج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة

16 - انظر: عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة, 26/4 -46. ـ ابن رشد، القاضي أبو الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق هيثم جمعة هلال, مؤسسة المعارف, ط1, 2006م ـ 1427هـ, بيروت, لبنان, 453/2.

ـ الدريني محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 1414هـ - 1994م, 532/2, 534. ـ الشيخ محمود محمد شلتوت، والشيخ محمد علي السايس، مقارنة المذاهب في الفقه، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، 1373هـ ـ 1953م، ص55 -64.

17 - ابن رشد، 453/2.

18 - عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ص34. والمالكية يفرقون في مسألة الولاية بين الشريفة وذات الجمال والمال، وغيرها فلا بد للأولى من الولي، وأما الثانية فلها أن تستخلف من تشاء من الرجال على نكاحها، وبالتالي فإن شرط الولي في عقد النكاح عند المالكية دائر بين كونه شرط صحة، أو شرط تمام، انظر: الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي, ص532-533.

19 - وقد جعل الحنفية للولي حق فسخ العقد إذا زوجت نفسها من غير كفء. انظر: عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، 32/4، ـ الشيخ شلتوت والشيخ السايس، مقارنة المذاهب في الفقه، ص55.

20 - انظر: الزيلعي, تبيين الحقائق ـ شرح كنز الدقائق، ط1، بولاق, 1313-1315هـ, 118/2، الكاساني، بدائع الصنائع، ط2, 1394هـ ـ 1984م, 163/3. الدريني، بحوث مقارنة, 534/2.

21 - الدريني، بحوث مقارنة, 540/2.

22 - الشيخ شلتوت، الشيخ السايس، مقارنة المذاهب في الفقه، ص65.

23 - الركن : ما يتوقف عليه وجود الشيئ, وهو داخل في حقيقته، بحيث يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم. ـ الشرط: لا يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم. انظر في ذلك: شرح الكوكب المنير, الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار, تحقيق محمد الزحيلي, نزير حماد, مكتبة

العبيكان, الرياض, السعودية, 1418هـ - 1997م, 452/1. - وانظر: الإلمام في أصول الأحكام, محمد فوزي فيض الله, دار التقدم للنشر والتوزيع, الكويت, ط1, 1410هـ - 1989م, ص126.

24 - انظر: الدريني، بحوث مقارنة 326/1-332.

25 - انظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2005، 152/1، وهو ما بينته المدونة المغربية في المواد 56 إلى 64، انظر: محمد بنيحي، المدونة الجديدة للأسرة, منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية, مؤسسة هانس سايدل الألمانية, القانون رقم 03 -70، ط1, 2004، ص160 -165.

26 - انظر: ابن عقيل, شرح ابن عقيل, 232/2.

27 - سورة المائدة 89 ، وقد ذهب المفسرون هذا المذهب, انظر: ابن كثير, أبو الفداء إسماعيل القرشي (700-774)، تحقيق سامي محمد سلامة, دار طيبة للنشر والتوزيع, ط2, 1420هـ - 1999م, 100/3.

28 - انظر: الولي المجبر وغيره عند المذاهب في: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، لـ : عبد الرحمن الجزيري, 51/4.

29 - انظر:سيد عبد الله علي حسين, المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والشريعة الإسلامية, دراسة وتحقيق, محمد أحمد سراج, علي جمعة محمد, أحمد جابر بدران, دار السلام, القاهرة, ط1, 1421هـ - 2001م, ص167-169.

30 - انظر: الشيخ صالح, عبد السميع الآبي الأزهري ، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مكتبة رحاب، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر ، 1987م، ص436.

31 - وقد وضع العلماء عددا من الشروط لاجتهاد الحاكم في مجملها تلتزم بفقه الشرع وفقه الواقع، وتتوخى المصلحة للأمة، بما يجعل التشريع والاجتهاد قادرا على الوفاء بحاجات الأمة الأساسية, وموافقا للشرع في الوقت نفسه. انظر في ذلك: - الجوجو، حسن علي محمد، القيود الواردة على صلاحيات الحاكم في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، ص168. - فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة, بيروت، ط1, 1402هـ - 1982م,ص438.

32 - قاعدة فقهية، انظرها عند: جلال الدين السيوطي، الأشباه و النظائر، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي، ص139. - ابن نجيم، زين العابدين بن ابراهيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان -، 1413هـ -1993م, ص123. - البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 33/1. - الندوي، القواعد الفقهية، ص280.