



Faculté :
Département :

العلوم الإسلامية
الشرعية

كلية
قسم

مسابقة الدخول لدكتوراه الطور الثالث، ل م د 2023/2022

Concours d'accès au doctorat 3^e cycle, LMD 2022/2023

Spécialité :	اسم الاختصاص: الشريعة والقانون	الاختصاص:
Variantes : 2 الخيار رقم:		
Epreuve :	قانون الأسرة المقارن	اختبار:
Durée :	ساعتان	المعامل:
Date :	11/02/2023	التوقيت:
	المدة:	Coefficient :
	التاريخ:	Heure :
		03
		15:00

إجابة النموذج الثاني: قانون الأسرة المقارن

السؤال الأول: (15 نقطة)

أثارت مسألة الولاية في الزواج جدلا كبيرا، بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المطلوب:

تحدث عن مفهوم الولي ومركزه القانوني في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي (رأي جمهور الفقهاء)، مدعما إجابتك بالنصوص القانونية والشواهد الشرعية الواردة مبرزا ملاحظاتك في ذلك.

السؤال الثاني: (5 نقاط)

عرّف نشوز الزوجة واذكر عناصره في الفقه المالكي مقارنة ذلك بقانون الأسرة الجزائري.

الإجابة عن السؤال الأول: (15 نقطة)

مقدمة: التعريف بالموضوع وإشكاليته وعناصره 02 نقاط

أولا: مفهوم الولي 02 نقاط

الولي شرعا هو الأب أولا ثم الذي يليه حسب ترتيب العصبية في الإرث على اختلاف المذاهب الفقهية.
- أما الولي قانونا فقد نص قانون الأسرة الجزائري على أن الولي هو الولي المعروف شرعا أو أي شخص آخر تختاره المرأة لحضور عقد زواجها.

ثانيا: مركز الولي في الفقه الإسلامي (رأي الجمهور) 04 نقاط

- الولاية في الفقه الإسلامي ركن من أركان عقد الزواج (على مذهب جمهور الفقهاء).....(1ن)

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة إلى أنه ليس للمرأة أن تتولى عقد زواجها، ولا زواج غيرها؛ وإنما الذي يزوجه هو ولها؛

- فإذا باشرته بالأصالة عن نفسها يكون باطلا مطلقا؛ أي سواء أكانت بكرا أم ثيبا، أذن لها الولي أو لم يأذن، سواء أكان الزوج كفؤا لها أم غير كفء، أو تزوجت بمهر المثل أو بأكثر منه أو أقل.....(1ن)

واستدلوا على ذلك بمايلي:

-عن أبي موسى ؓ أن النبي ﷺ قال: (لا نكاح إلا بولي) قالوا هو صريح في أن الزواج لا يصح بدون ولي.

-وعن عائشة ؓ أن النبي ﷺ قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن ولها فنكاحها باطل ...).....(1ن)

-فالولاية في الفقه الإسلامي ليست حبرا على المرأة، وليس نقصا في أهلية المرأة، بل هي للحفاظ على سمعتها وكرامتها وشرفها، ولهذا يشترط أغلب الفقهاء رضاها وموافقتها.....(1ن)

ثالثا: مركز الولي في قانون الأسرة الجزائري 04 نقاط

-الولاية في قانون الأسرة الجزائري شرط في عقد الزواج:.....(1ن)

-كان الولي في ظل قانون الأسرة قبل التعديل يشكل ركنا في عقد الزواج، وأصبح شرطا في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. حيث بينت المادة 09 مكرر شروط الزواج بقولها: (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق،

شاهدان، الولي، انعدام الموانع الشرعية للزواج) وهو بذلك خالف رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية اللذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج..... (1ن)

- وقد كرس المشرع الجزائري حق المرأة الراشدة في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، سواء كان أبا أو أحد الأقارب، أو أي شخص آخر تختاره؛ وهذا ما أكدته المادة 11 بنصها "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"..... (1ن)

- أما المرأة القاصرة فإن الولي يباشر عقد زواج ابنته بنفسه، ولا يكون مجرد عضو حاضر في العقد، وذلك ما نصت عليه المادة 2/11..... (1ن)

رابعا: ملاحظات حول موقف قانون الأسرة من الولاية : 02 نقاط

- المشرع الجزائري خالف الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال عقود الزواج، متأثرا باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، وذلك بتقديمه لمفهوم جديد للولي لا وجود له لا في الشرع ولا في أي قانون من قوانين الدول الإسلامية..... (1ن)

- المشرع الجزائري اتخذ موقفا متذبذبا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بمباشرة عقد الزواج بنفسها، فلم يقر إلغاء إذن الولي صراحة، ولم يقر اشتراطه صراحة، فعبارة (تعقد المرأة الراشدة زواجها) فيه إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة (بحضور وليها) لا تدل على الفعل ولا على الإذن؛

وبناء على ما سبق نرى أن المشرع الجزائري لم يوفق في مسألة الولاية في تعديله الأخير لقانون الأسرة الجزائري 02-05، وعليه أن يعيد النظر في التعديل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، مع مراعاة أعراف ومبادئ الزواج في المجتمع الجزائري..... (1ن)

خاتمة : خلاصة ونتائج 1 نقطة

تعريف النشوز: هو خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة للزوج. 1 نقطة

عناصر النشوز: 3 نقاط

- منعها زوجها من الوطاء أو الاستمتاع.....(1ن)
- خروجها بغير إذن زوجها لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه.....(0.5ن)
- تركها حقوق الله تعالى كالغسل والصلاة و صيام رمضان (0.5ن)
- إغلاق الباب دونه..... (0.5ن)
- خيانتها في نفسها أو ماله.....(0.5ن)

أما النشوز القانوني فهو رفض الزوجة الرجوع إلى بيت الزوجية بعد الحكم عليها به. 1 نقطة