

جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية  
الفرع: حقوق  
التخصص: قانون أسرة  
رقم: .....

إعداد الطالب: خملة محمد زكرياء

يوم: 2020/09/25

## التعسف في إستعمال حق الولاية على المرأة

### لجنة المناقشة:

|              |         |             |                  |
|--------------|---------|-------------|------------------|
| رئيسا        | أ. مح أ | جامعة بسكرة | اسم ولقب الأستاذ |
| مشرفا ومقررا | أ. مح ب | جامعة بسكرة | كليبي حسان       |
| مناقشا       | أ. مح أ | جامعة بسكرة | اسم ولقب الأستاذ |

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوْتَادَ مِنْ طِينٍ  
وَالْبَشَرُ مِنْ نَجْوٍ  
وَالْحَيَّةُ مِنْ سُلْبٍ  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوْتَادَ مِنْ طِينٍ  
وَالْبَشَرُ مِنْ نَجْوٍ  
وَالْحَيَّةُ مِنْ سُلْبٍ

# شكر و عرفان

نحمد الله تبارك وتعالى ونصلي على جميع أنبيائه ورسله وعلى خاتمهم سيدنا محمد موضح طريق الهدى والسداد قانع الجاحدين والملحدين من أهل الزيغ والعناد صلى الله تعالى عليه وعلى آله الأكرمين الأجواد صلاة تبلغه بها نهاية الأمل والمراد.

ونستفتح بالذي هو خير " ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير "

وبعد:

فإنني أتقدم بخالص الشكر والامتنان بعد الله ثم رسوله إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إعداد هذا العمل المتواضع ونخص بالذكر أستاذي الفاضل "كليبى حسان" الذي لم يبخل عليا بالنصائح والإرشادات و أدعوا من الله أن يوفقه إلى مزيد من النجاح كما لا أنسى جميع الأساتذة الأفاضل

الذين صبروا معنا حتى بلغنا المراد.

وأتقدم بالشكر لكل عمال كلية العلوم القانونية .

كما أتقدم بالشكر إلى كل الأصحاب والأحباب الذين أبوا إلا أن يدلوا بدلوهم أيضا في مساعدتي وتيسير أموري لكي يظهر هذا العمل في أفضل صورة وفي الأخير ندعوا الله أن يكون هذا العمل ثمرة خير لغيرنا.

# الإهداء

## بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم لا تجعلني أصاب بالغرور إذا نجحت، ولا باليأس إذا فشلت، وذكرنى دائماً بأن الفشل هو التجربة التي تسبق النجاح وإذا أعطيتني نجاحاً فلا تفقدني تواضعي واعتزازي بكرامتي.

شيء جميل أن يسعى الإنسان إلى النجاح فيحصل عليه والأجمل أن يتذكر من كان السبب في ذلك. إلى ينبوع الحنان والعطف، إلى التي تحمل بسمه الزهر في شفتيها وروعة الحب في مقلتيها وجنة ربي تحت قدميها، إلى التي تنتظر نجاحي لتحضنني في آخر الطريق. أمي الغالية " بدرة " أطال الله في عمرها.

إلى من حملني طفلاً ورعاني صبياً رافقتني شاباً وزرع لي الدرب وردا دون أشواك إلى من تغرب وتحلى بالصمود ليوفر لنا العيش إلى من ضمنا بأجحة العز والدلال إلى من أدين له بنجاحي ومستقبلي. أبي الكريم "محمد" أطال الله في عمره.

إلى من ترعرعت معهم ونما غصني بينهم، إخوتي.

" نهاد، إبراهيم، هديل "

والى الروح الطاهرة التي في قلوبنا ولن ننساها المرحومة خالتي وخالي " نبيل " و " سهام "

إلى كل الأهل والأقارب

إلى رفاق الدرب الجميل ورحلة البحث والجهد المتواصل من أجل إنجاز الثمرة وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة

إلى كل من علمني حرفاً أساتذتي الكرام من الابتدائي إلى الجامعي جزاهم الله كل خير

إلى كل من سقط اسمه سهواً من ذاكرتي.

إلى كل من يتصفح مذكرتي الآن إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.

زكرياء

مقدمة

تتابعت الأمم والشعوب في كل العصور، أي كانت ثقافتها ومستواها ودرجة تقدمها إلى الأخذ "بمبادئ حقوق الإنسان"، فموضوع حقوق الإنسان من أهم المواضيع التي حفلت باهتمام واسع من قبل الشعوب والدول، ففي عصرنا الحالي لقي اهتماما كبيرا، فأصبح حديث الساعة، حتى أضحى يدرس في مؤسسات التعليم المختلفة، ووضعت له مقررات دراسية، واهتم به الباحثون والدارسون وأصبحت هنالك مؤسسات ومنظمات تهتم بالدفاع عن حقوق الإنسان وحرياته بتوجيه السلوكيات المنحرفة أو المضادة للمجتمع، والحد من انتشارها، وذلك بتحريكها وتفاعلها مع المجتمع من خلال العلاقات التي كونتها بين الأفراد والأسر والمؤسسات التعليمية والإرشادية.

فانتشرت ثقافة حقوق الإنسان انتشارا واسعا على المستويين الوطني والدولي، حتى أصبحت رسالة اجتماعية، وبرغم المتغيرات والمستجدات التي وأكبت عصرنا الحاضر تبقى مقاصد الشريعة الإسلامية الحكيمة، والملائمة لكل زمان ومكان أكثر فاعلية وجدية في المحافظة على حقوق الإنسان وحرياته وكرامته؛ وذلك لأن الإسلام كان له السبق في تقرير الموثيق والاتفاقيات التي تناولت حقوق الإنسان فخطبه حجة الوداع التي نزل فيها قوله تعالى: " **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا**".

أقدم ميثاق لحقوق الإنسان، لأن مجموع القضايا التي تطرق لها الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه الخطبة تعد المبادئ الأساسية التي جاءت بتنظيم كامل لهذه الحياة، ومن ضمن هذه المبادئ التي كانت للشريعة الإسلامية السبق في تقريرها الحقوق المتعلقة بالمرأة، ومن هذا المنطلق اثرت دراسة موضوع **التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة**.

للتركز على تلك الحقوق المهمة التي دعت الحاجة إليها، وحتى لا تفهم بشكل خاطئ يسيء استعمالها، وحتى تؤدي الغرض المأمول منها، وتبتعد عن كل ما يمس كرامة المرأة وحريتها من الإيذاء والظلم، وفق منظور إسلامي صحيح.

ومنه فإن نظرية التعسف في استعمال الحق بعد بناءها في الفقه الإسلامي على كامل أصولها اعتمادا على ما سبق، حيث أن التشريع الإسلامي قد ربط الحق في مشروعيته وقيده بما سيؤول إليه والباعث عليه، فإن كان الحق عند استعماله سيؤول إلى ضرر يلحق الغير أو تحقيق مصلحة مشروعة، كان هذا التصرف تعسفا وجب درؤه إقامة للعدل ودرءا للمفسدة التي جاءت الشريعة لإزالتها، وعلى هذا فإن التعسف في استعمال الحق في مفهومه بناء على ما أقرته الشريعة الإسلامية في نظرها لفكرة الحق ليس إلا مناقضة ومخالفة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا، لتظهر من خلاله هاته الفلسفة العميقة في بعدها مدى



عقريّة التشريع الإسلامي في إطلاقه الحرية في استعمال الحقوق لكن على أساس تحقيقها لقصد الشارع وبما لا يناقضه، أي بما يحقق للفرد مصلحته دون أن يلحق ضرراً بغيره، أو يمس بالمصلحة العامة في نفس الوقت، وهذا كله مبناه أن المصلحة في الفقه الإسلام المقصودة من وراء الحكم هي مصلحة وضعها الشارع غاية للحكم لا مصلحة يحكمها العقل فقط، فوجب أن يكون التصرف على وفقها لأن المصالح الجزئية ليست إلا فروعاً وتطبيقات للمصلحة الكبرى التي بني عليها التشريع الإسلامي وهي جلب المصلحة ودرء المفسدة.

والحق في الشريعة الإسلامية يأخذ صفة مزدوجة لأنها تسعى عند تطبيق أي حق إلى مراعاة مبدأ التوازن بينهما بما يضمن تحقيق المصلحة التي تضمن درء المفسدة والضرر.

فالشريعة في تطبيقها للحقوق تنظر إلى ما سيؤول إليه هذا الحق عند القيام به من مصلحة أو مفسدة .

وبذلك فنظرية التعسف في استعمال الحق تجد بناءها في الفقه الإسلامي على كامل أصولها، حيث أن التشريع الإسلامي ربط الحق بمشروعيته وقيده بما سيؤول إليه، فإذا كان استعمال هذا الحق يؤول إلى ضرر يلحق الغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، كان هذا التصرف تعسفاً.

بناء على هذا فإن التعسف في استعمال الحق يعرف بأنه: " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل".

ومما لا شك فيه أن دراسة هذا الموضوع تكتسي أهمية علمية وعملية، حيث تتمثل الأهمية العلمية في الكشف عن نظرية ليست معروفة لدى الجميع ألا وهي التعسف في استعمال الحق باعتبارها لم تبقى مقتصرة على تشريعات معينة، وإنما أصبحت منشورة في أغلب التشريعات الحديثة، أما الأهمية العملية فتظهر من خلال اعتمادها في التشريعات ومساعي القضاء لتطبيق هذه النظرية كما تجسد أهميتها على المستوى النظري والتي تمكن في توضيح فكرة التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري بالنسبة لدارسي القانون والعاملين في المجال القانوني.

ومن خلال دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق حاولنا إعطاء صورة عامة على ما تناوله القانون الجزائري والتشريعات الوضعية والفقهاء الإسلامي وهو ما دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

### ما أحكام التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة في الشريعة والقانون؟

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا فصلين " الفصل الأول " يتناول التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وهذا الفصل تم تقسيمه إلى مبحثين بداية بـ: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي " المبحث الأول " ونظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الوضعية " المبحث الثاني " أما " الفصل الثاني " يتضمن مجال التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة وهذا الفصل بدوره أيضا تم تقسيمه إلى مبحثين حيث تناولنا مجال التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة في " المبحث الأول " و أحكام الولاية وموقف التشريعات المقارنة منها في " المبحث الثاني "

### أولاً: أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة فيما يلي:

من خلال إبراز أهمية دراسة التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة وذلك لكونها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبادئ حقوق الإنسان التي أخذت تهتم بها الأمم والشعوب في كل عصر واهتم بها الباحثون والدارسون وأصبح لها مؤسسات ومنظمات حقوقية تدافع عن حقوق الإنسان، وعن المرأة بشكل خاص، حيث إن الإسلام كرم المرأة أما وبنات وأختا وزوجة وقريبة وبعيدة وأمر بالإحسان والرفق والعدل بها.

### ثانياً: الهدف من الدراسة:

تسعى الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

- 1- تحديد مفهوم الحق والتعسف مع المقارنة بين مختلف التشريعات العربية والغربية.
- 2- بيان حقوق المرأة المتعلقة بالولاية عليها في الشريعة والقانون.
- 3- تحديد معايير ونظرية التعسف في القوانين والتشريعات العربية والغربية.
- 4- التعرف على المركز القانوني للولي في التشريع الجزائري وما مدى إمكانية تعسفه.



### ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع من أجل التنبيه لموضوع يعيشه الناس في حياتهم اليومية وقد ظهرت دراسات قيمة تناولت حالة التعسف في استعمال الحق وهذا ما زاد شغفنا في المساهمة في جمع قواعد هذه النظرية إلى جانب أسباب ذاتية تكمن في الميل الرغبة في دراسة موضوع التعسف نظرا لحدائته ونقص تناوله ونقص الشروحات المفصلة عليه ومن أجل إثراء المكتبة ببحث جديد في حين أن الأسباب الموضوعية تكمن في الأهمية البالغة للموضوع ذاته من عدة جوانب.

### رابعا: المنهج المتبع:

ومن أجل تغطية هذا الموضوع بما يكفي من الدراسة قصد الإجابة على الإشكالية المشار إليها سلفا قمنا بالاعتماد على المنهج المقارن التي يتيح لنا معرفة الفروقات والاختلاف بين الأحكام القانونية انطلاقا من نصوص قانون الأسرة الجزائري والقوانين العربية ومقابلتها ببعض التشريعات الأجنبية ومذاهب الفقهاء في الشريعة الإسلامية.

### خامسا: الصعوبات التي اعترضت هذا الإنجاز:

- 1- قلة الدراسات السابقة التي تناوله موضوع التعسف في استعمال الحق.
- 2- الجائحة التي تسبب بها فيروس كورونا المستجد والتي أدت إلى ابتعادنا على الجو الدراسي لفترة طويلة مما صعب من مأمورية التواصل مع الأستاذ المشرف.
- 3- نقص فادح في المراجع بسبب الجائحة وقلة المادة العلمية وعدم وفرة الوثائق الأرشيفية الخاصة بالأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في قضايا التعسف.

" أسأل الله سبحانه وتعالى العون والتوفيق والسداد "

# الفصل الأول

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

استوت هذه النظرية على اصولها في التشريع الاسلامي منذ القدم وفي فقهه ايضا تفسيراً وتطبيقاً وفي شتى مذاهبه الجماعية والفردية على السواء فتمت بذلك معاييرها ومؤيداتها تأصيلاً وتقريراً تحديداً وضبطاً نظراً وعملاً ولذلك سنقوم بدراسة هذا الفصل في مبحثين نبدأً بنظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي في "المبحث الأول"، ثم نتطرق إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الوضعية في "المبحث الثاني".

### المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي.

اصول هذه النظرية ومعاييرها كانت قد استتبقت من النصوص التشريعية كتاباً وسنة في موضوعات شتى فقد استخلصت كذلك باعتبارها مفاهيم كلية من جزئيات تطبيقية في الواقع العملي من فقه الصحابة واجتهادات الائمة من بعدهم عبر العصور اذ من البديهي ان الجزئي يتضمن مفهوم كلية كمالاً<sup>1</sup>. وعليه سنتناول في هذا المبحث تعريف كل من الحق والتعسف لغة اصطلاحاً في "المطلب الأول" ثم نمر إلى معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وتقديرها في "المطلب الثاني".

### المطلب الأول: تعريف كل من الحق والتعسف لغة واصطلاحاً.

يتم استعمال الحق من خلال الاستفادة من مضمونه الذي يتمثل في السلطات التي يخولها الحق لصاحبه وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف الحق لغة واصطلاحاً في "الفرع الأول" ثم نمر إلى تعريف التعسف لغة واصطلاحاً في "الفرع الثاني" ثم التعسف في القرآن الكريم والشريعة الإسلامية في "الفرع الثالث"

### الفرع الأول: تعريف الحق لغة واصطلاحاً:

أولاً: **الحق لغة:** تطلق كلمة الحق في اللغة على عدة معاني ومنها اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته وتطلق على القرآن وعلى خلاف الباطل والأمر المقضي والعدل والإسلام والمال والملك بكسر الميم والموجود الثابت الذي لا يسوغ انكاره والصدق في الحديث والموت والحزم<sup>2</sup>.

والحق بفتح الحاء جمع حقوق الصواب ضد الباطل الثابت الذي لا يجوز إنكاره وتغييره ومن قولهم: القرآن حق كما جاء في المعجم الوسيط الأمر حقا وحقه وحقوقاً أي صح وثبت وصدق.

ثانياً: **الحق اصطلاحاً:** درج علماء الفقه الإسلامي على استعمال اسم الحق كثيراً في مواضيع مختلفة وفي معان عديدة متميزة ذات دلالات مختلفة على الرغم من انتظامها في معنى عام

1 محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ط بدون، ص 277

2 محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، بيروت - لبنان، 1405 هـ - 1988، ط 2، ص 182

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

يجمعها وهو الثبوت ومع كثرة استعمالهم إياه لم يعنوا بيان حدوده في مواضع استعمالاته في اللغة والعلوم ومخاطبات الناس وعلى أساسه استعمله الفقهاء فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً<sup>1</sup>.

ثالثاً: الحق في اصطلاح علماء القانون:

لقد اختلف فقهاء القانون في تعريف الحق، حيث حاول كل منهم تعريف الحق حسب انتمائه الفقهي<sup>2</sup>:

أ/ النظريات التقليدية في تعريف الحق: من بين الاتجاهات التي عرفت الحق من خلال هذه النظريات نذكر:

أ/1 المذهب الشخصي (النظرية الإرادية):<sup>3</sup>

نشأ هذا المذهب في أحضان الفقيه الألماني في القرن التاسع عشر ونادي بهذا المذهب الفقيه سافيني Savigny جاء في مضمونه:

يعرف هذا المذهب الحق على أنه " قدرة أو سلطة إرادية" ولكن ينبغي أن نبادر بالقول بأن هذه القدرة أو السلطة الإرادية تستمد من القانون، فهذه القدرة أو السلطة الإرادية تنشأ في كنف القانون، فالقواعد القانونية عند تطبيقها على علاقات الأفراد في المجتمع وتنظيمها لنشاطهم فيه تحدد لكل شخص نطاقاً معلوماً لتسود فيه إرادته مستقلة في ذلك عن أية إرادة أخرى.

فالإرادة حرة في استعمال الميزة أو المكانة التي منحها القانون، والذي لا يترك لصاحب الحق السلطة المطلقة في تقدير ذلك، إضافة إلى ذلك فإن صاحب الحق يستطيع أن يتنازل عن حقه أو يعدله وأن ينهيه، وهذا الوجه الآخر للسلطة الإرادية الذي يعبر ليس فحسب عن استعمال الحق وإنما أيضاً عن التصرف فيه.

فالمذهب الشخصي يبين كيفية استعمال الحق دون أن يعرفه، كما يتعارض تعريفه للحق باعتباره قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين مع المنطق إذ من غير المنطق ومن غير المتصور أن يعرف أمر معين بما ينتج عن وجوده، فالقدرة تنشأ عن وجود الحق، فهي تعبر عن مضمونه.

1 على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الأخرى، دار الفكر العربي 1416 هـ -1984 م ص 184

2 مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، 2002، ص 418.

3 محمدي فريدة زاوي، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص 5-6.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

انتقاده:

ارتباط الحق بالإرادة: بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن تكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون علمه بها كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها.

جعل الإرادة مناط الحق: فالموصي له تنشأ له حقوق عن الوصية دون علمه بها، فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه دون تدخل إرادته، أما استعمال هذا الحق فلا يكون إلا بالإرادة، ولذا فالصبي غير المميز لا يستعمل حقوقه إلا عن طريق نائبه الولي أو الوصي.

الخلط بين الحق واستعماله: فهناك بعض الحقوق التي تنشأ لصاحبها دون أن يكون لإرادته دور فيها كالحقوق التي يكون مصدرها المسؤولية التقصيرية، فحق الضرر يثبت دون أن يكون لإرادته دخل فيه.

### أ/2 المذهب الموضوعي (النظرية الحديثة):

في مواجهة نظرية الإرادة، قام الفقيه الألماني اهرنج Ihering بعرض نظرية المصلحة جاء في مضمونها: <sup>1</sup>

يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون وهو بذلك أهمل كلية الإرادة في تعريف الحق وركز على موضوع الحق والغاية منه، فالغاية العملية من أي حق هي الفائدة أو المنفعة التي تعود على صاحبه سواء كانت منفعة مادية أو معنوية، بالإضافة إلى الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة.

أي الحماية القانونية. فمجموع هذين العنصرين يمثل الحق فالإرادة عندما تتدخل لا يكون لها دور ثانوي لا يظهر إلا عند استعمال الحق، لكن الاستفادة أو إمكانية الاستفادة التي يضمنها القانون هي التي تشكل روح الحق.

انتقاداته:

ولقد انتقدت هذه النظرية أيضا بأنها تعرف الحق بغايته إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معيارا من وجود الحق، بينما الحق ليس كذلك دائما، فإذا كان من المسلم به أن الحق يكون مصلحة فالعكس ليس صحيحا.

1 مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 420.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

فمثلا فرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية تحقق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات، لأن هذه الرسوم تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطيهم الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم.

المصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر، فالمصلحة التي يحصل عليها الشخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص إلى آخر حسب هدف كل واحد من الشيء وإذا طبقنا هذه النظرية فالحماية تختلف وتتنوع باختلاف فائدة الأشخاص، مما يؤدي إلى استعصاء تنسيق القواعد القانونية وتوحيدها.

وإذا كان هدف الحق هو المصلحة، فيجب تحديد إطارها لأن القانون لا يحمي إلا المصالح ذات القيمة الاجتماعية الأصلية، والحقيقة هي أن هذا المذهب لم يعرف الحق وإنما عرف هدفه وما يترتب عليه من حماية قانونية.

### أ/3 المذهب المختلط:

يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون يعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون، وقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات، والتي وجهت للنظريتين السابقتين معا طالما أن التعريف يعتد بهما معا<sup>1</sup>.

حيث لا تجتمع السلطة الإرادية والمصلحة لدى نفس الشخص، فإن مقتضى النظريات المختلطة عدم ثبوت الحق لأحد، كما لو كانت المصلحة ثابتة لعديم الأهلية بدون السلطة الإرادية.

بينما تثبت هذه السلطة لنائبه دون أن تتوافر فيه المصلحة المقصودة، كما يعاب على هذا التعريف عدم تحديد لجوهر الحق.

### ب/ النظريات الحديثة في تعريف الحق:

على ضوء الانتقادات السابقة اتجه الفقه الحديث إلى محاولة التعريف بالحق على أساس الكشف عن جوهره وبيان خصائصه الذاتية المميزة له، ومن أهم هذه الاتجاهات نذكر:

1 فتحي عبد الرحيم عبد الله وأحمد شوقي محمد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص7.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

نظرية دابان جاء في مضمون هاته النظرية:

الحق يشمل أساسا الاستثناء والتسلط، وأن الاستثناء هو الذي يسبب ويحدد التسلط<sup>1</sup>.

**الاستثناء:** هو الذي يميز الحق، فيمكن القول بأن الحق ينشأ علاقة بين علاقة صاحب الحق ومحلّه. مثال: الشيء محل الملكية فهذه العلاقة تمثل الاستثناء بمعنى أن الحق هو ما يختص به صاحبه.

أي ما له فالحق ليس المصلحة كما يقول إهرنج Ihering حتى ولو كان القانون يحميها وإنما الاستثناء بمصلحة.

**التسلط:** وهو النتيجة الطبيعية للاستثناء ويقصد به صاحب الحق على ماله، بمعنى أدق السلطة في التصرف الحر في الشيء محل الحق. فالتسلط لا يختلط إذن باستعمال الحق فاستعمال الحق يتضمن سلطة إيجابية تترجم في مجرد دور للإرادة، أما سلطة التصرف فهي رخصة في التصرف في الشيء محل الحق من جانب صاحبه بصفته سيّدا عليه<sup>2</sup>.

**الحماية:** فمن وجهة نظر الأخلاق يكف في تكوين الحق الاستثناء والتسلط وما ينتج عنهما من احتجاج، لكن على نطاق القانون الوضعي، يجب أن يتدخل الضمان الذي تعطيه الدولة، والدعوى هي الطريق الذي رسمه القانون لتحقيق هذه الحماية. فبدون الدعوى فإن هذه الحقوق ستكون غير فعالة وناقصة هذه الحماية ليست إلا نتيجة لفكرة الحق.

### نقد النظرية:

إن فكرة الاستثناء والتسلط كما عرضها دابان تؤدي في الواقع إلى فكرة موسعة للحق ويبدو أن هذا السبب في الصعوبات التي واجهت تطبيق هذه النظرية.

1 علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، 1992، ص 35.

2 جميل الشرفاوي، دروس في أصول القانون، نظرية الحق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1966، ص 14.

الفرع الثاني: تعريف التعسف لغة واصطلاحاً

أولاً: التعسف " لغة " :

العسف: ركوب الأمر وغيره من غير قصد ولا تدبير، ومنه التعسف، وعسف عن الطريق يعسف مال وعدل كاعتسف وتعسف أو خبطه على غير هدايته وتعسفه ظلّمه أو ركبه بالظلم ولم ينصفه.<sup>1</sup>  
والتعسف من تعسف الظلم، والتصرف الذي لا مبرر والتعسف: السير على غير علم ولا أثر.

ثانياً: التعسف في الفقه " اصطلاحاً: <sup>2</sup>

لم تكن كلمة التعسف أو كلمة إساءة في استعمال الحق معروفة لدى الفقهاء القدامى بلفظها فلم يرد هذا اللفظ في تعبيراتهم، وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب .

ولكن درج فقهاء القانون العرب على استعمال كلمة تعسف، في حين أثر بعضهم استعمال كلمة إساءة وإن كان قد ورد لفظ الاستعمال المذموم فيما قاله الشاطبي بصدد كلامه في استعمال المباح فلم يزل أصل المباح وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم تعبيراً منه عن الإساءة أو التعسف في استعمال الحق بالمعنى الحالي له .

كما وردت كلمة المضارة في الحقوق وذلك بما أورده الإمام ابن قيم في معرض حديثه وبحثه في قضية سمرة بن جندب وتعسفه في الدخول إلى بستان الأنصاري ليصل إلى نخلته التي قضى بعد ذلك رسول الله بقلعها دفعا لمضارته صاحب البستان، وتعد هذه الواقعة أصلاً تأسيسياً لنظرية التعسف في الفقه الإسلامي إذا أدى الحق وأفضى إلى ضرر بالغير .

هذا ونجد الفقهاء في اجتهادهم وفتاويهم في الفروع الفقهية قد طبقوا حقيقة هذه النظرية منع تصرفات جائزة مشروعة إذا حادت عن العرض الذي من أجله شرعت وأفضت إلى ضرر، وهذا هو عين التعسف وذلك من خلال اجتهادات كل مذهب من المذاهب الفقهية.

1 بن عباد، المحيط في اللغة، عالم الكتب، 1414 هـ - 1994 م، ط1، ج1، ص 371.

2 عبد السلام التونسي، مؤسس المسؤولية في الشريعة الإسلامية منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس ليبيا ط1، 1994،



### ثالثاً: التعسف في القانون:

عرف التعسف في استعمال الحق بتعاريف كثيرة غير أنها متقاربة منها هو انحراف بالحق عن غايته وفي نفس المعنى عرفه البعض بأنه التخلف عن غاية الحق أو مناقضتها، وعرفه آخرون بأنه استعمال الحق على وجه غير مشروع.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: التعسف في القرآن الكريم والشريعة الإسلامية.

التعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع، والفرق بينه وبين استعمال الإنسان لما ليس من حقه هو أن التعسف في استعمال الحق مزاولته الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه فهو مزاولته لما ليس من حقه من أول الأمر.

### أولاً: التعسف في القرآن الكريم.

التعسف في استعمال الحق لا يجوز في الشريعة الإسلامية، قامت على ذلك براهين متعددة في الكتاب والسنة النبوية الشريفة<sup>2</sup>.

فأما الكتاب قول الله تعالى " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه "

فقد أمر الله تبارك وتعالى الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقاً رجعياً حق له فيه أن يراجعها، أن يتصرف تصرفاً حسناً فيما يتصل بأمر المرأة، إذا انقضت عدها ولم يبق منها إلا مقدار ما يمكنه فيه أن يراجعها فإما أن يمسكها أي يراجعها إلى عصمته معروف بأن ينوي أن يعاشرها بالمعروف. أو يسرحها أي يتركها حتى تنقضي عدها وخرجها من منزله بطريقة حسنة.

### ثانياً: التعسف في السنة النبوية:

وأما الدليل من السنة النبوية الشريفة على تحريم التعسف في استعمال الحق، فمنها ما روي عن عبد الله بن مسعود قال: (لئن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له)

1 عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص496.  
2 محمد بن أحمد الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الخطيب، مطابع الشعب 1966، ص 150.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

وروي أيضا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: فهو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له "

ووجه الاستدلال أن الزواج من الحقوق المشروعة، ولكن الزوج إذا طلق زوجته ثلاث طلاقات، فإن الزوجة قد أصبحت بعد الطلقة الثالثة محرمة عليه لا تحل إلا إذا تزوجت رجلا آخر.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وتقديرها.

رست فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي رسوا قويا ثابتا، وذلك باعتبار القصد والباعث عند التصرفات على اختلاف بين علماء المسلمين في التوسيع والتضييق في اعتبار ذلك، مما أكد فكرة نسبية الحقوق في الفقه.

ومن خلال قيام الشريعة في أحكامها على مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد بجميع أنواعها، ففكرة التعسف تقوم على معيارين جمعا بينهما وهما المعيار الذاتي " الشخصي " والمعيار المادي " الموضوعي " وعليه قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في "الفرع الأول" معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وتقدير معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي في " الفرع الثاني " .

### الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

#### أولاً: المعيار الذاتي " الشخصي ":

وهذا يهتم بالنواحي النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق إلى التصرف بحقه، وذلك من قصد الإضرار أو الدوافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة ويندرج تحت هذا المعيار معيارين أساسيين:

#### أ/ المعيار الأول: تمحُّص قصد الإضرار بالغير:<sup>2</sup>

وقد نصَّ على هذا المعيار صراحة فقهاء الحنابلة حيث قالوا عند شرح حديث " لا ضرر ولا ضرار " وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق، وهذا على نوعين؛ أحدهما: ألا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبجه وتحريمه.

1 حاشية الباحوري على شرح ابن قاسم، طبع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية 1967.

2 سامح عبد السلام محمد، في معايير التعسف في استعمال الحق، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد 08، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا برلين، 2013، ص 24.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

وعلى ذلك، فالشخص يكون مُسيئاً في استعمال حقه: إذا لم يكن له من غرض عند استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير، حتى لو ترتب على هذا الاستعمال بعض المنافع والمصالح غير المقصودة، فلا عبرة بها طالما لم تكن مقصودة ابتداءً ومن هذا يتبين أنه يُشترط لتحقق هذا المعيار شرطان:

**الشرط الأول:** أن يكون قصد صاحب الحق عند استعماله لحقه هو إلحاق الضرر بالغير.

**الشرط الثاني:** ألا يكون له قصد آخر من وراء هذا الاستعمال؛ بحيث إذا صاحب قصد الإضرار قصد تحصيل منفعة ما ولو كانت تافهة، فإن الفعل حينئذ لا يكون محكوماً بهذا المعيار، وإن كان التصرف في ذاته يُعتبر إساءة في استعمال الحق، وإنما يحكمه معيار آخر، وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير.

ومن المنفق عليه بين الفقهاء جميعاً أن قصد الإضرار بالغير محرّم؛ حيث نهى عنه الشارع في أكثر من مناسبة، فقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في الوصية والرجعة والرضاع وغيرها، وقد ذكرنا النصوص الدالة على ذلك منذ قليل عند تعرّضنا لبيان أدلة نظرية التعسف من الكتاب، كذلك فقد وردت أحاديث عن الرسول صلى الله عليه واله وسلم تنهى عن الضرر.

وبشأن هذا الحديث الجامع " لا ضرر ولا ضرار " الذي أوجب نفي الضرر في جميع الأفعال والتصرفات، يقول الإمام الشاطبي لا إشكال في منع قصد الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على ألا ضرار في الإسلام.

ويقول أبو يوسف في الخراج لا يحل لمسلم أن يتعمد الإضرار لجاره، ولا القصد لتغريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء يُحدثه في أرض نفسه.

ولما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب تبيئها أو إثباتها، فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن، ومن ذلك خلو الفعل من المصلحة؛ حيث يُعتبر قرينة على تمحّض قصد الإضرار بالغير؛ إذ الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو عن مصلحة، فإذا جاء الفعل خالياً عن ذلك، كان هذا قرينة في القضاء على قصد الإضرار بالغير.

**ومن تطبيقات هذا المعيار عند الفقهاء<sup>1</sup>:**

1 سامح عبد السلام محمد، مرجع سابق ص 26.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق زرعه، لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره؛ لأنه إذا علم، كان قاصداً إحراق زرع الغير، وكذلك رجل له قطن في أرضه، وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرقت ذلك القطن، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار؛ لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كان قاصداً إحراق القطن.

**قال ابن عتاب:** الذي أقول به وأنقله من مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه، إلا ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس، وما كان في معناهما، إلا أن يثبت أن مُحدث ذلك أراد الضرر بجاره. وجاء في تبصرة الحكّام أيضاً: "لو ادّعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاماً وامتهاناً، لا تُسمع الدعوى، ويؤدّب المدّعي.

ومن هذه الأمثلة يتبين لنا: أن صاحب الحق يُعتبر مسيئاً في استعمال حقه، إذا كان قصده من الاستعمال هو الإضرار بالغير، وفي هذه الحال يجب منعه من استعمال حقه مع إلزامه بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة هذا الاستعمال<sup>1</sup>.

### ب/ المعيار الثاني: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير:

وفي هذا المعيار يكون لصاحب الحق مصلحة عند استعماله لحقه، وفي نفس الوقت يترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير، يفوق في ضخامته المصلحة التي يجنيها صاحب الحق، ونظراً لهذا التفاوت بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير.

اقتضى منطق العدل ومبدأ عدم جواز إلحاق الضرر بالغير الذي هو قاعدة من قواعد الإسلام، اقتضى ذلك منع صاحب الحق من استعماله لحقه، إذا لم يكن هناك تناسب بين مصلحته والضرر الذي يحلُّ بالغير.

### بعض التطبيقات لهذا المعيار:

قضاء الرسول صلى الله عليه وآله وسلم على سمرة بن جندب بقلع نخله كما ذكرنا القصة من قبل؛ دفعاً لضرره عن الأنصاري حينما أصرَّ سمرة على الدخول إلى نخله إضراراً بالأنصاري، ورفض البيع

1 سامح عبد السلام محمد، مرجع سابق ص ص 28-29.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

والمُنَاقَلَة والهبة؛ وذلك لأن سمره - وإن كان صاحب حق ومصلة في دخوله إلى نخله - إلا أن الضرر الذي يُصيب الأنصاري وأهله بسبب هذا الدخول يفوق بكثير المصلحة التي يجنيها سمره من ذلك، ومن هنا قضى الرسول عليه السلام بقلع نخل سمره وإن كان في ذلك ضرر به؛ وذلك دفعاً للضرر الأشد بالضرر الأخف.

وفي هذا يقول ابن القيم مُعلِّقاً على قضاء الرسول صلى الله عليه وآله وسلم " وإن كان عليه أي صاحب الشجرة في ذلك أي في القضاء عليه بالقلع ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها أي الشجرة في بستانه أعظم فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه.

ما نص عليه الفقهاء من جواز التسعير عند مغالاة التجار وأصحاب السِّلَع في أثمان بضائعهم وسلَعهم وتجاوزهم الحدود المألوفة في الربح، فهذا التسعير وإن كان فيه ضرر بالتجار وأصحاب السلع، إلا أن الضرر الذي يحدثه أقل بكثير، ومن المقرر شرعاً: أن الضرر الخاص يُحمَل من أجل دفع الضرر العام<sup>1</sup>.

### ثانياً: المعيار الموضوعي:

وأساس هذا المعيار أن الحق في الشريعة الإسلامية يكون النظر فيه من حيث الغاية الاجتماعية؛ لأن الخالق عز وجل قد شرعه لتحقيق غاية اجتماعية، ولتوفير العيش والراحة المتبادلة المشروعة بين الأفراد، ولكن قد يؤدي ذلك إلى تحقيق مصلحة لصاحب الحق، وإلحاق ضرر بالغير فإن صاحب الحق مقيد في التصرف في ملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن غيره.

وهي المضار غير المألوفة أما الضرر المألوف، فلا بد تحمله والتسامح فيه إذا لو قيل بمنعه لأدى إلى تعطيل استعمال حقوق الأفراد كافة وذلك مخالف للنصوص الواردة في ولاية تصرف الأفراد في ملكهما ويمكن حصر أصول هذا المعيار بالاستقراء أصلاً:<sup>2</sup>

1 سامح عبد السلام محمد، مرجع سابق، ص 30.

2 العربي المجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، ص 99

أن يستعمل حقه ولا يقصد به إلا الإضرار بغيره وليست له مصلحة فيه، ذلك أن يدعي شخص على آخر جريمة أو عملاً غير لائق لا يقصد به ومن إلا الإضرار به، ففي هذه الحالة الدعوى لا تسمع ويعزر إذا ثبت ذلك بالقرائن، ومن ذلك أيضاً إذا أراد الزوج أن يسافر بزوجه إلى بلد بعيد وهو غير مأمون عليها وغير محافظ، ولا يريد بذلك إلا الإضرار بها وإيذاءها أو سلب ما لها فيقضي القاضي بمنعه من السفر بها للإضرار، ومن ذلك أيضاً تحريم إمساك المعتدة بقصد الإضرار بها، وتحريم وصية الإضرار وبطلانها، وتحريم طلاق المريض ليفر به من ميراث زوجته، وغير ذلك.

### ب/ الأصل الثاني:

أن يستعمل الإنسان حقه المشروع، ويقصد به تحقيق مصلحة له، فترتب عليه مفساد وأضرار لاحقه بالغير، وهي أعظم من هذه المصلحة أو مساوية لها، فإذا استعمل صاحب الحق حقه ويقصد به تحقيق مصلحة مشروعة، لكن لازم ذلك إضراراً مساوياً بالغير، أو أكبر من المصلحة المقصودة عن ذلك يعد تعسفاً.

ومن ذلك احتكار ما يحتاج الناس إليه في أوقات ارتفاع الأسعار والغلاء، وهو الذي يقصد به البيع بثمن مرتفع :

فإن المحتكر يريد من ذلك مصلحة الربح الوفير فيترتب على هذا ضرر عظيم يلحق الجماعة، ولذلك منع الاحتكار، ويبيع عليه ما احتكر بثمن المثل أن امتنع من البيع.

### الفرع الثاني: تقدير معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

من خلال ما تم بيانه فيما سبق من معايير يتحدد بها التعسف في استعمال الحق، فإنه يظهر جليا التباين بين اتجاهات فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معايير التعسف، وعليه كان لزاماً أن نحاول تقدير هذه المعايير التي كانت منشأ الخلاف بين الفقهاء بإختلاف اجتهاداتهم ومذاهبهم الفقهية<sup>1</sup>.

إن فقهاء الشريعة الإسلامية وباستقراءهم للأصول العامة للشريعة، قد صاغوا قواعد مضبوطة، لهذا كان للمعيار المادي الذي ينبنى عليه أساس الضرر تطبيقات متعددة، أجملت على شكل قواعد فقهية تضبط التصرفات، وتهدف إلى تحقيق المقاصد السامية للشريعة الإسلامية وذلك بجلب المنافع والمصالح، ودرء المضار والمفاسد، وتقديم المصلحة العامة على الخاصة.

1 يوسف حميتو، مبدأ صلة اعتبار المال بنظرية التعسف في استعمال الحق في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، مجلة المذهب المالكي العدد 12

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

ولأجل هذا كانت أحكامهم على تصرفات صاحب الحق مبنية على الإرادة الظاهرة، أي على نتيجة التصرف واستعمال الحق، وهذا ما قال به بعض فقهاء الحنفية والشافعية كما سبق وتأكيدهم على صعوبة إثبات النوايا وهذا دليل كاف على أن هذا المعيار قوامة نظرة اجتماعية محضة .

أما المعيار الذاتي الذي أساسه قصد صاحب الحق في استعمال حقه وغايته من وراء ذلك فإنه يظهر جليا باستناده إلى سوء نية صاحب الحق، وإلى هذا توجه الإمام الشاطبي في قوله: " فإن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات، فلا يصلح منها إلا ما وافق قصد الشارع فإذا كان قصد المكلف إيقاع المشقة فقد خالف قصد الشارع، وكل قصد خالف قصد الشارع باطل ".<sup>1</sup>

وبعد هذا يظهر مدى الموازنة بين المعيارين عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنه كانت تلك المعايير مقررة في الفقه الإسلامي على شكل قواعد فقهية تتصف بما تتصف به القاعدة القانونية من العموم والتجريد والاقتران بالجزاء<sup>1</sup>.

ويرجع الفضل في هذا إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد صاغوا هذه المعايير على شكل قواعد مضبوطة بعد استقراءهم الأصول العامة للشريعة الإسلامية التي تهدف إلى جلب المنافع والمصالح ودرء المضار والمفاسد، فهي إذن نظرة اجتماعية تعود بالمصلحة العامة والتي هي أساس المعيار المادي. ولا تلغي المعيار الذاتي الذي يبنني على النيات والمقاصد مع الاستناد إلى القرائن الخارجية كمؤشر على براءة أو سوء النية.

كما أن الطبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي عند إقراره للحقوق الفردية والجماعية مع الأسس التي وضعها لحفظ التوازن بين المصالح عند التعارض، يجعل نظرية التعسف في استعمال الحق مرتبطة بفكرة الحق كما أنها نظرية التعسف تتأسس على أصول بمثابة تدابير احترازية لمنع مجاوزة الحقوق.

حيث أنه لو بني الفقه الإسلامي تشريعه على تقديس الحق الفردي لتجاوز الفرد حدود استعمال ذلك الحق، ولو نادى الفقه الإسلامي بالحقوق الجماعية لوجدها لما بقي للفرد من حق، ولكن من حكمة فقهاء الشريعة أنهم أسسوا نظرية التعسف على المعيارين معا بصفة متلازمة.

أما إذا تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة فإنه يسار إلى الترجيح بما يدفع الضرر العام والأشد، وهذا ما لم يعرفه القانون الوضعي إلا في العصور المتأخرة وفق النظرية الحديثة لفكرة الحق<sup>2</sup> .

1 بو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، المجلد الثاني دار الحديث، القاهرة، 2006، ص 412

2 يوسف حميتو، المرجع السابق، ص 8.

### المبحث الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الوضعية

تُعد من إحدى أقدم وأهم النظريات التي استند عليها الفقهاء باختلاف مذاهبهم في وضع تشريعاتهم وقوانينهم، وانتقلت قواعد النظرية إلى من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق الكثير من الفقهاء الذين قرروا أن قصد الإضرار بالغير وانعدام المصلحة يعدان تعسفاً في استعمال الحق وعليه قسمنا هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب سنتناول نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الغربية في "المطلب الأول" ومعايير التعسف في التشريعات العربية في "المطلب الثاني" وتقدير معايير التعسف في التشريعات العربية في "المطلب الثالث".

#### المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الغربية

إن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كانت تبدو حديثة من حيث إنها لم تعرف طريقها إلى التقنين إلا من عصر قريب، لكنها مع ذلك قديمة قدم القانون فقد عرفت الشعوب المتحضرة قديماً كالبابليين والعبيرانيين وقدماء المصريين والرومان.

ومن خلال هاته الدراسة سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في "الفرع الأول" نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم وفي "الفرع الثاني" سنتناول نظرية التعسف في القانون الروماني وبقية القوانين الأخرى.

#### الفرع الأول: نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم

إن ما كان يذهب إليه المشرع الروماني بتحديد مفهوم التعسف، أصيب بنكسة واختفى في القرون الوسطى، ولكن هذا الإخفاء كان مؤقتاً، فما لبث أن عاد المفهوم إلى الظهور ثانية مع عودة القانون الروماني بإحياء دراساته في القرن السادس عشر.

ففي سنة 1939 نصت المادة (88) من أوامر فيلر على منع التفاضل الذي يتعارض مع المصلحة العامة، ثم كانت أهم تطبيقات نظرية التعسف هي تنظيم العلاقات بين الملاك والجيران، وقال كثير من الفقهاء الفرنسيين بنفس ما كان يقول به الرومان، بأن الملك يحق له<sup>1</sup>

1 يوسف حميتو، المرجع السابق، ص 80



## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

استعمال حقه بما يملك على ما يهوى كما له إقامة الأبنية والأغراس على النحو الذي يشاء، ولكن شريطة ألا يكون ذلك بنية الإضرار بالغير، ولا يخلو ذلك من منفعة حقيقية له.

وفي القرن السادس عشر ذهب المشرع الفرنسي إلى إصدار عدة نصوص قانونية بنت عليها المحاكم الفرنسية عدة قرارات، كالتى تمنع إقلاق الجيران، وتحدد استعمال الحقوق، فقد صدر قرار سنة 1570م يحرم على القصابين ذبح أو سلخ مواشيه في المدن، وأمر أحد القضاة سنة 1571م بطرد أحد الحدادين لأنه أعاق أحد مستشاري محكمة الاستئناف عن انجاز أعماله بما كان يحدثه من ضوضاء في صناعته الصاخبة.

كما كان يحتم القانون الفرنسي على الجار مراعاة علاقات الجوار، وما تعرضه من اعتبارات ناجمة عن المصلحة المتبادلة، وتمليها روح الود والتسامح بأن يسعى الجار في التقليل قدر المستطاع مضايقة جاره، وبأن يتحمل الآخر بقدر المستطاع ما ينجم عن ذلك. وكما كان هذا القانون يمنع في المدن إنشاء صناعات من شأنها أن تجعل إقامة الجيران في مساكنهم لا تطاق.

غير أنه وبالتدقيق فإنه لا يفهم من هذا المنع إغلاق جميع الأعمال التي قد تنشأ عنها مضايقات لأن المصلحة الاجتماعية تقتضي أن يتحمل الفرد ولو بقدر قليل بعض المضايقات ومن العادات المتبعة في ذلك الزمان حق المرء إقامة ما يشاء على عقاره هذه من أبنية وأغراس.

ولو حجت النظر عن الجار، أو سببت له الظلمة، شريطة أن يكون ذلك لغرض حقيقي ولفائدة قائمة، وليس لغرض الإذابة والنكاية والمضايقة.<sup>1</sup>

وفي ميدان الاجتهاد القضائي، يمكن أن نذكر القرار البرلماني في مدينة أكس الصادر في 01/02/1577 الذي يعاقب خياطا يغزل الصوف كان يغني طوال اليوم لا لشيء إلا رغبة في إقلاق محام يسكن جواره.

إلى جانب كل هذا، فإن قانون نابليون الصادر سنة 1804 م كان يمنع التعسف في استعمال الحق كمبدأ عام، لكن في المقابل نجد أن القضاء الفرنسي منع على نص المادتين: 1382-1383 فقرة 2 القانون المدني .

1 منصور أمجد، النظرية العام للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ص376

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

وزيادة على تطبيق هاتين المادتين، صدرت نصوص أخرى متفرقة تقيد استعمال الحق بقيود معينة، مثل القانون المؤرخ في 27/12/1890م المعدل للمادة 041780 القانون المدني الفرنسي والذي بعد أن أكد حق الأطراف في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة أضاف فقرة ثانية لهذه المادة تنص على ما يلي: "الإنهاء الصادر عن أحد المتعاقدين يمكن أن يعطي مجالاً للتعويض "

ثم صدر القانون المؤرخ في 19/07/1928، والذي ينص في المادة 23 على أن التعويضات التي تقرر عند عدم احترام الإخطار ليست من التعويضات التي يمكن أن تكرر في حالة الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة.

من خلال ذكر ما سبق، يمكن القول إن التعسف في استعمال الحق لم يرد كمبدأ عام في القانون الفرنسي نظراً للصبغة الفردية التي كان يصطبغ بها، وإنما جاء النص عليه متفرقاً تحت ضغط التحولات الاجتماعية والاقتصادية المختلفة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: نظرية التعسف في القانون الروماني:

يعد القانون الروماني المنبع الأول الذي اقتبست منه أغلب التقنيات الحديثة أحكامها، فقد كان قانوناً مشبعاً بالشكلية، تطغى عليه النزعة الفردية، ويهتم بحماية المصالح الشخصية دون النظر إلى أثر هذه الحماية على حقوق الغير، ويعتبر القانون الفرنسي الصورة المتطورة للقانون الروماني بفعل إحياء دراساته في القرن السادس عشر.

كما أن القانون الروماني الذي يعد أب القوانين الوضعية الحديثة، وأحكامها، كان قانوناً تطغى عليه الشكلية والنزعة الفردية، يؤثر المصالح الشخصية ويقدمها على حقوق الغير، فكان يبيح الرق، ويسمح للدائن أن يبيع مدينه إذا لم يتمكن من الوفاء بدينه، وغير ذلك من التصرفات المناوئة لروح العدالة .

غير أن المبدأ العام الذي كان يقوم عليه القانون الروماني هو " استبعاد النظرية "، والسبب في ذلك كما سلف الذكر هو أن هذا القانون كان شكلياً مشبعاً بروح الفردية، ففي العهد الأول من العصر الروماني كان القانون يمنح لرب العائلة أربعة حقوق غير مقيدة بشرط، ومطلقة بأوسع شكل وهي: حق الأب على أبنائه، حق السيد على عبده، حق الزوج على زوجته، حق الملكية .

1 أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، 2005، ص356.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

وكان رب الأسرة في كل هذه الحقوق طليق اليد، يستطيع استعمالها كيفما شاء، فكان له حق التصرف في مال زوجته، ومتاعها، وكان يقدر على هجرانها. كما كان يستطيع بيع أبنائه متى شاء، وكان بمقدوره أن يحرر عبده أو يقتلهم، أو يبيعهم، كما كان يقدر استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه على النحو الأكثر إطلاقاً.

وقد ذكر الفقيه الروماني بولوس Polus أنه لا يأتي عملاً ضاراً إلا من يعمل بدون حقه كما أيد أولبيان هذا الاتجاه فقال ليس بالمؤذي من استعمل حقه كل هذه القواعد والأقوال تناقض بشكل جوهري كما يبدو فكرة مبدأ التعسف في استعمال الحق، فهي تنفي المسؤولية على من يمارس حقا من حقوقه، ولو أدت هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير .

عندما تطور القانون الروماني بدأ يقترب من مبادئ العدالة، إذ نرى الفقيه سرفيوس يقول " أن العدالة هي أساس القانون، والقانون هو فن الخير "

كما أنه وجدت الأسرة عندهم تطبيقات كثيرة لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، خاصة في فترة ازدهار القانون الروماني، ووجدت نظرية التعسف في استعمال الحق ميدانها في عدة مجالات.

في مجال المعاملات وجدت قاعدة «وجوب المطالبة بمقابل المنفعة» ومعناها أنه لا يجوز طبقاً للقانون الطبيعي أن يثري أحد على حساب ونفقة الغير كما وجدت قاعدة " لا يجوز للشخص العادل والطيب أن يكسب من وسيلة كسب الغير "

وفي ميدان العقوبات، ظهر مبدأ احترام المصلحة العامة مما أدى إلى تقليص حقوق الأفراد المطلقة، وذلك بإنشاء التدابير الصارمة لعقاب من يستعمل حقوقه بطريقة فيها إساءة للغير عن طريق التشهير بالمخالف.

وهذا ما يظهر لنا أن الرومان عرفوا أن غاية الحق هو خدمة مصلحة المجموع، وأن من يسيء استعمال الحق يسيء إلى المجتمع ككل، ويضر بالأخلاق الحميدة.<sup>1</sup>

أما فيما يخص حق السيد على عبده فلا يجوز أن يسيء المرء استعمال حقوقه، وقد نصت مدونة جوستينيان أنه لا يجوز الإساءة إلى العبيد بغير سبب مشروع لأنه من المصلحة العامة أن لا يسيء الفرد

1 قطاب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان دراسة مقارنة، ط3، دار الفكر العربي، بيروت 1984، ص ص68-70.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

استعمال ما يملك، مما يدل على أخذ الرومان بنظرية التعسف في استعمال الحق حتى في ميدان العبيد وفي ميدان الأسرة منع رب الأسرة من التصرف بأبنائه.

وذلك ببيعهم إلا لقوة قاهرة، ومهما كان فقرهم شديدا وهذا ما نص عليه التشريع الخاص بنظام الزواج، ولم يبق للأب حق تزويج ابنته إلا لأسباب مشروعة يقدرها الحاكم ويوافق عليها، وهذا تقدم كبير لنظرية التعسف على كل حال وفي مجال تسريح الزوجة، فإذا لم يقدم الزوج أسبابا قوية تدعوه للتسريح يعاقب بالتشهير وفي ميدان التقاضي كان القانون الروماني يمنع التعسف في ولوج القضاء.

وقد أيد أوليبيانان ذلك بقوله إذا رفع أحدهم دعوى ضدي بصفة غير مشروعة، وذلك بهدف الإضرار بي أستطيع متابعتة أمام المحاكم بدعوى القذف.

**أ/ في القانون الألماني** فقد نص القانون المدني الألماني في المادة 226 منه على أنه لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من قصد غير الإضرار بالغير ويمكن القول إن هذا النص أخذ بفكرة التعسف في أضيق الحدود والمتمثل في معيار قصد الإضرار بالغير، أما إذا كان لصاحب الحق غرض آخر مع قصد الإضرار فلا نكون أمام تعسف في استعمال الحق.<sup>1</sup>

**ب/ القانون المدني السويسري** فقد نص في المادة الثانية منه على أنه يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه، وإن يقوم بتنفيذ التزاماته، طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون وما يمكن استخلاصه من هذا النص انه وسع من حالات التعسف مقارنة بالقانون المدني الألماني ليشمل حالات أخرى له عدا في الإضرار بالغير، ولو أن عبارة التعسف الظاهر عبارة مبهمة وغامضة .

**ج/ أخذ القانون المدني البولوني** بنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث نصت المادة 135 منه على أنه كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه، يكون ملزما بضمانه، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية او الهدف الذي من أجله منح هذا الحق".

يستنتج من هذا النص أن قيام التعسف مقترن بالضرر الذي يلحق الغير جراء قصد أو إهمال، وأن ثمة تضييقا لمعايير التعسف .

1 نبيل إبراهيم سعد المدخل إلى القانون، نظرية الحق ط1، منشو ارت الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

وجاء في المادة 7/2 من مشروع قانون الالتزامات الإيطالي " يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير متجاوزا في استعمال حقه حدود النية الحسنة، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق" وهذا النص لم يختلف عن النص الوارد في القانون المدني البولوني سالف الذكر، ويؤخذ عليه ما يأخذ عل هذا الأخير من تضيق معايير مجال النظرية الذي ينجم عنه تضيق مجال تطبيقها.

### المطلب الثاني: معايير التعسف في التشريعات العربية

انتقلت نظرية التعسف في استعمال الحق في البداية من الفقه والقضاء الفرنسي إلى الفقه والقضاء العربي عبر أزمنة متلاحقة، وتأثيرات مباشرة من الفقهاء الغربيين أو بطريقة غير مباشرة عن طريق المؤلفات والاجتهادات وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع سنتناول في "الفرع الأول" معايير التعسف في القانون الجزائري ومعايير التعسف في القانون المصري في "الفرع الثاني" ومعايير التعسف في القانون اللبناني في "الفرع الرابع".

#### الفرع الأول: معايير التعسف في القانون الجزائري: <sup>1</sup>

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني من خلال المادة 124 مكرر والتي تنص على ما يلي: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فالمشرع الجزائري قد نص على نظرية التعسف بهذه المادة الوحيدة دون أن ينص على الأصل العام بأن من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، كما فعل المشرع المصري في نص المادة الرابعة قبل سرده لمعايير التعسف.

فمن خلال نص هذه المادة أنها ثلاثة معايير وقد وردت على سبيل المثال حيث يظهر ذلك من خلال استعماله لعبارة لا سيما بالإضافة إلى معيار رابع نص عليه في المادة 691 من ق م ج كالاتي:

#### **1 معيار قصد الإضرار بالغير :**

فاستعمال الحق يكون غير مشروع، بلا أدنى شك، إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وواضح هنا أن المشرع يعتمد معيارا ذاتيا أو شخصيا بحتا، بمعنى أنه ينظر أساسا الى نية صاحب الحق في استعماله

1 علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984، ص 222.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أية فائدة كان متعسفا في هذا الاستعمال .

ومثال هذا القرض، أن يحفر صاحب الأرض بجوار جدار جاره، لا لهدف إلا لانهيار هذا الجدار أو يقيم فوق بنائه جدارا عاليا أصم، لا يقصد به إلا حجب الهواء عن ملك جاره، وهكذا.

### 2 معيار ترجيح الضرر على الفائدة<sup>1</sup> :

إن هذا المعيار هو معيار مادي يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى الناحية الشخصية لدى صاحب الحق، وإنما هو معيار موضوعي ينظر من خلاله إلى نتائج استعمال الحق، وقد نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر، فحسب هذا المعيار يعتبر الشخص متعسفا حتى ولو كانت له مصلحة من استعمال حقه على وجه معين.

فهذا المعيار يقوم على أسس أن القانون يقوم على التوازن بين المصالح المختلفة، فإذا أخل أحد الطرفين بهذا التوازن اختلالا كبيرا وجب تغليب المصلحة التي تكون أكثر أهمية على غيرها من المصالح القليلة الأهمية فإذا استعمل شخص حقه لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مطلقا مع الضرر الذي يصيب الغير فإن المشرع يعتبره متعسفا تعسفا يوجب المسؤولية عن الضرر.

مثال ذلك أن يقيم الشخص جدار عاليا يحجب النور والرياح عن عمارة متعددة الطوابق لتحقيق مصلحة بسيطة له في حجب حديقته المجاورة عن أنظار السكان ومن الواضح أن المعيار في هذه الحالة معيار موضوعي وهو السلوك المألوف للشخص المعتاد.

لأنه ليس من المألوف أن يستعمل الشخص المعتاد حقه بحيث يضر بالغير ضررا كبيرا مقابل مصلحة غير جدية أو محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها، وفي الحالتين يعتبر قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وارتكب خطأ يوجب مسؤوليته.

كما انه لا يكفي وجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق لإعفاء من الضمان إذا تسبب استعماله لحقه في ضرر يصيب الغير وإنما يجب أن تكون هذه المصلحة على قدر من الأهمية يزيد على الضرر اللاحق بالغير كي تكون مبرر استعمال الحق.

أما إذا كانت المصلحة المقصودة قليلة القيمة إذا قيست بالضرر الفادح اللاحق بالغير والناشئ عن استعمال الحق اعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه وترتبت مسؤوليته وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تكون لقاصي الموضوع فيها سلطة تقديرية واسعة، وواضح أن المعيار لتقدير هذه

1 على فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، د ت ن، الجزائر 2002، ص 58.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

المسؤولية في هذه الحالة معيار موضوعي لا يعتد بالباعث النفسي الدافع إلى استعمال الحق وإنما بالموازنة بين المصلحة والضرر .

### 3 معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها: <sup>1</sup>

وهو أمر بديهي مادام أن الحقوق غاية اجتماعية، تجعل من الضروري أن ينسق استعمالها مع النظام العام الذي يقوم عليه كيان المجتمع، ومع ما تسود هذا الأخير من أخلاقيات وعليه فإن استعمال الحق يكون غير مشروع باعتباره استعمالا تعسفيا، إذا كانت المصالح التي يبغى صاحبها تحقيقها منه، مصالح غير مشروعة تخالف النظام العام والآداب.

كمن يدير مسكنه لدعارة أو لتزييف العملة أو كمن يحيط ملكه المجاور لنادي للطيران الشرعي بأعمدة عالية تعلوها أسياخ مدبرة ليجبر النادي على شراء أرضه بسعر مرتفع .

ما يلاحظ على هذا المعيار هو أنه موضوعي في أساسه، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية من استعمال الحق، فنفي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق تقوم أساسا على عدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال.

فالحقوق ليست لها قيمة إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، وتكون المصلحة غير مشروعة سواء كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو كانت تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

وهذا المعيار نص عليه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر التي بينت في فحواها أن حق الملكية يجب أم يستعمل في الغايات المشروعة التي منح من أجلها وإلا كان ضربا من ضروب التعسف وإن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ لا سيما إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

### 4 معيار الضرر الفاحش: <sup>2</sup>

يقصد بالضرر الفاحش ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق وورد هذا المعيار بصفة خاصة في الفقه الإسلامي وقرر لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية.

ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للمصالح العام، فنظرية التعسف تتعلق بغاية الحق فلم يشرع الحق ليكون وسيلة تفرض على الناس أضرار فاحشة، أو تلحق بالجماعة ضررا عاما لأن ذلك لا يتفق مع

1 خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.

2 بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2008.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

روح الشريعة وغايتها الأساسية، ويشمل الضرر الفاحش الضرر المادي والمعنوي كالأصوات المقلقة للراحة والروائح الكريهة الضارة بالصحة والإشراف على مقر النساء في المساكن المجاورة .

يمكن إضافة معيار الضرر الفاحش إلى المعايير السابقة، ولقد نص المشرع الجزائري عليه في النصوص المتعلقة بمضار الجوار غير المألوفة، وهذا المعيار نتيجة اجتهاد الفقه الإسلامي إذ خصه بكيان مستقل وعبر عليه بالتعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف.

وليس هناك مانع بالأخذ بهذا المعيار المادي إذا اعتبرنا أن الحالات الواردة في نص المادة 124 مكرر جاءت على سبيل المثال فكل المعايير التي وضعها الفقهاء لم ترد على سبيل الحصر بل للاسترشاد بها والقيس عليها.

### الفرع الثاني: معايير التعسف في القانون المصري: <sup>1</sup>

جاء القانون المدني الجديد 2631م بنظرية عامة للتعسف مستعينا بما استقر عليه الفقه الإسلامي، وما خلُصت إليه المذاهب الفقهية الحديثة .

وعلى هذا المنوال استقرت فكرة التعسف في المادة 23 من القانون المدني المصري التي مفادها من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر".

ومما يفهم من هذه الفقرة أن المشرع المصري أقر قضية مبدأ الحق ونسبته وعدم المسؤولية عن الأضرار الناشئة في حالة الاستعمال المشروع للحق. ولما كان الاستعمال غير المشروع للحق هو الذي تترتب المسؤولية إذا نشأ عنه الضرر، جاءت المادة 05 من القانون المدني المصري وحدد معايير التعسف وهي يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار .
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة يصيب الغير من ضرر بسببها .
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

من خلال استقراء النصين القانونيين 04 و05 من القانون المدني المصري يظهر أن المشرع قد أخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي للنظرية .

1 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2611، ص 4



الفرع الثالث: معايير التعسف في القانون اللبناني<sup>1</sup> :

بما أن الفقيه الفرنسي جوسران هو واضع القانون المدني اللبناني، فلقد جاءت بصماته واضحة فيما يخص مسألة التعسف في استعمال الحق، إذ نجد المادة 124 من قانون الموجبات اللبناني تلص على مايلي: " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق ".

وهو كما نرى نفس النص مما يقرره مشروع القانون الفرنسي الإيطالي المشترك للالتزامات، وبالتالي فهو يمثل المعيارين الذاتي والموضوعي للنظرية، إذ أن الشخص يعتبر متعسفا إذا استعمل حقه بغرض يخالف الغرض الذي شرع من أجله ذلك الحق.

ومن خلال ذكر ما سبق يتبين أن نظرية التعسف في استعمال الحق، قد استحوذت على مواقع مهمة في مختلف القوانين والتشريعات، سواء الغربية أو العربية، واتخذت صفة المبدأ العام وبعد بيان هذه النظرية في القانون المقارن، نتطرق الآن إلى القانون الجزائري لبيان مدى أخذه بها.

### المطلب الثالث: تقدير معايير التعسف في التشريعات العربية: 2

من خلال ما ذكرنا من معايير يتحدد من خلالها التعسف في استعمال الحق يبدو واضحا أثر الصراع لدى فقهاء القانون حول فكرة الحق بين المذهب الفردي والمذهب الجماعي الذي يتجلى في تحديد معايير التعسف غير أنه مما يلاحظ أن كلا المعيارين وإن اختلفا من حيث مظهرهما وتأسسهما فإنهما يرجعان في الأصل إلى المعيار الشخصي الذاتي.

وكتقدير لتلك المعايير فإنه يظهر تركيز معظم التشريعات العربية على معيار نية الإضرار بالغير وهذا راجع إلى تأثيرها بالمذهب الفردي الذي كان يدعو إلى إطلاق الحريات، وعدم تقييدها وبالتالي تقييد النظرية، وجعلها تعتمد على المعيار الذاتي في أضيق حدوده، وهو قصد الإضرار.

أما المعيار الموضوعي فإنه يظهر جليا في قوانين التشريعات العربية المتأثرة بالقانون السوفياتي وأغلب الدول التي كانت تدور في فلك النهج الاشتراكي الذي يعتد بالغاية أو الغرض الاجتماعي.

غير أنه مما يلاحظ أن كلا المعيارين وإن اختلفا من حيث مظهرهما وتأسسهما فإنهما يرجعان في الأصل إلى المعيار الشخصي الذاتي، فأصحاب المعيار الشخصي يقيمون فكرة التعسف على أساس قصد

1 فتحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج3، دار العلم للملايين، بيروت، 1983، ص 54.

2 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، ج4، ص54.

## الفصل الأول التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية.

ونية الإضرار بالغير وهو معيار ذاتي محض، وأقامها أصحاب المعيار الموضوعي على أساس انعدام المصلحة المشروعة، أي قصد صاحب الحق باستعمال حقه مصلحة ممنوعة.

وأقام جوسران التعسف على أساس انعدام الدافع المشروع وهو معيار ذاتي حينما اتهم المعيار الموضوعي بالتجريد وعدم الانضباط والتحديد.

قصور هذه المعايير يبدووا واضحا لرجوعها أساسا إلى معيار واحد، مهما يجعلها لا تستوعب صورا كثيرة للتعسف تتأسس على معايير موضوعية، ويتضح هذا القصور جليا أمام التأصيل الفقهي الإسلامي للنظرية حين شمل بما وضعه من قواعد للتعسف جميع صورته أخذا بذلك كلا المعيارين الموضوعي والذاتي. ولهذا يذهب أغلب الفقهاء بما فيهم فقهاء القانون إلى أن نظرية التعسف نظرية مستمدة من الفقه الإسلامي متأصلة فيه منذ نزوله، يقول الدكتور حسن كيرة " الشريعة الإسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق وأعطتها أوسع تصور ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة.<sup>1</sup>

1 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 55.

# الفصل الثاني

من الحقائق المسلم بها أن الإنسان أناني بطبعه ولذلك فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة على حساب غيره، ومن البداهة عند تحقيق هذه المصالح فهو كثيرا ما يتعسف في استعمال حقه وهذا يعتبر خروجاً عن مقصود الشراع الذي راعى حماية الأنفس والأموال ولبيان المعنى الحقيقي للتعسف في استعمال الحق ومجاله وعليه سنتناول هذا الفصل في مبحثين نبدأ بماهية الولاية وشروطها في " المبحث الأول " وأحكام الولاية وموقف التشريعات المقارنة منها في " المبحث الثاني " <sup>1</sup>

### المبحث الأول: ماهية الولاية وشروطها

لم يحفظ دين ولا شريعة ولا مذهب حقوق المرأة كما حفظها الإسلام، فجاء بكل ما يهملها، وما تحتاج إليه في شؤون حياتها كلها من دخولها إلى هذه الدنيا، إلى خروجها منها، دون ظلم لها في شأن من الشؤون وكل من بحث عن ذلك في شريعتنا سيجد واضح للعيان لا يخفى إلا على مغرض أو جاهل، حيث سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الولاية لغة واصطلاحاً "المطلب الأول" وموقف الفقه الإسلامي من الولاية والحكمة منها " المطلب الثاني " .

#### المطلب الأول: تعريف الولاية لغة واصطلاحاً.

استعمال حق الولاية على المرأة لا يزال مثار جدل بين فقهاء الشريعة الإسلامية كما بين فقهاء القانون والتشريعات المختلفة وقد يرجع هذا إلى سبب الموروث الاجتماعي الخاطئ بتسلطهم على من في ولايتهم إلى درجة قد تصل إلى استعمال العنف النفسي والبدني واللفظي وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف الولاية لغة "الفرع الأول" واصطلاحاً "الفرع الثاني" وشروط الولاية " الفرع الثالث"

#### الفرع الأول: تعريف الولاية لغة:

الولاية بكسر الواو معناها السلطان، وبفتح الواو وكسرها معناها النصره وقال سيبويه الولاية بالفتح المصدر والولاية بالكسر الاسم، ومن معانيها أيضا الوصاية بالفتح والكسر فيقال: أولى فلانا على اليتيم أوصاه عليه.

وولي عليه ولاية أي ملك أمره وقام به فهو وليه ويقال لكل من طرفي الولاية ولي والولي قد يأتي بمعنى اسم الفاعل بقوله تعالى " الله ولي الذين آمنوا " وقد يأتي بمعنى اسم مفعول كقوله تعالى " وما لهم من دونه من والي " وبناءً على ذلك يكون معنى الولي ضد العدو والولي في أسماء الله تعالى هو الناصر

1 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته 1، ج، ط 02، دار الفكر، سورية، دمشق، سنة 1985 ص 186.

والمعين وقيل المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها كما في قوله تعالى: " وكفى بالله ولياً وكفى بالله نصيراً "

فولاية الله لعباده هي عبارة عن تدبير شؤونهم وتوليه أمورهم وكل من ولي أمر أحد فهو وليه أي قائم بأمره والولي القرب والدنو وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالاته وولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح بدونه.

### الفرع الثاني: تعريف الولاية اصطلاحاً: <sup>1</sup>

إذا بحثنا في تعريف الولاية في الاصطلاح، وجدنا أن العلماء عرفوها بعبارات مختلفة، مع قرب المعنى في الغائب، إلا أن بعضها أوضح وأشمل من بعض، ويمكن أن نلخصها في السطور الآتية :

### أولاً: الولاية عند الأمامية: <sup>2</sup>

لم يضع فقهاء الامامية تعريفاً محدداً للولاية في الزواج وإنما أشاروا في معرض كلامهم عنها إلى ما يستدل به على معناها.

فقد جاء في مسالك الإفهام للشهيد زين الدين العاملي ما نصه: (لا ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد للأب وان علا والمولى والوصي والحاكم).

كما عبر عن المعنى ذاته محمد حسن النجفي في جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام ووافق على أولوية الأب والجد في الولاية في الزواج كل من الشهيد محمد جمال الدين مكي العاملي في كتابه الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، والعلامة جعفر الحلي في المختصر النافع في فقه الأمامية.

يستخلص مما تقدم أن الولاية عند فقهاء الأمامية هي القدرة على إنشاء عقد الزواج فيستقل الأب أو الجد أو وصيهما بولاية العقد.

1 حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، سنة 2007، ص 24.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ط6، مطبعة السلام، مصر، 1987، ص 200.

ثانياً: الولاية عند الحنفية:

لم يعرف فقهاء المذهب الحنفي الولاية في الزواج بشكل خاص وإنما أطلقوا الأمر وعرفوا الولاية بشكل عام بأنها " تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى " وهذا ما أورده ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق شرح كنز الدقائق.

وبذلك يمكن أن ينطبق المفهوم العام للولاية على ولاية الإيجابار في الزواج التي يملك فيها الولي مباشرة عقد الزواج على من تحت ولايته دون إذنه ورضاه.

ثالثاً: الولاية عند المالكية:

لم يذكر فقهاء المالكية تعريفاً معيناً للولاية في الزواج ولكن أوردوا ما يمكن أن يشير إليها بقولهم لا نكاح إلا بولي وصادق وشاهدي عدل من خلال هذا النص يتبين لنا أن الولاية في الزواج عند المالكية تنقسم على ولايتين ولاية خاصة وولاية عامة، الولاية الخاصة هي ولاية النسب والقربة لقوله تعالى " وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض " أما الولاية العامة تكون للمسلمين بحق الديانة لقوله تعالى " المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض "

رابعاً: الولاية عند الشافعية: <sup>1</sup>

مع أن فقهاء الشافعية لم يخصصوا تعريفاً للولاية في الزواج إلا أنهم عبروا عن الولاية في الزواج بلفظ ولا يكون الرجل ولياً بولاء وللمزوجة نسب من قبل أبيها يعرف والأحوال ولاية بحال أبداً إلا أن يكونوا عصبية وإذا لم يكن للمرأة عصبية ولها موال فمواليها أولياؤها ولا ولاء إلا لمعتق ثم أقرب الناس بمعنتها وليها كما يكون أقرب الناس به ولي ولد المعتق لها وقال اجتماع الولاية من أهل الولاء في ولاية المزوجة كاجتماعهم في النسب.

ويبدو من هذا النص أن الولاية في الزواج في المذهب الشافعي تثبت لدفع العار عن النسب، والنسب إلى العصبات وإن لم يكن للمرأة عصبية زوجها المولى المعتق ثم عصبية المولى ثم مولى المولى ثم عصبته لأن الولاء كالنسب بالتعصب فيكون كالنسب في التزويج وإن لم يكن فوليتها السلطان.

1 زكريا أحمد البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1974.

**خامسا: الولاية عند الحنابلة:**

لم يعط فقهاء الحنابلة كذلك تعريفاً محدداً وواضحاً للولاية في الزواج إلا أنهم تعرضوا إلى الولاية في الزواج بمعنى موافقة ولي المرأة على عقد زواجها بوصفه شرطاً لصحة العقد فلا يصح العقد بلا موافقته، وهذا المعنى ذكره عبد الرحمن بن قدامة في الشرح الكبير (فإذا زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح).

**سادسا: الولاية عند الزيدية:**

لم نجد نصاً صريحاً في الفقه الزيدي يتعرض لتعريف الولاية في الزواج فغاية ما قالوه: إن الأولياء هم العصابة المتناسبون والحرمة بالنسب مجتمعون وأولاهم بعقد نكاح المرأة وتزويجها أحقهم بورثة ما تتركه من ميراثها فهذا النص يعد دليلاً على أن الولاية في الزواج عند فقهاء الزيدية تكون للعصابات لما لهم من حق في الولاية في الزواج.

**سابعا: الولاية عند الظاهرية: 1**

سار الفقه الظاهري على نهج باقي الفقهاء في عدم إيراد تعريف الولاية في الزواج لكنهم ضمنوا نصوصهم ما يشير إليها بقولهم: " لا يحل للمرأة نكاح ثيباً أو بكرًا إلا بإذن وليها " ومن خلال التمعن في هذا النص يتبين لنا أن صحة نكاح المرأة يتوقف على رضا الولي وإذنه.

**التعريف المختار :**

التعريف المختار والأحسن هو القول بأن الولاية :

هي سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لنفسه أو لغيره جيرا أو اختيارا فهذا التعريف جامع مانع إن شاء الله سالم من الاعتراضات السابقة له لشموله لجميع أنواع الولاية من ولاية قاصرة ومتعدية، خاصة وعامة، وولاية على النفس والمال بالقول أو الفعل، جيرا أو اختيارا. سواء كانت هذه الولاية ثابتة من قبل الشارع مباشرة كالأب والجد، أو مكتسبة كالوصي والإمام، كما وبهذا تظهر المناسبة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي، لأن ولي الشخص قريبه، وناصره يتولى النظر في شئونه.

1 أبو محمد علي بن سعيد بن حزم ، المجلد 9، دار الفكر ، بلا مكان الطبع ، بلا سنة طبع ،ص451.

سادسا : تعريف الولاية في القانون:

تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية في تنظيم الولاية في الزواج، فبعض منها نظم موضوع الولاية في الزواج في حين أغفل البعض الآخر الإشارة للولاية وفضل عدم الخوض فيها تاركاً ذلك للفقهاء الإسلامي الذي أفاض في تفصيل أحكامها.

### الفرع الثالث: شروط الولاية:

استلزم فقهاء الشريعة الإسلامية توافر مجموعة من الشروط في الولي ليكون قادراً على القيام بأمر الولاية إلا أنهم اتفقوا على بعض الشروط واختلفوا في البعض الآخر، لذا عرضنا هذه الشروط مبينين أوجه الاتفاق والخلاف كلاً في موضعه:

#### 1- البلوغ:

لما كان الهدف من إثبات حق الولاية هو رعاية المولى عليه وإدارة مصالحه لذا كان من الطبيعي أن يكون الولي بالغاً وذهب إلى هذا الشرط كل من فقهاء الإمامية والحنفية والمالكية وكذلك فقهاء الشافعية والحنابلة وفقهاء الزيدية والظاهرية.

ويعللون الفقهاء اشتراط هذا الشرط لأن الولاية إنما يعتبر فيها كمال الحال والرأي وحسن النظر في مصلحة المولى عليه والقاصر عاجز عن الولاية على نفسه إلى من يقوم بأمره فلا تثبت له الولاية على غيره من باب أولى سواء كان سبب القصور صغيراً أم نحوه.

وبذلك لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذا الشرط وذلك استدلالاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم " رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ "

#### 2- العقل: <sup>1</sup> لا يكفي أن يكون الولي بالغاً بل يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون عاقلاً وذلك لأن

الولاية تثبت لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه والقيام بمصالحه والمجنون لا عقل له ولا يمكنه

1 علي محمد إبراهيم الكرياسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، سنة 1959، المكتبة القانونية بلا مكان طبع، بلا سنة طبع،



النظر لنفسه والقيام بشؤونه فكذا لغيره. وأجمع على هذا الشرط كل من فقهاء الإمامية والحنفية والمالكية والشافعية.

وفقهاء الحنابلة والزيدية والظاهرية لأنه شرط التكليف فإذا فقدَ العقل فقد التكليف وبذلك أجمع فقهاء الأمة على شرط العقل لأنه من ملازمات التمييز في تحقيق خير للمولى عليه، ويلحق بالمجنون المعتوه والفارق بينهما أن الجنون هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصعبه اضطراب وهيجان غالباً أما العته فهو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكاً تاماً.

وكذلك يلحق بالمجنون والمعتوه من حيث الحكم من نقص عقله لمرض أو كبر سن لأنه لا يعرف موضع الحظ فلا ولاية له واجمع على ذلك فقهاء الإمامية والحنفية والمالكية وكذلك الشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية على سقوط الولاية من أصيب بضعف العقل لمرض أو جنون أوعته فمن اتصف بأحد هذه الأوصاف تكون سبباً موجباً وعارضاً من عوارض الولاية.

### 3- الحرية:

يشترط الفقهاء فيمن يتولى أمور الولاية أن يكون حراً فلا تثبت الولاية للعبد المملوك لأن العبد مشغول بخدمة مولاه والقيام بمطالبه فليس لديه من الوقت ما يتسع للنظر في شؤون غيره، ولأن العبد ليس له ولاية ينفذ بها عند نفسه فلا تكون له ولاية على غيره وعلى أية حال لا ينبغي الوقوف عند هذا الشرط كثيراً لزوال نظام العبودية.<sup>1</sup>

### 4- الإسلام " اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه ":

يشترط في الولي أن يكون مسلماً أي متحداً في الدين مع المولى عليه فإذا كان المولى عليه مسلماً لا بد من أن يكون الولي مسلماً لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم لقول الله تعالى في كتابه العزيز " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً " ولذلك كان السبب في اشتراط هذا الشرط إن الله تعالى قطع الموالاتة بين المؤمنين والكافرين بقوله تعالى " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين "

ولأن الولاية مبنية على التعصيب في الإرث ولا توارث مع اختلاف الدين ولما كان لولاية الكافر على المسلم إذلال لهذا الأخير ولأنه يخشى أن يحول الولي الكافر المولى من دين الإسلام إلى دين آخر لذلك

1 محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط1، الشركة الأهلية، بغداد، 1378 هـ -1958م، ص96.

أجمع فقهاء الإسلام على اشتراط هذا الشرط كما وقد منع الإمامية ولاية غير المسلم على المسلم ولكن أجازوا ولاية المسلم على الكافر.

### المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الولاية والحكمة منها

يقسم فقهاء الشريعة للإسلامية ولاية الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، أو ولاية الشركة، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب، والولاية الأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة ومنه سنتطرق إلى ولاية الإجبار في "الفرع الأول" وولاية الاختيار في "الفرع الثاني".

#### الفرع الأول: ولاية الاجبار:

وتسمى بالولاية الكاملة، وهي التي يستبد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه، ولا يشاركه فيها أحد.

#### 1- عند المالكية الحنابلة<sup>1</sup>:

الولاية يمارسها الولي على البنت البكر والمجنون والصغير، وعلتهم في ذلك البكارة وفقدان العقل والصغر وهما سببان مؤديان للعجز، ومن ثم تكون هذه الولاية على الصغار القاصرين ومن في حكمهم من فاقد الأهلية بجنون أو عته وهذا لعدم مقدرتهم على حسن التصرف، وعجزهم عن إدراك معاني العقود وآثارها.

فقالوا بالنسبة للصغير أنثى أو ذكر يستطيع الولي إجبارهما قبل البلوغ، ويزوجهما دون إذنهما أو رضاهما، فإن بلغ الذكر فإنه يملك أمر نفسه ويتزوج بمحض إرادته، أما المرأة البكر كبيرة أو صغيرة فلوليها جبرها مطلقاً.

وكذلك المصابين بعته أو جنون فللولي إجبارهما، لأن كلا الصفتين مرض عقلي يظهر أثره في التصرفات والأقوال مما يجعل صاحبه غير سوي في مواجهة الحياة، مما يستلزم وجود ولي يتولى أمرهم سواء قبل البلوغ أو بعده.

فهذه الولاية هي حق يمارسه الولي جبراً على هؤلاء، وقد حصرها المذهب المالكي في الأب ووصي الأب دون سواهما وليس للعصبات ولا حتى للقاضي ولاية إجبار الصغير أو الصغيرة.

1 ابن رشد، الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، 2008، دار الإمام مالك، الجزائر، ص12.

2- عند الشافعية<sup>1</sup> :

تثبت هذه الولاية عندهم على الصغيرة والبكر والمجنون وعلّة الإجماع على التزويج في هذا المذهب ليست واحدة فقد تكون الصغر وقد تكون البكارة وقد تكون فقدان العقل والعجز على التصرف في أمور الحياة وما تقتضيه مصلحة المولى عليه وحصرها في الأب والجد.

وتصح ولاية المجرر بعد الأب والجد بتزويج الصغير والمجنون صغيراً أو كبيراً والبكر البالغة العاقلة بدون استئذان ورضا بعدة شروط أهمها :

- ألا يكون بينها وبينه أبداً عداوة ظاهرة معروفة لأهل الحي، فإن زوجها لمن يكرهها فإنه لا يصح .
  - أن يكون الزوج كفئاً لها .
  - أن يزوجه بمهر مثلها، وأن يكون المهر من نقد البلد، وأن يكون حالاً .
- فمتى تحققت هذه الشروط كان للأب أو للجد إجبار البكر صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، ولكن يستحسن استئذانها تطيباً لخاطرها إن كانت بالغة .

وإن كانت صغيرة يتيمة الأب، وكانت مجنونة انتقلت الولاية عليها في المال إلى الحاكم، ولكن لا يصح له أن يزوجه إلا بشرطين:

- أن تبلغ لأنها لا تحتاج إلى الزواج قبل البلوغ .
- أن تكون محتاجة بعد البلوغ إلى النفقة أو الخدمة، بحيث لا تندفع حاجتها إلا بالزواج.

3- عند الحنفية:

تثبت عندهم على الصغير والمجنون ذكراً أم أنثى وعلتهم هو الصغر والمجنون ولا عبرة عندهم بالبكارة أو الثيوبية فهم عاجزون عن النظر في شؤونهم ولا يدركون المصلحة .

والولاية الإجماعية في الزواج عندهم تختلف قوة وضعفاً باختلاف الولي، فالأب والجد والابن إن كانوا من ذوي السيرة المحمودة والرأي السديد، فإن العقد الذي يجريه أحدهم يلزم الصغير وليس له حق الخيار عند البلوغ أو الشفاء .

بعكس ما إذا كان أحدهم من ذوي السيرة السيئة وعرف بسوء الاختيار، فعندئذ يشترط مهر المثل والكفاءة أما إذا كان الولي من باقي العصابات فعليه التقيد بالكفاءة بالنسبة للذكر وبمهر المثل بالنسبة للأنثى

1 القاضي هشام قبيلان، الزواج في الإسلام وأشكال الزواج المستحدث، مؤسسة الرحاب الحديثة، بيروت، لبنان، ط2، 1999، ص25.

وذهب إلى مثل هذا الاتجاه الامامية من الشيعة وبعض الآراء الفقهية المتفرقة، التي تأخذ بمبدأ الوسطية في مسألة الولاية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: ولاية الاختيار:

وهي التي تثبت على العاقلة البالغة، لأنه ليس للولي الانفراد بإنشاء عقد الزواج، بل يشاركها في اختيار الزوج، لأنه ليس له إجبارها، بل لابد أن تتلقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويتولى هو الصيغة. وهذا النوع من الولاية محل إجماع في المذاهب الفقهية على إثباتها للمرأة البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيباً لأنها سلطة ثابتة شرعاً تخول له تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح مستدلين من القرآن والسنة، فمن القرآن قوله: " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " البقرة 232 .

وأما من السنة فقال النبي عليه الصلاة والسلام الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها قيل يا رسول الله إن البكر ستحي أن تتكلم قال: إذنها سكوتها فهذا الحديث يبين أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في أمر زواجها وهو متروك لها.

كذلك اتفقوا على ثبوتها للرجل فله أن يزوج نفسه بنفسه ولا يشترط في صحة العقد ولي، فإذا باشره بنفسه يكون صحيحاً نافداً لازماً سواء كانت الزوجة التي تزوجها كفاً له أم لا وحتى ولو تزوجها بأكثر من مهر مثلها.

### المبحث الثاني: أحكام الولاية وموقف التشريعات المقارنة منها.

اختلف الفقهاء في المدى الذي يعتبر فيه اختلافاً شديداً، وقد حصل بناء على هذا الاختلاف مواقف متناقضة انجرت عنها كثير من المفاصد، فبناء على التشديد في اعتباره ألغيت شخصية المرأة، وألغي حقها في الاختيار، وصارت تابعة لرغبة وليها الذي يجبرها بالزواج بمن شاء، ويعضلها عن شاء، كما اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الولاية لزواج الرجل ما دام بالغاً عاقلاً وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية في " المطلب الأول " والمركز القانوني للولي في قانون الأسرة الجزائري وإمكانية تعسفه في " المطلب الثاني "

1 القاضي هشام قبلان، المرجع السابق، ص 26.

المطلب الأول: ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية.

إذا كان فقهاء الشريعة كما سبق بيانه ذهبوا إلى ثبوت الولاية بالرغم من اختلافهم في علتها لكنهم أجمعوا على أن الإيجاب للولي يثبت متى كان في زواجها مصلحة لها وتكون هذه المصلحة يقينية مؤكدة ومن أجل هاته الدراسة فمننا بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع سنتناول من خلالها ولاية الزواج في القانون الجزائري "الفرع الأول" وولاية الزواج في القانون المغربي "الفرع الثاني" ثم ولاية الزواج في القانون التونسي "الفرع الثالث" وأخيرا ولاية الزواج في القانون المصري "الفرع الرابع".

الفرع الأول: ولاية الزواج في القانون الجزائري: <sup>1</sup>

اتجه المشرع الجزائري من خلال التعديل الجديد إلى اعتبار الولاية أمرا شكليا في عقد الزواج، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، ولها أن تباشره بنفسها متى كانت راشدة أي بلغت 19 سنة بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة.

فالولي هو أبها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره. فقد استبدل المشرع معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة وهذا ما أكدته المادة 11 بنصها "تعقد المرأة الراشدة زواجها حضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" فعند بيانه للولي عطف على الأب من يليه بـ "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب، فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان هذه المرأة أب أو جد أو أخ أو أي قريب آخر .

فالمشرع بهذه المادة جعل الولي في حق المرأة الراشدة غير معتبر قانونا حيث إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار فهو بمثابة الشاهد فقط وهذا ما أكدته المادة 33 بقولها " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه ويثبت بعد الدخول بصديق المثل " ووجوب الولي لا يكون إلا في زواج القصر كما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 11 " دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولاية له "

1 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2009، ص 125.

كما أن المشرع اعتبر الولاية ركنا من أركان عقد الزواج فقد اشترط عدم إجبار المرأة فرضاها على إتمام العقد شرط لازم لابد للولي من احترامه، وذلك حسب ما جاء في المادة 13 " ولا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يجبرها من دون موافقتها " فالولي وفق هذه المادة ملزم بأن يأخذ برأي وليته ومن مشاورتها بخصوص مشروع زواجها، فإن وافقت على الزواج باشر العقد نيابة عنها، وإن رفضت فليس له أن يجبرها بل عليه مساعدتها في اختيار الزوج الكفاء لها.

كما منع الولي من عضل المرأة ومنعها من الزواج بدون سبب مقنع إن كان الزوج كفاء لها، لأنه قد يستولي الهوى على بعض الناس وتطمس الفطرة السليمة، فيحول الأب دون زواج ابنته دون سبب إلا للإضرار بها والتعسف في استعمال هذا الحق، بل والتوسع والمبالغة فيه وهو العضل الذي نهى عنه الشرع بدليل قوله تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ"<sup>1</sup>.

فإذا تحقق هذا العضل، وتوسع فيه الولي حتى أصبح وجها للتعسف في استعمال حق الولاية فهنا نجد أن المشرع قد تدخل وفتح الباب للمولى عليها للجوء إلى المحكمة لاستصدار الإذن بالزواج وهو ما تناولته المادة 12 في فترتها الأولى " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إن رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فالقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون ".

## الفرع الثاني: ولاية الزواج في القانون المغربي: <sup>2</sup>

نصت المادة 13 من المدونة المغربية بأنه يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :

- أهلية الزوج والزوجة .

- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق .

- ولي الزوج عند الاقتضاء .

فجعلت من الولاية شرطا وليست ركنا في عقد الزواج حتى في حالة الاقتضاء أي زواج القاصر، كما خيرت المرأة الرشيدة بين أن تزوج نفسها بنفسها دون الحاجة إلى الالتجاء للولي، وبين أن تزوج نفسها بواسطة وليها، بنص المادة 25 " للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها"

1 سورة البقرة، الآية 232.

2 عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر المعرفة الرباط، ط2، 2014، ص 50

في حين جاء في المادة 24 " الولاية حق للمرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصحتها " وهذا تكون المدونة قد أحدثت تغييرا جذريا على الفصل 12 من مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تميز بين امرأة الرشيدة ذات الأب وبين الرشيدة التي لا أب لها .

وإن كان المشرع المغربي قد أعطى للراشدة حق تزويج نفسها دون الحاجة للالتجاء للولي فإنه عكس ذلك فقد اشترط الولي في زواج القاصر واعتبره شرطا لصحة هذا العقد، وهو ما يستتشف من الفقرة الأولى من المادة 21 التي تنص على: " زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي " بالإضافة إلى موافقة القاضي بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك وذلك وفق ما جاء في المادة 20 من مدونة الأسرة وزواج القاصر لا يتم إلا بناء على مجموعة من الشروط هي كون هذا الزواج لا يترتب عليه ضرر للمعني بالأمر .

والتأكد من استعداد الزوج المعني بالأمر وتحمل الأعباء الزوجية والمسؤولية وذلك بالاستعانة بخبرة طبية وإجراء بحث اجتماع، ووجود مصلحة في هذا الزواج إضافة إلى حضور نائبه الشرعي والاستماع إليه وموافقته وهو استثناء من الأصل المقرر بالنسبة للرشداء وهذا القرار غير قابل للطعن<sup>1</sup> .

وبهذا نجد أن كل من القانون الجزائري والمغربي في التعديلات الأخيرة اعتبرا الولاية شرط من شروط عقد الزواج وليست ركنا وهو منحي الحنفية وابن رشد المالكي إلا أنهم أغفلا خاصية مهمة بخصوص من لم يشترط الولاية وهي خاصية الكفاءة في الزواج ومهر المثل، التي تجعل للولي سلطة الرقابة على المرأة.

فإن لم تزوج نفسها من الكفاء لها أو أبانت عن عدم نضجها وزوجت نفسها بأقل من مهر المثل جاز للولي الحجر عليها بل وحتى فسخ عقدها، هذا القيد لم يغفل عنه الشرع السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية بقوله: " إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفى لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ العقد " .

فالمشرع المغربي بعدم اشتراطه للكفاءة على الأقل في الزواج فتح الباب على مصراعيه لبعض النساء للتمرد على أسرهن، وإن كان الكثير من الدارسين لهذا الموضوع مطمئنون إلى أن هذا الموضوع لن يؤثر كثيرا على المجتمع المغربي المعروف بحرصه على تماسك الأسرة.

1 عبد الكريم شهبون ، المرجع السابق، ص 54

واتساقا مع هذا القول نجد الدكتور عبد المنعم التمساني يقول فإني أعتقد بأن الولاية بهذا المعنى الاجتماعي الواسع ستظل معتبرة على مستوى الواقع لا يستغنى عنها، وستبقى مطلوبة بشكل عام في العرف المغربي.

### الفرع الثالث: ولاية الزواج في القانون التونسي: <sup>1</sup>

أما المشرع التونسي فعند تطرقه لموضوع الولاية ركز بشكل كبير وأساسي على مبدأ ضرورة إبراز رضا الطرفين وهما الزوج والزوجة على إتمام العقد، وذلك للتحقق من صدوره عنهما أو وكيليهما، من خلال ما نص عليه الفصل الثالث من أنه لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين واشتراط المشرع هنا ضرورة رضا الزوجين أسقط الولي ودوره في تولي عقد زواج المرأة وذلك بمنح هذه الأخيرة حق تزويج نفسها وهو نص الفصل التاسع "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما أو ليوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا" ومنع من لم يبلغ سن ثمانية عشر سنة ذكرا كان أو أنثى من تولي عقد زواجه بنفسه وهو ما نص عليه في الفصل الخامس المجلة: " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين "

كما تكلم عن زواج القاصر في الفصل السادس حيث نص على أن زواجه يتوقف على موافقة الأب والأم وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه والمشرع وإن اشترط الولاية على زواج القاصر بعد رضاها ورغبتها للزواج فإنه ما يجعل هذه الولاية مطلقة للأب أو غيره من الأولياء.

بل أشرك الأم في الموافقة على هذا الزواج فالأب والأم شريكان في الموافقة على زواج القاصر وذلك حسب المادة 23 في فقرها الثانية: " ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف

1 خصوصا إذا علمنا أن هذا القانون أو المجلة قد صدرت سنة 1956 وذلك في الرائد الرسمي عدد 99 الصادرة في 17 غشت 1956، في وقت كانت الدولة التونسية خاضعة لسيطرة الاستعمار الفرنسي.



شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات ومشاركة الأب في مشمولات الولاية من باب التعاون على تسيير شؤون الأسرة كما نص المشرع في الفصل السابع من نفس القانون على أن:

" زواج المحجور عليه لفسفه لا يكون إلا بعد موافقة المحجور له، وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء".

كما تحدث المشرع التونسي عن زواج من لم تكمل سن الرشد وهو 20 سنة فرق بين فئتين عمريتين، فئة أولى بلغت سن السابعة عشر من العمر، وفئة ثانية لم تكمل السابعة عشر بعد، وبالنسبة للفئة الأولى نجد أن الفصل السادس يصرح بخصوصها زواج القاصر يتوقف على موافقة الأب والأم.

### الفرع الرابع: ولاية الزواج في القانون المصري:<sup>1</sup>

أما فيما يخص القانون المصري فقد اعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج على أساس أن القانون المصري يأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص وهو المعمول به كما أعطى القانون المصري للمرأة البالغة الرشيدة بكرة كانت أم ثيباً أن تزوج نفسها بنفسها طالما راعت حق الأولياء في الزواج من كفاء.

وبالتالي فإن القانون المصري لا يقيم على المرأة البالغة الراشدة ولاية الإيجاب وإنما تثبت عليها ولاية الاختيار أي ولاية الندب والاستحباب أما بالنسبة للقصر فتثبت ولاية الإيجاب عليهم، ومن هنا فإن الولي هو الذي يقوم بتزويجهم ويكون هذا الزواج نافذاً في حقهم دون التوقف على رضاهم وذلك أخذاً بالرأي الراجح في المذهب الحنفي

كما نص قانون الأحوال الشخصية المصري على الولاية في الزواج في المواد 21-22-23 والولاية في الزواج حسب ما ورد في كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة تنقسم إلى قسمين: ولاية إجبارية وولاية اختيارية أو ولاية الشركة كما يسميها الإمام أبو حنيفة ولاية استحباب.

أ/ الولاية الأولى: هي التي تعتبر ولاية كاملة لأن الولي يستفرد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليه ولا يشاركه فيه أحد.

1 محمد الدجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء: دراسة تحليلية مقارنة للتشريعات العربية، وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، جمهورية مصر العربية، ط1، 1972، ص 127.

ب/ الولاية الثانية: فهي تثبت على البالغة العاقلة وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تتفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها ولها في اختيار الزوج وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفائه معها على الزواج ولذلك تسمى هذه الولاية ولاية اختيارية فلا بد أن تتلقى إرادتها مع إرادة الولي ويشتركا في الاختيار.<sup>1</sup>

وولاية الإجار عند أبي حنيفة تثبت على القاصرين وعلى فاقدى الأهلية " المجنون والمعته " وهناك رأي لبعض الفقهاء في مصر يشير إلى أن الولاية الإجارية هنا تكون على المجانين والمعانته فقط ولا تكون على الصغير فليس هناك ولاية زواج قط على الصغير لأن الصغير يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج وقد جعل الله تعالى بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والكمال فقال سبحانه وتعالى " فابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم " فقد جعل الله تعالى بلوغ سن الزواج إمارة انتهاء الصغير.

أما جمهور الفقهاء الذين قالوا بالولاية الإجارية في زواج الصغير فقد استدلو بقوله تعالى في بيان العدة " واللأئي لم يحضن " فبين بهذا عدة الصغيرة التي لا تحيض، وهذا دليل صحة الزواج فلا عدة بدون فرقه من زواج صحيح.

وروي عن صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم صحة تزويج الأب للبكر الصغيرة دون إننها لأن لا عبرة لإذن الصغيرة لعدم أهليتها الكاملة حسب ما ورد في كتاب الأهلية والنيابية الشرعية عن الغير في الفقه المقارن والقانون للأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني.

ولقد جاء في المادة 44 في شرح الأحكام في الأحوال الشخصية لقدرى باشا:

" للأب والجد وغيرهما من الأولياء ولاية انكاح الصغير والصغيرة بشروطه جبراً ولو كانت ثيباً وحكم المعتوه والمعته والمجنون والمجنونة شهراً كاملاً كالصغير والصغيرة "

وفي المادة 44 في شرح الأحكام في الأحوال الشخصية لقدرى باشا: " إذا ولي الأب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من غير المكلفين وكان غير معروف قبل العقد بسوء الاختيار مجانية وفسقاً لزم النكاح بلا خيار لهما بعد البلوغ ولو كان النكاح بغبن فاحش زيادة في المهر الذي

1 محمد الدجوى، المرجع السابق ص 129.

دفعه الصغير ونقصاً في مهر الصغيرة أو كان الزوج غير كفاء لها والمجنونة إذا زوجها ابنها الذي هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفاء لزمها النكاح ولا خيار لها بعد إفاقتها<sup>1</sup>

ولقد تناول الفقهاء موضوع طلاق الصغير في أكثر من موضع فقد جاء في المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى أحمد الزرقا: " وقد عد الفقهاء طلاق الصغير لزوجه إن كان مزوجاً من هذا النوع " يشير هنا إلى التصرفات التي هي ضرر مالي محض في حق الصغير، فإن طلاقه باطل، لأنه يخسر به المهر ومنفعة الزوجية.

كما جاء في كتاب الموجز في أحاديث الأحكام للدكتور محمد عجاج الخطيب حديث يستدل به على حكم طلاق الصغير والنائم والمجنون والسكران عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " رُفِعَ القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق "

ما يراد من هذا الحديث هنا رفع القلم كناية على عدم التكليف لأن التكليف يلزم منه الكتابة خبر بالكتابة عنه وعبر لفظ الرفع إشعاراً بأن التكليف لازم لبني آدم إلا لهؤلاء الثلاثة وإن غيرهم لا يرفع عنهم والمراد برفع القلم عدم المؤاخذة وأما طلاق الصغير فالإطلاق في عدم وقوعه.

- تزويج الثيب الصغيرة: الثيب هي الفتاة التي سبق لها الزواج سواء كان زوجها صحيح أو فاسد قال الشافعية: لا يجوز تزويج الثيب قبل البلوغ، فإذا بلغت فلا يجوز تزويجها بدون رضاها دليلهم ما رواه ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام " الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها " قال بعض الحنابلة لا يجوز تزويج الصغيرة قبل تسع سنين من عمرها، أما إذا بلغت تسع سنين جاز تزويجها بشرط إذنها لأن إذنها في هذه السن صحيح ومعتبر وقال البعض الآخر من الحنابلة إن للأب أن يزوج الصغيرة ولو كانت دون تسع سنين من عمرها ولا تستأذن لأن لا إذن للصغيرة أما إذا بلغت تسع سنين فتزوج بإذنها.

1 عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2004، ص 50.

### المطلب الثاني: المركز القانوني للولي في قانون الأسرة الجزائري وامكانية تعسفه.<sup>1</sup>

إن الحديث على مركز الولي في تزويج المرأة في ظل قانون الأسرة يقتضي التعرّيج على موقف الفقه الإسلامي من الولاية، بالإضافة إلى معرفة حكم اشتراط الولي في الزواج في كل من الشريعة الإسلامية وكذا حكم اشتراطه في قانون الأسرة وما جاء به التعديل الجديد من طرف المشرع الجزائري بموجب الأمر 05—02 والذي كان فيه جدل وقع بين مؤيد لضرورة تعديله والرافض له.

وتباين الآراء بين من يرى أن هذا القانون مستمد من الشريعة الإسلامية لا داعي لتعديله، وبين معارضين للقانون ومطالبين بإلغائه، خاصة المادة من هذا القانون التي يرون البعض أنها تنشر الفتنة وتقوض قواعد التماسك الاجتماعي والأسري إذا لم يتدخل المشرع الجزائري لتعديلها وحذف عبارة أو أي شخص تختاره ولقد ظهر تيار ثالث منادي بتعديل قانون الأسرة وتنحيته، حيث أنه يساير مع التطور الحاصل للمجتمع الجزائري وذلك على ضوء التمييز بين الأحكام الثابتة والمتغيرة واعتباره قانون وضعي من طرف البشر.

أي أنه قد يكون على صواب وقد يكون على خطأ، وبالتالي لا بد من تعديله وفق ما يتلائم مع مصلحة الفرد والمجتمع وللإجابة على التساؤلات المطروحة سالفًا وجب تسليط الضوء على التعديلات التي وضعها المشرع الجزائري في مسألة الولاية واستقراء موقفه قبل التعديل ومن سننطرق إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعيين سنتناول في "الفرع الأول" حكم اشتراط الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وحكم اشتراط الولي في قانون الأسرة الجزائري في "الفرع الثاني".

### الفرع الأول: حكم اشتراط الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

إن معظم المذاهب الفقهية تكاد آرائهم مجمعة على أن القاصر والمجنونة يزوجها وليها لكن ما اختلفوا فيه فيما بينهم بالنسبة للفتاة البالغة الراشدة، فمنهم فريق قائل باشتراط الولي في عقد قران المرأة ومنهم من ذهب إلى عدم اشتراطه.

كما اختلف الفقهاء في حكم الولي في نكاح المرأة إلى عدة آراء واحتجوا على ذلك بدلائل من القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والقياس والمعقول.

1 أحمد التاجي، في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة الزواج والفرقة، دار النفوق، شبر الخيمة، 2001، ص 227.

### 1- القائلين باشتراط الولي في الزواج وأدلتهم: <sup>1</sup>

إن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة مباشرة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل من غير وليها في زواجها، فإن فعلت لا يصح النكاح كما أن الزواج لا ينعقد بعبارتها، إذ أن الولاية شرط في صحة العقد وأن العاقد هو الولي واحتجوا على ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة:

أولاً: من القرآن الكريم: قال تعالى " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ " <sup>2</sup>

فالخطاب في قوله " وانكحوا " المقصود به الأولياء ودلالاته على اشتراط الولاية في الزواج من نواحي أن الخطاب موجه للأولياء دون النساء ومنها أن صيغة الأمر الدالة فيدل ذلك على أنهم المكلفون، ومنها أن الله أمرهم بنكاح نسائهم وعبيدهم وإمائهم، مما يدل على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء، وأن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم ولذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمة الله عليه " فخطب الله الرجال بنكاح الأيامي كما خاطبهم بتزويج الرقيق .

وقوله تعالى " وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنُوا "

حيث وجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى خاطب بانكاح الرجال، ولم يخاطب به النساء، فكأنه قال: لا تنكحوا أيها الأولياء مولاتكم للمشركين.

### وجه الاستدلال من الآية:

أن الخطاب موجه للأولياء فأمرهم بعدم إنكاح مولاتهم إلى المشركين حتى يؤمنوا، لما قد يلحق من ضرر جسيم للمرأة المسلمة، فالآية دلت على أن النكاح يقع بأيدي الرجال وليس بأيدي النساء، ولو كان أمر الإنكاح للنساء لما خاطب الشارع الحكيم الأولياء دونهن، فالآية لم تدل على منع المرأة من تزويج نفسها من مشرك بل نهى عن نكاح المرأة من غير المسلم ونهى الأولياء.

1 مناد وفاء، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، المنكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2014، ص20

2 سورة النور الآية 20.

واستدلوا أيضا بقوله تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ "

حيث أن الخطاب موجه إلى الأولياء، ولو لم يكن عقد الزواج بيد الأولياء لما تم توجيه الخطاب إليهم وإنما وجه مباشرة إلى النساء واستدلوا أيضا بقول الله تعالى " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ "

فقال الحافظ في الفتح تعتبر هذه أقوى الحجج في نزول هذه الآية المذكورة فهي أصرح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى.

### ثانيا: من السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها " وفيه دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها، فلا عبارة لها في النكاح إيجابا ولا قبولا فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا غيره ولا تزوج غيرها بولاية ولا وكالة.

### 2- القائلين بعدم اشتراط الولي في الزواج وأدلتهم:<sup>1</sup>

إن المرأة في الشريعة الإسلامية كاملة لأهلية، وأن الأنوثة لا تمنع من مباشرة العقود الشرعية، كما أن الإسلام هو أول تشريع كرّس مبدأ حرية المرأة في اختيار زوجها.

وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية على عكس ما جاء به الجمهور فيجوز للمرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها كما يجوز لها أن تتوكل على الغير، حيث لا يشترط الولي في نكاح البالغة العاقلة، لكن للولي حق الاعتراض إذا زوجت نفسها من غير كفاء، فلا بد للولي ان يستأذنها في زواجها وليس له الحق في إجبارها وإذا زوجها دون استأذنها كان العقد موقوفا على رضاها وموافقتها.

ومن المستحب في المذهب الحنفي أن تقوض وليها زواجها وتطالبه بذلك أما إذا كان الزوج كفئا، وكان المهر أقل من مهر المثل، فإن من حق الولي أن يطالب بمهر مثلها، فإن قبِل الزوج لزم العقد وإن رفض رفع الأمر إلى القاضي ليفسخه، وإن لم يكن لها ولي عاصي، بأن كانت لا ولي لها أصلا، أو لها ولي غير عاصي فلا حق لأحد في الاعتراض على عقدها، سواء زوجت نفسها بكفاء أو غير كفاء.

1 بلحاج العربي أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013، الجزائر، ص 454.

واستدل الحنفية لقولهم على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها بغير ولي أو وكيل بأدلة متعددة من القرآن والسنة:

أولاً: من القرآن الكريم<sup>1</sup>:

استدلوا لقوله تعالى " فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف"

فلقد دلت الآية على إضافة الفعل إليهم يدل على صحة عبارتهن ونفاذها، وهي إذا زوجت نفسها من كفاء وبمهر لمثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك، ولا النكاح خالص حقها، وهي أهل المباشرة، فصح منها كبيع مالها .

وقوله تعالى " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" ووجه الدلالة في هذه الآية جواز مباشرة المرأة تزويج نفسها بغير ولي من وجهين:

الوجه الأول: أن الله تعالى أضاف ونسب عقد الزواج للمرأة من غير شرط إذن الولي في قوله تعالى:

" أن ينكحن " وهذا صريح في أن الزواج صادر منها .

الوجه الثاني: أن الله تعالى نهى الأولياء إذا المرأة باشرت عقد زواجها وإذا تراضى الزوجان ونوقش استدلالهم بأنه في غير موضعه، فالآية لا تدل على صحة تزويج المرأة نفسها، بل على أن نكاحها إلى الولي لأن سبب نزول هذه الآية ما روي عن معقل بن ياسر قال: كانت لي أخت تخطب إلى فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه ثم طلقها طلاقاً لا رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها فلما خطبت إلى أتاني يخطبها فقلت: لا والله لا أنكحها أبدا فنزلت هذه الآية " وإذا طلقتم النساء" قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه.<sup>2</sup>

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة: استدلوا بأحاديث متعددة منها:<sup>3</sup>

قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها "

1 سورة البقرة، الآية 234.

2 محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص198.

1 محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 200

ووجه الدلالة في الحديث أن الأيم اسم لامرأة لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبا، وقد جعل الحديث في الزواج حقين، حق الولي وهو مباشرة عقد النكاح برضاها، وحقها وقد جعلها الحديث أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، ولكن من الممكن أن يرد على هذا بمعنى قوله "أحق بنفسها" ليس فقط أن تتزوج دون رضا الولي وكون الأيم حرة بالغة فتكون لها الولاية على نفسها كالغلام وكالتصرف بالمال .

ويري العيني أن الأيم عند العلماء وعلماء الحجاز تعني في الحديث: الثيب التي فارقها زوجها، وقالو بأنه أكثر استعمالا فيمن: فارقت زوجها بموت أو طلاق، ورواية الإثبات فيه الثيب مفسرا، وهذا لفظ الإمام مسلم كما مضى، الثيب أحق بنفسها من وليها، ويقابله البكر تستأمر في نفسها، ولو كان المراد بالأيم كل ما لا زوج لها من الأوبار وغيرهن، وإن جمعت أحق بأنفسهن، لم يكن لتفصيله الأيم من البكر والأصح لها لفظا الأيم أحق بنفسها.

### الفرع الثاني : حكم اشتراط الولي في قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>

بعد التطرق إلى موقف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في الزواج ودوره في مباشرة عقد زواج موليته والوقوف على اختلاف آرائهم سنحاول بعد هذا التطرق إلى ما جاء به القانون الجزائري المعدل بمستجدات مهمة من خلال أحكام القانون 02-05 والتعريج على ما كان متبعا قبل التعديل من خلال أحكام القانون 11-84 وسوف نتناول هذه المسألة وفق قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل.

#### 1- حكم اشتراط الولي قبل التعديل:

إن تباين المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج أدى إلى انعكاس الآراء لتباينها على القوانين الوضعية للتشريعات العربية بوجه عام ومنها الجزائر بوجه خاص .

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 تحت رقم 11-84 لينظم مسائل الزواج وخاصة بما جاء في نص المادة 09 ومنه بقوله "يتم عقد الزواج برضى الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق" حيث أخذ المشرع بالمذهب المالكي باعتبار الولي ركن من أركان الزواج، حيث أنهم يبطلوا عقد الزواج إذا لم يكن بحضور الولي.

<sup>1</sup>آبيوتر فاطمة الزهراء، الولاية على النفس بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007-2010، ص 10.



فالولي حسب هذه المادة يعد ركنا من أركان عقد الزواج ولا يمكن للمرأة أن تروج نفسها من دون الولي غير أن المواد 32-33 من نفس القانون نجد أن المشرع الجزائري لا يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج حيث تنص المادة 32 على أنه " يفسخ النكاح، إذا أختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج ".<sup>1</sup>

كما نصت المادة 33 من القانون ذاته على " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختلف ركن واحد ويبطل إذا اختلف أكثر من ركن "

أما المادة 11 والتي كانت تنص على ما يلي " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "

فالملاحظ أن المادة تؤكد على ركنية الولي في عقد الزواج، ومفادها أن ولي المرأة هو أبوها، وهذا ما يتماشى مع رأي الفقهاء الذين قدموا الأب على جميع الأولياء في الترتيب، أجملت المادة في بقية الأولياء بعبارة " فأحد أقاربها الأولين " لم توضح من هؤلاء ولا مراتبهم .

وقد يحدث في الحياة العملية أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معارضة من أهلها، أو من أهل الولي، فقد كانت المادة 12 من نفس القانون تعالج هذه المشكلة ففي حالة المنع يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج إذا رأى القاضي في ذلك مصلحة.

حيث نصت المادة على " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها فإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون غير أن الأب يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت "

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 30/3/1993 ملف رقم 90468 ولما ثبت من قضية الحال أن البنت راشدة، عبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها الطاعن لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدها بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه .

1 بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والبقاء، مجلة الفقه والقانون، العدد العشرون، يونيو 2017 ص 158

الملاحظ أننا نجد أيضا وجه من وجوه التناقض في طيات هذا القانون وذلك بما جاءت به ومن المادة 12 فالمشرع هنا ميز بين البنت البكر والثيب من حيث سلطة الولي في التزويج، فالثيب ليس للولي سلطة إجبارها على الزواج، وإذا رغبت في الزواج ليس له أن يمنعها، أما البنت البكر فعليها ولاية الإجبار حيث يجوز لوليها الاعتراض على الزواج إذا لم يرى فيه مصلحة، أو لم يكن حسبه كفتا.

وهذه النصوص ورغم من أنها جاءت مفصلة لأحكام الولي إلا أنها لم تخلو من الغموض والتناقض في أحكامها وهذا ما دلت عليه المادة 12 التي نصت " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر الفتاة القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجه دون موافقتها " هذا ما دفع فقهاء القانون بالمناذات بضرورة تفسير الغموض الذي يحيط بهذه النصوص.

## 2- حكم اشتراط الولي بعد التعديل: <sup>1</sup>

لقد أثارت أحكام الولي في قانون 84/11 جدلا كبيرا في أوساط شراح القانون والدارسين والباحثين كونها اشتملت على عدة تناقضات وآراء نجد أن المشرع الجزائري حاول التوفيق بين المتناقضين بين مطالب بإلغاء الولاية وتخليص المرأة من الولي استجابة لاتفاقيات حقوق الإنسان، وبالأخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة.

وهو ما ذهبت إليه الجمعيات النسائية الجزائرية للمطالبة بتحرير المرأة ومساواتها بالرجل، حيث انطلقت من مطلبين إن قانون الأسرة لسنة 1984 يعمل على إهانة المرأة لاحتوائه على نقاط كثيرة أهمها أن زواج المرأة لا يتم إلا بوكيل وصائي من الرجل و نتيجة لهذه الطالب جاء المشرع الجزائري بمشروع تمهيدي لقانون الأسرة في المادة 11 على أن الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه بنفسها و تفوضه لأبيها أو احد أقاربها.

معنى إن المرأة أعطي لها حق الاختيار في تفويض أبيها او ما شاءت هي وتولي مباشرة عقد زواجها بنفسها، ولقد تبنت الحكومة اقتراح بتعديل في قانون الاسرة من صرف وزير العدل من اجل الغاء شرط الولي .

وجاء في مشروع التعديل عرض الأسباب المرفقة بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء للمصادقة على هذه المادة وأنه لا يدعو للشك أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود،

1 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص42.

ومن ناحية أنه يخضع لشروط وقواعد التي تخضع لها العقود، إلا أنه يتميز عنها بعدة خصائص لاسيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل بين برضا الطرفين وهما الزوج والزوجة من أجل تكوين أسرة على الوجه الشرعي .

أما الاتجاه الآخر المناقض للطالب بإلقاء الولي كأمر واقع وكشرط من الشروط التأسيسية لعقد الزواج وهو الاتجاه الذي يمثله خاصة التيار الإسلامي، والذي أثار جدلا ضد المادة 11 من المشروع التمهيدي، معتبرين أن هذه التعديلات تستجيب لدعاوى التيار الغربي الذي يريد تجريد المجتمع من هويته العربية الإسلامية.

وبالرجوع للمادة 9 من قانون الأسرة الجزائري 05-02 الوارد تحت عنوان أركان الزواج نجد أن المشرع الجزائري اعتبر رضا الزوجين هو الركن الوحيد في عقد الزواج، بينما اعتبر بقية الأركان المعتبرة أركاناً عند جمهور الفقهاء مجرد شروط، ومنها الولي وإذا رجعنا إلى المادة 11 منه نجد أن المشرع يتخذ موقفا متذبذبا في حكم انفردا المرأة البالغة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرر الغاء اذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة، حيث نصت المادة على: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"<sup>1</sup>.

فعبارة تعقد فيها اسناد الفعل إلى المرأة بينها عبارة حضور تدل على الفعل ثم أليس من حق المرء أن يتساءل ماهي الفائدة من حضور وليها مجلس عقد زواج ابنته اذا لم يكن له أي تأثير في ابرام العقد، فهل يحضر لكون شاهدا على عقد زواج ابنته ولو مع شخص لا يرتضيه، ثم ماذا يقصد بعبارة أي شخص تختاره فهل يجوز أن تختار صديقها أو أب خطيبها ليمثل دور وليها في عقد زواجها والملاحظ أن المشرع أعطى المرأة حق ابرام عقد زواجها، وجعل دور الولي لا يتعدى الحضور الشرفي، كما ورد في المادة فإنه لا يعتبر ولي أصلا إنها يعتبر نائباً أو وكيلاً عنها في ابرام العقد، وهذا ما يستشف من مجموع النصوص القانونية المتعلقة بالولاية، بالرجوع إلى نص المادة 10 التي تنص على: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر"

فإذا كان الرضا المعبر عنه بالإيجاب ركنا طبقا لنص المادة التاسعة، والمقصود بالطرفين في المادة 10 هما الزوجين، فأى دور للولي طبقا لنص المادة 11 التي عبرت عن دوره بالحضور .

1 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 45.

كما يفهم من إلغائه لنص المادة 12 في فقرتها الأولى 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 معنى هذا أنه لم يبقى للولي أي دور أو تأثير في الإذن أو المنع.

إضافة لما سبق، فإن المشرع الجزائري قد نص في المادة 13: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها"، مما يؤكد أن الشارع قد تولى تماما عن ولاية الإجمار سواء بالنسبة للبالغة أو القاصرة وذلك بأن النص لا يجوز للولي إجمار القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، كما لا يجوز له تزويجها دون موافقتها أو منعها عنه إذا أرادت إذ أن البالغة عليها ولاية الاختيار أما القاصرة فلا يجوز له إجمارها وبذلك يأتي دور القاضي بالنظر في صلاحية هذا الزوج بالنسبة لها فإن تحقق له ذلك أذن بزواجها.<sup>1</sup>

ويمكن تبرير هذا الموقف أن المشرع قد اعتمد على المذهب الحنفي في عدم اشتراط الولي وجواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا بمباشرة عقد زواجها بنفسها، إلا أن المذهب الحنفي رغم إجازته لذلك إلا أنهم أعطوا للولي حق الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي عند عدم كفاءة الزوج ومهر المثل، كما أن بعض الحنفية القائلين بانفراد المرأة البالغة الراشدة بتزويج نفسها، لا يجوز لها ذلك إذا كان بإذن وليها ويجوز لها ذلك إلا إذا انعدم أولى.

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري لم يعتمد على رأي الحنفية بمختلف رواياتهم، ولم يأخذ بمذهب الجمهور فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج، فحاول أن يرضي بعض الغاوين وبعض السياسيين ممن عملوا أكثر من قدرتهم على إلغاء وجود الولي في إبرام عقد الزواج.

1 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 45.

الْأَخْتَمَةُ

إن تطور الحياة في شتى مجالاتها لم يبق مفهوم الحق مطلقا، بل عملت الشرائع على الحد من هذه الفكرة وإصباح الوظيفة الاجتماعية عليه، وعلى غرار ذلك فإن الشريعة الإسلامية من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وفقه الصحابة واجتهادات الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه كانت السبابة إلى وضع وتأسيس نظرية التعسف في استعمال الحق، والتي كان لها الأثر البالغ في الحد من إطلاق الحقوق وإقامة التوازن بين مصالح الفرد في مواجهة فرد آخر والجماعة من جهة أخرى، كما أنها أعطت مقاييس لذلك وقد طبقتها القوانين في كل المجالات الشخصية والمالية وأن هذا لا يمنع من وجود نقاط تلاقي واختلاف بين هذه الأخيرة والتي هي تشريع إلهي فوق قدرة البشر وكذا القوانين الوضعية التي هي من عملهم .

فبالمقارنة بين نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية سواء العربية أو الغربية، نجد تشابها كبيرا من ناحية الطرح فيما يخص قوانين الدول العربية، وذلك لأن هذه الأخيرة تعتبر مصدرا من مصادر هذه القوانين .

فالتشابه يكمن في استنباط هذه القوانين من معايير التعسف مباشرة من الفقه الإسلامي ولو بطريقة جزئية أحيانا، كما نلمس توافقا مع الشريعة الإسلامية في الجزاء الدنيوي أو بمفهوم قانوني ما يسمى بالجزاء التعويضي .

والمتمتع في هذه الدراسة يلمس اختلافا واضحا في نظرية التعسف في استعمال الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فمن ناحية المصدر، فإن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مصدرها تشريع إلهي غير قابل للنقاش ولا للتأويل، وهو القرآن الكريم، فالقدرة الإلهية فوق قدرة البشر المحدودة كما أن هذا التشريع وجد ليتناسب مع الفطرة البشرية وليحقق مقاصد الشريعة والتي هي صالحة لكل زمان ومكان في حين أن القوانين الوضعية هي من عمل البشر وكما هو معروف جاءت نتاجا لزخم فكري وواقعي وهي عرضة للنقص وخاضعة لتعديلات قانونية تبعا لهذا النقص وتبعا للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية تطرق الفقه الإسلامي إلى تعريف التعسف في استعمال الحق وأعطاه معنى دقيقا لا على سبيل الحصر بحيث أن كل واقعة نتطبق معه تعتبر تعسفا عن طريق القياس واجتهاد الفقهاء .

أما القوانين الوضعية الغربية وبغض النظر عن قوانين الدول العربية والتي استمدت هذه المعايير أو بعضها من الشريعة الإسلامية فقد اكتفت ببعض المعايير الذاتية في بعض الأحيان كالقانون المدني الألماني، أو كانت المعايير مبهمة وغير واضحة وتترك مجالا واسعا للقضاء للتأويل كالمعايير التي أتت بها الاجتهادات القضائية الفرنسية وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري خالف بقية التشريعات العربية إذ أنه

لم يتناول القاعدة العامة والتي تضمن أن استعمال الحق بصفه مشروعة لا يولد المسؤولية كالمشرع المصري رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامه، وكنظيره الأردني الذي نص على الجواز ينافي الضمان ثم تطرق إلى المعايير فنظرية التعسف في استعمال الحق هي استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة جعلت الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي أسسا تقام على القواعد الكلية التي تسعى إلى تحقيق مقاصد الشريعة وهي ذات طابع ديني وأخلاقي يجعل الفرد يقيد من استعمال حقه وفقا لإرادة الشارع عز وجل.

أما في القانون الوضعي فقد اختلفت الشرائع في وضع أساس قانوني لهذه النظرية انطلاقا من اتجاه فقهاها القانوني، فبعضها يقيم نظرية التعسف على أساس الخطأ ويجعلها صورة من صور المسؤولية التقصيرية، ومنها القانون المدني الجزائري الذي نص على هذا في المادة 124 مكرر منه، وهذا ما يجعل النظرية غير مستقلة وغير قائمه بذاتها فإذا كان المعيار الأول وهو قصد الإضرار بالغير ينطوي تحت الخطأ والذي تقام عليه المسؤولية التقصيرية فالعنصران الآخران لا علاقة لهما بالخطأ ولعل مضار الجوار غير المألوفة والتي يعبر عنها معيار الضرر الفاحش وإن لم يدرج ضمن معايير النظرية إلا أنه منصوص عليه في مواد أخرى كالمادة 691 ق م ج هي خير دليل على عجز المسؤولية التقصيرية أن تكون أساسا قانونيا لنظرية التعسف فكيف يكون الخطأ أساسا قانونيا لفعل مشروع في الأصل والبعض الآخر يجعل لها نظرية مستقلة ويقيمها في الباب التمهيدي لقانونه ومنها القانون المدني المصري .

نستنتج عدم دقة القوانين الوضعية في الفصل ما بين المفاهيم كما هو معمول به في الشريعة الإسلامية. من هذا يتبين أن المكان الذي يمكن توضع فيه أحكام هذه النظرية يرتبط أساسا بتحديد التكييف القانوني أو الأساس القانوني لها ومن هنا نلمس وضوح هذه النظرية ودقتها وشموليتها في الفقه الإسلامي، وفي المقابل قصورها في القوانين الوضعية، فلا مكان للغلو أو التطرف في الفقه الإسلامي من خلال نظريته إلى الحق كما أنه لا يقر التناقض بين مصلحة الفرد والجماعة بل بالعكس وفق بينهما كما أنه يعرف بمرونة لم يعرفها أي تشريع آخري تجابه كل تطور في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية وهذا لأن قواعده من وضع الشارع الحكيم فكان أجدر بالتشريعات العربية أن تصوغ نظرية التعسف في استعمال الحق كما جاءت بها الشريعة الإسلامية حتى تتفادى النقص والتناقض وتتفادى الصراعات الفقهية .

# قائمة المصادر والمراجع



## قائمة المراجع

أولاً: المصادر:

أ/ القرآن الكريم:

1. سورة البقرة.

2. سورة النور.

ب/ السنة النبوية:

3. سنن الترمذي، تحقيق وتعليق إبراهيم عوض دار عمران، بيروت.

4. صحيح البخاري، الإمام البخاري دار إحياء التراث، بيروت لبنان.

5. صحيح مسلم ضبط وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية.

ثانياً: المراجع:

أ/ المؤلفات:

6. ابن رشد، الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،

ج2، ط1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2008.

7. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، المجلد الثاني دار

الحديث، القاهرة، 2006.

8. أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، المحلى، ج9، دار الفكر، بلا مكان الطبع، بلا سنة طبع.

9. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1،

2009.

10. أنور السلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار

الثقافة، عمان، 2005.

11. بلحاج العربي أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر

والتوزيع، 2013، الجزائر.

12. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات

الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2008.

13. بن عباد، المحيط في اللغة، عالم الكتب، 1414 هـ - 1994 م، ط1، ج1.

14. حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، سنة

2007.

15. حمد التاجي، في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة الزواج والفرقة، دار التفوق، شبر الخيمة، 2001.
16. خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.
17. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته 1 ج، ط 02، دار الفكر، سورية، دمشق، سنة 1985.
18. زكريا أحمد البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1974.
19. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ط6، مطبعة السلام، مصر، 1987.
20. عبد الحميد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2004.
21. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، ج4.
22. عبد السلام التونجي، مؤسس المسؤولية في الشريعة الإسلامية منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس ليبيا ط1، 1994.
23. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، طبعة 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
24. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر المعرفة الرباط، ط2، 2014.
25. عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
26. العربي المجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة.
27. على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنة بالشرائع الأخرى، دار الفكر العربي 1416 هـ - 1984 م.
28. على فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، د ت ن، الجزائر 2002.
29. علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، 1992.
30. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984.
31. علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، سنة 1959، المكتبة القانونية بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

32. فتحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج3، دار العلم للملايين، بيروت، 1983.
33. فتحي عبد الرحيم عبد الله وأحمد شوقي محمد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
34. القاضي هشام قبلان، الزواج في الإسلام وأشكال الزواج المستحدث، مؤسسة الرحاب الحديثة، بيروت، لبنان، ط2، 1999.
35. قطاب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان دراسة مقارنة، ط3، دار الفكر العربي، بيروت 1984.
36. محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
37. محمد بن أحمد الشرييني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الخطيب، مطابع الشعب 1966.
38. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2006.
39. محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط1، الشركة الأهلية، بغداد، 1378 هـ - 1958م.
40. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، بيروت - لبنان، 1405 هـ م 1988، ط2.
41. محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ط بدون.
42. محمدي فريدة زاوي، المدخل إلى العلوم لقانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998.
43. مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، 2002.
44. منصور أمجد، النظرية العام للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان.
45. نبيل إبراهيم سعد المدخل إلى القانون، نظرية الحق ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

### ب/ المقالات

46. بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري ما بين الإلغاء والبقاء، مجلة الفقه والقانون، العدد العشرون، يونيو 2017.
47. خصوصا إذا علمنا أن هذا القانون أو المجلة قد صدرت سنة 1956 وذلك في الرائد الرسمي عدد 99 الصادرة في 17 غشت 1956، في وقت كانت الدولة التونسية خاضعة لسيطرة الاستعمار الفرنسي.
48. سامح عبد السلام محمد، في معايير التعسف في استعمال الحق، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد 08، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا برلين، 2013.
49. محمد الدجوى، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء: دراسة تحليلية مقارنة للتشريعات العربية، وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، جمهورية مصر العربية، ط1، 1972.
50. يوسف حميتو، مبدأ صلة اعتبار المآل بنظرية التعسف في استعمال الحق في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، مجلة المذهب المالكي العدد 12.

### ج/ المذكرات الجامعية

51. بيتور فاطمة الزهراء، الولاية على النفس بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007-2010.
52. مناد وفاء، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، المذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق 2014.

# فهرس المحتويات

المحتويات

|   |  |
|---|--|
| -   | البسمة   |
| -   | شكر وعران  |
| -   | الإهداء  |
|   | فهرس المحتوى   |
| أب  | مقدمة  |
| <b>الفصل الأول: التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية</b> |  |
| 2   | المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي.              |
| 2   | المطلب الأول: تعريف كل من الحق والتعسف لغة واصطلاحا.                         |
| 9   | المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وتقديرها.     |
| 15  | المبحث الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الوضعية             |
| 15  | المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريعات الغربية              |
| 20  | المطلب الثاني: معايير التعسف في القوانين والتشريعات العربية                  |
| 24  | المطلب الثالث: تقدير معايير التعسف في التشريعات العربية                      |
| <b>الفصل الثاني: مجال التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة</b>                 |  |
| 27  | المبحث الأول: ماهية الولاية وشروطها  |
| 27  | المطلب الأول: تعريف الولاية لغة واصطلاحا.                                    |
| 32  | المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الولاية والحكمة منها                   |
| 36  | المبحث الثاني: أحكام الولاية وموقف التشريعات المقارنة منها.                  |
| 36  | المطلب الأول: ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية.                        |
| 43  | المطلب الثاني: المركز القانوني للولي في قانون الأسرة الجزائري وامكانية تعسفه |

|    |               |
|----|---------------|
| 53 | الخاتمة       |
| 56 | قائمة المراجع |

إن موضوع هذا البحث هو " التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة " على ضوء الاجتهادات القضائية وأحكام التشريع والفقہ الإسلامي، حيث أن نظريه التعسف في استعمال الحق تعد من أهم النظريات التي غيرت النظرة الكلاسيكية إلى الحق باعتباره مكسبا مطلقا فأصبح ذا قيمة اجتماعية، إذ يعود الفضل لهذه النظرية في ضبط الأفراد حين استعمال حقوقهم المكفولة لهم، وذلك من خلال تقييد استعمالها بما يحقق الغاية من تشريعها، و بما يضمن مصلحة الفرد والمجتمع على حد سواء، وذلك من خلال وضع مقاييس تحدد متى يتحقق التعسف في استعمال الحق.

مع العلم أن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية منذ أربعة عشر قرنا خلت، وكانت السبابة إلى وضعها ثم أرسنها القوانين والتشريعات الوضعية وطبقها القضاء في الكثير من الأفضية.

### SUMMARY

The theory of abuse of rights and considered as one of the most important theories that has changed the legal thinking towards the absolute right, that then become a right characterized by the social values, preserving the individual rights through the limiting its use, while guaranteeing the interest of the individual and the community through the determination of criteria and cases of abuse of rights. This theory,

of abuse of rights, it s a product of Islamic legislation known fourteen centuries ago before it was adopted by contemporary legislation, as it is applied by the judicial organs in the corresponding cases. Keywords: The theory of abuse of rights; contemporary legislation; family rights