



جامعة محمد خيضر بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الفرع: حقوق

التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة) :

عباس كلثوم

عميشي وهيبة

يوم: ...../...../2022

عنوان المذكرة

التراضي في عقد الزواج

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة بسكرة	أ.مح أ	مستاري عادل .
مشرفا ومقررا	جامعة بسكرة	أ. مح أ	لمعيني محمد
مناقشا	جامعة بسكرة	أ. مح أ	عاشور نصر الدين



# الإهداء

الى روح والديا الطاهرين رحمهم الله الى سندي

في الحياة

زوجي العزيز الى ابنائي وبناتي قره عيني

الى اخوتي واخواتي

# شكر وعرفان

أتقدم بشكر الجزيل الى كل من ساهم من بعيد

أو من قريب في إنجاز هذا العمل

ونخص بالذكر:

الأستاذ المشرف الدكتور

لمعيني محمد

مقدمة

## مقدمة:

إن بلوغ الغاية السامية من الزواج ، وإقامة مجتمع سليم يتوقف على العديد من الاعتبارات الدينية والأخلاقية ، ويتوقف كذلك على الطريقة التي ينشأ بها عقد الزواج ، وعلى الرغم من خصوصية عقد الزواج ومنزلته الراقية التي أحاطته بها الشريعة الإسلامية ، إلا أنه لم يبقى في منأى عن التطورات التقنية الحديثة وهو الأمر الذي تولدت عنه العديد من النوازل التي لازالت بحاجة إلى اجتهاد فقهي جماعي وتوجه قانوني صريح وقد أولى الإسلام الزواج اهتماما خاصا وأفرد له أحكاما تؤسس لها تأسيسا سليما ، لأنه السبيل الوحيد الذي ارتضاه سبحانه وتعالى لاجتماع الذكر بالأنثى وأحاطه بسياج منيع يحميه من الفساد لتعلقه بالفروج والأنساب وفصل ضوابطه على غير عادته من تقرير الكليات والقواعد الكلية تنبئها على خصوصيته ، ونعته بالميثاق الغليظ تعظيما لشأنه وخطورة عقده ، وجعله غريزة مطردة في كل مخلوقاته ، قال تعالى : "ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون". وقد انعكس هذا الاهتمام الخاص الذي توليه الشريعة لعقد الزواج ، على شكل العلاقة الزوجية وطريقة تكوينها ، فلم ينشأ الله سبحانه وتعالى أن يكون اتصال الزوجين كباقي العوالم الأخرى فوضى بلا ضوابط أو قيود ، بل اتصالا كريما مبنيا على الرضا والبر والتقوى ، قال سبحانه وتعالى : " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" ، فالنفوس البشرية لا ترتاح في العادة إلا لمن يماثلها ، وتسكن إليه ، وتتفر ممن يخالفها لقول نبي الله صلى الله عليه وسلم: "الأرواح جنود مجندة فما تعارف منها ائتلف وما تناكر منها اختلف" ، ومن هنا كان التراضي من أهم محكات في بناء العلاقة الزوجية السليمة ، وأوثق العرى في نماء السعادة الزوجية واستمرارها ، ولأجل ذلك شرع النظر بين المخطوبين ، لما له أثر بالغ في تكوين عناصر التراضي واستدامة روافده بعد الزواج ، وفي السنة أن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه خطب امرأة من الأنصار فقال له نبي الله صلى الله عليه وسلم: "أنظر إليها فذلك أحرى أن يؤدم بينكما".

علاوة على ذلك أن من القضايا المهمة في حياة الإنسان واستقامة المجتمعات هي القضايا المتعلقة بالزواج هذا الأخير حظي باعتراف الفقهاء المسلمين وكذا القوانين الوضعية من بينها القانون الجزائري الذي حاول ومازال يحاول تحديث قانون الأسرة ليتماشى مع باقي التشريعات الدولية منها والعربية ، فبالزواج تتكون العائلة والأسرة التي تعتبر أهم تركيبة اجتماعية وذلك

لطابعها المميز بشريا وكذا الدور الأساسي والفعال في تحريك المجتمع وتغيير أو تحديد اتجاهه ، ويعتبر الزواج أول خطوة من اجل تحقيق ذلك، قال تعالى في سورة الروم " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

فقد كرم الله الإنسان عن سائر المخلوقات ولم يتركه لما تميل له غرائزه ونزواته الشخصية ،فشرع له الزواج من أجل تكوين أسرة ، تستند في قيامها على المودة والرحمة وتحقيق التكافل والترابط بين الزوجين ، وعليه يكتسي الزواج أهمية كبيرة في الإسلام ، فقد اعتنى الفقهاء المسلمين والقوانين الوضعية المختلفة لمفاهيمه أين تطرقوا إلى طبيعته ، ووضعا له أركان وشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو غير متفق عليه ،ومن هذا فإن الزواج يعتبر رابطة روحية مقدسة ومعظمة بنظام شرعي وقانوني لتكوين أسرة وهو بوابة العلاقات الأسرية ونقطة بدايتها وذلك مارمت إليه سنن الله الكونية ، فالزواج هو الارتباط الوحيد والمشروع بين الرجل والمرأة والطريق الوحيد للتناسل والحفاظ على الجنس البشري .، فضلا عن كونه باب التواصل ، فهو يقي الإنسان من الانحراف والاضطراب النفسي والعاطفي ، فللزواج قيمة كبرى في حياة الإنسان وفي وجود الأسرة ، ولأن الزواج بهذه الأهمية فلم يترك الشارع الحكيم أسسه بغير تنظيم وإنما نصت الآيات القرآنية على أحكام إنشائه وانقضائه بصورة تكاد تكون تامة ، فالشريعة الإسلامية هي أصل أحكام الأسرة عند المسلمين منها تؤخذ القواعد وتستنبط الأحكام ، وبذلك وضع الإسلام وأرسى نظاما محكما للزواج قائم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود، وذلك نظرا للآثار الخطيرة التي يرتبها ليس على طرفيه المتعاقدين فقط ، بل تمتد وتتعدى لتصل إلى الأسرة والمجتمع ،باعتبار أن عقد الزواج حقا للمرأة كما للرجل فهما يشتركان في هذا الحق على حد سواء، بل وأن الفقه الإسلامي جعل من أركان الزواج الرجل والمرأة ، بحيث لايمكن لهذا العقد أن يقوم بغير رضا طرفيه، ولكي يقوم هذا العقد ويساهم في استقرار الأسر والمجتمعات فإنه كان لزاما عليه أن يقوم على أسس سليمة بين طرفيه ،إذ يعد الرضا أبرزها وأهمها نظرا للدور البالغ الذي يلعبه في نشوء الأسرة واستقرارها .

وقد تبنى المشرع الجزائري أحكام الرضا في ظل أحكام قانون الأسرة المستمدة جلها من الشريعة الإسلامية، لكن في ذات السياق فقد تأثر في صياغته لتلك النصوص بالمبادئ المستوردة من

الاتفاقيات الدولية التي تهتم بالقضايا الأسرية وبقضايا المرأة، وتعد مسألة الرضا من أبرز اهتماماتها فقد أولتها عناية خاصة ولما كان الزواج بهذه السمات فقد كان لازما أن يتميز عن بقية العقود الأخرى، ومن هذا المنطلق تبرز أمامنا الإشكالية الأساسية التي تتور في هذا الشأن: هل وفق المشرع الجزائري في منح ركن الرضا الحماية القانونية اللازمة التي تتوافق ومتطلبات الشريعة الإسلامية ؟

وفي سبيل الإجابة عن هذا التساؤل رصدت الأهداف والأسباب التالية:

**المنهج المتبع في الدراسة :** اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على المناهج الآتية:

**المنهج التحليلي :** وذلك لمعرفة حيثيات الموضوع ،وكذلك تحليل النصوص والمواد القانونية التي تخدم هذا الموضوع وباعتبار أن التحليل يقوم على تجميع المادة العلمية. **المنهج الوصفي :** وذلك لأن طبيعة الموضوع تتطلب دراسة ظاهرة ، أو عند عرض النصوص القانونية المتعلقة بتلك المسائل.

**أهمية الدراسة :** يمكن استخلاص أهمية هذه الدراسة في الأهمية العلمية والأهمية العملية فالأهمية العلمية تكمن في أن التراضي في عقد الزواج ركن هاما يجب توفره في نشوء العلاقة الزوجية واستمراريتها ،أما من الناحية العملية فتكمن في كون التراضي في عقد الزواج تتعلق بالميثاق الغليظ بين الرجل والمرأة .

**أهداف الدراسة :** إنّ ما نهدف إليه من خلال دراستنا إلى تسليط الضوء على موضوع التراضي باعتبار له أهميته في استمرارية العلاقة الزوجية ،وهذا ما أكدت عليه القوانين الوضعية؛ ومن ثم فإن النص عليه في قانون الأسرة هو تحصيل حاصل ،و ذلك لأن تكوين الأسرة المتماسكة واستدامة الحياة الزوجية في جو من الهدوء و الاستقرار بعيدا عن دواعي الشقاق والاضطراب؛ لا ينتظم إلا بوجوده، ووجود عيب فيه أو غيابه يعني بالضرورة النفور وحصول النزاع ،خصوصا ما إذا صاحبه تغيير أو إكراه ،و من هذا المنطلق جاءت نصوص الشريعة حاسمة لكل ما قد ينجم عن تخلفه من شقاق ،وذلك من خلال إقرار حق الفسخ حسب الظروف والأحوال ، وإناطته بالزوجين بسبب توقف عقد الزواج على إرادتهما ورضاهما.



**أسباب اختيار الموضوع:** انطلاقاً من الأهمية التي يكتسبها ركن التراضي في انعقاد الزواج وإظهار مكانة و متانة النظام الأسري في الحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع، فقد تم اختياري لموضوع التراضي في عقد الزواج لعدة أسباب منها أنه مرتبط بالواقع المعاش للناس، وبالمصالح المعتبرة شرعاً للمكلفين، وباعتبار أن التراضي هو شرط لصحة كل العقود والمعاملات بين الناس .

**تقسيم الدراسة :** لتحقيق الأهداف المرجوة من البحث ، فقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين،

فتناولت في الفصل الأول ماهية الرضا في عقد الزواج ، وأهميته وضوابطه وشروط صحته من توافر الأهلية وخلوه من عيوب الإرادة وأما الفصل الثاني فتطرقت إلى الإطار التشريعي للرضا في عقد الزواج والقيود الواردة عليه في منظور الاتفاقيات الدولية ، وختمت البحث بخاتمة بينت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج ، مع بعض الاقتراحات المتعلقة بالموضوع.

# الفصل الأول

مفهوم التراخي في عقد

الزواج وطرق التعبير عنه

## الفصل الأول: مفهوم التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

يعتبر الزواج بوابة العلاقات الأسرية ونقطة بدايتها وذلك ما رمت إليه سنن الله الكونية ، فالزواج هو الارتباط الوحيد المشروع بين الرجل والمرأة والطريق الوحيد للتناسل والحفاظ على الجنس البشري فضلا عن كونه باب التواصل ،وسبب الألفة والمحبة والفضيلة ،فالزواج له أهمية كبيرة في حياة الإنسان وفي وجود الأسرة ،ولأن الزواج بهذه الأهمية لم يترك الشارع الحكيم أسسه بغير تنظيم وانما نصت عليه الآيات القرآنية على أحكام إنشائه وانقضائه بصورة تكاد تكون تامة فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود ،ولكي يقوم هذا العقد ويساهم في استقرار الأسر والمجتمعات كان لزاما أن يقوم على أسس سليمة بين طرفيه، إذ يعد الرضا أبرزها وأهمها نظرا للدور البالغ الذي يلعبه في عقد الزواج وهوما سنبينه في هذا الفصل من خلال ما يلي :

**المبحث الأول: ماهية ركن التراضي في عقد الزواج .**

**المطلب الأول: مفهوم الزواج وبيان أركانه**

**المطلب الثاني: الشروط الشكلية والموضوعية في عقد الزواج.**

**المطلب الثالث : خصوصية عقد الزواج .**

**المبحث الثاني: سلامة التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه.**

**المطلب الأول: سلامة التراضي في عقد الزواج .**

**المطلب الثاني: طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج .**

## المبحث الأول

## ماهية التراضي في عقد الزواج

اهتم الإسلام بالأسرة ،ودعا للحفاظ عليها وتحسينها ، وحماية حقوق أفرادها وجعلها صورة مصغرة للمجتمع ، ودعامته الأولى ،وجعل لها نظاما متميزا يقيها حر الفتن ، التي تتربص بها في كل وقت وحين ، وقيدها بمجموعة من الضوابط والأحكام ، التي حددت بموجبها مسؤولية كل عضو فيها ولما كان الزواج نواتها الأولى التي تنشأ منها أوجب لعقده شروطا وأركاناً لا يتأتى إلا بتوافرها، ونفى عنه كل ما من شأنه أن يصرفه عن تحقيق غاياته السامية ،ولأنه من العقود الثنائية التي تحتاج في قيامها إلى توافق الإرادتين ،لزم أن يتم برضا الزوجين لأنهما أساس العقد وطرفاه ، دون الحاجة إلى أية طقوس دينية ، أو تدخل سلطة مدنية لإبرامه ، ومن ثم كان الرضا سمتة البارزة وهو ما سنبينه في هذا المبحث من خلال ما يلي :

**المطلب الأول:** مفهوم الزواج وبيان أركانه.

**المطلب الثاني:** الشروط الشكلية والموضوعية في عقد الزواج.

**المطلب الثالث:** خصوصية التراضي في عقد الزواج.

**المطلب الأول:** مفهوم الزواج وبيان أركانه

الرابطة الزوجية من سنن الله عز وجل في الخلق والتكوين ، ميزه الله سبحانه عن غيره من خلال اشتراط استوفاء أركانه وشروطه ، وضوابطه ، بين عقائدية ،بما يكفل مصلحة الزوجين والأسرة والمجتمع وفيما يلي توضيح ذلك :

**الفرع الأول:** تعريف عقد الزواج

نتناول في هذا الفرع تعريف الزواج في اللغة ، والفقهاء والقانون ، وبعض أحكامه المستنبطة من النصوص الشرعية .

## أولاً : تعريف العقد

1- في اللغة : العقد في اللغة نقيض الحل ، عقده يعقده عقداً وتعقداً، وعقده وقد انعقد وتعقد ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها<sup>1</sup>، والعقدة ما يمسكه ويوثقه وعقدة النكاح إحكامه وإبرامه.<sup>2</sup>

## 2- في الفقه : يطلق فقهاء الشريعة لفظ العقد على معنيين :

أ- الأول ( المعنى العام) : هو قريب من المعنى اللغوي ولكنه أخص منه ، فيشمل كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به وترتب عليه حكم شرعي ، سواء كان هذا الالتزام من طرفين متقابلين أو من طرف واحد ، وهو ما أشار إليه ابن العربي في قوله تعالى : ﴿يأيتها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾<sup>3</sup> حيث قال : ((فربط العقد تارة يكون مع الله ، وتارة يكون مع الآدمي ، وتارة يكون بالقول وتارة بالفعل))<sup>4</sup> وأشار إليه السيوطي أيضاً في تقسيم العقود أيضاً في تقسيم العقود بقوله (( ومنها ما لا يفترق إلى إيجاب وقبول كالهديّة، وما يفترق إليهما كالبيع ، والصرف ، والسلم ، والنكاح "

ب- الثاني ( المعنى الخاص ) : وهو ما يتوقف تمامه على رضا الطرفين ، وتوافق إرادتين، وهو المعنى الشائع والمشهور في كتب الفقه.

ومن التعريفات الواردة على هذا المعنى ما جاء في مجلة الأحكام العدلية (( العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول)).

ج- في القانون : تعددت تعاريف للعقد ، نقتصر على بعضها ، حيث تم تعريفه بأنه : (( توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله ، أو إنهاؤه))

<sup>1</sup> الزبيدي محمد مرتضى ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الستار أحمد فراج ، ج 8 ، ط2 ، مطبعة الكويت 1965 ، ص 1.394 -

- الفيومي أحمد بن محمد ، المصباح المنير ، د، ط، مكتبة لبنان بيروت 1987 ، ص 2.421.

- سورة المائدة ، الآية : 01.<sup>3</sup>

- أحكام القرآن ، تعليق محمد عبد القادر عطا ، ج 2 ، ط3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1424 هـ ، ص 6.<sup>4</sup>

وبأنه (( ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله )) ، وبأنه : (( توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني<sup>1</sup> ))

وعرفته المادة 54 من ق م بأنه : " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ((. ))

وقد تضمن هذا التعريف معنى العقد والالتزام جميعا ، وهذا بالرغم من أن القانون غالبا ما يخص العقد بما كان لا بد فيه من إرادتين ، أما ما كان بإرادة واحدة فلا يعتبر عقدا<sup>2</sup> والمتأمل في التعريف الفقهي، يلاحظ أن الفقهاء ينظرون إلى العقد كونه ارتباطا شرعيا تولد عنه اتفاق ، وليس نفس الاتفاق ، كما يلاحظ من خلال المقارنة بأن التعريف الفقهي أحكم ، والقانوني أوضح<sup>3</sup>.

### ثانيا : تعريف الزواج

#### 1- في اللغة :

#### أ- الزواج لغة:

الزواج في اللغة يعني الازدواج، والاقتران، والمخالطة، والارتباط، والزوج البعل والزوجة، وخلاف الفرد، ويقال للثنتين هما زوجان وهما زوج، والأزواج القرناء، وتزوجه النوم خالطه، والمزوجة الازدواج<sup>4</sup>.

ب - النكاح لغة: من الفعل نكح ينكح نكحا، وهو البضع، ويجرى مجرى الترويح، وامرأة ناكح، أي ذات زوج، ويدل أيضا على مقارنة شيء لشيء، ومنه قوله تعالى: " وزوجناهم بحور عين " والمتأمل في التعريفين لا يجد فرق بينهما، وهو ما أكده صاحب اللسان بقوله: "والزواج والنكاح لفظان مترادفان لمعنى واحد، أي أن كلا من اللفظين بمعنى آخر، ونكح فلانا امرأة ينكحها إذا تزوجها".

1 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط1، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 1993، ص38

2 - محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي، ط2، دار الكتاب الحديث القاهرة، 1996، ص518.

3 - مصطفى أحمد الزرقاء، ج1، مرجع سابق ص 384-385.

4 - الفيروز أبادي محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة ، بيروت

2- في الفقه: تباينت عبارات الفقهاء في تعريفه نذكر منها:

أ- عند الفقهاء المتقدمين:

عرف الحنفية انه: "عقد يفيد ملك المتعة قصدا"، والمالكية بأنه: "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرمة وغير مجوسية، أو أمة كتابية بصيغة، لقادر محتاج، أو راج نسلا"، والشافعية بأنه: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ انكاح، أو تزويج أو ترجمته"<sup>1</sup> والحنابلة بأنه: "عقد تزويج"<sup>2</sup>. وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تدور في فلك واحد تقريبا وهو أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع، ولا شك أن قصر معنى النكاح على المتعة غير سديد، لأن المتعة بعض مقاصده وليست كلها، بل هي المقصد الأسمى منه هو التنازل، وحفظ النوع الإنساني وحصول الأنس والمودة.<sup>3</sup>

ب- عند الفقهاء المعاصرين:

وردت فيه عدة تعريفات منها أنه: "عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا مثل صاحبه، وواجبات عليه" أو أنه "عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا مثل صاحبه وواجبات عليه" أو أنه: "عقد بين رجل وامرأة يبيح استمتاع كل واحد منهما بالأخر، ويبين لكل منهما من حقوق، وما عليه من واجبات، ويقصد به الحفظ النوع الإنساني"<sup>4</sup> وعليه وبناء على ما تقدم يمكن تعريف الزواج بأنه: "عقد شرعي بين ذكر وأنثى، بالغين مختارين، خالين من العيوب والموانع الشرعية، لاستحالة الوطء، وإنجاب الذرية، وتكوين الأسرة، يفرض لكل منهما حقوق وواجبات"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الشربيني محمد بن محمد، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 2000، ص 200.

<sup>2</sup> - ابن قدامة عبد الله بن أحمد المغني، ج9، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر و التوزيع، الرياض، 1997، ص 339.

<sup>3</sup> - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص17.

<sup>4</sup> - عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص 491.

<sup>5</sup> - محمد سليم مصطفى، الخصوصية الشرعية لعقد الزواج، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، ع 183، 1439هـ، ص 36.

## 3- في القانون

لم تخرج تعريفات القانونيين للزواج عن تعريفات الفقهاء ،وعليه يمكن تعريفه بأنه: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ،بما يحقق مايتطلبه النوع الإنساني مدى الحياة، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات قبل الآخر " <sup>1</sup>

وهذا التعريف يشبه تماما مانصت عليه المادة 40 من القانون الأسرة : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ،من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" <sup>2</sup>.

## ثانيا :أهمية الزواج

لا تقتصر أهمية النكاح على مجرد المتعة بل هي متنوعة، "الأولى دفع غوائل الشهوة عنه، والثانية التنبيه باللذة الفانية على اللذة الدائمة ،لأنه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه إذا عمل الخير نال ما هو أعظم وسارع إلى فعل الخيرات ،والثالثة المسارعة في تنفيذ إرادته الله سبحانه وتعالى ورسوله ، أما إرادة الله عز وجل فإنه أراد بقاء الخلق إلى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلا بالنكاح ،وأما إرادة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلقوله: " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكل الأمم" <sup>3</sup>، والرابعة بقاء الذكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح)) <sup>4</sup> ، والخامسة طلب الغنى، وقال تعالى: ((وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم )) <sup>5</sup>، فهذا وعد من الله بإغناء من سلك طريق الزواج وقصد اعفاف نفسه به <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2008، ص23.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 15 بتاريخ 27 فيفري 2005

<sup>3</sup> - رواه أبو داود، ح ر 2050 وصححه الألباني في الارواء.

<sup>4</sup> - خليل بن إسحاق، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لأبن الحاجب، ج3، ط1، مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث، مصر، 2008، ص505.

<sup>5</sup> - سورة النور ، الآية :32.

<sup>6</sup> - الصابوني محمد علي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القران ، ج2، ط3 مكتب الغزالي، دمشق، 1980، ص182.



### الفرع الثاني: أركان الزواج

إن عقد الزواج كأبي عقد من العقود لا يتصور له وجود ولا اعتبار شرعي؛ إلا إذا توفرت أركانه وشروطه، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على وجوب توفرها حماية للعلاقة الزوجية وما ينبثق منها.

#### أولاً: تعريف الركن الزواج

**1- في اللغة:** ركن الشيء جانبه الأقوى والأمر العظيم<sup>1</sup>، وهو يأوي إلى الركن شديد أي عز ومنعة، ويقال جبل ركين؛ أي له أركان عالية<sup>2</sup>.

**2- في الفقه:** ركن أي شيء هو الجانب القوي فيه، وما لم يتم إلا به وهو داخل فيه، بخلاف الشرط فهو خارج عنه<sup>3</sup>، فالركن إذا ما يقوم عليه الشيء ويكون جزءا داخل في ماهيته، كإيجاب والقبول في العقد<sup>4</sup>، وأما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود ذلك الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده<sup>5</sup>، فيكون الفرق بين الشرط والركن؛ أن شرط الشيء ما يتم به الشيء، ويتوقف عليه لكنه خارج عنه، كالركوع في الصلاة فهو ركن، لأن الصلاة تتوقف عليه مع أنه داخل فيها، وأما الوضوء فهو شرط لها، وهي تتوقف عليه مع أنه خارج عنها<sup>6</sup>، وبهذا يكون كل من الشرط والركن، لا بد منه لتحقيق المسمى شرعا، غير أن الركن يكون داخلا في حقيقة المسمى، بخلاف الشرط<sup>7</sup>.

**3- في القانون:** يمكن تعريفه بأنه: ((ما تتكون منه حقيقة العقد، ولا تثبت ماهيته ثبوتا حسيا (إلا به)).

#### ثانيا: الأركان الواجب توفرها في عقد الزواج

عمد المشرع الجزائري إلى جملة من التعديلات بخصوص عقد الزواج، ومن جملتها ما يتعلق بالأركان، حيث قصرها على الرضا الذي يتم بين الزوجين، وليس بين الرجل وولي المرأة، وهو ما نصت عليه المادة 04 من قانون الأسرة بقولها: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على

<sup>1</sup> - الفيروز أبادي، مرجع سابق ص1201

<sup>2</sup> - ابن فارس، ج2، مرجع سابق ص 430

<sup>3</sup> - الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، تحقيق باسل عيون السود، ط2، الدار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص116.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983، ص94

<sup>5</sup> - الجرجاني، مرجع سابق، ص 209.

<sup>6</sup> - النملة عبد الكريم بن علي، المهذب في أصول الفقه، ج1، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع الرياض 1999، ص1963.

<sup>7</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج22، ط2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1992، ص110.

الوجه الشرعي "وأكدته المادتان 09 و33 من قانون الأسرة فلم يعتبر من الأركان إلا الرضا، أما الولاية والصداق والإشهاد فهي شروط صحة لا غير، كما جعل الولاية حرية شخصية، فللمرأة أن تختار من تشاء، حيث نصت المادة 11 من قانون الأسرة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره"، والمتأمل في عبارة "تعقد" يفهم أن المشرع أسند الفعل للمرأة، بينما "بحضور وليها" يفهم منه مجرد الحضور الشكلي من باب المشاركة لا غير، ولا شك أن هذا يمثل مخالفة لأحكام الشريعة، ومناقضة لمقاصدها في اعتبار الولاية، وذريعة لانتشار الزواج السري العرفي، ما يترتب عليه من أضرار جسيمة تصيب المرأة وتؤثر على العلاقة الزوجية، وما يقال عن الولاية ينسحب لباقي الأركان الأخرى.

### المطلب الثاني : الشروط الشكلية والموضوعية لعقد الزواج

كل عقد من العقود له أركان وشروط، فالأركان بها قوام الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا بها لكونها جزء من حقيقته وتدخل في عملية بنائه وتكوينه كما في الركوع بالنسبة للصلاة ( ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه عدم)، أما الشروط فهي ما يتوقف عليها وجود الشيء وتكون خارجة عن حقيقته فهي لا تدخل في عملية التكوين والإنشاء كالوضوء بالنسبة للصلاة (ما يلزم من عدمه عدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم).

### الفرع الأول: الشروط الموضوعية

**1- أهلية الزواج:** فالرضا لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا عن شخص بالغ عاقل، ولم ينص المشرع عن الأهلية ليس غفلة منه، وإنما لأن الرضا لا يكون سليما إلا إذا كان صادرا عن عاقل بالغ، والبلوغ منضوي تحت السن المكتملة للأهلية وهي حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة تمام 19 سنة بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء، وهو نفس السن المحدد في نص المادة 40 من القانون المدني لصحة وسلامة كافة التصرفات القانونية، مع إمكانية أن يرخص القاضي بالزواج قبل سن 19 سنة لمصلحة أو ضرورة تخص أحد الأطراف، إذا ما أثبت قدرته على الزواج، بحيث يكتسب الزوج القاصر بعد ذلك أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والالتزامات. وملاحظ أن المشرع وضع نصب عينيّه عند تحديده لسن الزواج بـ 19 سنة مصلحة الفرد والمجتمع فعند هذا السن يكون الشخص عادة كما تؤكد مختلف العلوم قد وصل إلى اكتمال في النمو الجسمي والنفسي والعقلي بما يسمح له بتحمل مسؤوليات الزواج الرجل بالقدرة على العمل والكسب

والمرأة بالقدرة على الإنجاب، فحق الزواج لا يمنع من تحديد سن مناسب لمباشرته بما يحقق أهدافه، فالتحديد هنا هو إجراء تنظيمي يجوز للسلطة التشريعية، وذلك مقابل من يرى بأن تحديد سن الزواج لم يكن معروفا عند المسلمين بل تتحكم فيه إرادة الأطراف.

أ- **الإيجاب والقبول**: منصوص عليها بوضوح في المادة 10 وتتضمنها المادة 9 من قانون الأسرة في إطار ركن الرضا، باعتبارها دالة عنه. والصيغة هي اللفظ الذي يستعمله الموجب للتعبير عن إيجابه والقابل للتعبير عن قبوله، فالرجل يستعمله مباشرة إذا كان حاضرا بمجلس العقد وإلا استعمله وكيله الذي يمثله وينوبه، والمرأة يستعمله وكيلها الذي هو وليها، فتكون الصيغة مثلا في قول الخاطب لولي المخطوبة (أريد أن أتزوج ابنتك فلانة) ويقول الولي (رضيت، أو قبلت)، أو ما في معناهما مما لا يدع مجالا للشك في انعقاد العقد، وهنا أكد الفقهاء على استعمال الألفاظ التي تدل على الماضي لتأكيد الانعقاد، كما منع البعض استخدام لفظ أعطني كونه يدل على الهبة، غير أن المالكية أجازوا استخدام عبارة أعطني يد ابنتك كما هو شائع في أغلب المناطق الجزائرية شرط ذكر الصداق.

#### ب- بعض شروط الصيغة ( الإيجاب والقبول):

- عدم اشتراط اللغة العربية في الإيجاب والقبول، وكذلك جواز استعمال ما يدل على النكاح والزواج.

- أن يكونا شفويين متلفظ بهما للقادر عليهما، وبالكتابة والإشارة للعاجز عن الكلام.

- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس العقد بحضور شاهدين أمام موثق أو موظف مؤهل لذلك قانونا.

- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد هو مجلس العقد، وهذا ما تقتضيه الفورية في الألفاظ بحيث يكونان في آن واحد، ويجوز الفصل اليسير كافتراق الجانبين لمشورة يسيرة .

- أن لا يكون الإيجاب والقبول مشتملين على شرط يناهض مقصود العقد، كعدم الإنجاب أو سقوط النفقة.

- أن لا يكون الإيجاب والقبول لأجل معين، فيكونان على الدوام لفساد المتعة وبطلانه.

2- **الصدّاق**: هو ما يبذل للمرأة في نظير العقد عليها، ويعتبر من أهم شروط عقد الزواج، وأحد أهم آثاره المترتبة عنه، واختصارا وتجنباً للتكرار سنتعرض للصدّاق أو المهر بالتفصيل عند التعرض لآثار عقد الزواج.

3- **الولي**: الولي هو شخص منحه القانون سلطة على نفس الغير (ولاية على النفس) أو على ماله (ولاية على المال) أو عليهما معا (على النفس وعلى المال)، ولا ينال الولاية على النفس كالزواج إلا من توافرت فيه الشروط القانونية التي تجعل من الولي شخصا رحيما بمن في ولايته، وشروط الولاية في الزواج وفق الجمهور هي (الأهلية، القرابة، الإسلام، العدل، الذكورة).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على انعقاد عقد الزواج بالتراضي بين الطرفين، ومع ذلك نصت المواد 11، و13 على الولي مسايرة للأراء الفقهية التي تقول بأن المرأة لا تستطيع بنفسها أن تتولى عقد زواجها، وأن عقد الزواج لا ينعقد بلفظ المرأة بل لابد لها من ولي يتولى بدلها مباشرة الصيغة في عقد الزواج، وهذا بالتعبير على إرادتها فقط وليس لاتخاذ القرار مكانها.

4- **الشاهدين**: اختص عقد الزواج بشرف الإشهاد عليه لما اشتمل عليه من مزايا وما انطوى عليه من آثار عظيمة، والشهادة مأخوذة من المشاهدة بأن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، وتعد من ضمن وسائل الإثبات عند حصول أي منازعة، وبالتالي فحضور الشهود يخرج الزواج من السرية للعينية، ولا تكون شهادة الشخص كاملة في عقد الزواج إلا بتوافر شروطها وهي (الأهلية، السن-21 سنة لشهود الحالة المدنية-،الإسلام)، أما بالنسبة لنصيب الشهود فإن نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة كان واضحا بتحديد نصابها في شاهدين اثنين كحد أدنى دون تفرقة بين الذكر والأنثى وبين الأقارب والأباعد، خلافا لما هو متعارف عليه في الشريعة الإسلامية من أن الشهادة تكون من رجلين أو رجل وامرأتان.

5. - **انعدام الموانع الشرعية للزواج**: بمعنى خلو ذمة المرأة المعقود عليها من الموانع الشرعية، وأن لا يكون بين الطرفين مانع من موانع الزواج، وتنقسم المحرمات من النساء وفق نصوص المواد 23 إلى المادة 30 من قانون الأسرة إلى قسمين أساسيين:

المحرمات حرمة مؤبدة: أي المحرمات من النساء على سبيل التأييد، فسبب التحريم هنا يبقى قائم ودائم لا يزول وأسبابه ثلاثة هي (القرابة، المصاهرة، الرضاع).

المحرمات على سبيل التأقيت: فالتحريم هنا غير مؤبد، وإنما مؤقت بزوال سبب التحريم وحصرها  
المشرع الجزائري في ست أحوال وهي:

المرأة المتزوجة، المعتدة من الغير من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا لمن طلقها، المرأة التي لا  
تدين بدين سماوي (المشركة)، الجمع بين محرمين (كالجمع بين الأختين، أو بين المرأة وخالتها، أو  
بين المرأة وعمتها)، الجمع بين أكثر من أربع زوجات.

### الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الزواج

أقرت معظم القوانين الوضعية من بينها القانون الجزائري مجموع الشروط الموضوعية والأركان  
السابق ذكرها مع اختلافات في التسمية والترتيب ، وحتى تكتمل تلك الشروط ويتم العقد بطريقة  
صحيحة استوجب استحضار شروط شكلية تمنح للعقد الصفة الرسمية والتمثلة في تسجيل العقد.

**أولاً- البيانات والوثائق الواجب توافرها لتوثيق عقد الزواج :** إن وثيقة الزواج من أهم الوثائق التي  
تثبت قيام حالة تتصل بأحلى مرحلة من مراحل عمر الإنسان ،قد اهتم بها القانون لما لها من آثار  
على وضعية الإنسان من أجل المساهمة في إنجاب الأطفال ،وبناء أسرة متحابية و متماسكة في  
ظل الأخلاق والآداب العامة ،لذلك أوجب القانون لتكون هذه الوثيقة رسمية<sup>1</sup> وصحيحة أن تتضمن  
بيانات وثيقة الزواج ومن بين البيانات:

- ذكر اسم ولقب وتاريخ ومكان ولادة كل واحد من الزوجين.
  - ذكر اسم ولقب كل من أب وأم الزوجين.
  - اسم ولقب وعمر كل واحد من الشهود الحاضرين .
  - الإذن بالزواج لمن يشترط القانون سبق الإذن لهم.
  - الإعفاء من سن الزواج لمن لم يبلغ السن القانوني.
  - إثبات موافقة الأولياء بالنسبة للقاصر والمحجور عليه.
- غير أن هناك وثائق يتم تقديمها في تحرير عقد الزواج في الحالات العادية:
- شهادة ميلاد الزوج والزوجة ، محرر بتاريخ أقل من ثلاثة أشهر .
  - الدفتر العائلي إذا تعلق بشخص سبق له الزواج .

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد ،نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ط2، دار هومة، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 54.

- شهادة الإقامة إذا كان الموثق لا يعرف شخصيا حقيقة مسكن أو محل إقامة الزوجين، أو أحدهما ومن خلال نص المادة 07 مكرر التي أضيفت إلى قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 نجد أنها تنص في الفقرة الأولى على أنه يجب على طالبي الزواج تقديم شهادة طبية لا تزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر.

وبالإضافة إلى الوثائق التي أوجب القانون تقديمها في الحالات العادية، فقد أوجب على المرأة التي ترغب في الزواج من جديد أن تقدم إلى الموثق نسخة من وثيقة وفاة زوجها، وإما نسخة من وثيقة ميلاد زوجها كما يجب أن تقدم نسخة من الحكم أو قرار القاضي بالطلاق مرفقة بشهادة من كاتب الضبط، أما بالنسبة لزواج القاصرين فقد أوجب القانون ضرورة تقديم مسند آخر هو قرار الإعفاء من السن المحدد للزواج، يصدر هذا القرار من رئيس المحكمة بناء على طلب ولي القاصر، كما أوجب تقديم وثيقة ثانية هي الإذن بالزواج وذلك إذا تعلق الأمر بزواج القاصر أو المحجور عليه.

إضافة إلى الوثائق المطلوب تقديمها في زواج العسكريين وموظفي الأمن الوطني فإنه لا يمكن لموظفي المنعقد زواجهم قبل الحصول على ترخيص كتابي مسبق صادر عن الجهة التي لها سلطة التعيين، وان طلب الزواج يجب أن يقدم قبل ثلاثة أشهر من يوم إبرام العقد، ويجب أن يرفق الطلب بنسخة عن وثيقة ميلاد الزوج الآخر وشهادة الجنسية، وأما موظفي الشرطة من الإناث فلا يستطيعن عقد زواجهن إلا بعد ترسيمهن.<sup>1</sup>

### ثانيا- إجراءات تسجيل عقد الزواج في الشريعة والقانون

**1 - إجراءات تسجيل العقد في الشريعة الإسلامية :** يكون عقد الزواج صحيحا إذا استوفى جميع شروطه وأركانه مع انتفاء الموانع التي تحول دون صحته، ولم تحدد الشريعة الإسلامية مكان إجراء عقد الزواج، ولم يشترط أن يجري العقد على يد إمام، إلا أن المجتمع الجزائري كغيره من المجتمعات يقيم عقد الزواج على يد الإمام نزولا عند قوله صلى الله عليه وسلم: "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه الدفوف".

<sup>1</sup> - قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم : 70-20 المؤرخ في 19/02/1970.

لم تعرف الشريعة الإسلامية تسجيل عقد الزواج كإجراء شكلي لإضفاء الرسمية على عقود الزواج، ولم يتطرق لها الفقهاء قديما لعدم وجود نزاعات إنكار الحياة الزوجية بين الطرفين، ولان الفاتحة سابقا والإعلان عنها بحضور الشهود وأمام جماعة من المسلمين تثبت زواج الطرفين كان أقوى من ورقة ممضاة من الطرفين.

## 2- تسجيل عقد الزواج في القانون الجزائري

يتطلب القانون تحرير عقود الزواج وتسجيلها في محررات رسمية، ولتحقيق ذلك يجب استيفاء الشروط الإجرائية وقد نصت المادة الثامنة عشر من قانون الأسرة على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ماورد في المادة 09، والمادة 09 مكرر من هذا القانون وفق مانصت عليه المادة 03 فقرة 03 من قانون الحالة المدنية الصادر عام 1970 بموجب الأمر رقم 70-20 على أنه: "يكلف ضابط الحالة المدنية بمايلي : تحرير عقد الزواج" من خلال استقراءنا للمادة نجد أن المسؤول عن تحرير العقود هو ضابط الحالة المدنية و الموثق وفقا لنص المادة 03 من القانون رقم 02-06 على أنه: "إن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي رغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"<sup>1</sup>.

### ثالثا: كيفية تسجيل عقد الزواج الرسمي

نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أنه: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج"، فبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية نجد أنه حدد إجراءات عقد الزواج من المادة 71 إلى المادة 77 بعد التأكد من تطبيق المادة 09 من قانون الأسرة تطبيقا صحيحا يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلات، ويسلم للزوجين نسخة، ثم يقوم بإرسال سجلات، ويسلم للزوجين نسخة، ثم يقوم بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد لسجلات الحالة المدنية، وفي خلال مدة 05 أيام الموالية لمواصلة الملخص يسجل العقد في سجل الحالة المدنية، ويسلم دفترا عائليا، ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش وثيقة الميلاد كل واحد من الزوجين، أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج

<sup>1</sup> - القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، الجريدة الرسمية العدد 14، مؤرخة في 08 جوان 2006 المتعلقة بمهنة الموثق.

في البلدية المختصة محليا ، فإنه في هذه الحالة يسجل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج هذا، ويجب أثناء إبرام العقد التأكد من توافر أركان العقد ، وفي حالة وجود وكيل عن الزوج فإنه يشترط وكالة مكتوبة.

### المطلب الثالث : خصوصية التراضي في عقد الزواج

اتفق كل من فقهاء الشريعة والقانون على ركنية التراضي والرضا في الزواج على خلاف في التسمية بينهم ، ولما كان وجوده يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه؛ اقتصر أكثر الفقهاء في بيان أركان الزواج على قولهم أركان الزواج الإيجاب والقبول لما له أهمية خاصة في الزواج وعليه سوف نتحدث في هذا المطلب عن خصوصية التراضي في عقد الزواج، وذلك من خلال تعريف التراضي والخصوصية في الفرع الأول، ثم عن أهمية التراضي وضوابطه في الفرع الثاني .

### الفرع الأول : تعريف التراضي والخصوصية

#### أولا : تعريف التراضي

1- في اللغة : من الرضا والراء والضاد والحرف المعتل أصل واحد يدل على خلاف السخط ، تقول رضي يرضى رضى وهو راض ، ومفعوله مرضي عنه<sup>1</sup>، وضده السخط الكراهية للشيء وعدم الرضا به ، وفي دعاء سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة "اللهم إني أسألك الرضا بعد القضاء"<sup>2</sup> وقد رضي يرضى رضا ورضا ورضوان ورضوانا فهو راض ورضيت الشيء ، وارتضيته فهو مرضي<sup>3</sup>.

وقوله تعالى: " رضي الله عنهم ورضوا عنه"<sup>4</sup> والمراد بذلك أن الله تعالى رضي عن أفعالهم ورضوا عنه ما جزاهم به<sup>5</sup>، وقوله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم"<sup>6</sup> ، أي من

<sup>1</sup> - ابن فارس ، مرجع سابق ج 2، ص 402

<sup>2</sup> - رواه الطبراني في الأوسط ، ح ر 6091، وصححه الألباني.

<sup>3</sup> - ابن منظور، مرجع سابق ، ج 5، ص 235.

<sup>4</sup> - سورة التوبة، الآية : 100

<sup>5</sup> - الزجاج إبراهيم السري ، معاني القرآن وإعرابه ، ج 2، ط1، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان، 1988، ص 466

<sup>6</sup> - سورة النساء، الآية : 29.



رضى جاءت من التفاعل، إذ التجارة من اثنين<sup>1</sup> والرضا هو السكون النفس إلى الشيء والارتياح إليه والرضوان، هو الرضا الكثير.

## 2- في الفقه :

قليل في الرضا الكثير، فعرفه الحنفية بأنه : ((امتلاء الاختيار، أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها، كما يفضي الغضب إلى الظاهر من حماليق الوجه بسبب غليان دم القلب أو يمكن القول بأنه: ((إيثار الشيء واستحسانه، وعرفه الجمهور بأنه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه)).

## 3- في القانون

لم تعن التشريعات الحديثة بتعريف التراضي ولكنه بالعودة إلى المعاجم اللغوية الفرنسية نجد أن من بين معانيه: الإرادة الطيبة والترخيص، غير أن الفقه والقضاء قيده بكونه التوافق بين الإرادتين على إنشاء أثر قانوني، وذلك لأن العقد يقوم على الإرادة أي تراضي المتعاقدين، فوجود التراضي مرهون بوجود إرادتين متوافقتين، وبالتالي فإن التراضي هو تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني وهو إنشاء الالتزام<sup>3</sup>، ويعرفه القانون الروماني على أنه: ((قبول أو إجابة تامة إلى حكم أو طلب يتضمن حتى القتل))<sup>4</sup>.

وقد استمر العمل بهذا المفهوم إلى غاية ظهور المسيحية، أما القانون الانجليزي فيعرفه بأنه: ((الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرك قادر على تكوين رأي، أو الإفصاح عن رأي أو موضوع))<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرطبي محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج06، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988، ص 252.

<sup>3</sup> - السنهوري، ج1، مرجع سابق، ص 172.

<sup>4</sup> - محمد نجم صبحي، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان 2000، ص 21.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 21.

## ثانيا: بعض الألفاظ ذات الصلة بالتراضي

1- النية : لغة القصد، ولها عدة معاني، أهمها التحول، والقصد، والجد في الطلب، والعزم<sup>1</sup>، وتوجه النفس نحو العمل<sup>2</sup>، أما شرعا فهي قصد الإنسان بقلبه ما يريد فعله، فهي من باب العزم والإرادات وعرفها الجمهور بأنها عقد القلب على إيجاد الفعل جزما.

2- الإرادة: لغة مصدر أراد يريد إرادة وهي الطلب، والاختيار، واصطلاحا هي صفة توجب للحى حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه<sup>3</sup>.

3- الاختيار : لغة مصدر خار يخير خيرا وخيرة، ولها معان عدة منها التفضيل والانتقاء والاصطفاء، وأما في اصطلاح الفقهاء فعرفه الحنفية بأنه: "القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل وبترجيح أحد الأمرين على الآخر.

## ثالثا: تعريف الخصوصية

1- في اللغة: مأخوذة من خص وخصه بالشيء، أفرد به دون غيره، واختصه بالأمر إذا انفرد به<sup>4</sup>، ويقال اختص فلانا بالأمر وتخصص له إذا انفرد<sup>5</sup>، والتخصيص والاختصاص والخصوصية بمعنى واحد، وهو تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه في الجملة، وذلك خلاف العموم والتعمم والتعميم<sup>6</sup>.

2- في الاصطلاح : لم يرد فيها تعريف خاص ولكن معناها لا يختلف عن المعنى اللغوي، جاء في الموسوعة: ((الاختصاص في اللغة هو الانفراد بالشيء دون الغير، أو أفراد الشخص دون غيره بشيء ما، وهو عند الفقهاء كذلك فهم يقولون: هذا ما اختص به الرسول صلى الله عليه وسلم، أو مما أختصه الله عز وجل به، وهم يقولون فيمن وضع سلعته في مقعد من مقاعد

1 - ابن منظور، مرجع سابق ج14، ص343.

2 - إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مجمع اللغة العربية، مصر 2004، ص240.

3 - الجرجاني، مرجع سابق ص20.

4 - ابن فارس، مرجع سابق، ج2، ص153.

5 - ابن منظور، مرجع سابق، ج14، ص109.

6 - أحمد السمين، عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الالفاظ، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1996، ص506.

السوق المباحة؛ إنه اختص بها دون غيره ،فليس لأحد مزاحمته حتى يدع)) ،وعليه يمكن تعريف الخصوصية بأنها: ((انفراد الشيء بمن له حق فيه واتصال به))<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : أهمية التراضي في عقد الزواج وضوابطه

نتناول في هذا الفرع خصوصية التراضي في عقد الزواج من خلال إبراز أهميته في الفقه والقانون، وبيان أهم وضوابطه.

#### أولاً: أهمية التراضي

**1- في الفقه الإسلامي:** اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التراضي ركن أساسي في عقد الزواج إذ أن الأصل في العقود الرضا، يقول السباعي : " لا بد من الرضا والإرادة ،ولما كان أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قول أو فعل، فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين".

**2- في القانون:** لا يمكن تصور أي زواج سعيد وناجح بدون تراضي طرفيه، وتلاقي إرادتهما بنية الارتباط بينهما ارتباطاً شرعياً ،وهو ما أكدت عليه جميع التشريعات العربية ،ومن بينها التشريع الجزائري الذي أكد على رضائية عقد الزواج ،حيث نصت المادة 04 من قانون الأسرة أن: " الزواج عقد رضائي "فأضاف عبارة رضائي تقيداً أو تحديداً لكون الزواج رضائياً بالأساس ،يقوم على تقابل إرادتي الزوجين عن طريق اقتران الإيجاب والقبول، وأكدته أيضا المادة 09 من نفس القانون بالقول : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " و المادة 10 أيضا بقولها : " يكون الرضا بإيجاب وقبول من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد النكاح شرعا" ، كما أكدته المادة 33 من قانون الأسرة الفقرة 1 بحيث رتبته البطلان على تخلفه.

#### ثانياً : ضوابط التراضي

**1- مدى مطابقة القول للقصد:** يتأثر التصرف في الفقه الإسلامي بعنصرين، الأول الرضا وهو العامل الرئيسي في تكوين التصرف والثاني اللفظ أو ما يقوم مقامه معبرا عن هذه الإرادة وكاشفا لها، ذلك أن الإرادة كامنة وخفية فلزم لها ما يعبر عنها ويظهرها إلى العلن ،وفي هذا يقول ابن

<sup>1</sup> - محمد سليم مصطفى ، مرجع سابق ، ص 256.

القيم : (( إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا دلالة على ما في نفوسهم فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامه بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول )) .  
والأصل أن يكون الاعتبار للألفاظ والمباني لأنها الدالة على المقاصد والنيات ، يقول الشاطبي : (( العمل إذا تعلق بالقصد تعلق به الأحكام التكليفية ، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والمجنون ))<sup>1</sup>، ولكن تصحيحا لتصرف المكلف واعملا لكلامه ، يعدل عن ظاهر اللفظ إلى المعنى، ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ<sup>2</sup> ، وتأسيسا عليه نستنتج أن عقد الزواج ينعقد باللفظ دون الحاجة إلى البحث عن مقصودة متى كان بلفظ النكاح وما اشتق منه، لعدم احتمال معنى آخر منه، وعليها استوى فيه الجد والهزل بنص الحديث ( ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ) ، فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم الهازل بالطلاق والنكاح والرجعة كالجاد بها مع أنه لم يقصد حقائق العقود.

**2- الاشتراط:** ويقصد بهما يشترطه أحد الزوجين في العقد مما له فيه غرض<sup>3</sup>، أي ما فيه مصلحة، وإن تباينت آراء فقهاء المذاهب الأربعة في أقسام الشروط ما بين مانع ومبيح وموسع ومضيق، إلا أنها في مجموعها لا تخرج عن ثلاثة أقسام : ((أحدهما أن يكون مكمل لحمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال؛ كاشتراط الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان في النكاح...، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا، الثاني أن يكون غير ملائم لمقصوده ولا مكمل لحكمته كأن يشترط في النكاح أن لا ينفق عليه أو أن لا يطأها، وليس بمجبوب ولا عنين، فلا يصح أن يجتمع معه، فإن اشتراط النكاح أن لا ينفق ينافي استجلاب المودة المطلوبة فيه، إذا اشترط أن لا يطأ أبطل حكمة النكاح الأولى وهي التناسل، وأضر بالزوجة فليس من الإمساك بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والألفة فهي باطلة، والثالث أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطة ولا ملاءمة، وهو محل نظر ))<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الموافقات، ج 3، ط1، دار عفان للنشر والتوزيع، السعودية 1997، ص9.

<sup>2</sup> - علي حيدر، مرجع سابق، ص 22.

<sup>3</sup> - البهوتي، كشف القناع، ج5، مرجع سابق، ص 82.

<sup>4</sup> - الشاطبي، مرجع سابق، ج1، ص 283-284.

## ثالثا: حقيقة عقد الزواج وطبيعته

1- حقيقة عقد الزواج: اختلف الفقهاء في دلالة النكاح على العقد أو الوطء على النحو التالي:  
أ- الحنفية: هو حقيقة في الوطء، فمتى أطلق في الشرع يراد به الوطء<sup>1</sup>، وإنما تكلم به الشارع على وفق معناه في اللغة .

ب- الجمهور : هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وإليه ذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة وعلى رأي البعض أنه مشترك بين العقد والوطء، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

## 2- طبيعة عقد الزواج ( هل هو رضائي أم شكلي ):

اتفق الفقهاء بأن الرضا ركن في الزواج، وأن الزواج أولى في اعتبار الرضا من البيع، الذي يعتبر من أهم العقود وأكثرها انتشارا، يقول شيخ الإسلام: (( ثم البيع لا يجوز إلا بالتراضي )) لقوله تعالى: (( إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )) .

واختلفوا بعد ذلك هل يكفي الرضا وحده لانعقاد الزواج، أم لا بد أن تصاحبه إجراءات أخرى، فذهب البعض إلى أن الرضا لا يكفي وحده لصحة انعقاده، بل لا بد لكي يكون صحيحا من الشهادة والإعلان كحد فاصل بينه وبين السفاح، وعليه يصح القول أن عقد الزواج عقد شكلي، وهذا خلافا لأغلب العقود المدنية و المالية، نظرا لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع لأجلها.

وذهب البعض إلى أنه رضائي بنص المادة 04 من قانون الأسرة، إذ أضاف المشرع الجزائري عبارة "رضائي" لعقد الزواج تأكيدا على ركنية الرضا فيه من جهة، وعدم اعتباره من العقود الشكلية من جهة أخرى، وما يؤكد أيضا رضائية عقد الزواج نص المشرع على تصحيح الزواج بصداق المثل إذا حصل الدخول بدون ولي، أو إسهاد، أو صداق ونصه على عدم إلزامية الولي في زواج البالغة وإبطال العقد حال تخلف الرضا بنص المادة 01/33 ق أ، وهو الرأي الصحيح، ذلك أن الشكلية الواردة في المادتين 18 و 22 من ق أ إنما اشترطها المشرع لإثبات عقد الزواج لا لتكوينه، وبالتالي فلا تأثير لها على مبدأ رضائية الزواج، وهو ما توضحه الفقرة الأولى من م

<sup>1</sup> - الموصلي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج3، د، ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، ص 177.

1/22 ق أ بنصها : " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ،وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي .

## المبحث الثاني

### سلامة التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

نتطرق في هذا المبحث إلى سلامة التراضي وطرق التعبير عنه من خلال بيان مفهوم أهلية التعاقد وشروطها في كل من الفقه والقانون، وكذلك الصيغة، وطرق التعبير عن الرضا .  
المطلب الأول : سلامة التراضي في عقد الزواج .

المطلب الثاني : طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج .

### المطلب الأول : سلامة التراضي في عقد الزواج

إذا كان التراضي ركنا أساسيا في لوجود أي عقد، فإنه لا يعني أن هذا العقد صحيح ، بل لا بد من صدوره ممن يعتد برضاه، فلا بد أن يكون هذا الشخص صالحا لتحمل الالتزامات واستحقاق الحقوق من غيره وهذا ما سنوضحه في العناصر الآتية :

#### الفرع الأول: أهلية التعاقد

نتحدث في هذا الفرع عن الأهلية في الزواج وعلاماته في مايلي :

#### أولا :أهلية التعاقد في الفقه الإسلامي

1- تعريف الأهلية : لغة : مؤنث الأهلي ، والأهلي المنسوب إلى الأهل والأهلية للأمر الصلاحية له<sup>1</sup>، و شرعا: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له وعليه، وهي سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات الصحيحة .

2-أقسام الأهلية: تنقسم الأهلية إلى قسمين :

أ- أهلية الوجوب :هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليها<sup>2</sup>، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله ، أو وجوبها عليه .

<sup>1</sup> - إبراهيم أنيس وآخرون، مرجع سابق ص 32.

<sup>2</sup> - التفتازاني سعد الدين ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات ،ج2، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان 1996، ص 337.

ب- أهلية الأداء : صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا، وأصل هذه الصلاحية لا يكون إلا مع ذمة صالحة لكونها محلا للوجوب، فإن المحل هو الذمة لهذا يضاف إليها ولا يضاف لغيرها<sup>1</sup>.

3- رضا الصغار : إذا كان عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا، الذي لا يؤسس من العدم، بل من إرادة حرة صادرة من ذي أهلية كاملة أم ناقصة وعليه فمتى يمكن الاعتراف برضا الصغير؟  
أ- حكم زواج الصغار :

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز تزويج الصغار دون اشتراط البلوغ أو سن معينة، على أن لا يتم الدخول إلا بعد البلوغ، ونقل ابن المنذر الإجماع على جواز نكاح الأب لأبنته الصغيرة، واستدلوا في ذلك على قول الله تعالى : (( واللأئي ينسن من المحيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا)). وهنا دلت الآية على عدة المرأة التي لم تحض، وهي الصغيرة وبينت أن عدتها هي ثلاثة أشهر، وكذلك حديث عائشة رضي الله عنها : "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين، ودخل بي وأنا بنت تسع" فهذا دليل على جواز نكاح الصغار.

ب - بلوغ الصغار: ويكون بالاحتلام أو الإنبات أو السن، غير أنه لا يرجع إلى السن إلا بظهور العلامات الطبيعية، وقد أجمع العلماء على أن الاحتلام في الرجال والنساء يلزم به العبادات وسائر الأحكام، وهو إنزال الماء الدافق سواء كان بجماع أو غيره، سواء كان في اليقظة أو المنام، واختلفوا في أقل سن تحيض فيه المرأة ويحتلم فيه الرجل، وفي السن الذي جاوزه الغلام ولم يحتلم، والمرأة ولم تحض، فيحكم حينئذ بالبلوغ.

### ثانيا : أهلية التعاقد في قانون الأسرة

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق<sup>2</sup>، وأما أهلية الزواج فهي قدرة الطرفين على تحمل تبعاته وهو ما بينته المادة 7 من قانون الأسرة بقولها : " ... متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، ثم

<sup>1</sup> - السرخسي محمد بن أحمد، أصول السرخسي، تحقيق أبي الوفاء الافغاني، ج 2، ط1، لجنة إحياء المعارف، الهند، 1993، ص 333.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 1، ط1، دار الكتب، مصر، 1987، ص 743.

انه إذا كان معيار الأهلية في الزواج محل خلاف بين الفقهاء، إلا أن قانون الأسرة الجزائري قد حسم الأمر فيها، حيث قام بتحديد معايير دقيقة تتعلق بالأهلية وهي :

**1- تحديد سن الزواج:** نصت المادة 7 من قانون الأسرة أنه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق الأمر بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ". يلاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري لم يترك أمر أهلية الزواج منوطا بالبلوغ ، الذي يعرف في العادة على أساس الأمارات الطبيعية التي ذكرها الفقهاء ، ولكنه ربطها بسن معينة يفترض فيها بلوغ الطرفين ، كما يلاحظ أيضا أنه كان في القانون القديم قد حدد سن البلوغ للذكر بواحد وعشرين (21) سنة ، والأنثى بثمانية عشر (18) سنة ، غير أنه وتماشيا مع نظام الأهلية في القانون المدني وتحقيا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، وحدد سن الزواج بتسعة عشرة (19) سنة كاملة لكلا الجنسين ، بموجب القانون 84-11 المعدل للأمر 05-02 في مادته السابعة (07) ، حيث جاء هذا التعديل لتحقيق جملة من الغايات منها : أن بلوغ (19) سنة ضمان لكمال نموها العقلي والجسدي مما يؤهلها لحسن الاختيار ، والقدرة على الإنجاب، والقيام بشؤون بيت الزوجية وتربية الأولاد<sup>1</sup>.

**2- الترخيص بالزواج:** تماشيا مع ذكره الفقهاء من أن سن البلوغ يختلف من شخص لآخر، فقد أجاز المشرع الزواج قبل بلوغ سن 19 سنة للجنسين لمصلحة وضرورة ، شريطة الحصول على ترخيص مسبق، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة 07 من قانون الأسرة على مايلي : "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "، وبهذا يكون المشرع قد خول للقاضي سلطة منح الإذن إذ لم تتوفر في المقبل على الزواج السن القانونية.

**3- الشهادة الطبية للزواج :** أوجب المشرع الجزائري أن يقوم الزوجين بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوها من الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الأسرة ، ويعد هذا الإجراء من الأحكام الجديدة المستحدثة التي جاء بها الأمر 05-02 من خلال المادة 07 مكرر من قانون الأسرة في

<sup>1</sup> - عبد الله فاسي ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق،أطروحة دكتوراه ،جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015 ص 33-34



فقرتها الأولى التي تنص : " يجب على طالبي الزواج أن يقدم وثيقة طبية على أنه لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج " ، كما أوجبت الفقرة الثانية منها على الموظف المختص بتحرير عقد الزواج من خضوع الزوجين للفحص الطبي بالنص: " يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكتشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج إلا أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"<sup>1</sup>، ويقوم الموظف المختص بالتأكد عن طريق الاستماع للطرفين مجتمعين بأنهما يعلمان بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما، ومتى قرر ذلك لم يمكن للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج، وهو ما أكدته المادة 02/07 من المرسوم 06-154 بقولها : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المتعاقدين "

### ثالثا : عيوب الإرادة

إذا علمنا بأن الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فإنه يفترض أن تكون إرادة خالية من أي سبب يعدم هذه الصلاحية أو يضيق منها ، ونذكر من بينها نذكر :

1- الغلط : وهو توهم الشيء على خلاف حقيقته، وحتى يعتبر الغلط عيبا من عيوب الإرادة يجب أن يكون جوهريا ، أي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد ، ومثاله الغلط في شخص الزوج أو الزوجة ، أو في صفة من صفاتهما<sup>2</sup> ، كما يتزوج امرأة على أنها ثيب ، وهو بهذا الشكل يعدم الرضا لأنه يحول دون تطابق الإرادتين<sup>3</sup>.

2- التدليس : أي استعمال شخص طرقا احتيالية لحمل المتعاقد الآخر على التعاقد معه ، أو غيره ، وهو إن تساوى الغلط في كونه يخول للضحية حق إبطال العقد؛ فإنه يختلف عنه بكونه عملا

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر رقم 31 بتاريخ 14 ماي 2006

<sup>2</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز ، ج1، مرجع سابق ص 160.

<sup>3</sup> - دليلة بلعربي خالدية ، أثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير ، قانون أسرة كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2015، ص 39.

غير مشروع، وقد تناوله المشرع في المادتين 78-86 من القانون المدني، بخلاف قانون الأسرة الذي خلا من ذكره<sup>1</sup>.

**3- الإكراه:** إن أساس الزواج الرضا والاختيار ولذلك فإن تحمل أي التزام تحت الضغط غير مستساغ أبدا بحيث أنه لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها رغم معارضتها له وعدم رضاها به<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : متعلقات عقد الزواج

سنطرق في هذا الفرع إلى كل من الصيغة ومجلس العقد وما يتعلق بهما، وذلك من خلال العناصر التالية :

#### أولا: الصيغة

لما كانت الصيغة هي المعتبرة عن الرضا فيمكن ذكرها من خلال العناصر التالية:

#### 1- تعريف الصيغة

أ- **في اللغة:** صاغة صوغا وصياغة ،صنعه على مثال مستقيم ،وصاغ المعدن سبكه، والكلمة اشتقتها على مثال، والكلام هيئه ورتبه، والصيغة المصوغ، واستعمل كثيرا في الحلي ،وصيغة الكلمة هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وتراكيبها.

ب- **في الفقه :** هي كل مايدل على الرضا من الزوج والولي أو من كليهم ، ويطلق عليهما الإيجاب والقبول .

\* **الإيجاب:** هو اللفظ الصادر من أحد المتعاقدين أولا، وسمي به لأنه يوجب الجواب على المخاطب إما بنعم أو لا إجابا عرفيا<sup>3</sup> .

\* **القبول:** هو كل ما صدر ثانيا من الآخر دالا على موافقته على ما أوجبه الأول، يسمى الأول موجبا والثاني قابلا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 43.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج ، الوجيز ، ج1، مرجع سابق ص 164.

<sup>3</sup> - المرغيناني برهان الدين ، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، منشورات إدارة القرآن الكريم والشؤون الاسلامية ، باسكتان ، 1417هـ ، ص3.

<sup>4</sup> - مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 97.

وقد اختلف الحنفية والجمهور فيما يعد إيجابا وقبولا ، فذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد العاقدين ، سواء أكان الزوج أم الزوجة ، وأما ما صدر ثانيا من الطرف الآخر فهو قبول ، وذهب الجمهور إلى أن الإيجاب هو ما يصدر من الولي أو من يقوم مقامه ، أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا الصادر من الزوج<sup>1</sup>.

**ج- في القانون :** يقصد بالإيجاب العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر ، بقصد إبرام عقد ما ، للحصول على قبول هذا العرض وبالتالي إنشاء العقد ، وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: " عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين " ، ويقصد بالقبول التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه له الإيجاب .

ولم يفرق المشرع بينما يصدر أولا أو ثانيا لاعتباره إيجابا وقبولا ، حيث نصت المادة 10 من قانون الأسرة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر".

## 2- شروط الصيغة: يشترط في الصيغة لإنتاج أثرها مجموعة من الشروط :

**أ- أن تكون الصيغة جدية:** ينبغي أن تكون النية في إبرام لعقود حقيقة، ولكن بالنظر إلى خصوصية عقد الزواج وقديسيته فإن الجد والهزل فيه سواء ، وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة " ، وقول الشاطبي : ((كل ما من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقص الشريعة ومن ناقصها فعمله في المناقضة باطل ، أما العمل المناقض فظاهر فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفساد)).

**ب- أن تكون الصيغة منجزة:** أن تكون مفيدة لمعناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل<sup>2</sup> ، بمعنى أن تكون الصيغة التي بعقد بها الزواج مطلقة غير مقيدة ، إذا كانت الصيغة المعلقة والمضافة لا ينعقد بهما الزواج ، لأنهما لا يفيدان الإنشاء في الحال ، وكلتاها لا يتفقان مع حقيقة عقد الزواج الشرعية ومع خطره وشأنه ، ولذلك قال الفقهاء : ((النكاح لا يقبل التعليق كقوله إذا جاء رأس الشهر زوجتك))<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الزحيلي ، ج 7 ، مرجع سابق ص 37.

<sup>2</sup> - مصطفى شلبي ، مرجع سابق ص 119.

<sup>3</sup> - النووي ، روضة الطالبين ، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 40.

ج- أن تكون الصيغة مؤبدة: أي أن تكون دالة على أن العقد مستمر دائما إلى نهاية الحياة ، مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شؤونهم .

ثانيا: مجلس العقد

1-المقصود بمجلس العقد: هو المكان الذي يتم التعبير فيه التعبير عن الإيجاب والقبول والتطابق والاقتران بينهما، والأصل أن يجتمع فيهما المتعاقدان بأبدانهما ولكن هذا الاجتماع ليس لذاته وإنما هو لضمان تلاقي الإيجاب والقبول وتوافقهما<sup>1</sup>.

أ-شروط مجلس العقد: يشترط في النكاح اتحاد الإيجاب والقبول، إذا كان العاقدان حاضرين وان طال من غير اشتعال بما يدل للإعراض، وسماع كل منهما كلام الآخر، وان لم يفهما معناه مع علمهما أنه مقصود به عقد النكاح، وعدم مخالفة القبول للإيجاب، ولا يشترط أن يكون القبول بعده مباشرة، فلو طال المجلس وتراخى القبول عن الإيجاب، ولم يصدر بينهما ما يدل على الإعراض، فالمجلس متحد .

ب- تطابق الإيجاب والقبول: والمقصود به التوافق بينهما من كل وجه، في تعيين الزوجين، وفي الإضافة والمقدار في المهر، فإن اختلفا لم يصح النكاح، فإذا كان للولي ابنتان كبيرة اسمها أسماء وصغيرة اسمها عائشة فقال زوجتك ابنتي أو إحدى ابنتي لم يصح، لأن المزوجة غير متميزة<sup>2</sup>

وقد شبه الفقهاء العقد بالحبل، احتياجه إلى طرفين ومن ثم إلى إرادتين ويتحقق باتفاق الإرادتين على شيء واحد.

ج -بقاء الموجب على إيجابه حتى يصدر القبول: أي أن لا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول الآخر، لأنه إذا رجع الموجب في إيجابه قبل القبول ألغي، فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير إيجاب، وفي نفس المعنى يقول النووي: "إذا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر، فلو رجع عنه، لغا العقد، وكذا لو أوجب ثم جُنّ

<sup>1</sup> - عباس حسني محمد، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> - النووي، مجموع شرح المذهب للشيرازي، ج17، د، ط، مكتبة الإرشاد جدة السعودية، د، ط، ص 304

أو أغمي عليه، لغا إيجابه، وامتنع القبول، وكذا لو أذنت المرأة فيتزوجها حيث يعتبر إذنها، ثم أغمي عليها قبل العقد، بطل إذنها"<sup>1</sup>.

### ثالثا: الإشهاد

**1موقف الفقه الإسلامي:** أحاط الشرع الإسلامي النكاح بمجموعة من الأحكام والأسس الشرعية الثابتة، ليدراً عنه شبهة الوقوع في السفاح تحت مسمى النكاح، ومن أهمها وجوب الشهادة، وقد اختلف الفقهاء هل تجب أثناء العقد أم أثناء الدخول، فذهب الجمهور أن الشهادة تلزم حين إجراء العقد، ليسمع الشهود الإيجاب والقبول عند صدورهما من المتعاقدين، فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسدا طبقا للحديث: {لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل}<sup>2</sup>، وظاهر عند النكاح وبه تتحقق حكمة الشهادة<sup>3</sup>، أما المالكية فالإشهاد على النكاح واجب وإحضارهما الشاهدان عند العقد من دواب فإن حصل عند العقد فقد وجدا لأمران الوجوب والندب، وإنفقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد الواجب وفات المندوب<sup>4</sup>.

**2-موقف المشرع:** لقد كان قانون الأسرة القديم يجعل من حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج وفقا للمادة 9 منه، وتخلفهما ينتج عنه فسخ الزواج وفقا لنص المادتين 32 و 33 من نفس القانون، وفي حالة اقتران تخلف شرط الشهود مع أحد الأركان الآخرين تحول الفسخ إلى بطلان<sup>5</sup>، إلا أن المشرع الجزائري وفق التعديل الأخير عدل عن موقفه هذا، وكيّف الشهادة فيعقد الزواج على أنها شرط صحة فيه، طبقا للمادة 09 مكرر، مسائرا بذلك مذهب جمهور الفقهاء وتخلف هذا الشرط يترتب عنه فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق الزوجة صداقا، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل<sup>6</sup>، وهذا ما يفهم من المادة 33 قانون الأسرة في فقرتها الثانية المعدلة بالأمر 02-05 والتي جاء فيها:

<sup>1</sup> - النووي روضة الطالبين، ج 7، مرجع سابق ص 39-40.

<sup>2</sup> - رواه الترمذي، ح ر. 1101.

<sup>3</sup> - الزحيلي، ج 7، مرجع سابق، ص 70.

<sup>4</sup> - الصاوي احمد، ج 2، مرجع سابق، ص 216.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، الوجيز، ج 1، مرجع سابق، ص 331.

<sup>6</sup> - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 44.

"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل"، كما يفهم منها أيضا أن تخلف شرط الشاهدين في مجلس العقد لا ينتج عنه البطلان، كما هو الحال بالنسبة لركن الرضا<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج

لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل خاص أو صورة معينة؛ فكلما يدل على وجود الإرادة يصح تعبيراً عنها؛ وعليه يصح التعبير عن الإرادة باللفظ، والكتابة، كما يصح التعبير بالإشارة، وإن كان المظهر الذي يعتد به في الأصل هو اللفظ أول أقبَل الكتابة والإشارة، وقبل أي مظهر خارجي آخر.

### الفرع الأول: الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح

نتناول في هذا الفرع الألفاظ التي تصلح للتعبير عن التراضي من التي لا تصلح، وما يقوم مقامها، وذلك من خلال العناصر التالية:

#### أولا: التعبير بالألفاظ

يعد التعبير باللفظ وسيلة أصلية من وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي بشكل عام، وذلك لقلّة الاحتمال فيه بخلاف الوسائل الأخرى<sup>2</sup>.

**1- الألفاظ المتفق عليها:** اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بكل من لفظي النكاح والزواج وما اشتق من هما من غير دليل و لا قرينة، لأنهما اللفظ إن اللذان ورد بهما نص القرآن الكريم<sup>3</sup>، قال الله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾<sup>4</sup>، وقال: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾<sup>5</sup>، وقال: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سعاد لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق 2015، ص 217.

<sup>2</sup> - احمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، محمد علي العمري، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني (دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة آل البيت، الأردن، مج 43، ص 1، 2016، ص 476.

<sup>3</sup> - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، ط 1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ، ص 12-13.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية: 03.

<sup>5</sup> - سورة الأحزاب، الآية: 27.

واختلفوا في انعقاد النكاح بما عدا هذين اللفظين، فذهب الشافعية، والحنابلة غير أن الإنكاح والتزويج من الألفاظ كالبيع والهبة والتمليك لا يقوم مقامهما، ودليله مورد النص القرآني. بهما، فيلزم الاقتصار عليهما ولا يصح غيرهما؛ ذلك أن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به.

ب- الألفاظ المتفق على عدم صحة العقد بها: اتفق الفقهاء على عدم انعقاد لزواج بالألفاظ التي لا تدل على تمليك الين في الحال، ولا على بقاء الملك مدى الحياة، كالإباحة، والإعارة، والإجارة، والمتعة، والوصية، والرهن والوديعة، ونحوها.

ج- الألفاظ المختلف فيها: اختلف الفقهاء فيلفظ البيع، والهبة، والصدقة، والعطية، ونحوها، مما يدل على تمليك العين في الحال وبقاء الملك مدة الحياة؛ فذهب الحنفية والمالكية إلى جواز العقد بها بشرط وجود نية أو قرينة تدل على إرادة الزواج، كتحديد الصداق وحضور الناس وفهم الشهود للمقصود.

\* لفظ الهبة: اختلفوا في عقد النكاح بلفظ الهبة؛ فقال الشافعي لا ينعقد، واختلف أصحاب مالك أحدهم الك قول الشافعي، والآخر ينعقد إذا سمى الصداق، وقال أبو حنيفة: ينعقد إذا أشهد عليه ولها المهر المسمى<sup>2</sup>، واستدل الشافعية والحنابلة بأن لفظ الهبة في الآية خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم<sup>3</sup>.

\* استعمال اللفظ العربي: ينعقد النكاح في الأصل بما عده الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ وفعل كان، مثله كل عقد، والشرط بين الناس ما عدوه شرطاً<sup>4</sup>، وهل ينعقد بغير العربية لمن يحسنها، فعند الحنابلة قولان، استظهر صاحب المنتهى عدم الصحة من العالم بالعربية، وهو قول

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية: 22.

<sup>2</sup> - ابن عبد البر أبو عمر يوسف، الاستذكار، ج16، ط1، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، دمشق، 1993، ص68-69.

<sup>3</sup> - ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، د.ط، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض 2003، ص79-80.

<sup>4</sup> - أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ط1، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، ص450.

الظاهرية<sup>1</sup>، وعند الشافعية ثلاثة أوجه، الأول أنه لا يصح مطلقا، والثاني إن كان يحسن العربية فلا يصح، والثالث الجواز مطلقا، سواء كان يحسنها أم لا<sup>2</sup>.

### ثانيا : الألفاظ المختلف فيها

**1- الكتابة:** الأصل في العقود المشافهة إلا أنها قد تتعذر بسبب عدم القدرة على النطق أو لعذر آخر كأن يكون أحد العاقدین غائبا، فيلجأ إلى الكتابة<sup>3</sup>، وهي ما يخطه الإنسان أو يكتبه من الكلام، وقد اتفق الفقهاء على جواز التعبير بها من قبل الأخرس، إلا أنهم اختلفوا في مدى الاعتداد بها كبديل عن النطق بالنسبة للقادر عليه.

**2- الإشارة:** الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء، من بيع وإشارة وهبة ورهن ونكاح إلا في الحدود وقال ابن تيمية : (( وصرح الأصحاب بصحة نكاح الأخرس إذا فهمت إشارته ))، أما غير الأخرس فقد اختلف الفقهاء في المدى الذي يذهب إليه في الاعتداد بهذه الوسيلة .

**3- الفعل (المعاطاة):** تعرض العلماء إلى مدى دلالة الفعل على المراد منه، ولكن في نطاق ضيق ولعل سبب ذلك هو وضوح هذه المسألة، فالفعل عند حدوثه يدل على المراد منه بدهاء كدلالة النهوض في حالة الجلوس على إرادة القيام ومن هذه الأفعال ما تعارف عليه الناس في العقود والمفاوضات المالية في دلالة إعطاء رجل مبلغا من المال لرجل آخر وأخذ شيء منه في مقابله على إرادة البيع، وهو ما يسمى بالمعاطاة، ووقع خلاف في صحته، أما في الزواج فقد اتفق الفقهاء على عدم صحة انعقاد الزواج بالتعاطي، احتراما لأمر الفروج وخطورتها وشدة حرمتها<sup>4</sup>

**4- السكوت:** الأصل أن مجرد السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول وفقا للقاعدة الشهيرة (( لا ينسب لساكت قول ))، وخرج عن هذه القاعدة سكوت البكر عند استثمار وليها لها قبل التزويج وبعده، ولكن استثناءا اعتبر السكوت دليلا على رضا البكر لورود الأدلة على ذلك

<sup>1</sup> - ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار البنداري، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 2003، ص47.  
- أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ط1، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، ص

450<sup>2</sup>

<sup>3</sup> - عبد الفتاح كباره، مرجع سابق ص 275

<sup>4</sup> - الزحيلي، ج7، مرجع سابق، ص 129.



منها قوله عليه الصلاة والسلام: ((الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها))<sup>1</sup>.

### ثالثا: موقف المشرع الجزائري

نصت المادة 10 من الفقرة الأولى من قانون الأسرة : " يكون الرضا من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، وهو ما يفيد أن المشرع أخذ برأي المالكية والحنفية الذين قالوا بانعقاد الزواج بكل ما يدل على التملك، كما تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 من القانون 84-11 المعدل بالأمر 05-02 والتي جاء فيها: " يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، كالكتابة أو الإشارة ".

ويشار أن ما ذكر من الألفاظ يشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه، أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفي أن يقول : قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك ،وهو ما جرت عليه العادة والعرف في مجتمعنا الجزائري<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التعبير بالوسائل الحديثة

يشهد عصرنا الحالي التقدم الهائل في وسائل الاتصالات ،حيث أصبحت العقود تجرى عبرها مع اختلاف أماكن المتعاقدين، إلا أن التساؤل الذي يثار حول صحة عقد الزواج عن طريق هاته الوسائل.

### أولا: مفهوم وسائل الاتصال الحديثة وأنواعها

تعرف وسائل الاتصال لغة مصطلح وسائل مركب إضافي من ثلاث كلمات ،أما اصطلاحا فلما كانت هذه الوسائل هي وسائل الكترونية بحتة فيمكن تعريفها كالاتي :هي عملية التواصل التي تتم بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا سواء كانت كهربائية أو مغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رواه أبو داود، ح ر 2098

<sup>2</sup> - محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009، ص 332.

<sup>3</sup> - الياس ناصيف ، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 2009، ص 36

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن لوسائل الاتصال الحديثة أنواع متعددة ومختلفة في الأسماء والاستعمال ويمكن تقسيمها بحسب طريقة الاستعمال كما يلي:

\* **الكتابة:** كالبرقية والبريد الإلكتروني وغيرها.

\* **المشاهدة :** كالهاتف بنوعيه الثابت والنقال، وبرامج الشبكة العنكبوتية التي تنقل الصوت فقط.

\* **المشاهدة:** كالتلفاز، والانترنت يجمع أغلبها إن لم يكن كلها في الأداء ، ففيه برنامج الكتابة والمشاهدة والمحادثة الصوتية وفيه برنامج الصوت والصورة<sup>1</sup>.

**ثانيا: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وطبيعته**

أضحت كثير من الإجراءات التعاقدية تتم من خلال الأنظمة الإلكترونية بوصفها البديل العصري للتعاقد، بل وأصبح يتعامل بها العديد من المسلمين في أدق العلاقات الاجتماعية كالخطبة والزواج، وبناء على هذا اعتنى الفقهاء ببيان الحكم الشرعي للزواج المنعقد بهذه الوسائل مع مراعاة المقاصد الشرعية في ظل هذه المستجدات العلمية وفيما يلي توضيح لذلك:

**1- تعريف مجلس العقد الإلكتروني :** ويقصد به المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد الكترونياً، والذي يبدأ بالإيجاب البات أياً كانت صورته وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد<sup>2</sup>.

**2- شروط مجلس العقد الإلكتروني:** يقوم مجلس العقد على ركنين وهما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان، أي الفترة بين صدور القبول والإيجاب، ولكن بتطبيق ذلك على المجلس الإلكتروني، نجد أن مكانه افتراضي، لأنه يتم في فضاء الكتروني وأما بالنسبة للزمان فإنه يختلف حسب نوع العقد.

**3- طبيعة مجلس العقد الإلكتروني :** هنا لا بد أن يكون مجلس العقد حقيقياً، باعتبار أن التعاقد الحقيقي يكون بين حاضرين، ولكن ظهور وسائل الاتصال الحديثة التي لم تكن

<sup>1</sup> - بدر ناصر السبيعي ، المسائل الفقهية المستحدثة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي ، ط1، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، 2014، ص 117.

<sup>2</sup> - عقيل فاضل الدهمان ، الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني ، مجلة الحقوق ، جامعة النهريين، بغداد ، العراق، مج 18، ع 10، 2007، ص 198.

موجودة في الماضي أدت إلى تباين الاتجاهات الفقهية المعاصرة فيما إذا كان التعاقد بها بين حاضرين أم بين غائبين .

### ثالثا :حجية عقد الزواج بالوسائل الحديثة

**1- العقد بالكتابة :** أي أن يتم عقد الزواج كما هو متعارف عليه سابقا بالكتابة ،لكن الجدية حاليا تكمن في السرعة فقط، ولهذا النوع في الوسائل الحديثة صورتان :الأولى أن يكتب الولي إيجابه على النكاح ثم يرسله عبر البريد الإلكتروني إلى الخاطب فيقوم بقراءته أمام الشهود، ثم يرسل قبوله كتابة عبر البريد أيضا، والثانية أن يخاطبه مباشرة بالكتابة أمام الشهود<sup>1</sup>.

### 2- العقد بالمشافهة :

اختلف فيه الفقهاء أيضا على قولين منهم من منع إجراء عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة اللفظية وهو قول اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، ومنهم من أجاز عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة اللفظية وهو قول عمر الأشقر ،ومحمد عقلة، واحتجوا بأن المقصود من العقود من الرضا وهو المتحقق.

**3- العقد بوسائل الاتصال السمعية البصرية :** أي أن يتم العقد بالصورة والصوت عن طريق الانترنت، ففي هذه الحالة يجوز عقد الزواج ولو تباعد في الحقيقة، فأنهم في حكم المجلس الواحد حكما، فهم يرون ويسمعون بعضهم بعضا<sup>2</sup>.

**\*موقف المشرع الجزائري:** لم ينص المشرع الجزائري على انعقاد الزواج بالوسائل الحديثة ،ولذلك وجب الرجوع إلى ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص، حيث ذهب بعضهم إلى جواز التعاقد بالكتابة والمراسلة بين غائبين ، وفي هذا الصدد عادل المشرع الجزائري بين حجية الكتابة الالكترونية ،والكتابة العادية ،بنص المادة 323 مكرر من قانون الأسرة ،والتي أفادت بأن البريد الإلكتروني هي نفسها في البريد العادي، كما نصت المادة 323 مكرر 01 من نفس القانون على الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

<sup>1</sup> - بدر ناصر السبيعي ،مرجع سابق، ص124-125.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 126-127.

ومن تم يمكن استخلاص حجية التعبير عن الإرادة بهذه الوسائل بين غائبين في عقود الزواج ضمنا ، كما يمكن ملاحظة ذلك أيضا من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الاسرة التي تخول للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن ارادتهما في الزواج سواء بالكتابة والإشارة ، مما لا يخول دون امتداد هذه الحرية للتعبير بوسائل الاتصال الالكترونية<sup>1</sup> ، لذلك يبدو من الأهمية بمكان جواز انعقاد الزواج عبر وسائل الاتصال الالكترونية ، باعتبارها شكلا من أشكال الكتابة التي تجيز لصاحبها الغائب عن مجلس العقد التعبير عن إرادته في إبرام عقد الزواج الشرعي .

<sup>1</sup> - خالد بوزيدي ، مدى حجية التعبير بالإيجاب والقبول بين غائبين في عقد الزواج المبرم عبر وسائل التعبير الاتصال الالكترونية غير مرئية ، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، جامعة باتنة 1 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ع 7، سبتمبر 2015، ص 403.

## الفصل الثاني

رضا المرأة في الزواج في قانون

الأسرة على ضوء الاتفاقيات

الدول

**الفصل الثاني: رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية**  
الزواج من أهم التصرفات التي يقوم به الإنسان في حياته، ولهذا كانت حاجة العلاقة الزوجية للعقد ملحة وضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة وبناءها عن طريق الإرادة الحرة، فلا يعقد الزواج إلا بوجود طرفين و هما الزوج والزوجة على أن تنطبق إرادة كل منهما مع الآخر ،ونظرا للأهمية التي يكتسبها الرضا في عقد الزواج ،فقد أولته الاتفاقيات الدولية اهتماما بالغا بتأكيد حق الزواج بالنسبة للجنسين .

**المبحث الأول: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري**

**المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج في قانون الأسرة بين الفقه الإسلامي والاتفاقيات الدولية**

**المطلب الثاني: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية**

**المطلب الثالث: رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري**

**المبحث الثاني: تأثير اتفاقية على الحقوق المخولة للمرأة والقيود الواردة على رضاها.**

**المطلب الأول : تأثير اتفاقية سيداو على الحقوق المخولة للمرأة في عقد الزواج**

**المطلب الثاني: القيود الواردة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل في قانون الأسرة من منظور الاتفاقيات الدولية.**

### المبحث الأول: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري

إن الملاحظ على كل المواثيق الدولية المهتمة بحقوق الإنسان أنها أشارت في مجملها إلى حق المرأة في الزواج بشكل مساو مع الرجل<sup>1</sup> ، فقد اهتم المجتمع الدولي من خلال الاتفاقيات الصادرة عنه برضا المرأة في الزواج وحققها في اختيار الزوج بكل حرية ، ووصل حد الاهتمام لدرجة خلق اتفاقية دولية خاصة بالرضا في عقد الزواج .

### المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج في قانون الأسرة بين الفقه الإسلامي والاتفاقيات الدولية

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي تستلزم توافر مبدأ الرضائية ، بل والأكثر من ذلك فإن هذا النوع من العقود لا يقوم في غياب ركن الرضا الذي اتخذ منه المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة ركيزة قيام الأسرة وانعقاد الزواج وهذا ما يؤكد سعي المشرع نحو تعزيز مكانة المرأة من خلال إرساء مبدأ المساواة بين الزوجين ضمن أهم ركن لانعقاد الزواج - الرضا - ويتجلى ذلك من خلال توسيع مجال حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بعقد الزواج.

### الفرع الأول: مفهوم عقد الزواج في الفقه الإسلامي

إن عقد الزواج يهدف إلى إقامة حياة زوجية مشتركة ، ولما كانت هذه العلاقة مبنية على المودة والرحمة مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ فكاننا وجوبا ولزاما أن يتم هذا العقد ويقوم على الرضا الكامل بين الزوجين وعلى قدم من المساواة ، وقد عرفه علماء الشريعة الإسلامية الزواج بأنه " عقد رضائي بين رجل وامرأة يفيد حل استمتاع كل منهما بالأخر على الوجه المشروع وهو ملزم لطرفيه ، ومن خصائصه الدوام والتأبيد " ، في حين عرفه المالكية بأنه " عقد لحل تمتع بأنثى ، خالية من مانع شرعي ، بصيغة لقادر " ، وعرفه الأحناف بأنه " عقد يرد على تملك المتعة قصدا"<sup>2</sup>.

ومن الفقه المعاصر يذهب إلى تعريفه الإمام أبو زهرة " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما ، في حين عرفه الشافعية بأنه " عقد يتضمن إباحة الوطء ، بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته

<sup>1</sup> - عيساوي عبد النور ، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة 2008-2009، ص 19.

<sup>2</sup> - رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغير في عقد النكاح، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2011، ص 08.

يحقق ما يتقضاه الطبع الإنساني ، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات<sup>1</sup>.

وقد تنتقد هذه التعاريف الفقهية القديمة من قبل التيار الحداثي الغربي لدرجة أن هناك من يستهجن هذه التعاريف بداعي الدفاع عن مكانة المرأة ، باعتبار أن المرأة أصبحت طرفا في العقد لا تختلف مكانتها عن مكانة الزوج إطلاقا ، لا محلا له.

وبالرجوع لنص المادة 04 من قانون الأسرة بعد تعديل 2005<sup>2</sup>، نجدها عرفت الزواج بمايلي " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، فمن خلال نص المادة المعدل فقد أضاف المشرع الجزائري مصطلح " رضائي" قيتجلى صراحة في سعي المشرع نحو تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين والزوجين ،وهو تجسيد لمبدأ دستوري منصوص عليه في أحكام المادة 32 من التعديل الدستوري لسنة 2016 جاء فيها " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتنزع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد ،أو العرق ، أو الجنس....".

ومن هنا فالتعريف الجديد لتعريف الزواج جعل منه عقدا رضائيا يتطلب حرية الإرادة والرضا المرتبطين في الزمان والمكان ،وقد أكد المشرع على رضائية عقد الزواج في المادة 09 من قانون الأسرة التي جاء فيها " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وقد مس هذه المادة تعديل بموجب الأمر 02-05 حيث جعلت الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج ويبطل الزواج في حال انعدامه وهو ما أشارت إليه المادة 33 فقرة 01 من قانون الأسرة وقد أكدت قرارات المحكمة العليا على ما سعت نصوص قانون الأسرة إلى تكريسه وتجسيده على أرض الواقع ، حيث جاء في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 12مارس 2008 ما يلي " إن عقد الزواج مبني أساسا على الرضا وهو ركن من أركانه ،وأن المادة 04 تعرف عقد الزواج بأنه عقد رضائي ، ومن هنا يستشف صراحة سعي المشرع لتكريس مبدأ الرضائية وتجسيده ضمن مفهوم عقد الزواج مما ينتج عنه بالزوم تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين أثناء إبرام عقد الزواج.

- الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء لفته والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، جانفي 2005، ص 27-28<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> - القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المعدل والمتمم لأحكام قانون الاسرة ، ج ر 15 لسنة 2005.



### الفرع الثاني: مفهوم عقد الزواج في ظل الاتفاقيات الدولية

إن إصرار المشرع على تأكيد رضائية عقد الزواج دليل واضح على أخذه بمبدأ المساواة بين الزوجين فيما تعلق بهذا الركن ليس استجابة للفقهاء الإسلاميين وحده بل تأثراً منه بالاتفاقيات والمواثيق الدولية، التي صادق عليه ، لاسيما وعلى وجه الخصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

و قد نصت المادة 16 منها على : " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية ، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة في نفس الحق في الزواج ، ولعل مايزيد من تأكيد تبني المشرع لهذا التوجه والمنحنى التشريعي في صياغة نصوص قانون الأسرة التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه: " أصبح الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقداً توافيقاً يتطلب موافقة زوجي المستقبل وتعتبر الموافقة عنصراً مؤسساً للزواج، وفي حالة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين مع يكون الزواج عرضة للإلغاء وبإمكان أي شخص معني بما في ذلك الطرفان ، أن يطلب إبطاله أمام العدالة " ، وتأثرت الجزائر بمبدأ المساواة نابع كذلك من تبنيها لميثاق منظمة الأمم المتحدة المتعمدة في 26 جوان 1945 بسان فرانسيسكو حيث جاء في ديباجته مايلي : " وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء من حقوق متساوية " ، ومن هنا يظهر بجلاء ووضوح كبيرين تأكيد الهيئة للدول الأطراف على تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في شتى الميادين ، كما تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته الثانية لتكريس المساواة بين الجنسين جاءت على النحو التالي : " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات دون أي تمييز، ودون تفرقة بين الرجال والنساء " وفي ذات الشأن تنص المادة 16 منه على أنه " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون قيد بسبب الجنس أو الدين ، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه"<sup>1</sup> ، ولم يكن العهدان الدوليان بمنأى عن الدعوة الصريحة للدول الأطراف في تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في شتى المجالات لاسيما ما تعلق بقضايا الأسرة وذلك في

<sup>1</sup> - بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق ، ص195.

العديد من النصوص المضمنة فيهما ، ونظرا لأهمية الشؤون الأسرية والقضايا الأسرية والقضايا المرتبطة بها فقد خصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الرضا في عقد الزواج باتفاقية خاصة سميت باتفاقية الرضا بالزواج ، والحد الأدنى لسن الزواج ، وتسجيل عقود الزواج، حيث جاء في المادة الأولى منها : " لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه". ومن هنا يبرز تأثير المشرع في تعريفه لعقد الزواج بعد تعديل قانون الاسرة بموجب الامر 02-05 بالتيار الغربي الرامي لتحديث نصوص قانون الاسرة ، والداعي لتكريس مبادئ المساواة النصفية بين الرجل والمرأة على قدم واحد من التماثل ، وبذلك تعتبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة التي صادقت عليها الجزائر من بين أهم الاسباب الرئيسية التي دفعت بإرادة المشرع نحو ضرورة مسايرة بنود هذه الاتفاقيات ، ومن ذلك وجوب تماشي النصوص القانونية الداخلية مع المبادئ التي تضمنتها هذه الاتفاقيات.

### المطلب الثاني: رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية

لقد توالىت المواثيق الدولية التي تضمنت حق المرأة بالمساواة مع الرجل في الزواج وفي اختيار الزوج برضاها الحر والكامل، وابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948<sup>1</sup>، والذي تضمن كافة حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية ، التي يتمتع بها كل فرد سواء كان رجلا أو امرأة، حيث نصت في مادته الثانية<sup>2</sup> أن الجنس من أسس التمييز المحظورة، وأكدته في مادته السابعة، على جملة من الحقوق المساوية للمرأة والرجل، ونص في المادة 16 على تساوي الجنسين في حق الزواج وفي وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه في اختيار الزوج. وقد أقرت الجمعية العامة توصية الرضا في الزواج والحد الأدنى لسن الواجب لإبرام العقد الخاص به، كما أوصت الدول الأعضاء أن تلتزم بعد ببنود الاتفاقية بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيقها وذلك بما يتوافق ونظامها الدستوري وعاداتها من خلال اتخاذ التدابير التالية:

\* لا ينعقد الزواج قانونا إلا بتوافر رضا الطرفين التام والحر وتعبيرهما عنه بصفة شخصية وعلانية وبحضور السلطة المختصة بالزواج والشهود.

<sup>1</sup> - انضمت إليه الجزائر وصادقت عليه بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج ر، 64 المؤرخة في 10/09/1963.  
- تنص المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان : " لكل انسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العرق واللون أو الجنس، دون التفرقة بين الرجال والنساء.

\* لايجوز الوكالة إلا عند اقتناع السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه التام والحر أمام السلطة المختصة وبحضور الشهود .

نفس التوصيات أعلن عنها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، بحيث تقرر في الاتفاقية الأولى على حضر كل تمييز يكون أساسه الجنس، وفي المادة العاشرة أوجبت أن يتم الزواج بالرضا الحر للطرفين المقبلين على إبرامه مع إعطاء الأسرة أوسع حماية ومساعدة ممكنة . كما نص العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على تمتع الاسرة بحماية المجتمع والدولة ، والاعتراف بحق الرجال والنساء الذين هم في سن الزواج في تكوين أسرة مع ضرورة أن يتم الزواج بالرضا الكامل والحر للطرفين.

### الفرع الاول : إطلالة تاريخية على اتفاقية سيداو

يعتبر التمييز ضد المرأة من أبشع انتهاكات لحقوق الانسان ، لذا سعت منظمة الامم المتحدة من خلال الشرعية الى تحقيق مبدأ المساواة بين الجنسين لذا لجأت الى مقارنة هذه الحقوق الى غاية أن توصلت الى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز .

### أولاً - نشأة اتفاقية سيداو CEDAW

اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1997 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ، وتم عرضها للتصديق بالقرار رقم 34-108 في 18 ديسمبر 1979 ، وتوصف بأنها وثيقة دولية للنساء فقط دون الرجال ، ودخلت حيز التنفيذ في 03 ديسمبر 1981.<sup>1</sup>

مرت اتفاقية سيداو بمراحل عديدة ، حيث نشأت لأول مرة لجنة خاصة بمراقبة أوضاع المرأة عام 1949 ، ساهمت في إعداد نصوص من أجل ترقية المرأة وجعلها متساوية مع الرجل<sup>2</sup> ، كما كانت المركز الاساسي لبروز اتفاقيات ومؤتمرات وذلك بعد تلقي التصديقات اللازمة مرتكزة على مبدئين أساسيين هما : عالمية وشمولية حقوق المرأة ، وعدم قابليتها للتجزئة والتي كان لها الفضل الكبير في بروز هذه الاتفاقية كالإعلان العالمي لحقوق الانسان والعهدين الدوليين ، العهد الدولي

<sup>1</sup> - محمد يوسف علوان ، محمد خليل موسى ، القانون الدولي لحقوق الانسان : الحقوق المحمية ، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 2014 ، ص 507.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 507.

الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، كما تعتبر هذه الاتفاقية امتدادا مقدما لإعلان القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة. جاءت اتفاقية سيداو لتجمع كافة المشاكل وتعالجها في ان واحد في 30 بندا ، بالإضافة الى الدباجة بهدف توضيح الحقوق الاساسية للمرأة والمساواة بين الجنسين وكذا مكافحة كل آثار التمييز القائمة ضد المرأة والتي تجعلها عاجزة أمام الرجل من خلال وضع برنامج يتضمن مجموعة من التدابير على الاطراف القيام بها ، حيث انضمت اليها الجزائر في 22 جانفي 1996.

### ثانيا : تعريف اتفاقية سيداو CEDAW

عرفت الاتفاقية مصطلح التمييز ضد المرأة بأنه : " أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره وأغراضه إضعاف أو إبطال الاعتراف للمرأة بحقوق الانسان والحريات الاساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر ، وقد جاءت هذه الاتفاقية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ، والتي تعد ذروة الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة و الأجهزة التابعة لها بما فيها المنظمات الغير حكومية لصياغة الحقوق المتساوية للمرأة ، وتعتبر هذه الاتفاقية أهم ما توصل إليه المجتمع الدولي في حماية المرأة وضمان مساواتها مع الرجل.

### الفرع الثاني : أهداف اتفاقية سيداو

تهدف اتفاقية سيداو سواء بحكم القانون وسواء نتجت عن قيام بفعل أو امتناع من جانب دول الاطراف أو كلاهما أو أي أشخاص ، أو منظمات في جميع ميادين الحياة ، بما في ذلك المجالات المتعلقة بالسياسة والاقتصاد ، والمجتمع والثقافة والشؤون المدنية والاسرية ، وتسعى الاتفاقية الى الاعتراف بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وتحقيقا من منظور قانوني<sup>1</sup> ، ذلك من خلال اتخاذ جميع التدابير التشريعية والبرنامجية المناسبة، من الالتزامات الرئيسية المترتبة على دول الاطراف تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية وكفالة التحقيق العلمي لهذا المبدأ ، ويتضح من شروط التحقيق العلمي للمساواة أن الاتفاقية تتوخى المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة في تمتعها بجميع حقوق الانسان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - هالة سعيد تبسي، المرجع السابق ض 68

<sup>2</sup> - المادة 02 الفقرة 02 من اتفاقية سيداو لسنة 1979.

تكون الدول الأطراف في الاتفاقية منتهكة ومخالفة لبنودها في الحالات التالية:

\* إذا قيدت حرية المرأة في اختيار الزوج أو أجازت زواجها بغير رضاها.

\* إذا لم تتخذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز القائم ضد المرأة، أو اتخذت تدابير تنطوي على التفريق أو التقييد من حريتها في اختيار الزوج، وعقد زواجها بالنظر إلى أنوثتها وكان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل<sup>1</sup>، وهذه الاتفاقية تركز على الرضا الحر والكمال للمرأة في عقد الزواج.

ويكون الرضا كاملاً بأن تكون المرأة راضية بكل تفاصيل هذا العقد بدءاً من اختيار الزوج، إلى غاية يوم الزواج، أما الرضا الحر في الزواج هو أن لا تخضع المرأة لأي ضغوطات أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها وذلك عند إفصاحها نية قبول الزواج أو رفضه<sup>2</sup>.

ومن خلال هذه الاتفاقيات نجد أن القانون الدولي صريح في المساواة المطلقة وصريح في رفع كل القيود عن المرأة في الزواج، فلها كامل الحرية في اختيار شريك حياتها دون أية قيود، وبعد انضمام الجزائر إلى جميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تزايد الضغط عليها من أجل تعديل قانون الأسرة وتعزيز حقوق المرأة ومن بينها حقها في الزواج برضاها الحر والكمال.

### المطلب الثالث: رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن تعديل قانون الأسرة 11/84 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 هو تركيز المشرع الجزائري على عنصر الرضا حيث ذكره في المواد 4،6،9،33 من هذا القانون، فمسألة حق المرأة في الزواج برضاها الحر كانت من جملة الانتقادات التي وجهت للقانون 11/84 منذ صدوره، حيث هناك من اعتبر عنصر الرضا في هذا القانون هو مجرد إجراء شكلي في إبرام عقد الزواج، وهذا يتنافى مع أحكام المادة 40 من القانون المدني الذي لا يميز بين الرجل والمرأة في إبرام التصرفات القانونية<sup>3</sup>، وأنه قانون تمييزي يمس بمركز المرأة إذ أنه لا يعترف بالأهلية الكاملة

<sup>1</sup> - خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، درا الجامعة الجديدة، الإسكندرية ص70.

<sup>2</sup> - طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الانسان، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة بن عكنون، الجزائر 2000، ص59.

<sup>3</sup> -Nadia Ait Zai les amendements du code de la famille, l'égalité un principe mal compris,24-25 juin2000.

لها<sup>1</sup>، وبهذا تعرضت المواد رقم 09 و11 من القانون 11/84 لانتقادات شديدة من طرف الحقوقيين والجمعيات النسوية بالإضافة إلى التقارير الدورية التي تصدرها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة حيث كانت تنص على : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق"، كما أن المادة 11 من نفس القانون كانت بدورها تنص على أنه : " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين وأن القاضي ولي من لا ولي له."

في حين أن المادة 09 المعدلة اختزلت أركان عقد الزواج في ركن واحد وهو ركن الرضا حيث نصت هذه المادة على : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". فمن خلال تحليل هذه المادة نجد عقد الزواج يتميز عن باقي العقود الأخرى بكثير من الخصائص لاسيما كونه عقد رضائي، يتم بمجرد تبادل الرضا بين الرجل والمرأة من أجل تكوين أسرة على وجه الدوام ،فليست المصالح المادية والمنافع هي التي تجمع بينهما، والجديد في هذه المادة أنها جعلت للزواج ثلاثة أركان وهي الزوج والزوجة والتراضي<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: صحة التعبير عن الرضا ( عيوب الإرادة )

يشترط في الرضا أن يكون خاليا مما يعيبه فلا بد من تواجد إرادة واعية يسودها جو من الاطمئنان والحرية الكاملة في تقبل العقد وأثاره ، لكن بالمقابل فأن نظرية عيوب الإرادة لايمكن تطبيقها بحذافيرها

في عقد الزواج، لكن ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذه العيوب تؤثر على صحة الرضا تارة وتعدمه تارة أخرى ،وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري فقد نص المشرع على عيب الإكراه في حدود المادة 13 وخص القاصر به، وهو ما يؤول للسؤال عن مصير القاصر ، كما نجده قد حصر عيب التدليس في حالة استعماله من الزوج في التعدد، وهذا ما أشارت إليه المادة 08 مكرر من قانون الأسرة ورتب على التدليس في هذه الحالة إمكانية طلب كل من الزوجة للتطليق، ومن هنا كان على المشرع الجزائري من باب ضبط النصوص التشريعية ومن باب حرصه على صيانة الإرادة و تعزيز الرضا في عقد الزواج كما أنه لم يتحدث عن عيب الغلط الذي يعد وهما يقع في

1- لوعيل محمد الأمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، سنة 2006 ص 94.

2- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، ص 83.

ذهن المتعاقدين للزواج واتجاه إرادة الآخر لعلاقة حرة مما يجعل الإرادة منعدمة، وكذلك في حالة الغلط في الشخص المتعاقد معه ومثاله إبرام عقد الزواج مع غير الشخص المراد التزويج به، وحكم هذا النوع من الزيجات التي يقع أحد المتعاقدين في مثل هذا النوع من الغلط هو البطلان، ومرد ذلك عدم تطابق الإرادتين مما يؤدي إلى انعدام الإرادة كلياً مما يرتب بطلان عقد الزواج<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الثغرات التشريعية التي تعتري ركن الرضا

إن الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي، فإن المادة 09 المعدلة حصرت ركن الزواج في ركن وحيد وهو التراضي، فأغلب الفقهاء ذهبوا إلى القول بأن أركان الزواج منحصرة في الإيجاب والقبول، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في التعديل الجديد، حيث غير الوضع تماماً على ما كان عليه في ظل القانون 11/84، فلم يبق من الأركان الأربعة التي نصت عليها المادة 09 قبل التعديل إلا ركنا واحداً، وهو الرضا أما بقية الأركان الأخرى فقد أدرجت ضمن شروط صحة الزواج.

ومن هنا فإن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد وهو الرضا فإذا اختل هذا الركن لم ينعقد العقد أصلاً، ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً من الناحية القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 فقرة 01 المعدلة حيث جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، وهذا ما لا يخالف الناحية الشرعية حيث أن الرضا هو الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء فإذا انعدم الرضا لا ينعقد العقد، أما الأركان الأخرى فهي من المسائل الخلافية بين الفقهاء<sup>2</sup>.

وقد كرس المشرع حماية حق المرأة في الزواج برضاها الحر، من خلال تعديله للمادة 11 من قانون الأسرة التي تنص قبل التعديل على أن: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، علماً أن الولي يعد ركناً في عقد الزواج في ظل القانون 11/84، حيث أسندت المادة 11 المعدلة لعقد الزواج المرأة الراشدة نفسها لا إلى وليها، واكتفت باشتراط الولي الذي قد يكون شخصاً أجنبياً عن الأسرة التي تختاره المرأة الراشدة بنفسها، وهذا

<sup>1</sup> - عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص 63.

<sup>2</sup> - رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط1، سنة 2008.

بنصها على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

والملاحظ في التعديل هو مبالغة المشرع الجزائري في التأكيد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج ويبدو هذا واضحا في المادة 04 من قانون الأسرة ، التي عرفت عقد الزواج على أنه: " عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."

وهنا نسجل أنه ما دمت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد فقد جعل المشرع العقد للمرأة وهي التي تتولاه وتباشره إذا كانت راشدة بلغت سن 19 سنة، وليس للولي منه إلا الحضور ، ثم جاء ما يلغي هذا الحضور الرمزي للولي حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة مهما بعدوا عنها، فلا قيمة لمعيار القرابة أو النسب ، مادام الولي في نظر المشرع هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره<sup>1</sup> وبهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد الى صفة عاقدة ، بحيث ينبغي أن تدلي بموافقتها على الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق<sup>2</sup>.

وبهذا جرد المشرع الولي من كافة السلطات الفعلية وفي مقدمتها سلطة الإيجابار وسلطة الاعتراض على الزوج ، وهذا ما يبرر إلغاء المادة 12 من القانون رقم 11/84 ، والتي كانت تنص على أنه : " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيما كان أصلح لها ، فإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون ، غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنات، وبهذا لم يعد لهذه المادة أي لزوم بعد تجريد الولي من سلطة المنع من الزواج.

وتكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج وحماية لحق المرأة في زواجها برضاها الحر ، فقد ألغى المشرع الوكالة في عقد الزواج ، بموجب المادة 18 المعدلة التي تنص صراحة على إلغاء المادة 20 والمادة 12 من القانون رقم 11/84 ، الذي كان يبيح أن ينوب عن الزوج وكيلًا له في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة ، ونظرا إلى أن هذا الإجراء يتنافى والهدف المرجو من إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية ، والذي يتوجب عليه التأكد من توفر شروط هذا

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون رقم الطبعة سنة 2010، ص 112.

<sup>2</sup> - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05، المعدل لقانون الأسرة مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق جامعة تلمسان عدد 12 ص 59.



العقد ومن بينها وأهمها الرضا الذي يكون العقد باطلا دون توفره، وبإلغاء المادة 20 أوجب المشرع أن يصدر الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر ، وإلا نكون أمام حالة التلاقي بين الإيجاب والقبول فيكون الزواج باطلا<sup>1</sup>، وهذا لأن الزواج من العقود التي تبنى على الاعتبار الشخصي، والتي تستلزم توفر الرضا التام والحرية الكاملة فإن مفهوم الوكالة قد لا ينسجم كثيرا مع طبيعة هذا العقد ، وإلغاء الوكالة هو توخي للحيطه من طرف المشرع ضمانا لرضا المرأة التام، وهناك من انتقد عدم السماح للمرأة بالزواج بالوكالة في حالة لم تسعفها الظروف لمباشرة العقد بنفسها، أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، كونها مسافرة مثلا لبلد أجنبي<sup>2</sup>.

وانطلاقا من ذلك فإن إلغاء الوكالة هو تكريسا لمبدأ الرضائية في عقد الزواج دون تدخل أي وسيط، مما يعني أن حضور الزوجين يكون إجباريا أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية ، وهذا يجب أن يعرب كلاهما عن موافقتها بحرية، أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب سواء غلط أو تدليس أو إكراه<sup>3</sup>

وبناء على ما سبق فإن المشرع في تعديله لقانون الأسرة أكد على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والتام ،وفقا لما نصت عليه الاتفاقيات المذكورة سابقا وهذا تحقيقا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ، حيث يعتبر الرضا مظهرا من مظاهر المساواة في قانون الأسرة .

وهذا ما جاء في التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه " أصبح الزواج في قانون الأسرة عقدا توافيقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل ، وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة ، وبالفعل فإن المادة 09 تنص على أن عقد الزواج يبرم بموافقة الزوجين معا، وتعتبر الموافقة بحكم القانون عنصرا مؤسسا للزواج ،وفي حالة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين معا، يكون الزواج عرضة للإلغاء، وبإمكان أي شخص معني بمن في ذلك الطرفين أن يطلب إبطاله عن طريق العدالة .

وفي ظل هذه الترسانة من المواد القانونية التي تركز حق المرأة في الزواج برضاها الحر كان بإمكان الجزائر أن تسحب التحفظات التي أبدتها الفقرتين أ و ب من اتفاقية سيداو ، لولا الضوابط

<sup>1</sup> - تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة .

<sup>2</sup> - رشيد شويخ ، المرجع السابق ص 71.

<sup>3</sup> - Djilali Tchour , Droit de la famille (quels principes d'égalité) Etudes de droit, mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, konouz édition , Telemcen2013p20.

الشرعية الإسلامية ، والتي اعتبرتها الاتفاقيات الدولية قيودا على حرية المرأة وحققها في الزواج برضاها الحر .

### المبحث الثاني: تأثير اتفاقية على الحقوق المخولة للمرأة والقيود الواردة على رضاها

أهم الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري لتعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 هو التأثير المباشر بالاتفاقية سيداو بصفة خاصة، حيث جاء فيها أن التمييز ضد المرأة بإنكاره أو تقييده أو عدم تساويها في الحقوق مع الرجل يمثل إجحاف أساسي وإهانة للكرامة الإنسانية ، وقد تطرقت هذه الاتفاقية لمبدأ التساوي في الحقوق بين الجنسين .

وقد تكرست فكرة المساواة التي تنادي بها اتفاقية سيداو في نص المادة 16 خاصة ، في السن المعتمد للزواج ، وحرية المرأة في اختيار الزوج وحتى الزواج نفسه .

### المطلب الأول : تأثير اتفاقية سيداو على الحقوق المخولة للمرأة في عقد الزواج

من أهم المبادئ المكرسة في اتفاقية سيداو والتي تأثر بها التشريع الجزائري ، عند تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 هو حرية المرأة في الزواج واختيار الزوج المناسب ، باعتبار أن عقد الزواج رباط وميثاق غليظ بين الرجل والمرأة ، والهدف منه إقامة حياة زوجية مشتركة ، وبما أن العلاقة التي تربط بين الزوجين هي المودة والرحمة ، فمن اللازم قيامه على مبدأ التراضي .

### الفرع الأول: السن في الزواج

حاربت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ومن بينها اتفاقية سيداو السن المبكر للفتيات باعتباره عاملا يمكن أن يمنع المرأة من اتخاذ قرارها بحرية في الزواج ، وهذا ما أقرته المادة 16/01 و 02 من الاتفاقية بقولها : " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية ، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحق في عقد الزواج والعلاقات العائلية ، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحق في عقد الزواج ونفس الحق في اختيار الزوج ، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل "

كرس المشرع المشرع الجزائري هذه الفكرة بتوحد سن الزواج في إبرام عقود الزواج بالنسبة للرجل والمرأة بـ 19 سنة ، وهذا حسب الأهلية المدنية المنصوص عليها في قواعد القانون المدني<sup>1</sup> ، بعدها كانت تختلف بين الجنسين حيث كانت أهلية الرجل محددة بـ 21 سنة ، أما المرأة فقد حدد سابقا بـ 18 سنة وهذا قبل التعديل .

فالمشرع راعى في تحديد سن الزواج مصلحة الزوجين في تحديد سن انعقاد الزواج بالنسبة للرجل والمرأة ، حيث أن الدراسات الحديثة أثبتت أن زواج الصغيرات ينجم عنه كثير من التعقيدات البيولوجية في حالة حدوث الحمل ناهيك عن عدم تحمل مسؤولية أعباء الزواج ، وبالتالي فإن قرار اتفاقية سيداو والمشرع الجزائري كان صائبا .

### الفرع الثاني : الرضا في الزواج

من أهم المبادئ أو الحقوق التي كرستها اتفاقية سيداو في حق المرأة في الزواج واختيار الزوج طبقا للمادة 16 من الاتفاقية ، والتي تعتبره مسألة أساسية بحيث للمرأة مثل الرجل بالتساوي في اختيار الزوج أو توكيل غيرها لهذا الغرض<sup>2</sup>.

وقد أثبت عدة ممارسات أن عنصر الرضا غالبا ما يكون بالنسبة للمرأة التي تجد نفسها متزوجة دون أن تكون قد عبرت عن موافقتها بطريقة حرة ودون إكراه، وعلى هذا الأساس اتجهت معظم التشريعات إلى تأكيد على اعتبار ركن الرضا ركن أساسي في عقد الزواج، وهذا ما أكدته المادة الرابعة من قانون الأسرة بعد التعديل بقولها : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"<sup>3</sup>

بما أن عقد الزواج كغيره من العقود التي لا تقوم إلا بتوافر أركان معينة ، وبالرجوع لنص المادة التاسعة من قانون الأسرة بعد التعديل سنة 2005، تجدها قد جعلت من الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج ، بينما إضافة المادة التاسعة مكرر التي أضافت الشروط الأخرى من أهلية وصدّق صدّق وولي وشاهدين مع انعدام الموانع الشرعية للزواج.

1- المجلة القضائية سنة 2002 العدد 02 ص 424- 727 والمأخوذة من ستمية بوروية : الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق

الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة ، بدون دار النشر ، سنة 2012، ص 65.

2 - سهيل حسين الفتلاوي : حقوق الإنسان، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان ، ط1، سنة 2007، ص 267.

3 - سامية بوروية ، المرجع السابق ، ص 64.

كما أضافت المادة العاشرة على أن : "التعبير عن الإرادة يكون بالإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح " كما اعتبرت المادة الرابعة منه أن عقد الزواج هو عقد رضائي يقوم بين الرجل والمرأة ، واعتبر المشرع عقد الزواج باطلا إذا اختل ركن الرضا<sup>1</sup> .

أكد القضاء الجزائري على اعتبار الرضا من أركان الزواج لا ينعقد بدونه ، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 415123 بتاريخ 01 مارس 2008 في القضية بين (م ف) و (س خ ) الذي اعترف بحق الزوجة في عدم إجبارها على عدم الدخول بها ، حيث طالب الزوج أمام المحكمة الابتدائية إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الزواج وتم رفض دعواه، فطعن بالنقض ، وقضت المحكمة العليا بما يلي : " حيث أن المطعون ضدها صرحت بأنها لا تمانع في إتمام مراسيم الدخول شريطة أن يسكنها مدينة سطيف من جهة ، وأن لا يعترض على بقائها تزوال عملها بمدينة العلمة ، وتدعي أنها اشترطت عليه هذين الشرطين قبل إبرام عقد الزواج بينهما ، ولكن حيث أن عقد الزواج بصفة عامة مبني على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليه في المادة التاسعة من قانون الأسرة ، إضافة على ذلك فالمادة الرابعة من نفس القانون تعرف الزواج بأنه عقد رضائي وأن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون .

وحيث بناء على المادتين المشار إليها أعلاه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به"<sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس وما نستنتجه من خلال قرارات المحكمة وتعديل قانون الأسرة الجزائري نقول أن المشرع الجزائري قد طبق المبدأ المكرس في الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية سيداو في مسألة الرضا في السن في الزواج ، وعليه فلا يجوز للولي أو غيره أن يجبر حتى ابنته القاصر على الزواج دون الحصول على الموافقة منها وهذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأسرة بعد التعديل .

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ، ومدعم بأحدث الاجتهادات للمحكمة العليا، أحكام الزواج، الجزء الأول ، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية 2010، ص 26.

<sup>2</sup> - مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد رقم 01، ص 275-278، والمأخوذ من سامية بوروية ، المرجع السابق ، ص 66.

### المطلب الثالث: مدى حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بعقد الزواج

ان الملاحظ على كل المواثيق الدولية المهتمة بحقوق الإنسان أنها أشارت في مجملها إلى حق المرأة في الزواج بشكل متساو مع الرجل، فقد اهتم المجتمع الدولي من خلال الاتفاقيات الصادرة عنه برضا المرأة في الزواج وحققها في اختيار الزوج بكل حرية ، ووصل حد الاهتمام لدرجة خلق اتفاقية دولية خاصة بالرضا في عقد الزواج ، وجاء في هذه المادة الأولى من هذه الاتفاقية ما يلي "لا ينعقد قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه ،وبإعرايهما عنه بشخصيهما بعد تامين العلانية اللازمة ..."،ولو نظرنا إلى كل الاتفاقيات الدولية سألغة الذكر والتي صادقت عليها الجزائر لوجدنا أنها ركزت بشدة على توسيع حرية المرأة في اختيار الزوج والرضا بعقد الزواج ، وهذا ما اكده المشرع الجزائري ضمن نصوص المواد 04 و 09 و 10 و 33 ق. أس، وبالنظر لمدى حرية المرأة في اختيار زوجها فان الاتفاقيات الدولية لا تضح حدودا لهذا الحق الممنوح للمرأة في اختيار الزوج لدرجة تجاهل معتقد الشخص وديانته وعرقه، فهي لا تعترف بوجود أي قيد مهما كان، وبذلك فحق المرأة في الاختيار بالمفهوم الغربي ألائكي مطلق، وبالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري فإنها تتبنى مبدأ حق المرأة في اختيار زوجها عند الإقبال على الزواج، ولم يضع شروطا لذلك كما انه لم يميز في مجال الرضا بين الرجل والمرأة، لكن بتتبع نصوص هذا القانون نجده يضع بعض الإجراءات التي من شأنها تشكيل قيد للمرأة في الخيار بوجهة نظر الاتفاقيات الدولية، في حين تشكل حماية وامتيازاً للمرأة من الوقوع في خيار سيء أو غير موفق بمنظور الشريعة الإسلامية، ومن ذلك وجوب حضور الولي ومنع زواج المسلمة من غير المسلم، فالشريعة الإسلامية منحت للمرأة البالغة حق اختيار زوجها شأنها شان الرجل وبدون أي تمييز وبكل حرية<sup>1</sup> وكذلك لقد دعا الإسلام إلى تمكين المرأة في حقها في اختيار الزوج أو عرض نفسها عليه، فمن شروط عقد الزواج ان تكون المرأة حرة وان توافق بكامل إرادتها دون إكراه<sup>2</sup>، إذ يقول تعالى:

﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم واطهر والله يعلم وانتم لا

<sup>1</sup> - عيساوي عبد النور ، المرجع نفسه ،ص 28.  
<sup>2</sup> - بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق ص 43.

تعلمون<sup>1</sup>، وعقد الزواج لا يتم صحيحا إلا إذا ثبت بوضوح بان كلا من الرجل والمرأة أراد حقيقة إن يربطاً مصيرهما بالزواج وان كل واحد منهما هو راض على الزواج، وبالتالي فان الرضا في عقد الزواج هو الذي يعبر في إن واحد عن إرادة كل من الزوجين، وعن اتفاق الإرادتين<sup>2</sup>. ان الخوض في البحث عن مركز المرأة في عقد الزواج يتطلب معرفة مدى توافر إرادتها ومراعاة حريتها كطرف متكافئ مع الرجل، فادا نظرنا لعقد الزواج على أساس انه عقد مدني فانه يصنف بذلك ضمن العقود الرضائية القائمة على أساس مبدأ سلطان الإرادة، هذا الأخير يجب ان يتوفر لدى كل المقبلين على الزواج ودون ان يشوبه أي عيب<sup>3</sup>، كما لا يكون الرضا صحيحا ما لم يكن صادرا عن ذي أهلية كاملة وهو ما نظمته المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 07 ق. أس التي ساوى فيها بين أهلية الزوجين وحددها ب 19 لكلا الجنسين امتثالا منه للمبادئ التي نادى بها الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها.

**المطلب الثاني: القيود الواردة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل في قانون الأسرة من منظور الاتفاقيات الدولية**

### **الفرع الأول: ضوابط حق المرأة في الزواج برضاها و الحر الكامل**

من خلال استعراضنا لمضمون الاتفاقيات الدولية فيما يخص حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل نجد أنها تقوم على مبدئين أساسيين و هما: الحرية و المساواة بين الجنسين. في حين أن رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن اغلب مواد مستمدة من الشريعة الإسلامية مقيد بضوابط شرعية. والمتمثلة في حضور الولي عقد الزواج وفقا للمادة 11 و منع زواج المسلمة بغير المسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة، مما جعل الاتفاقيات الدولية تعتبر هاتين المادتين قيودا واعتداءا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل. و هذا ما يظهر من خلال تقارير اللجان الدولية لا سيما لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المستحدثة بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو والتي تعتبر الإطار الشامل الذي احتوى على جميع حقوق المرأة بصفة خاصة. و قد أكدت المادة 18 منها على التزام الدول بتقديم التقارير إلى لجنة سيداو، وفي

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، الآية 232.

<sup>2</sup> - العوثي بن ملحمة ، المرجع السابق ، ص34.

<sup>3</sup> - لوعيل محمد الامين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة ، الجزائر الطبعة الثانية، 2006، ص33.

هذا السياق قدمت الجزائر تقاريرها إلى اللجنة ابتداءً من التقرير الأولي في 01/09/1998 الذي أكدت فيه الجزائر بأن المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين محترم بدقة، على صعيد الحقوق السياسية و المدنية و أن الأحوال الشخصية المنظمة لقانون الأسرة الذي تستلهم الشريعة الإسلامية جزئياً و لهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز و المساواة بين الجنسين على نحو تدريجي دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية.

و في رد لجنة سيداو على التقرير<sup>1</sup> الأولى للجزائر في دورتها العشرين في نيو يورك يوم الخميس 21 جانفي 1999<sup>2</sup> أكدت ان قانون الأسرة الجزائري يتسم بالرجعية , فهو اسند للمرأة دورا صغيرا في الشؤون الأسرية كما أكدت على أن الشريعة و الإسلام لا يجب ان يتخذ كذريعة لحرمان المرأة من حقوقها و أن قانون الأسرة لا يتماشى مع الاتفاقية, ولا يمكن للأعراف و التقاليد و الدين، أن تبرر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضد المرأة.

أما في ردها على التقرير الثاني<sup>3</sup> المقدم من الجزائر في جلستها 667/668 المعتقدتين في 11/01/2005 أبدت اللجنة قلقها من عدم تحسن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية. كما لاحظت أن تحفظ الجزائر على المادتين 02 و المادة 16 يتعارض مع هدف الاتفاقية و مقصدها وفي هذا الشأن أعربت عن قلقها من التعديلات المقترح إدخالها على قانون الأسرة لا يشمل تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.

ثم عادت اللجنة في ردها على التقرير الجامع للتقريين الثالث و الرابع في 18/05/2005 إلى حث الجزائر على تسريع الإصلاحات التشريعية، لا سيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المواد 02 المادة 4/15 و المادة 16 من الاتفاقية، أكدت على عدم تعدد الزوجات و حظر التعدد ممارسة و قانونا . و إلغاء شرط حضور الولي في عقد الزواج.

إذن كل ردود لجنة سيداو على التقارير التي قدمتها الجزائر تحث على إلغاء كافة أشكال التمييز قانونا و ممارسة خاصة فيما يتعلق بقانون الأسرة. لا سيما إلغاء الولي و حضر التعدد وإلغاء أي تمييز في عقد الزواج يمس بحق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل، و في هذا الشأن أثار

CEDAW/ C/ DZA/11/09/1998

CEDAW/C/ SR.406/1/ADD1

CDAW/C/SR.667.668

1 - تقرير الجزائر الاولي أمام لجنة

2 - رد لجنة سيداو على التقرير الاولي للجزائر

3 - لجنة سيداو والرد على التقرير الثاني للجزائر

المجلس الاقتصادي و الاجتماعي للأمم المتحدة<sup>1</sup> مسالة منع زواج المرأة بغير المسلم, عند نظره في تقرير الجزائر الثالث و الرابع من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية حيث لاحظت اللجنة انه على الرغم من تعديل قانون الأسرة إلا أنه لا زال يسمح بتعدد الزوجات, ولم يلغي شرط الولي وان المادة 30 من قانون الأسرة تحظر زواج المرأة المسلمة بالرجل غير المسلم, عليه أوصت اللجنة الجزائر بإجراء تعديل آخر على قانون الأسرة لتضمن إلغاء تعدد الزوجات, و إلغاء شرط الولي وأن يعترف بالزواج الذي يقع بين المسلمة و غير المسلم اعترافاً قانونياً كاملاً بدون استثناء.

و في هذا الإطار جاء تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة أسبابه و عواقبه المقدم من طرف السيدة ياكين ارثورك, المقدم في الدورة السابعة لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة فبعدما أشارت بعدد التحسينات التي عرضها قانون الأسرة في تعديل 2005, انتقدت الجزائر على إبقاء الولي و عدم حضر تعدد الزوجات و منع المرأة من الزواج بغير المسلم.

من بين التوصيات التي قدمتها المقررة الخاصة إصلاح قانون الأسرة لضمان الاحترام التام لمبدأ عدم التمييز على أساس نوع الجنس. وكحد أدنى ينبغي لهذا الإصلاح أن يتضمن إلغاء جميع الأحكام التي تحرم المرأة من المساواة، مثل تحريم تعدد الزوجات إلغاء الشرط القانوني المتعلق بمنصب ولي الأمر في الزواج, اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم .

نستنتج مما سبق ذكره، أن تقارير اللجان المستحدثة بموجب الاتفاقيات الدولية لاسيما لجنة سيداو أجمعت على أن وجود الولي و منع زواج المسلمة بغير المسلم. تعتبر قيوداً المرأة في الزواج وهي شكل من أشكال التمييز الذي يمس بمبدأ المساواة.

و من هنا نناقش هذين العنصرين على ضوء ما جاء في الشريعة الإسلامية لمعرفة هل فعلاً تعتبر قيوداً على حرية المرأة في الزواج برضاها الحر. هذا من خلال التطرق إلى الولي و منع زواج المسلمة بغير المسلم في قانون الأسرة على ضوء الشريعة الإسلامية

### أولاً: الولي

<sup>1</sup> - تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي تجاه الجزائر الدورة 44، جنيف 3-21 ماي 2010  
E/C12/DWQ/COQ/CO/4



قبل التعرض إلى موقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج لا بد من التطرق إلى آراء المذاهب الفقهية حول حق المرأة مباشرة زواجها بنفسها، و يجب الإشارة إلى أن الولاية في الزواج تعد من المواضيع التي كانت محلا لجدل كبير و نقاش في الفقه الإسلامي. فمباشرة المرأة لعقد أصالة لا يتعلق بحكم ثابت في الشريعة الإسلامية بل هي قضية خلافية .

### ثانيا :الولاية في الشريعة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على أن المرأة إذا بلغت و تحقق فيها صفة الرشد كان من حقها أن تباشر أي عقد من العقود او تصرف من التصرفات شأنها في ذلك شأن الرجل سواء بسواء إلا أنهم استثنوا من هذا الإنفاق مباشرة المرأة لعقد النكاح حيث اختلف الفقهاء في أحقية المرأة لمباشرة هذا العقد<sup>1</sup> إلى اتجاهين:

● **الاتجاه الأول:** يمنع هذا الاتجاه المرأة من مباشرة عقد النكاح مطلقا سواء كان بنفسها أو لغيرها، فبالنسبة لأصحاب هذا الاتجاه يعد الولي شرطا من شروط صحة النكاح، حيث عقد زواج المرأة يصح بدون ولي. فذهب الأئمة الثلاثة مالك الشافعي ابن حنبل في المشهور عنه إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تباشر الزواج بنفسها و لا لغيرها. بل إذا أوكلت رجلا غير وليها بتزويجها لا يصح هذا الزواج لأنها لا تملك تزويج نفسها اذ لا تستطيع تمليك غيرها مالا تملكه<sup>2</sup> و استدل أصحاب هذا الاتجاه بالقران و السنة و المعقول:

فمن القرآن قوله تعالى: " و انكحوا الأيامى منكم الصالحين من عبادكم إيمانكم"<sup>3</sup>

و قوله عز وجل: " و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"

و وجه الاستدلال في هاتين الآيتين أن أمر تزويج النساء لو كان عائدا إليهن لما وجه الأمر بالنكاح أو النهي عنه إلى الأولياء , فدل ذلك على أن الزواج لا إلى النساء<sup>4</sup> كما قال تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"<sup>5</sup>.

1 - ناصر احمد ابراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، ص 267<sup>1</sup>.

2 - أحمد أباش ، الأسرة بين الجمود والحداثة ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ص44.

3 - سورة النور 32.

4 - الجامع لأحكام القران، للقرطبي 62/32، المحلي ابن حرم 54/9 مأخوذ عن كتاب عبد الله عبد المنعم العسيلي ، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية ، دراسات مقارنة ، ص 157.

5 - سورة البقرة آية 230.

و وجه الاستدلال في هذه الآية هو نهي الأولياء عن منع النساء من نكاح من يخترن من الأزواج, فالخطاب بالنهي عن العضل موجه للأولياء. و لو كان أمر تزويج المرأة عائدا إليها لما كان في نهي الأولياء عن العضل فائدة<sup>1</sup>.

أما أدلتهم من السنة ما روته عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " أي ما امرأة نكحت بغير إذن وليها. فنكاحها باطل فنكاحها باطل, فإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن استجاروا. فالسلطان ولي من لا ولي له " <sup>2</sup>. و قوله صلى الله عليه و سلم " : لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها. " <sup>3</sup> و هذه الأحاديث في دليل على بطلان النكاح الذي لا ولي فيه و يستفاد منها أيضا أن ولاية إبرام عقد الزواج قد حصره الشرع في الأولياء دون النساء<sup>4</sup>.

أما من المعقول فقد منعت المرأة من مباشرة عقد الزواج لأنه لا يؤمن من انخداعها أو وقوعها منها على وجه المفسدة. لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة. التي قد تغطي عليها جهة المصلحة<sup>5</sup>.

● **الاتجاه الثاني:** لم يجعل أصحاب هذا الاتجاه من الولي شرطا لصحة الزواج و هذا لصحته. بعبارة المرأة البالغة العاقلة. فقد أجاز هذا الاتجاه للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها. و هذا ما قال به الإمام أبو حنيفة حيث أجاز للمرأة أن تعقد زواجها و تباشره بنفسها و وجه الجواز عنده. أن المرأة تصرفت من خالص حقها و هي عاقلة مميزة و لهذا كان لها التصرف في المال و اختيار الأزواج. و قد استدلت الحنفية بأدلة من القرآن و السنة : فمن القرآن قوله عز و جل "فإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" في هاته الآية فإن الله تعالى يوجه خطابه مباشرة إلى النساء و ليس إلى الرجال إذ هن المعنيات أساسا بإبرام عقد الزواج أما عن السنة فتوجد الكثير من الأحاديث الصحيحة في وجوب استئذان البكر مع مراعاة ما يغلب عليها من حياء , فلم تنص على ضرورة تصريحها بذلك و طلب ذلك بالسنة للثيب أي التي سبق لها

1 - عبد الله عبد المنعم العسيلي ، المرجع السابق، ص 138.

2 - رواه البخاري ومسلم عن الزهري، عن عروة عن عائشة رضي الله عنها.

3 - حديث رواه ابن ماجة وأخرجه الدار القطني.

4 - مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ط2، سنة1977، ص 258.

5 - عبد الله عبد المنعم العسيلي ، المرجع السابق، ص 138

الزواج و منها الحديث الذي رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال " :الأيام أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها" و هذا الحديث يوضح ان للمرأة الحق في تزويج نفسها كما أنها كونها بالغة عاقلة يجعل لها الولاية على نفسها بالتصرف بالمال . و استئذان البكر في هذا الحديث الشريف هو في نظر الأحناف من باب الاستحباب فقط<sup>1</sup>

أما دليلهم من المعقول فهو أن تزوج المرأة الحرة المكلفة نفسها هو تصرف في خالص حقها و هي من أهليه و لم تلحق الضرر بغيرها. في تصرفها بنفسها كما يصح تصرفها في مالها لأنها بلغت عن عقل و حرية<sup>2</sup>.

و في ظل هذا الاختلاف الفقهي حول مسألة مباشرة المرأة لعقد زواجها سوف نتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعد التعديل من مسألة الولي و مدى تقييده لحريتها و حقها في الزواج.

#### الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة 02/05 بعد التعديل

لقد وجهت انتقادات حادة لقانون الأسرة الجزائري 11/84 و هذا لعدم مسابته للتطور الذي عرفه المجمع الجزائري. من الجوانب الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية و عدم انسجامه مع الاتفاقيات الدولية. الهادفة إلى تطوير حقوق الإنسان و ترقية المرأة و حمايتها. و من بين المسائل التي كانت محل انتقاد، والتي أثارت نقاشا و جدالا حادا طيلة العشرين سنة من تطبيق قانون الأسرة 11/84. مسألة الولي الذي اعتبره هذا القانون ركنا في عقد الزواج، فبخصوص هذه المسألة هناك اتجاهين متنافرين: اتجاها يدعو إلى إلغاء الولاية الكلية. فأصحاب هذا الرأي يرون أن الولاية على المرأة تعتبر إنقاصا من أهليتها و انتهاكا لكرامتها فبالنسبة إليهم لا يعقل أن تكون المرأة قاضية. و يعتبر بحكم القانون ولي لمن لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة 11/84. بينما تحتاج هي من اجل زواجها وليا و هذا ما لا يتقبله العقل أو المنطق، و يعتبر ماسا لمبدأ المساواة بين

<sup>1</sup> - محمد الكشور ، الوسيط في شرح مدونة الأسرة ، كتاب الأول في عقد الزواج وأثاره، ط2، ص 302.  
<sup>2</sup> - ناصر أحمد إبراهيم النشوى، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ص 387.

الجنسين المنصوص عليها في الدستور و في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة, و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة.

أما المتمسكين بالشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة فيرون بالإبقاء على الولي كركن في عقد الزواج. لأن إسقاطه يتنافى مع الشرع و يتعارض مع طبيعة المجتمع الجزائري و قيمه و تقاليده. أما بالنسبة للمدافعين على مبدأ المساواة بين الجنسين كذريعة لإلغاء الولاية في عقد الزواج فهو فعلا مبدأ دستوري و لكن ليس على إطلاقه بل هو مقيد بالمادة الثانية من الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة. و عليه حاول المشرع إيجاد حلا وسطا بين هذين التيارين المتنافرين من خلال تعديل المادة 11 بموجب الأمر 02/05 التي أعملت للمرأة الحق في أن تعقد زواجها, ولم تلقي الولي و جعلت الولاية حقا للمرأة يجوز لها تفويضه و اختيار من تشاء من الناس, حيث نصت هذه المادة على: "عقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون ."

فالمشرع خرج عن جميع المذاهب حينما جعل الولاية لأي شخص تختاره المرأة حتى وإن كان من غير الأقارب و هو ما أكدته ( أو ) التي تفيد في اللغة التخيير.

إن فوائد وجود الولي في الزواج تنتفي مع هذا التوسع الغير مبرر في الأولياء تجعل من اشتراطه أمرا شكليا فقط. و هنا لم يرتب المشرع بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه المرأة الراشدة دون وليها. و هذا يستنتج من روح المادة 33 المعدلة في القانون 02/05 التي ترتب بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا فقرة الأولى أو غاب شرطان اثنان فقط<sup>1</sup>.

إذا اعتبر المشرع وجود الولي في عقد الزواج أمرا شكليا و جعله في نفس المرتبة مع الشاهد الذي يحتاج إليه في توثيق العقد فقط. كما أن المشرع يرتب بطلان العقد في حالة تخلف الولي بل ترتب الفسخ قبل الدخول و التثبيت بعد الدخول, في حين ترتب البطلان في حالة تخلف ركن الرضاء هذا طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة المعدلة و هنا لا معنى لفسخ عقد بسبب غياب الولي الذي لا يجبر على الزواج و لا يمنع منه, فالولي هو من يقوم مقام المتولي عليه على نفسه و على ماله,

<sup>1</sup> - تشوار حميدو زكية ، المرجع السابق ، بعض حقوق المرأة المستحدثة بموجب الأمر 02/05، ص 59.

فالمشرع أعطاه نوعاً من الاعتبار قبل الدخول إذا رتب عليه الفسخ و لكنه تراجع عن ذلك بقبول تشبيته بعد الدخول<sup>1</sup>.

بناءً على كل ما سبق نذكره يمكن القول أن المشرع في قانون الأسرة المعدل لم يعطي الولي سلطة إجبار المرأة على الزواج، و لا سلطة منعها أو الاعتراض على زواجها كما أنه لم يمنح حق التعبير عن إرادته سواء الموافقة أو رفض الزواج بل جعل وجوده رمزياً-

و يبدو خلال هذا الوجود الرمزي للولي في قانون الأسرة المعدل كأنه تحضير الرأي العام التعديلات مقبلة لقانون الأسرة قد تلغي الولي نهائياً في عقد الزواج فهناك ما يبرر موقف المشرع الجزائري هذا التعديل. منح المشرع الجزائري الحرية في اختيار من يتولى أمر زواجها حيث أثبتت الممارسة في ظل قانون 11/84 تعسف الأولياء و رفض حضورهم عند إبرام عقد زواج بناتهم بسبب الخلافات السابقة بين الأولياء ( الطلاق ) مما كان يصعب من وضعية المرأة عند إبرامها للعقد<sup>2</sup>. كما أن خروج المرأة للتعليم ثم العمل واحتلالها مناصب حساسة و أعلى مناصب المسؤولية في شتى القطاعات اسقط مبرر وجود الولي المتمثل في حياء المرأة و قلة خبرتها بالرجال، فهذا لا يمكن قصوره في العصر الحالي مع التطورات التي عرفتتها المرأة كما أن الكثير من الآباء في العصر الحالي لا يكثرثون لمصالح بناتهم و لا يهتمهم سوى المصلحة المادية. و قد لا يحسنون التزويج بالنظر إلى جهلهم أو انحرافهم أو فسوقهم فهنا الولي يكون مضراً بمصلحة المرأة.

من هنا يمكننا القول أن تغير موقع الولي و دوره في تعديل قانون الأسرة كان يهدف إلى تحقيق حرية المرأة في اختيار الشريك على غرار حريتها في إبرام أي تصرف قانوني آخر.

### أولاً: زواج المسلمة غير المسلم

تعتبر مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، من المسائل التي تعرضت لانتقادات كثيرة من طرف مختلف التقارير الدولية التي تعدها اللجان المختلفة المعنية بحقوق الإنسان بصفة عامة، و حقوق المرأة بصفة خاصة. فقد نصت المادة 30 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ

<sup>1</sup> - أوعامري محمد ، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة ، إشكالية أركان و شرط عقد الزواج، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران ، ع 2011، ص 81

<sup>2</sup> - بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، ع 2011، ص 55.

في 27/02/2005 في فقرتها الخامسة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم و هذا حتى و لو كان صحيحا في نظر القانون الأجنبي في حالة ما إذا أبرم خارج الجزائر ، فيعتبر باطلا طبقا للقانون الجزائري .

فهذه المادة انتقدت من وجهتين: فمن جهة تعتبر هذه المادة، مساسا بحق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل، فهي تعتبر تقييدا لحريتها في اختيار الزوج، و من جهة أخرى تمس بمبدأ المساواة بين الجنسين، لأن هذا المنع يمس المرأة فقط، أما الرجل فهو غير معني بهذا المنع، فالقانون يسمح بزواج الرجل المسلم ، بامرأة من ديانة سماوية أخرى.

و ستعرض لمناقشة هذه المادة من خلال استعراض الحكمة من منع زواج المسلمة بغير المسلم

#### ثانيا :الحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم :

لقد أجمع الفقهاء، على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و هذا مصداقا لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا ، إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات، فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهم فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن"<sup>1</sup>

ثالثا: الحكمة من إباحة زواج المسلم، بغير المسلمة الكتابية و تحريم زواج المرأة المسلمة بغير المسلم:

يتساءل الكثير عن القصد من إباحة الكتابية، أي غير المسلمة للزواج بالرجل المسلم، و عدم جواز ذلك بالنسبة المرأة المسلمة في تحريم زواجها مع غير المسلم إذن فالإسلام كان متفقا مع مبدأ التسامح الديني، لما أجاز زواج المسلم بالكتابية الغير مسلمة، وكان موقفه في منع زواج المسلمة بغير المسلم، و لو كان كتابيا متفقا مع واقعيتها و حرصه، على استقرار كيان الأسرة .

<sup>1</sup> - سورة الممتحنة الآية 10.

## الخاتمة

تعتبر الأسرة هي نواة المجتمع تتكون في أولى مراحلها من الزوجين وباعتبار أن الزواج هو الميثاق الغليظ وأكرمه عند الله عز وجل لأنه يتعلق بذات الإنسان، وشرط هذا العقد رضا المتعاقدين فقد عمد الشارع الحكيم إلى هاتين الدعامتين بالإرشاد والتوجيه بما يحقق لهما السعادة والاستقرار، ومن ذلك تأكيده على التراضي لأن الزواج هو الخطوة الأولى في بناء الأسرة ونجاحه وفشله مرهون بمدى توفر التراضي بين الطرفين فكلما كان البيت الزوجية مبنيا على التراضي كلما كان هذا البيت متماسكا من داخله.

وعليه فإن حقيقة التراضي في عقد الزواج يعتبر بوابة العلاقات الأسرية ونقطة بدايتها وذلك ما رمت إليه سنن الله الكونية، فالزواج هو الارتباط الوحيد المشروع بين الرجل والمرأة والطريق الوحيد للتناسل والحفاظ على الجنس البشري فضلا عن كونه باب التواصل، وسبب الألفة والمحبة والفضيلة، فالزواج له أهمية كبيرة في حياة الإنسان وفي وجود الأسرة، ولأن الزواج بهذه الأهمية لم يترك الشارع الحكيم أسسه بغير تنظيم وإنما نصت عليه الآيات القرآنية على أحكام إنشائه وانقضائه بصورة تكاد تكون تامة، فأضفى عليه قدسية تجعله فريدا بين سائر العقود، ولكي يقوم هذا العقد ويساهم في استقرار الأسر والمجتمعات كان لزاما أن يقوم على أسس سليمة بين طرفيه.

ومن خلال ما سبق ذكره، فإن حق الزواج بالنسبة للجنسين، من الحقوق الطبيعية و هي حقوق الإنسان التي نصت عليها جميع المواثيق الدولية ابتداء من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مروراً بالعهدين الدوليين لسنة 1966 وصولاً إلى الاتفاقية الشاملة و الجامعة لكل حقوق المرأة و هي اتفاقية، مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، فكل هذه الاتفاقيات نصت على حق

المرأة في زواجها برضاها الحر و الكامل، أي الرضا الخالي، من أي إكراه أو عيب من عيوب الإرادة، وكاملاً أي غير مقيد.

أما قانون الأسرة الجزائري باعتبار اغلب مواد مستمدة من الشريعة الإسلامية، بدوره ركز على عنصر الرضا في الزواج، و هذا من خلال تكرار مصطلح الرضائية، في العديد من المواد، في تعديل قانون الأسرة، بموجب الأمر 06/05 المؤرخ في 27/02/2005، إلا أنه أحاطه بضوابط

شرعية، متمثلة في اشتراط الولي، و هنا حاول ملائمة قدر الإمكان، قانون الأسرة فيما يخص هذه المسألة مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، حيث استغنى عن الراجح من أقوال الفقهاء، أي رأي الجمهور الذي يرى في وجود الولي شرط صحة في عقد الزواج، و أخذ برأي الحنفية، الذي يقول بحق المرأة في عقد زواجها بدون ولي، إلا أن الاتفاقيات الدولية رأت في ذلك قيوداً على حق المرأة في الزواج برضاها الحر كما أن التقارير الدولية المختلفة كلها انتقدت قانون الأسرة الجزائري، على منعه زواج المرأة المسلمة بغير المسلم، الذي نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة، فزواج المسلمة بغير المسلم محرم بإجماع الفقهاء على عكس الولي الذي يعتبر مسألة خلافية في الشريعة الإسلامية و من هنا نلاحظ أن قانون الأسرة، أعطى الحق للمرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل، في إطار ضوابط نصت عليها الشريعة الإسلامية، في حين أن الاتفاقيات الدولية و على رأسها، اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، فمقارنة حقوق المرأة بالنسبة لهذه الاتفاقيات هي الحرية المطلقة، و المساواة بمفهوم التماثل ما بين المرأة و الرجل. فالحقوق التي تضمنها هذه المواثيق هي غربية المنشأ و المصدر، و هي متأثرة بمبدأ سلطان الإرادة، الذي هو نتاج الفلسفة الفردية التي ظهرت في القرن الثامن عشر، مع تنامي الحرية في المجمع، فحقوق الإنسان التي تضمنتها هذه المواثيق تبلورت في العالم الغربي، الذي هو مزيج لثقافات مختلفة عن الثقافات الإسلامية، و منها الثقافة الجزائرية، و أولى هذه الخلافات، تظهر في المسائل ذات الصلة بالدين الإسلامي، إذ لم يعد للدين في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الداخلي و في القانون الدولي، و لهذا نجد مثلاً أن اختلاف الدين بين الزوجين لم يكن بمانع من موانع الزواج في الدول الغربية على خلاف الدول الإسلامية، ففي الدول الإسلامية، لا زال الدين الإسلامي يحتل مكانة كبيرة في مسائل الأحوال الشخصية، لاسيما في مسائل الزواج و بالتالي فهو يصطدم مع قانون الأسرة فيها يخص رضا المرأة بالزواج و بهذا يجب أن تتمسك الجزائر بتحفظها على المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة.



ومن خلال هذا فقد توصلت من خلال البحث إلى النتائج و التوصيات التالية :

### أولاً: النتائج

- 1- التزام بعض الشكليات في عقد الزواج لا ينفي صفة الرضائية.
- 2- عقد الزواج هو ميثاق غليظ لكلا الزوجين فلا بدا أن يؤسس على التفاهم والتراضي لاستمراريته دون ضغط أو إكراه.
- 3- يعتبر التعبير من أهم عيوب الرضا التي بحثها علماء الشريعة والقانون وهو يتخذ صوراً تختلف عبر الزمان والمكان .
- 4 - التزام بعض الشكليات في إبرام عقد الزواج لا ينفي عنه صفة الرضائية .
- 5- عقد الزواج بدايته الجنة ومنتهاه الجنة لأهل الإيمان ،وتنبثق عنه حقوق وواجبات، بخلاف غيره من العلاقات والنزوات العابرة.
- 6- خصوصية الرضا في عقد الزواج وتميزه عن سائر العقود، وعن عقود الزواج القاسدة واشتراط رضاء الأولياء فيه واستحباب الوفاء فيه بشروطه إذا لم يتنافى مع الشرع .

### ثانياً: التوصيات

- 1- دعوة المشرع الجزائري لإعادة صياغة النصوص المنظمة لعيوب الإرادة التي قد تعتري ركن الرضا في عقد الزواج.
- 2- تنقيح القوانين ومراجعتها لأجل ملائمتها مع مختلف التطورات المتسارعة التي يعرفها المجتمع.
- 3- تخصيص نصوص تشريعية أكثر دقة ووضوحاً بما يرفع كل لبس وتأويل .
- 4- توسيع المشرع الجزائري لحظوظه في مجال سلامة النصوص التشريعية من خلال الاستفادة من حصيلة الفقه الإسلامي في مجال تأصيله لركن الرضا في مجال عقد الزواج.
- 5- المحافظة على شرعية الزواج بأركانه وشروطه وأثاره، وفق ما نصت عليه النصوص الشرعية وأجمع عليه الفقهاء .

# قائمة المصادر

# والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

### من القرآن الكريم

### أولاً : كتب التفسير

- 1- الرازي فخر الدين ،التفسير الكبير ومفاتيح الغيب ،ط1،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،د، ب، ن . 1981.
- 2- الطبري بن جرير ،جامع البيان عن تأويل القرآن ،تحقيق عبد الله بن محسن التركي ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، القاهرة ، مصر . 2001.
- 3- ابن كثير إسماعيل، تفسير القرآن الكريم ،ط 1،دار ابن حزم ،بيروت لبنان ،. 2002.
- 4- الصابوني محمد علي، روائع البيان ،تفسير آيات الأحكام من القرآن الكريم،ط3،مكتبة الغزالي، دمشق 1980.
- 5-الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 62/32، المحلي ابن حرم 54/9 مأخوذ عن كتاب عبد الله عبد المنعم العسيلي ، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية ، دراسات مقارنة ، الزجاج إبراهيم السري ،معاني القرآن وإعرابه، ج 2،ط1،عالم الكتب ،بيروت ،لبنان،1988.

### ثانياً : كتب الحديث وشروحها

- 6- العظيم أبادي، عون المعبود على شرح سنن أبي داود،ط1،دار ابن حزم بيروت،لبنان،2005.
- 7- النووي أبو زكريا ،شرح صحيح مسلم ،ط1،المطبعة المصرية، مصر 1930.
- 8- أبو عيسى الترميذي ،سنن الترميذي ،تحقيق رائد بن صبري،ط2،دار الحضارة للنشر والتوزيع ، الرياض 2015.

### ثالثاً: معاجم اللغة و المصطلحات الفقهية

- 9- إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مجمع اللغة العربية، مصر 2004.
- 10- الجرجاني علي بن محمد، التعريفات ،تحقيق باسل عيون السود،ط2،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان،2003.

10- ابن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت ،لبنان 1999.

#### رابعاً : كتب القانون

11- الزبيدي محمد مرتضى ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الستار أحمد فراج ، ج 8 ، ط2 ، مطبعة الكويت 1965 .

12- الفيومي أحمد بن محمد ، المصباح المنير ، د،ط، مكتبة لبنان بيروت 1987.

13- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط1، دار الهدى عين مليلة ،الجزائر 1993.

14- محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلاميين ، ط2 ، دار الكتاب الحديث القاهرة ، 1996.

15 - الفيروز آبادي محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة ، بيروت.

16- الشربيني محمد بن محمد، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المناهج، ج4، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت 2000.

17- ابن قدامة عبد الله بن أحمد المغني ، ج9، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض 1997.

18- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

19- عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ج2، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.

20- محمد سليم مصطفى ، الخصوصية الشرعية لعقد الزواج، مجلة الجامعة الإسلامية ، غزة فلسطين، ع 183، 1439هـ.

21- رشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية ،القبة ،الجزائر، 2008.

22- خليل بن إسحاق ،التوضيح في شرح المختصر الفرعي لأبن الحاجب ، ج3، ط1، مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث، مصر، 2008.

23- الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، تحقيق باسل عيون السود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003.

- 24- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ،ط4،دار الجامعة للطباعة والنشر ،بيروت لبنان،1983.
- 25- عبد العزيز سعد ،نظام الحالة المدنية في الجزائر ، ط2،دار هومة، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 26- الزجاج إبراهيم السري ،معاني القرآن وإعرابه، ج 2،ط1،عالم الكتب ،بيروت ،لبنان،1988.
- 27- القرطبي محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج06،ط2، مؤسسة الرسالة ، بيروت ،لبنان، 1988.
- 28- أحمد السمين، عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الالفاظ،ج1،ط1،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان 1996.
- 29- الموصللي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار،ج3، د،ط،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،1424هـ.
- 30- التفتازاني سعد الدين ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات ،ج2،ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان 1996.
- 31-السرخسي محمد بن أحمد، أصول السرخسي، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني ، ج 2،ط1، لجنة إحياء المعارف، الهند، 1993.
- 31-سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ،ج1،ط1، دار الكتب ، مصر 1987.
- 32- عبد الله فاسي ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق ،أطروحة دكتوراه،جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015 .
- 33- المرغيناني برهان الدين ، الهداية شرح بداية المبتدي،ط1، منشورات إدارة القرآن الكريم والشؤون الاسلامية ، باسكتان ،1417هـ .
- 34-النووي، مجموع شرح المذهب للشيرازي، ج17، د، ط، مكتبة الإرشاد جدة السعودية، د، ط.
- 35- سعاد لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق 2015.
- 36- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3،ط1،مكتبة ابن تيمية، القاهرة،1415هـ.

- 26- ابن عبد البر أبو عمر يوسف، الاستذكار، ج16، ط1، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، دمشق 1993.
- 37- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، د.ط، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض 2003.
- 38- أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ط1، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.
- 39 - ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار البنداري، ج9، ط1، دار الكتب العلمية بيروت 2003.
- 40- أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 5، ط1، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987 .
- 41- الياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية القاهرة 2009.
- 42- بدر ناصر السبيعي، المسائل الفقهية المستحدثة في النكاح مع بيان ما أخذ به القانون الكويتي ط1، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 2014.
- 43- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، جانفي 2005.
- 44- محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان : الحقوق المحمية ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2014.
- 45- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة درا الجامعة الجديدة، الإسكندرية .
- 46- لوعيل محمد الأمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، سنة 2006.
- 47- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية .

- 48 - رشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية دار الخلدونية للنشر والتوزيع،ط1، سنة 2008.
- 49 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون رقم الطبعة سنة 2010.
- 50- الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة، بدون دار النشر، سنة 2012، ص 65.
- 51 - سهيل حسين الفتلاوي : حقوق الإنسان، دار الثقافة والنشر والتوزيع ،عمان ، ط1، سنة 2007.
- 52- بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ، ومدعم بأحدث الاجتهادات للمحكمة العليا، أحكام الزواج، الجزء الأول ، ط06، ديوان المطبوعات الجامعية 2010.
- 53- محمد الكشور ، الوسيط في شرح مدونة الأسرة ، كتاب الأول في عقد الزواج وأثاره، ط2.

### خامسا: بحوث علمية

#### أ - مذكرات الدكتوراه

- 54- عبد الله فاسي ،المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق ،أطروحة دكتوراه ،جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان كلية الحقوق والعلوم السياسية 2015 .
- 55- دليلة بلعربي خالدية ، أثار عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير ، قانون أسرة كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، 2015.
- 56- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009.
- 57- سعاد لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق 2015.
- 58- رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغيير في عقد النكاح، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2011.

- 59- طالبى سرور ، حماية حقوق المرأة فى التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان مذكرة ماجستير فى القانون الدولى والعلاقات الدولية ، جامعة بن عكنون ، الجزائر 2000.
- 60- عبد الحميد عيدونى ، دور الإرادة فى إبرام عقد الزواج وإنهائه ، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان .
- 61 - رزىق بخوش ، عيوب الرضا فى عقد الزواج "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى" أطروحة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة 2018.

### سادسا: القوانين

- 62- الأمر رقم 02-05 المؤرخ فى 27 فبراير سنة 2005 الذى يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ فى 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائرى ج ر ، ع 15 بتاريخ 27 فيفري 2005.
- 63- القانون رقم 05-07 المؤرخ فى 13 مايو سنة 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ فى 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدنى ، ج ر ، ع 31 بتاريخ 13 ماي .
- 64- المرسوم التنفيذى رقم 06-154 المؤرخ فى 11 مايو سنة 2006 ، يحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ فى 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ج ر رقم 31 بتاريخ 14 ماي 2006.
- 65- قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم : 70-20 المؤرخ فى 19/02/1970.
- 66- القانون رقم 02-06 المؤرخ فى 20 فبراير سنة 2006 ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، مؤرخة فى 08 جوان 2006 المتعلقة بمهنة الموثق.

### سابعا: المقالات العلمية

- 67- تشوار حميدو زكية ، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة ، مجلة العلوم القانونية والادارية ، كلية الحقوق تلمسان عدد 12.
- 68- بن عزوز بن صابر ، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج فى التشريع الجزائرى والمقارن ، مجلة مخبر حقوق الطفل جامعة وهران ، ع 2 ، 2011.



- djilali Tachour, droit de la famille (quel principes d egalité) étude du 69- droit mélanges en hommage à Abdelah benhamou, konnouz edition – telemcen-2013.
- Nadia Ait Zai, les amendements du code de droit de la famille- Légalité 70 un principe mal compris-24-25 juin 2000.

### ثامنا: الاتفاقيات الدولية

- 69 - الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للمرأة ، بدون دار النشر ، سنة 2012.
- 70 CEDAW/ C/ DZA/11/09/1998 - تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة سيداو
- 71 CEDAW/C/ SR.406/1/ADD1 - التقرير المتضمن رد لجنة سيداو على التقرير الأولي للجزائر .
- 72 E/C12/DWQ/COQ/CO/4 - تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي تجاه الجزائر الدورة 44، جنيف 3-21 ماي 2010.
- 73 CDAW/C/SR.667.668 - التقرير المتضمن رد لجنة سيداو على التقرير الثاني للجزائر .

# الفهرس

## فهرس المحتويات

الشكر

الإهداء

المقدمة

أ- ج	07
الفصل الأول : مفهوم التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه	07
تمهيد	08
المبحث الأول: ماهية ركن التراضي في عقد الزواج	08
المطلب الأول: مفهوم الزواج وبيان أركانه	08
الفرع الأول : تعريف عقد الزواج	09
أولاً: تعريف العقد	10
ثانياً : تعريف الزواج	12
ثالثاً : أهمية الزواج	13
الفرع الثاني: أركان الزواج	13
أولاً: تعريف الركن الزواج	13
ثانياً : الأركان الواجب توفرها في عقد الزواج	14
المطلب الثاني: الشروط الشكلية والموضوعية في عقد الزواج	14
الفرع الأول: الشروط الموضوعية	14
1- أهلية الزواج	16
2- الصداق	16
3- الولي	16
4- الشاهدين	16
5- انعدام الموانع الشرعية للزواج	17
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الزواج	17
أولاً: البيانات والوثائق الواجب توافرها لتوثيق عقد الزواج	17

- 18.....ثانيا: إجراءات تسجيل عقد الزواج في الشريعة والقانون.
- 19.....ثالثا: كيفية تسجيل عقد الزواج الرسمي .
- 20.....المطلب الثالث :خصوصية التراضي في عقد الزواج
- 20.....لفرع الأول: تعريف التراضي والخصوصية.
- 20.....أولا : تعريف التراضي .
- 21.....ثانيا: بعض الألفاظ ذات الصلة بالتراضي .
- 22.....ثالثا: تعريف الخصوصية.
- 23.....الفرع الثاني : أهمية التراضي في عقد الزواج وضوابطه.
- 23.....أولا:أهمية التراضي.
- 23.....ثانيا : ضوابط التراضي .
- 24.....ثالثا: حقيقة عقد الزواج وطبيعته.
- 26.....المبحث الثاني: سلامة التراضي في عقد الزواج وطرق التعبير عنه.
- 26.....المطلب الأول: سلامة التراضي في عقد الزواج
- 26.....الفرع الأول: أهلية التعاقد.
- 26.....أولا :أهلية التعاقد في الفقه الإسلامي .
- 27.....ثانيا : أهلية التعاقد في قانون الأسرة .
- 29.....ثالثا : عيوب الإرادة .
- 30.....الفرع الثاني : متعلقات عقد الزواج.
- 29.....أولا: الصيغة.
- 31.....ثانيا: مجلس العقد .
- 33.....ثالثا :الإشهاد.
- 34.....المطلب الثاني: طرق التعبير عن التراضي في عقد الزواج
- 34.....الفرع الأول: الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح.
- 33.....أولا :التعبير بالألفاظ.
- 35.....ثانيا : الألفاظ المختلف فيها.

36.....	ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....
36.....	الفرع الثاني : التعبير بالوسائل الحديثة.....
37.....	أولا: مفهوم وسائل الاتصال الحديثة وأنواعها.....
38.....	ثانيا : مفهوم مجلس العقد الالكتروني وطبيعته.....
39.....	ثالثا :حجية عقد الزواج بالوسائل الحديثة .....
42.....	الفصل الثاني:رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة على ضوء الاتفاقيات الدولية.....
42.....	المبحث الأول:رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري.....
42.....	المطلب الأول:مفهوم عقد الزواج في قانون الأسرة بين الفقه والاتفاقيات الدولية.....
42.....	الفرع الأول: مفهوم عقد الزواج في الفقه الإسلامي .....
44.....	الفرع الثاني : مفهوم عقد الزواج في ظل الاتفاقيات الدولية.....
45.....	المطلب الثاني:رضا المرأة في الزواج في المواثيق الدولية .....
46.....	الفرع الأول : إطلالة تاريخية على اتفاقية سيداو.....
46.....	أولا – نشأة اتفاقية سيداو CEDAW.....
47.....	ثانيا : تعريف اتفاقية سيداو CEDAW.....
47.....	الفرع الثاني :أهداف اتفاقية سيداو.....
49.....	المطلب الثالث: رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة الجزائري .....
50.....	الفرع الأول: صحة التعبير عن الرضا ( عيوب الإرادة ).....
50.....	الفرع الثاني: الثغرات التشريعية التي تعترى ركن الرضا.....
45.....	المبحث الثاني: تأثير اتفاقية على الحقوق المخولة للمرأة والقيود الواردة على رضاها .....
45.....	المطلب الأول : تأثير اتفاقية سيداو على الحقوق المخولة للمرأة في عقد الزواج .....
45.....	الفرع الأول: السن في الزواج .....
55.....	الفرع الثاني : الرضا في الزواج .....
المطلب الثاني: القيود الواردة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل في قانون الأسرة	
57.....	من منظورالاتفاقيات الدولية.....
60.....	الفرع الأول: ضوابط حق المرأة في الزواج برضاها و الحر الكامل.....

62.....	أولاً: الولي.....
62.....	ثانياً: الولاية في الشريعة الإسلامية.....
62.....	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة 02/05 بعد التعديل.....
64.....	أولاً: زواج المسلمة غير المسلم.....
67.....	ثانياً: الحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم.....
68.....	ثالثاً: الحكمة من إباحة زواج المسلم، بغير المسلمة الكتابية و تحريمه.....
70.....	الخاتمة.....
72.....	قائمة المصادر والمراجع.....
80.....	فهرس الموضوعات.....

## المخلص:

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي تتطلب مبدأ الرضائية ، والاهم من ذلك أن مثل هذا العقد لا يوجد بدون ركن الرضا الذي يعتبره المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة بمثابة ركيزة لأسرة وأساس الزواج ،ويتضح ذلك من خلال ترسيخ مبدأ المساواة بين الزوجين كأحد أهم أركان عقد الزواج من خلال توسيع مجال حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بعقد الزواج ، وقد عمل المشرع على هذا الموضوع متأثرا بالاتفاقيات الدولية الناشئة في هذا المجال ،ومحاولا في ذات الوقت الحفاظ على مبادئ الشريعة، لكن رغم اهتمام المشرع بتنظيم ركن الرضا في عقد الزواج فقد كانت هناك ثغرات لم يتداركها، خاصة فيما يتعلق بالحقوق المخولة للمرأة والتي تتطرق لها الاتفاقيات الدولية

**الكلمات المفتاحية :** الزواج - العقد - الرضا - القانون - الفقه الاسلامي .

## **Research Abstract**

The marriage contract is one of the most important contracts that require the principle of consent , and most importantly ,such a contract does not there is without the corner of consent ,which the Algeria legislator considers in the family law text as the foundation of the family and the basis of marriage ,and this is evident by establishing the principle of equality between spouses as one of the most important pillars of marriage contract by expanding the freedom of women to choose their husband and consent to the marriage contract ,and the legislator worked on this the issue is affected by the international agreement emerging in this field ,and at the same time trying to preserve the cultural heritage of Algerian ,but despite the legislator's interest in regulating the corner of consent in the marriage contract, there were gaps that were not remedied, especially with regard to the rights granted to women , which were addressed international convention.

**key words:** marriage- Contract- satisfaction- law -Islamic jurisprudence.