

أحكام ولاية تزويج الصغار بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

الأستاذة جبارة زينب

باحثة دكتوراة- كلية الحقوق

جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة 1

المقدمة:

ومنه لا يجوز للصغير أن يباشر عقد الزواج بنفسه لنفسه، لأنه ليس أهلا لمثل هذه التصرفات، فالصغر وصف مؤثر في سلب أهلية العاقد، أو نقصانها في الذكر والأنثى على السواء اتفاقا، ومن أجل هذا فإن الولي هو من يقوم بأموره كلها وفق ضوابط الشرع ومعاييره، من أجل دفع الفساد عنه وتحقيق مصالحه، والزواج لا يخرج عن هذا.

إن الصغير ومن في حكمه ليس أهلا للتصرف في أموره، وهو عاجز عن إدراك مصالحه بنفسه، إذ لا قدرة له على التمييز بين المصلحة والمفسدة، وبما أن الزواج عقد خطير، وله شأن عظيم لما يترتب عليه من حقوق وآثار، إضافة إلى أن وجه المصلحة فيه لا يدركها أصلا الصغير، ولا يستقل بفهمها -وقد تدعو الحاجة إلى زواجه-، فتفاديا لما قد يلحقه إذا باشر زواجه بنفسه من زوجية فيها مفسدة، جعلت ولاية تزويجه للولي، ليقدر برأيه ونظره وشفقته ما فيه المصلحة، ويباشر ما فيه الخير له، كونه أشفق الناس عليه وأحرصهم على القيام بشؤونه.

ونظرا لتزايد حالات تزويج الصغار نتساءل عن مدى مشروعية تزويجهم؟ وكيف عالج الفقه والقانون هذه المسألة؟ وسيتم معالجة هذه الإشكالية وفقا للمحاور التالية:

بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكث عنده تسعاً³.

ومن آثار الصحابة رضوان الله عليهم استدلال جمهور الفقهاء بأن علياً رضي الله عنه زوج ابنته أم كلثوم، وهي صغيرة من عروة بن الزبير، وزوج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران، ووهب رجل ابنته الصغيرة لعبد الله بن علي، فأجاز ذلك علي⁴ رضي الله عنه.

وخالف جمهور الفقهاء ابن شبرمة⁵ وأبو بكر الأصبم⁶ في عدم جواز تزويج الصغير والصغيرة، وحجة هؤلاء قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾⁷، فوجه الدلالة من هذه الآية أنها جعلت النكاح بعد البلوغ.

كما استدلوا بالمعقول من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: إن الولاية أساس ثبوتها هو حاجة المولى عليه إليها، وما لا تتحقق فيه الحاجة لا تثبت فيها

المحور الأول: مشروعية تزويج الصغار
المحور الثاني: ثبوت ولاية التزويج على الصغار

المحور الثالث: موقف القانون من تزويج الصغار

المحور الأول: مشروعية تزويج الصغار

أجمع جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على مشروعية تزويج الصغار ذكورا كانوا أو إناثا، حتى ولو لم يبلغوا¹، واستدلوا على رأيهم، بكل من الكتاب والسنة والأثر.

فمن الكتاب استدلال جمهور الفقهاء بقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَالَّتِي بَيَّسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾²، وجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى حدد عدة الصغيرة التي لم تحض بثلاثة أشهر كاليائسة، ولا تكون العدة إلا بعد زواج وفراق، فدل النص على أنها تزويج وتطلق.

أما من السنة استدلال الجمهور

الولاية، والنكاح لا حاجة للصغير فيه، ذلك أن مقصود النكاح هو قضاء الشهوة والنسل، والصغرينافيهما، فلا تثبت على الصغير ولاية.

الوجه الثاني: إذا زوج الصغير قبل البلوغ، فلما يبلغ يجد نفسه مكبلاً بقيود الزوجية، وهو عقد يستمر في أصل تشريعه مدى الحياة.

الوجه الثالث: إن الصغير يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، فلا حاجة إليه قبل البلوغ ما دامت آثاره لا تظهر إلا بعده⁸.

بعد عرض المسألة بآراء فقهاء وأدلتهم، يمكن ترجيح الرأي القائل بعدم جواز تزويج الصغار قبل أن يبلغوا، فالصغار لا يتمتعون بقدر كاف من التمييز حتى يتمكنوا من إدراك نتائج وعواقب ما هم مقبلون عليه، إضافة إلى أن قدرتهم الجسمية لا تسعفهم على تحمل تبعات الزواج.

كما أن الصغار ليست لهم مصلحة في هذا الزواج، بل قد يكون فيه ضرر

محض لهم، إذ قد يجد كل من الفتى والفتاة نفسه بعد البلوغ مجبراً على العيش مع شخص لم يؤخذ رأيه في اختياره، وهذا ما لا تقره الشريعة، ولا تبيحه مصلحة الأسرة والمجتمع، وقد أكدت التجارب فشل هذا النوع من الزيجات، كما أن الغاية - في أغلب الأحيان - في مثل هذا الزواج غير مشروعة، كطمع الولي في مال الخاطب.

المحور الثاني: ثبوت ولاية التزويج على الصغار

لقد أجمع أهل العلم على أن الولاية ثابتة على الصغير غير المميز، وأنه لا صحة لتزويج أحدهم نفسه، لعدم أهليته وقصده المعتبر، ذكرًا كان أم أنثى، أما الصغيرة المميزة، فعند الجمهور - سواء أذن لها ولها أم لم يأذن - فلا عبارة لها، أما عند الحنفية فعقد الميزة صحيح بإذن ولها وإجازته⁹.

أما الصغير المميز فقد اختلف الفقهاء في صحة تزويج نفسه، فذهب

للأب حق إجبار الصغار على النكاح،
ووقع الخلاف بينهم فيما عداه على
النحو التالي:

ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للأب
والجد ولغيرهما من العصبات تزويج
الصغير والصغيرة¹¹.

بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى أنه
ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الصغار،
لتوفر شفقة الأب وصدقه ورغبته في
تحقيق مصلحة ولده، والحاكم ووصي
الأب كالأب، لأنه لا نظر لغير هؤلاء في
مال الصغار ومصالحهم¹².

وذهب الشافعية إلى أنه ليس لغير
الأب والجد -عند عدم الأب- تزويج
الصغير والصغيرة¹³.

مما تقدم يستخلص أن للأب ولاية
الإجبار عند الأئمة جميعاً، واتفق
الحنفية والشافعية على أن للجد
ولاية، واتفق المالكية والحنابلة على
أن للوصي ولاية، وأثبت الحنفية لغير
الأب والجد من الأقارب الولاية، فمن

الحنفية والمالكية إلى أن عقد المميز يقع
صحيحاً، بإذن وليه أو بإجازته، ذلك
أن الصبي العاقل له عبارة صحيحة،
إلا أنه لقصور نظره احتاج إلى وليه
ليحصل بذلك تمام النظر.

وقد خافهم الشافعية فذهبوا إلى
أن عقد المميز يقع غير صحيح، سواء
أذن له وليه أم لم يأذن. أما الحنابلة
فقالوا بصحة قبول الصبي نكاحه
بإذن وليه¹⁰.

كما اختلف الفقهاء فيمن يستحق
الولاية على الصغار، وبعبارة أخرى
من هو الولي الذي يجوز له تزويج
الصغير؟ واختلفوا في حكم تزويج
الثيب الصغيرة، بخلاف البكر الصغيرة
المجمع على تزويجها، ثم إنه إذا بلغ
الصغير أو الصغيرة هل يجوز لهما
طلب فسخ عقد الزواج -على أساس
أنهما صاراً كاملاً الأهلية-، أم يبقى هذا
العقد لازماً لهما؟

1 - المستحقون للولاية على
الصغار: اتفق جمهور الفقهاء على أن

وحريص غاية الحرص على مصالحهم، ولا يطعن في شفقته على أولاده ولا في إirاده مصلحتهم، وليس ذلك لغير الأب، وإن كان الجد يحمل من ذلك، إلا أنه تتوزع شفقته بين أحفاده، وإذا تعارضت مصالحهم وازن بينهم، وربما أنقص من مصلحة واحد منهم لصالح الآخر.

2 - مدى اشتراط البكارة لإجبار الصغيرة على الزواج: لا خلاف بين الفقهاء على جواز تزويج البكر الصغيرة حتى ولو لم ترض، جاء في المغني «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز، إذا زوجها من كفاء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها»¹⁵.

أما الثيب الصغيرة فقد اختلف الفقهاء في حكم إجبار ولها لها على الزواج، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية لهم إلى أنه لا يشترط في الصغيرة أن تكون بكرًا حتى تثبت عليها ولاية الإجبار من ولها، ومعنى ذلك أنه يجوز لولها أن يزوجه حتى

خصها بالأب لم ير في غيره ما فيه من خصائص من جهة أن الشرع خصه بذلك، ومن جهة أن ما يوجد فيه من الرأفة والشفقة والرحمة لا يوجد في غيره، كما أن النظر الموجود في الأب وتوفير المصلحة للصغير أو الصغيرة لا يوجد في غيره.

ومن ألحق الجد بالأب رأى أنه في معنى الأب فهو أب أعلى، أما غيره فقد بعدت قرابته، وقصرت شفقته، وإذا كانت الولاية على المال لا تثبت لغيرهما فعدم ثبوتها في الولاية على النفس من باب أولى، لأنها أعز وأعلى، أما من أثبتها لغيرهما من العصبات، فلأن القرابة داعية إلى النظر، غاية الأمر أنها متفاوتة كمالًا وقصورًا، تبعًا لقرب القرابة وبعدها، لكن في البعدية من القصور ممكن التدارك بأن جعل لهما خيار البلوغ، كما سيأتي بيانه¹⁴.

مما سبق يمكن ترجيح رأي المالكية والحنابلة، القاضي بأن للأب دون غيره من الأقارب ولاية تزويج الصغار ذلك أن الأب تام الشفقة على أولاده،

ولو كانت ثيبا، واستدلوا بالكتاب والمعقول.

فمن الكتاب استدلوا بقوله ﷺ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ﴾¹⁶، فالله ﷻ أمر بإنكاح الأيأمى -والأيم اسم لكل أنثى لا زوج لها، كبيرة أو صغيرة، بكرا أو ثيبا- فيقتضي ذلك ثبوت الولاية عليهن، إلا من خصت بدليل.

أما من المعقول فاعتبر هؤلاء أن الصغر بمعناه وما يترتب عليه من أحكام قائم لم يتغير، ولو أصبحت الصغيرة ثيبا، فالصغر عندهم هو موجب ثبوت هذه الولاية عليها وليس الثبوتية، لأن الصغير عاجز عن تدبير شؤون نفسه والاختيار الصحيح، ما يوجب معه ثبوت الولاية، ولا ينفك منها إلا بالبلوغ¹⁷.

بينما ذهب الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى لهم إلى أنه لا يجوز للولي إجبار الصغيرة إلا إذا كانت بكرا، أما الثيب فلا إجبار عليها، واستدلوا بالسنة والمعقول.

فمن السنة استدلوا بحديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: ((الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها))¹⁸، ففي الحديث دلالة واضحة على عدم جواز إجبار الثيب على النكاح، بدليل تفريق النبي ﷺ بينها وبين البكر، حيث جعل الثيب أحق بنفسها من وليها، فلو جاز إجبارها على النكاح لما كان للتفريق بينهما أي معنى، وهذا الحديث عام يشمل الثيب البالغة والصغيرة على حد سواء.

أما من المعقول فقالوا أن الثيب الصغيرة أصبحت على دراية بأمور النكاح، -بخلاف البكر- فلم يجز إجبارها مرة أخرى على النكاح¹⁹.

وما يبدوراجحا هو جواز إجبار الثيب الصغيرة على الزواج، ذلك حتى وإن كانت الثيب الصغيرة قد علمت أمور النكاح، إلا أنها مازالت بحكم صغرها لا تعرف ما ينفعها وما يضرها، وباعتبار أن الأب -في القول الراجح- هو وليها لا شك أنه أدري بمصلحتها وأحرص على

صغيرة، ولم يخيرها لما بلغت، ولو كان الخيار ثابت لها لخيرها، كما خيرها عند نزول آية التخيير، حيث قال لها: إني أعرض عليك أمرا، لا أحب أن تعجلي فيه بشيء، حتى تستشيرني أبويك، ثم تلا عليها قوله ﷺ: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾²²، فقالت أفي هذا استشيرني أبوي؟ أنا أختار الله تعالى ورسوله ﷺ، ولما لم يخيرها هنا (عندما تزوج بها) دل أنه لا خيار للصغيرة إذا بلغت، وقد زوجها أبوها²³.

أما من المعقول فاستدل أصحاب هذا الرأي على عدم ثبوت الخيار للبكر الصغيرة إذا بلغت من وجهين:

الوجه الأول: أن الأب وافر الشفقة والرحمة، وهو ينظر لها فوق ما ينظر لنفسه، ومع وفور شففته ورحمته هو تام الولاية، حيث إن ولايته تعم المال والنفس جميعا، فلهذا لا يثبت لها الخيار في عقده.

الوجه الثاني: إن الأصل في العقود أن لا خيار فيها، إلا ما قام عليه الدليل،

ما ينفعها منها، فلا يزوجها إلا بمن يرى فيه الأصلح لها، والأقدر على صونها وإكرامها.

3 - خيار البلوغ: المقصود بخيار البلوغ هو أن الصغير أو الصغيرة اللذان زوجا قبل بلوغهما، عند البلوغ هل يحق لهما طلب فسخ الزواج؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب التفريق بين حالتين: الحالة الأولى إذا زوجهما الأب أو الجد، والحالة الثانية إذا زوجهما (الصغير والصغيرة) غيرهما (الأب أو الجد) من الأولياء.

الحالة الأولى: إذا كان المجرأبا أو جدا ذهب الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة إلى القول بعدم ثبوت الخيار للبكر الصغيرة بعد بلوغها إذا زوجها أبوها أو جدوها²⁰، وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالسنة والمعقول.

فمن السنة استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكث عنده تسعا²¹، ووجه الدلالة أن النبي ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها وهي

فعلى من يثبت الخيار هنا أن يأتي بدليل على جواز ذلك²⁴.

وقد خالف الجمهور ابن شبرمة وأبو بكر الأصم حيث قالوا بثبوت الخيار للبكر الصغيرة بعد بلوغها إذا زوجها أبوها، مستدلين على ذلك بالسنة والمعقول.

فمن السنة استدلووا بحديث ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة، فخيرها²⁵ ﷺ، ففي الحديث دلالة واضحة على ثبوت الخيار للبكر الصغيرة التي أجبرها أبوها على النكاح، بدليل أن النبي ﷺ خير الجارية، ولفظ الجارية يشمل الصغيرة التي لم تبلغ والبالغة.

أما من المعقول فقالوا أن الله جعل الزواج سكن ومودة ورحمة، وإجبار البكر عليه دون إثبات حق الخيار لها، يؤدي إلى ضياع تلك المعاني، ونشوء الكراهية والنفور بين الزوجين.

بعد عرض الرأيين بأدلتهم، يمكن

ترجيح الرأي الثاني، لوضوح دلالته، زد على ذلك أن الصغيرة إذا بلغت تصبح أدرى بمصلحتها وأعرف بما تريد، لأجل هذا يجب إثبات خيار البلوغ لها، فإن شاءت استمرت مع الزوج الذي أجبرها ولها على الارتباط به، وإلا استعملت حق خيار البلوغ، لتطلب فسخ هذا الزواج.

الحالة الثانية: إذا كان المجر غير الأب والجد، قد ذكر فيما سبق أن الحنفية ذهبوا إلى إثبات الولاية في إجبار الصغيرة على الزواج للعصبات، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في مدى ثبوت خيار البلوغ للبكر الصغيرة من عدمه، فقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف -ثم رجع عن قوله- بثبوت الخيار لها، وهو قول ابن عمر وأبو هريرة رضي الله عنه²⁶، واستدل أصحاب هذا الرأي بكل القياس والمعقول.

فمن القياس: قاسوا تزويج الولي -عدا الأب والجد- للبكر الصغيرة على تزويج السيد لأمته التي أعتقها بعد تزويجها، بجامع أن كلا من الولي

أولهما- ألا يظهر بعد زوال القصر ما يدل على الرضا بالزواج وإسقاط الخيار.

الثاني- طلب الفسخ من القاضي، إذ لا يتم الفسخ إلا بحكم القاضي، وقبل ذلك يكون الزواج قائماً، وحقوقه ثابتة، من وجوب الطاعة، وثبوت التوارث إذا مات أحدهما (الزوجين) قبل الحكم بالفسخ، ذلك أن حق الفسخ بخيار البلوغ حق ضعيف، وكان ثبوته موضع خلاف فقهي، لذا احتاج في تمامه إلى حكم القاضي ليقوى به.

إضافة إلى أن النكاح أوجد حقوقاً شرعية قائمة على أساس شرعي صحيح، وكل حق ثبت بأصل الشرع، لا يزول إلا بالتراضي أو حكم القاضي³⁰.

ويعتبر القضاء شرطاً للفسخ لا لثبوت خيار البلوغ، لذلك فإن دور القاضي هو التحري عن أنه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر، لأنه إذا تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد يقضي برفض طلب الفسخ، أما إن

والسيد قاصر الشفقة مقارنة مع الأب، وحيث أن الأمة ملكت نفسها بعد عتقها، وثبت لها حق الخيار في فسخ نكاحها، فكذلك الصغيرة إذا بلغت يثبت لها حق الخيار²⁷.

أما من المعقول قالوا بما أن إثبات الولاية كان من أجل عدم تفويت الكفء، وكان كذلك بمعنى النظرلها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيارلها حتى تنظر في أمر نفسها بعد البلوغ²⁸.

وذهب أبو يوسف إلى عدم ثبوت الخيار للبكر الصغيرة التي زوجها غير أبيها أو جدها، وهو ما ذهب إليه عروة بن الزبير رضي الله عنه، واستدلوا في ذلك بالقياس، حيث قاسوا ولاية القريب على ولاية الأب والجد، على أساس أن كلا منهما يعقد بولاية مستحقة بقربة، والقربة سبب كامل لاستحقاق الولاية، حيث أن الأب والجد لا يثبت في عقدهما خيار فكذلك في القريب²⁹.

وما تجدر الإشارة إليه أنه إذا ثبت الخيار بالبلوغ، فإنه لا يتم الفسخ إلا بشرطين:

فتقييد الزواج بسن قانونية في الواقع هو لسلامتها بدنيا ونفسيا، فالمرأة بعد هذه السن- المحددة قانونا للزواج- تكون مستعدة للزواج والإنجاب وتربية الأولاد³².

والمشرع الجزائري على غرار مشرعي الدول العربية³³ وحتى الغربية، حدد سن الزواج بـ 19 سنة³⁴ وهذا حسب الفقرة الأولى من المادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة، والتي تنص على «تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة».

فمن خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يأخذ برأي الجمهور فيما يخص تزويج الصغار، بل تبني رأي ابن شبرمة وأبي بكر الأصم عندما نص على أنه لا يجوز قانونا تزويج الصغار قبل بلوغهم السن القانونية، وهذا كأصل.

لكنه رخص بالزواج قبل بلوغ هذه السن، وقيد ذلك بترخيص من القاضي، وضرورة وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما 19 سنة، وتؤكد

لم يتبين له أنه لم يحصل رضا بالعقد ولم يحدث ما يبطل الخيار كالقبول صراحة، يحكم بفسخ عقد الزواج الذي أبرمه ولي القاصر جبرا.

وما تجدر الإشارة إليه أن الثيب تختلف عن البكر فيما تقدم، فإذا بلغت البكر بعد الدخول وسكتت عند البلوغ، فإن هذا لا يعتبر مسقط لخيارها، وحققها في الفسخ، إنما يبطل هذا الحق إذا رضيت بالزواج صراحة كأن تقول: رضيت بهذا الزواج، أو دلالة كأن تطلب النفقة³¹.

المحور الثالث: موقف القانون من تزويج الصغار

لقد أجاز الشرع تزويج الصغيرة من حيث المبدأ، وهذا الأمر لا يتعارض مع القوانين المسنونة في البلدان الإسلامية والتي قيدت الزواج بسن معين، إذ أن الإمام يجوز له تقييد المباح لما يرى في ذلك مصلحة، وتطور الحياة الإنسانية بكل تعقيداتها يجعل لتقييد الزواج بسن معين وجه من المصلحة، وتتجلى هذه المصلحة خاصة بالنسبة للبنات.

القاعدة العامة الموجودة في القوانين الأخرى، لما توليه من أهمية لهذه الفئة التي هي بحاجة إلى حماية أكثر، وهذا من خلال حصر الولي في الأب، وإن لم يكن الأب تنتقل لأحد الأقارب الأوليين أي الأقرب درجة، وهنا المشرع بهذا الترتيب قد راع عنصر الشفقة الذي تقوم الولاية على أساسه، وفي حالة عدم وجود الأقارب الأوليين يؤول الأمر إلى القاضي³⁶.

وإن كان المشرع قد أثبت الولاية على القصر، وأعطى للولي صلاحية مباشرة عقد زواجهم، إلا أنه في الوقت نفس منع الولي مهما كانت درجته من إجبار من تحت ولايته من النساء سواء كانت المرأة بكرة أم ثيبا، وهذا ما جاء في المادة 13 المعدلة من قانون الأسرة، والتي تنص على «لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها».

فالولي وفق هذه المادة ملزم بأن يأخذ برأي موليته وبمشاورتها

قدرة الطرفين على الزواج، حيث نص في المادة السابعة فقرة أولى المعدلة على «وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج».

أما فيما يخص دور الولي في زواج القصر، فيستشف من المادة 11 المعدلة فقرة 2 من قانون الأسرة، والتي تنص على «دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له»، فبموجب هذه الفقرة فإن الولي هو الذي يتولى ويباشر عقد زواج القصر- ذكورا وإناثا- باسمهم ورضاهم، ويبدو أن وجود الولي في عقد زواج القصر حسب قانون الأسرة هو تطبيق لقواعد النيابة الشرعية التي يملكها الولي في تمثيل القصر ونقل رضاهم بالزواج إلى مجلس العقد³⁵.

وهذا النص يكون المشرع قرر حماية للقصر في عقد الزواج، ولم يخرج عن

الخاتمة:

بخصوص مشروع زواجها، فإن وافقت على الزواج باشر العقد نيابة عنها، وإن رفضت فليس له أن يجبرها بل عليه مساعدتها في اختيار الزوج الكفء لها.

وما دام أن المشرع قد تناول مسألة منع إجبار القاصرة، كان من المفروض أن يمنع الأولياء من إجبار القصر من الذكور أيضا على الزواج من دون رضاهم وموافقتهم، ويجمع بينهما في الحكم كما جمعهم في المادة 11، فالمعنى المرعي فيهما واحد، إذ لا فرق بين إجبار القاصر وإجبار القاصرة، خاصة أن كلاهما قد يكون ممارسا وواقعا في المجتمع³⁷.

أثبت الشرع ومن بعده القانون الولاية على الصغار، ذلك أن هؤلاء لا يحسنون تقدير الأمور ولا يدركون وجه المصلحة، فلا اختيار لهم ولا قصد، وبما أن الولي - خاصة الأب - أدر الناس بمصلحتهم، وأحيم لخيرهم، أجاز الشرع له تزويجهم.

فالولي هو الذي يزوج الصغار، ويختار لهم الزوج المناسب، ويتولى صيغة العقد عنهم، ويقوم رضاهم مقام رضاهم، فإن خرج الولي عن هذه الحدود ثبت للصغير خيار البلوغ.

والمشرع الجزائري إن كان كأصل منع تزويج الصغار، إلا أنه أجاز كاستثناء تزويجهم عند توفر شروط معينة، وأثبت ولاية التزويج عليهم، غير أنه منع الولي من إجبار الصغيرة على الزواج.

الهوامش:

1 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر، ج 4، ص 212/ وأبو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، ص 235/ وأبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البغدادي البصري الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ج 9، ص 66/ وموفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ط 3، دار عالم الكتب، الرياض، سنة 1997، ج 9، ص 398.

2 - سورة الطلاق، الآية 4.

3 - رواه البخاري، كتاب النكاح، باب من بنى بامرأة وهي بنت تسع، رقم الحديث 5158، ص 1022/ ومسلم، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، رقم الحديث 1422، ص 559.

4 - السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 212/ ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 4، دار الفكر المعاصر، دون مكان النشر، 1997، ج 9، ص 6683.

5 - هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي، الإمام العلامة فقيه العراق، وقاضي الكوفة، (72 - 144 هـ)، عاصر زمن أبي جعفر وكان قاض عنده.

6 - هو عبد الرحمان بن كيسان، شيخ المعتزلة، وفقه العراق.

7 - سورة النساء، الآية 6.

8 - السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 212/ ومحمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، دون مكان النشر، 1957، ص 109.

9 - السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 226.

10 - المرجع السابق، ج 4، ص 226.

11 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع

17 - السرخسي، المرجع السابق،
ج 4، ص 218/ وابن قدامة، المغني،
المرجع السابق، ج 9، ص 407.

18 - رواه مسلم، كتاب النكاح،
باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق
والبكر بالسكوت، رقم الحديث 1461،
ص 558، 559.

19 - الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 6، ص 48/ وابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 407.

20 - السرخسي، المرجع السابق،
ج 4، ص 213/ وزين الدين ابن نجيم
الحنفي، البحر الرائق شرح كنوز
الدقائق، ط 2، دار الكتب العلمية،
بيروت، 1997، ج 3، ص 211/
والشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 6،
ص 54.

21- حدیث سبق تخریجہ.

22 - سورة الأحزاب، الآية 28.

23- السرخسي، المرجع السابق، ج

32 - سهاد حسن البياري، عضل المرأة من النكاح دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2008، ص 28/ وهيثم حميد عبد الأمير، أحمد جبار عبد، الولاية في عقد النكاح لمن وعلى من تجب، دراسة مقارنة، مجلة آداب ذي قار، العدد الرابع، م 1، تشرين الأول/ أكتوبر 2011، ص 17.

33 - حدد المشرع الأردني سن الزواج بـ 18 سنة شمسية لكل من الرجل والمرأة كأصل (المادة 10/أ من ق أ ش)، وكاستثناء أجاز الزواج قبل هذه السن بإذن من القاضي لمن بلغ 15 سنة، و وجود ضرورة ومصلحة (المادة 10/ب من ق أ ش الأردني)، أما المشرع الكويتي فحدد سن الزواج بـ 15 سنة بالنسبة للفتاة، وبـ 17 سنة بالنسبة للفتى (المادة 26 من ق أ ش الكويتي). وحدده المشرع المغربي بـ 18 سنة شمسية بالنسبة للفتى والفتاة (المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية).

24 - المرجع السابق، ج 4، ص 213/ وابن رشد، المرجع السابق، ص 1247.

25 - رواه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1075، ص 204.

26 - السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 215/ وابن نجيم، المرجع السابق، ج 3، ص 211.

27 - السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 215.

28 - المرجع السابق، ج 4، ص 215/ وابن نجيم، المرجع السابق، ج 3، ص 211.

29 - السرخسي، المرجع السابق، ج 4، ص 215.

30 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 122.

31 - عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، ط 1، دار الفكر العربي، دون مكان النشر، 1984، ص 94.

34 - كانت السن القانونية للزواج قبل تعديل ق أ، 21 سنة بالنسبة للرجل، و18 سنة بالنسبة للمرأة، وبعد تعديل ق أ وحد المشرع السن القانونية للزواج بين الرجل والمرأة وجعلها 19 سنة، من باب المساواة بين الجنسين هذا من جهة، ومن جهة أخرى توحيد سن الزواج مع سن الرشد المنصوص عليها في المادة 40 من ق م.

35 - أحمد عبود، رضا المرأة في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية، العدد العاشر، مركز البصيرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، 65.

36 - عيسى حداد، عقد الزواج (دراسة مقارنة)، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 141.

37 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2007، ص 119.