الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟

Satisfaction with the conclusion and dissolution of the marriage contract: the wife is a party or the subject of the contract?

د/ شامي أحمد *
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تيارت
ahmedchami04@hotmail.fr

د/ بن شنوف فيروز
المركز الجامعي تيسمسيلت
fayrouzben@hotmail.com

تاريخ الارسال: 2020/01/27 تاريخ القبول:2020/06/02 تاريخ النشر: 2020/06/15

الملخص:

تعالج هذه الورقة البحثية مسألة الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله، وذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية كانت السباقة لاعتبار الزواج عقدا رضائيا بامتياز، أي أنه لا ينعقد صحيحا إلا برضا الرجل والمرأة المقبلين عليه، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 04 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02، والذي اعتبر أن الزوجة طرف أصلي في إبرام عقد الزواج. إضافة إلى ذلك، فإن المشرع يجيز للزوجة أن تكون طرفا في طلب انحلال الرابطة الزوجية بواسطة الطلاق بالتراضي من خلال أحكام المادة 48 من نفس القانون، أو بواسطة إرادتها المنفردة عن طريق الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 54 من تقنين الأسرة.

الكلمات المفتاحية: مبدأ الرضائية، إرادة الزوجة، الزوجة القاصر، الطلاق بالتراضي.

Abstract:

This research paper deals with the issue of consent in the conclusion and dissolution of the marriage contract, and that the provisions of Islamic Sharia were the first to consider marriage a consensual contract with distinction, that is, it does not take place properly except with the consent of the man who is coming to him, which was taken by the Algerian legislator through the provisions of Article 04 of the Law Family No. 11-84 amended and supplemented by Ordinance 05-02, which considered the wife to be an original party in the conclusion of the marriage contract. In addition, the legislator permits the wife to be a party to the request for dissolution of the marital bond by divorce by mutual consent through the provisions of Article 48 of the same law, or by her sole will by divorce by khulaa in accordance with the provisions of Article 54 of the Family Cod.

Keywords:

The principle of consent, the will of the wife, the minor wife, consent to divorce.

***المؤلف المرسل:** شامي أحمد

مقدمة:

الأسرة في الإسلام نظام شرعي، فالزواج ليس مجرد عقد بين رجل وامرأة على الوجه المشروع، وإنما فضلا عن ذلك يعتبر ميثاقا غليظا بين الزوجين، وذلك لقوله تعالى(... **وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظًا)**[1]، بل إنه عقد بين أسرتين تتعدى آثاره إلى أقاربيهما من خلال حرمة المصاهرة التي تعتبر كحرمة النسب في وجوب الرعاية والتقديس والبر والإحسان.

والزواج باعتباره مؤسسة قانونية تنشأ بواسطة عقد يبرم بين رجل وامرأة، يجد أساسه الشرعي في كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم. ولعقد الزواج مفهوم محدد وأركان وشروط يغلب عليها طابع الأمر، حيث تقتصر حرية المتعاقدين على إبرامه أما فيما يخص مختلف آثاره فهي من وضع الشارع.

وعليه، فالزواج هو عقد بين الرجل والمرأة، يترتب على إبرامه مباشرة حل استمتاع كلا من الزوجين بالآخر على الوجه المطلوب شرعا[2]، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات اتجاه الطرف الآخر، أو هو: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"[3].

لهذا، يقوم عقد **الزواج** على أركان وشروط، وتترتب عليه آثار قانونية في حالة تخلف أحد أركانه أو شروطه، فهو **عقد رضائي** ينعقد **بإيجاب** من أحد المتعاقدين و**قبول** من الآخر في مجلس واحد؛ وهو أيضا من العقود الفورية حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد انعقاده أمام الموظف المؤهل قانونا أو الموثق[4].

وباعتبار أن عقد الزواج من العقود الرضائية كما هو الشأن بالنسبة لعقود أخرى، إلا أن هذا العقد يخص الزوجين في ذاتهما، لهذا يتساءل البعض عن كون الزوجة طرفا في العقد أم أنها محل للعقد، وهل لها الحق في طلب الطلاق بالتراضي أو بواسطة الخلع أم لا. ولهذا نركز في هذه الورقة البحثية على إرادة الزوجة في إبرام الرابطة الزوجة وإنهائها، وهل هذه الإرادة مطلقة أم مقيدة، من خلال تدخل الولي في إبرام زواج القاصر وحتى عند الطلاق.

وتتعلق إشكالية هذه الدراسة **بحدود إرادة الزوجة أثناء إبرام عقد الزواج وانحلاله؟**

وللإجابة على هذه الاشكالية نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتطرق في الأول إلى **إبراز إرادة الزوجة في إبرام عقد الزواج وإنهائه**، أما الثاني فنخصصه للحديث عن **مظاهر تقليص إرادة الزوجة في إبرام عقد الزواج وإنهائه.**

المبحث الأول: إرادة الزوجة في إبرام عقد الزوج وإنهائه

سنتطرق في هذا المبحث لإرادة الزوجة عند إبرام عقد الزواج في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سنتكلم عن إرادة الزوجة بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله.

---

[1] - سورة النساء، الآية 21.

[2] - أما من **الناحية اللغوية** فهو يعني اقتران أحد الشخصين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر؛ مصداقا لقوله تعالى: (.. وإذا النفوس زوجت) سورة التكوير، الآية 07، أي قرنت ببعضها البعض؛ أو هو الاقتران والاختلاط، كقول العرب " زوج فلان إبله" أي قرن بعضها ببعض، انظر: القاموس المحيط، دار الفكر، المجلد الثاني، ص 489 - 490.

[3] - محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة " عقد الزواج وآثاره"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط 02، 2009، ص 146؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005، ص 19.

[4] - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2012، ج 01، ص 76.

المطلب الأول: إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزواج

سنتناول في هذا المطلب إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزواج، وذلك من خلال تكريس المشرع الجزائري لمبدأ الرضائية بين الزوجين في إبرام العقد، عن طريق التنصيص على ركنية الرضا في عقد الزواج، وتفعيل إرادة المرأة في إبرام هذا العقد، ثم سنتطرق بعد ذلك إلى أثر انعدام تخلف شرط الولي عند إبرام عقد زواج المرأة الراشدة، لننتقل للحديث عن حرية الزوجين في الاشتراط عند إبرام عقد الزواج.

الفرع الأول: تكريس مبدأ الرضائية في إبرام عقد الزواج

إن مبدأ الرضائية هو مبدأ مكرس في جل العقود، إذ هو الأصل العام في التعاقد بين الأطراف، وقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 106 من القانون المدني بقولها:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[1]، وعقد الزواج لا يخرج عن هذه القاعدة، بل هو أهم العقود التي ينبغي وجود التراضي فيها.

وفي عقد الزواج لابد من محل ينصب عليه، وهو ما يسمى بالمعقود عليه. والمقصود به ليس المرأة في حدّ ذاتها؛ لأنها طرف في العقد ولو كانت محلا للعقد لكان الرجل أيضا محلا له. لذلك فإن الصحيح أن محل العقد هو بضع المرأة، فيتوجب أن تكون المرأة غير محرمة على الرجل كالبنت والأم والأخت والعمة وغيرهن، وأن تكون المرأة محققة الأنوثة، وأن تكون معلومة لا مجهولة[2].

لهذا يعتبر الرضا أهم ركن في جميع العقود بشكل عام، وعقد الزواج بوجه خاص، حيث اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج؛ فلا وجود له بدونه.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 04 من قانون الأسرة التي تنص على أن:" الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان"[3].

وانطلاقا من هذا التعريف نستنتج أن المشرع الجزائري يسمو بالزواج، عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر، بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمل أعبائها[4].

وتأكيدا على كون الزواج عقدا رضائيا بالأساس يقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة المتمثلة في الإيجاب والقبول الصريحين، طبقا لأحكام المادة العاشرة من نفس القانون، ودون ضغط عليهما أو تدليس

[1] - الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26/ 09/ 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/ 09/ 1975؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 05، المؤرخ 13/ 05/ 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31.

[2] - سمير شيهاني، شرط الولي في عقد الزواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 07.

[3] - قانون الأسرة رقم 84 - 11 الصادر بتاريخ 09/ 06/ 1984؛ المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005 الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في 27/ 02/ 2005.

[4] - أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد عرف الزواج من خلال أحكام المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 بأنه:" الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

من أحدهما، وذلك لكون الزواج من أسمى العقود الرضائية، وأعظمها شأنا ومقصدا، وأبلغها أثرا في حياة الفرد والأسرة والمجتمع[1].

الفرع الثاني: التنصيص على ركنية الرضا في عقد الزواج

لا يتصور وجود عقد الزواج مطلقا بدون زوج وزوجة، وعقد الزواج مثله في ذلك مثل باقي العقود المدنية الأخرى التي نظمها كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كذلك، لا ينعقد إلا بتراضي طرفيه، وهما الزوج والزوجة، عند إبرامه، وهذا التراضي يبرز على أرض الواقع من خلال صيغة تدل عليه، حيث نصت المادة 09 من الأمر 05 - 02 على أن:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

ويتحلل التراضي في الواقع من الأمر إلى إيجاب وقبول مطابق له حيث يمثل رضا كل طرف بالزواج من الآخر، ولذلك جرى الفقه الحديث على تعريف العقد عموما بأنه تطابق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين إعمالا له؛ ويتمثل الأثر القانوني هنا في إنشاء العلاقة الزوجية المشروعة، بين رجل وامرأة طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري.

لهذا، فإنه يتم التعبير عن إرادة الزوجين بصدور الإيجاب من أحدهما والقبول من الطرف الآخر بالطرق المتداولة والمعروفة؛ حيث نصت المادة 10 من نفس القانون على أن:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ".

ما يتضح لنا من نص المادة السابقة أنه لا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا والثاني يكون قبولا[2]، كما أن النكاح ينعقد بلفظ الزواج أو بأي لفظ أو عبارة أخرى تؤدي إلى نفس المعنى وتوصل إلى نفس الهدف، أي إذا كان الشخص عاجزا عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن إرادته بوسائل أخرى كالكتابة أو الإشارة[3].

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد لفظا ولا صيغة مخصوصة، وإنما نص على أن يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. ومن الناحية القانونية يقتضي الأمر أن تخلف أي ركن من أركان العقد فإنه سيؤدي حتما إلى بطلان العقد، وهذا ما تقضي به النظرية العامة للعقد في القانون المدني[4].

أما في حالة **انعدام ركن الرضا في عقد الزواج** فجمهور الفقهاء **المالكية والشافعية والحنابلة** يرون بأنه في حالة تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليه أي أثر، واتفقوا على وجوب التفرقة بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا. وذهبوا لإقامة حدّ الزنا عليهما إن

---

[1] - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 74 - 75.

[2] - **فالإيجاب** هو التعبير الصادر عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، ويسمى الشخص الذي صدر عنه الإيجاب موجبا، وغالبا ما يتمثل في الخاطب؛ أما **القبول** فهو التعبير الصادر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي بصدوره مطابقا لذلك الإيجاب تتم عملية إبرام عقد الزواج، فيسمى الشخص الذي صدر عنه القبول قابلا، وغالبا ما يتمثل في المخطوبة.

[3] - لهذا لا يصح عقد الزواج إلا برضى الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد، وبحضور شاهدين، وتسمية صداق للزوجة؛ أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول، فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال أحد أركانه الأساسية؛ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 189 - 190.

[4] - إن النظرية العامة للعقد تحدد كما هو معلوم بثلاثة أركان أساسية للعقد وهي **الرضا** و**المحل** و**السبب** ولا ينعقد العقد إلا بها كما أن تخلف واحدا منها يؤدي إلى بطلان العقد.

كانا عاقلين وعالمين بالتحريم[1]. أما **الحنفية** فيرون أنه في حالة تخلف الرضا فالزواج باطل، ويترتب عليه عقوبة التعزير[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال استقرائنا لنص المادة 09 من الأمر 05 - 02 التي تنص على أن: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

فالملاحظ هنا أنه في حالة تخلف عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده ويكون بالتالي باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما أكده المشرع من خلال أحكام المادة 33 في فقرتها الأولى بقولها:" يبطل الزواج إذا ختل ركن الرضا".

وما تجدر الإشارة إليه أنه ولانعقاد الزواج لابد أن يكون صادرا من إرادة واعية وجدية، وبمحض إرادة الطرفين في تقبل العقد وآثاره، طبقا لأحكام المواد 09 و 09 مكرر و 10 من قانون الأسرة المعدل والمتمم؛ إلا أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص صراحة على حكم الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول هما معا مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه، بحيث يشترط أن يكون الرضا في هذا العقد غير معيب بعيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه[3]، فإذا كان معيبا بإحدى هذه العيوب، كان العقد قابلا للابطال بطلب من المرأة قبل الدخول وبعده. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12/ 03/ 2008 بقولها:" يبطل الزواج بانعدام ركن الرضى، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"[4].

الفرع الثالث: تفعيل إرادة المرأة في إبرام عقد الزواج

---

[1] - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د. م. ت، ج 03، ص 54؛ النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، ط 1982، ج 09، ص 169؛ السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، ط 02، 1418 ه، 1997، ج 02، ص 33؛ ابن قدامة، روضة الناضر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان، ط 02، د . م، 1423 ه، 2002، ص 31؛ البري زكريا، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 118 – 119.

[2] - السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1409 ه، 1989، ج 09، ص 85 - 86؛ ابن همام، فتح القدير، تعليق وتخريج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1424 ه، 2003، ج 04، ص 147؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005، ص 151 - 152.

[3] - فعيوب الإرادة في عقد الزواج تتمثل في **الغلط** إما في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها، أو في صفة من صفاته؛ أو في موضوع العقد ذاته.

فإما أن يكون **الغلط المانع للإرادة** ويتم ذلك في صورتين: **كالغلط في ذاتية الشخص** وذلك لأن ذاتية الشخص محل اعتبار؛ كأن يكون الغلط في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها؛ فيكون هذا الزواج باطلا لانعدام تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة. وقد يكون **الغلط في ماهية العقد** كأن يشوب عقد الزواج غلط في موضوع العقد ذاته، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كانت إرادة الطرفين لا تتجه في إبرام نفس العقد؛ كمن يريد الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو علاقة حرة، ومن ثم عدم تطابق الإرادتين.

كما يمكن أن يكون **الغلط المفسد للإرادة** كأن يكون هذا الغلط في صفة من الصفات الأساسية للمتعاقدين، كالغلط في الحالة المدنية للشخص، أو في الصفة الجسمانية أو الصفة الخلقية.

أما بالنسبة **للتدليس** في عقد الزواج يتمثل في إخفاء العيوب أي كان نوعه أو التغرير باستعمال الحيلة أو الخديعة أو الغش أو الخيانة، فالمدلس عليه يملك الخيار في فسخ الزواج وطلب التعويض.

أما بالنسبة **للإكراه** في عقد الزواج تتمثل في استعمال ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد حالة من الرهبة أو الخوف، الأمر الذي يحمله على التعاقد؛ ويكون الإكراه ماديا (كالضرب أو العنف مثلا)، وقد يكون معنويا (أي نفسيا كالتهديد بإيقاع ضرر ما)؛ تشوارجيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014 - 2015، ص 36 - 37.

[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12/ 03/ 2008، ملف رقم 415123، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008، ص 275.

بالرجوع إلى أحكام المادة 11 في فقرتها الأولى من الأمر 05 - 02 والتي تنص على أنه:" تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، أو أي شخص آخر تختاره ".

فالملاحظ هنا أنه يجوز للمرأة الراشدة العاقلة أن تعقد زواجها بنفسها، ولها الاختيار لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها، ويمكن أن يكون هذا الولي أي شخص آخر تختاره في حالة معارضة وليها الشرعي.

وعليه، فالمرأة هي من تتولى إبرام عقد زواجها، ولها أن تباشره بنفسها متى كانت بالغة عاقلة، وما دور الولي إلا الحضور في مجلس العقد وكأنه أحد الشهود على العقد[1]، فهو مجرد أمر شكلي، بل أن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة، فإما أن يكون الولي أبّاً أو أحد أقارب المرأة أو أي شخص تختاره[2]. فقد استبدل المشرع معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة في نص المادة 11 باستعماله لأداة العطف على الأب " أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب، فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان لهذه المرأة أب أو أخ أو أي قريب آخر.

وبهذا لم يصبح للولي دور مؤثر في إبرام عقد النكاح بعدما كان معترفا به سابقا في القانون رقم 84 – 11 قبل تعديله، وأصبح دوره بالنسبة لإنشاء العقد صوريا فقط بحضوره لا بإذنه، بل يمكن أن يقوم بهذا الحضور بدله أي شخص آخر تختاره البنت المقبلة على الزواج.

فالواضح من خلال هذه الفقرة هو جعل المرأة البالغة الراشدة تستقل بإنشاء زواجها دون أبيها أو قرابتها، وإبعاد أي دور لهم مؤثر في انعقاد هذا الزواج مما يجعل ذِكْر الولي كركن بالنسبة للبالغة شكليا أو صوريا خاصة مع التأكيد على كلمة "حضور" التي تعني الحضور الجسماني وتستبعد أي رأي يتوقف عليه إمضاء الزواج، وزاد المشرع الأمر تأكيدا من خلال إتاحة المجال للبالغة المقدمة على الزواج أن تملأ الحضور الجسماني المذكور بأي شخص تختاره هي من الولاية العامة بدل الولاية الخاصة ممثلة في أبيها أو قرابتها[3].

هذا التوسع غير المبرر من طرف المشرع أدى إلى التباس الولي بالشاهد من جهة، ومن جهة أخرى لم يعد للقاضي دور في عقد الزواج الذي تباشره المرأة الراشدة، وبذلك تنتفي فوائد الولي والحكمة من تشريعه. أما إذا كانت المرأة قاصرة لم تبلغ سن الرشد، فيجب موافقة الولي، وهو أبوها، فإن لم يوجد فأحد أقاربها الأولين حسب الترتيب الفقهي، وإذا انعدم الأقارب يتولى القاضي زواجها[4].

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من المادة 11، جعل الولي في حق المرأة الراشدة غير معتبر قانونا، حيث إنه إذا غاب لا يشترط حضوره، وإذا حضر لا يستشار ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته فهو بمثابة الشاهد فقط. وذلك من خلال عبارة **" أي شخص تختاره"** حيث يستحسن أن تعدل بعبارة **"والقاضي ولي من لا ولي له".**

الفرع الرابع: أثر انعدام تخلف شرط الولي عند إبرام عقد زواج المرأة الراشدة

وهناسنتطرق إلى أثر انعدام تخلف الولي عند إبرام عقد زواج المرأة الراشدة في الفقه الاسلامي، ثم نبين بعد ذلك موقف المشرع الجزائري.

---

[1] - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 219.

[2] - داودى عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط 01، 2007، ص119.

[3] - سماحي خالد، اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب والقرابة في زواج البالغة، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد 06، العدد 01، 2015، ص 381.

[4] - شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط 2010، ص 47 - 48.

أولا ـ أثر انعدام تخلف شرط الولي في الفقه الاسلامي: يرى **جمهور الفقهاء** المالكية والشافعية والحنابلة وجوب الولي في نكاح المرأة، وذلك لأنها لا تستطيع أن تستقل فيه بنفسها بحال، لهذا فإن اشتراط الولي في عقد الزواج هو من النظام العام، ولو جوز له بالتنازل عن حقه فيما يخص شرط الكفاءة كما ذكر بعض فقهاء المالكية[2].

وعليه، فإن جمهور الفقهاء يرون بفسخ النكاح كلية إن حصل تواطؤ على إسقاط الولي في انعقاد النكاح حتى ولو كانت المرأة بالغة، سواء قبل الدخول أم بعده، ويصححونه بعد الدخول في أحوال[3].

أما الحنفية فيقولون هو شرط استحباب أي يستحب وجود الولي، أي أن الزواج لا يكتمل إلا بحضور الولي، فمن الأفضل شرعا أن يكون الولي متوفراً منذ البداية. أما إذا لم تتوفر وزوجت المرأة نفسها بكفؤ فالزواج صحيح، لكن إن زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ أو بصداق أقل من المثل، فللولي حق الاعتراض على هذا والمطالبة بفسخه[1].

لهذا، فإن الحنفية يتفقون مع الجمهور من حيث إن للولي حقا وكلاما في صفة الكفاءة ويمكن له أن يطلب فسخ الزواج على أساسها، ويختلفون في تفاصيل ذلك؛ فعند الجمهور لا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أو ثيبا، شريفة أو دنيئة[2]، رشيدة أو سفيهة، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده. أما الحنفية فيجوزون لها الإقدام على العقد بدون ولي لكن مع حقه في الاعتراض عندما تزوج نفسها بغير كفء أو بأقل مهر المثل لأنه تلحقها وتلحقهم المعرة بذلك[3].

---

[2] ـ الدردير، شرح الدردير على مختصر خليل (الشرح الصغير)، ج2، ص400.

[3] ـ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 227 وما بعدها؛ الخرشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، ط 02، ج 03، ص 184 وما بعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1997، ج 03، ص 200 وما بعدها؛ النووي، روضة الطالبين ومعه المنهاج السوي ومنتقى الينبوع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423 ه، 2003، ج 05، ص 401؛ الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2002، ج 03، ص 157 وما بعدها؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1987، ج 32، ص 30؛ المرداوي، الانصاف الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 08، ص 64 وما بعدها.

[1] ـ ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتب العربية الكبرى، مصر 1333 ه، ج 03، ص 138؛ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 24؛ ابن همام، شرح فتح القدير، ج 03، 246 وما بعدها، المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج 03، ص 34 وما بعدها؛ الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط 01، 1313 هـ، ج 02، ص 130؛ ابن عابدين، رد المحتار على در المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2003، ج 04، ص 158 وما بعدها؛ أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون معلقا عليها باحكام محكمة النقض، بدون دار النشر، ط 1994، ص 148 – 149.

[2] ـ إن الفقهاء يفرقون بين المرأة الشريفة، وبين المرأة الدنيئة؛ حيث يجيزون نكاح الدنيئة بالولاية العامة ولو بوجود الولاية الخاصة، ولا يجوزون ذلك بالنسبة للمرأة الشريفة؛ فيصح النكاح بالولاية العامة في امرأة دنيئة مع وجود ولي خاص كأب وابن وعم لم يجبر لكونها بالغا ثيبا أو بكرا لا أب لها ولا وصي لها، ولا يفسخ بحال طال زمن العقد أو لا، دخل بها الزوج أو لم يدخل، لكونها ـ لدناءتها وعدم الالتفات إليها ـ لا يلحقها بذلك معرة.

ومعيار التمييز عندهم بين هذين الصنفين من المرأتين هو أن الدنيئة: هي الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب؛ فالخالية من النسب: بنت الزنا أو الشبهة أو المعتوقة من الجواري، والحسب: هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبير والكرم ونحوها من محاسن الأخلاق، فالغنية ذات الجمال ليست بدنيئة، وإن لم يكن لها حسب ولا نسب، والنسيبة ـ وإن كانت فقيرة أو قبيحة ـ ليست بدنيئة بل كل من اتصفت بصفتين من هذه الصفات الأربع فهي شريفة، بل وبصفة فقط على ما قاله بعضهم؛ الدردير، شرح الدردير على مختصر خليل (الشرح الصغير)، ج2، ص361.

ولايصح نكاح شريفة بالولاية العامة إلا إن دخل الزوج بها وطال بأن يمضي ثلاث سنين أو الولادة مرتين، أما قبل الدخول وإن لم يبطل فيفسخ.

[3] ـ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 13 – 14؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، ص 144.

والراجح في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء، وذلك لأن من فطرة النساء الحياء، والابتعاد عن مجالس الرجال، والتسرع في اختيار الزوج، لذا أوجب الشرع اشتراط الولي معها في اختيار الزوج الأصلح، فالولاية لم تشرع في الفقه الإسلامي لاعتبار المرأة ناقصة أو فاقدة أهلية، فالمرأة مثل الرجل لها أهلية بدليل أن لها ذمة مالية مستقلة عن أبيها أو زوجها وأقاربها، فهي ترث وتورث، تبرم عقودها المدنية وتفسخها ولا معقب لحكمها، غير أن أمر الزواج ليست لها دراية بأمور هذا العقد الذي سماه الله عز وجل " بالميثاق الغليظ" الذي إذا فشلت فيه كان سببا في الشقاوة الأبدية، وإن نجحت كان سببا في سعادتها.

ثانيا- أثر انعدام تخلف شرط الولي في التشريع الجزائري:

بالرجوع إلى أحكام المادة 11 في فقرتها الأولى من الأمر 05 – 02 التي نصت على أنه:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره".

فهنا نجد أن المشرع الجزائري يجيز للمرأة البالغة العاقلة الراشدة أن تكون طرفا أصليا في إبرام عقد الزواج، أي أنه أوكل لها مهمة إبرام هذا العقد بنفسها ومنح للولي حق الحضور.

بالاضافة إلى ذلك فإن المادة 33 في فقرتها الأولى من نفس القانون، قررت بطلان عقد الزواج إذا اختل ركن التراضي، وهذا الأخير يكون بمقتضي المادة 10 بين طرفي علاقة الزواج وهما الزوج والزوجة، إذن لا بد من موافقتها على هذا الزواج.

وبتمحصنا للنصوص الخاصة بالولاية، يتبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ بالولاية لاستحباب حضور الولي عند ابرام عقد الزواج، التي قال بها أبو حنيفة ومن وافقه، وذلك أن المرأة الراشدة العاقلة يجوز لها أن تتولى صيغة العقد بنفسها، ولكن يستحب أن يقوم عنها وليها بذلك. إلا أن المشرع الجزائري لم يقف إلى هذا الحد، بل منح للمرأة أن تتولي ابرام عقد زواجها بحضور وليها وكأنه شاهدٌ على العقد لا ولي للزوجة.

بالاضافة إلى ذلك فإن أبا حنفية عندما منح للمرأة هذا الحق، اشترط ألا تزوج نفسها بأقل من مهر المثل، وأن يكون الزوج كفـءً لها، وإن كان غير ذلك حق للولي أن يعترض عليه، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري.

أما في حالة تخلف الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 09 مكرر[1]، قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة 09 مكرر تطبق في حدود المادة 33 في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه:" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فالملاحظ هنا أن المشرع أعطى امكانية عدم حضور الولي، والاقتصار على عبارة المرأة، حيث قضى بفسخ العقد إذا تخلف الولي في حالة وجوبه، وهذا معناه أن الولي قد يكون واجبا، وقد يكون غير واجب؛ فأما وجوبه يكون بالنسبة للمرأة القاصر، أما المرأة الراشدة فلا يكون الولي واجبا في حقها[2].

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري كان موقفه متذبذبا، فلا هو قرر ولاية الاختيار على المرأة الراشدة كما هو عند جمهور الفقهاء، ولا قرر عليها ولاية الاستحباب كما هو عند الحنفية، فاتخذ موقفا وسطا بينهما، فاعتبر رضا المرأة بالزواج واختيارها له وتوليها ابرام العقد من جهة، ومن

[1] - حيث تنص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 بقولها:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية، الولي، ...".

[2] - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 173 – 174.

جهة أخرى أقر أحقية حضور الولي عند ابرام العقد، لكن دون أن يرتب على عدم حضوره أو رفضه أي أثر.

الفرع الخامس: إرادة الزوجة في الاشتراط عند إبرام عقد الزواج

يعتبر الاشتراط من المسائل الهامة في العقود بشكل عام إذ يجد مجاله في مبدأ سلطان الإرادة، والزواج كغيره من هذه العقود، ليس بمنأى عن هذا المبدأ، بالرغم من خصوصية هذا العقد -كونه مقدسا- راعى ضوابطه الشارع الحكيم، فقيّد هذه الشروط.

والشروط المراد البحث عنها هي تلك المقترنة بعقد الزواج، بمعنى أن يقترن العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه العقد أو التصرف، بناء على اشتراط الطرف الآخر بأي عبارة تفيد ذلك[1].

فالشروط المقترنة بالعقد لما لها من أثر في رضا الطرفين بالزواج، فهي تكون من الموجب إلى من وجه الإيجاب إليه، فإن صدر قبول؛ انعقد العقد، مع مراعاة باقي الشروط، وقد تكون من القابل ويتحول عندها إلى موجب. فالشروط في عقد الزواج لها عدة تقسيمات منها ما يقترن بالعقد ومقتضياته كاشتراط النفقة وزيارة الأهل وحسن المعاشرة وإن كانت هذه الشروط إنما جاءت لتؤكد ما هو واجب على الزوج في العقد ولا مجال لإثارتها من جانب مشروعيتها؛ وهناك من الشروط ما تمليه طبيعة المتعاقدين، كعمل المرأة خارج بيت الزوجية أو أن لا يتزوج عليها زوجها. وهو ما أكدته المادة 19 من الأمر 05 – 02[2].

فالمشرع الجزائري من خلال أحكام هذه المادة قد أجاز حرية الاشتراط للزوجين، فلهما أن يضمنا عقدهما بجملة من الشروط بما يحقق مصلحة أحدهما أو لكليهما، ولابد أن تكون شروط معترف بها شرعا ولا تناقض طبيعة عقد الزواج، سواء كان ذلك في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق أي بعد الدخول بالزوجة. وتحرر هذه الشروط أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق التي يقع في دائرة اختصاصه الموطن الدائم لكليهما أو لأحدهما[3].

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع من خلال أحكام المادة 19 من الأمر 05 - 02، منح للزوجين حرية اشتراط في هذا العقد كاشتراطها العمل خارج بيت الزوجية، وأن لا يتزوج عليها، وجميع الشروط التي لا تتنافى مع مقتضيات أحكام قانون الأسرة.

المطلب الثاني: إرادة الزوجة بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله

وهنا سنتطرق إلى مساواة الزوجين في الحقوق والواجبات كآلية لتكريس إرادة الزوجة في إبرام عقد الزواج في الفرع الأول، ثم بعد ذلك سنتناول دور الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي في الفرع الثاني، وفي الأخير نعرض لدور الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع.

الفرع الأول: مساواة الزوجين في الحقوق والواجبات

[1] - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، 2013، ص 342.
[2]- حيث تنص المادة 19 من الأمر 05 - 02 على أنه:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانه ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون".
[3] - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 130.

إن المرأة طرف أصلي في عقد الزواج لها حقوق وواجبات، **وتكريسا لإرادتها في ابرام عقد الزواج**، فقد نص المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 36 على حقوق وواجبات لكلا الزوجين معاً، بخلاف ما كان عليه في قانون الأسرة 84 - 11 قبل تعديله. فالحقوق والواجبات الزوجية هي لازمة على كليهما، فلا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التنازل عن شيء منها أو التخلص منها، وتتمثل هذه الحقوق والواجبات في **المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة**، وهنا يجب القيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقات الزوجية واستمرارها في مودة وسعادة واحترام، واستعمال كل الوسائل الممكنة المادية والمعنوية للوصول إلى هذه الغاية الحميدة، وهو ما أكدته المادة 36 في فقرتها الأولى من الأمر 05 - 02. فلكل واحد من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر، بما في ذلك النكاح ومقدماته، لتحقيق مقاصد الزواج، وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي كحيض أو نفاس أو مرض؛ وهو حق مشترك بين الزوجين لإحصان كل منهما الآخر، بتمكينه من ممارسة ما تقتضيه الفطرة الإنسانية، كما يجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

بالإضافة إلى ذلك، يجب على الزوجين تحمل مسؤولية تسيير شؤون الأسرة ورعاية الأولاد. والمحافظة على روابط القرابة بالحسنى والمعروف وذلك على أساس المودة والاحترام المتبادل، وزيارة كل منهما أبويه وأبوي الآخر وأقاربه، وذلك لأن زيارة الأبوين تندرج ضمن حسن المعاملة والبّر بهما، لهذا يجب على كل زوج أن يساعد الزوج الآخر ويهيئ له الظروف من أجل القيام بهذا الواجب ذي الطبيعة الدينية والإنسانية[1].

الفرع الثاني: دور الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي

بالرجوع إلى أحكام المادة 48 من الأمر 05 - 02 التي تنص على أنه:" يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين...".

فالمقصود بهذا الطلاق أن كلا الزوجين يريدا فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متخذة من أجل إحداث أثر قانوني متمثل في الطلاق بالتراضي. وأهم ما يميز الطلاق بالتراضي أنه يتم دون خصام أو نزاع بين الطرفين. ولإيقاعه لابد من توافر الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج صحيحا متوفرا على ركن الرضا وشروط الصحة طبقا لأحكام المادتين 09 و09 مكرر من الأمر 05 - 02.

- تقديم طلب مشترك لكلا الزوجين في شكل عريضة واحدة موقعة من الزوجين طبقا لأحكام المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية[2].

- أن يكون كلا الزوجين كامل الأهلية، طبقا لأحكام المادة 432 من نفس القانون[3].

- أن تكون إرادتهما خالية من عيب الإكراه، بحيث إذا كان أحد الزوجين مكرها على طلب أو قبول الطلاق فإنه لا يقع[1].

---

[1] - غير أن زيارة الآباء والأقارب يجب أن تتم بمعروف، فلا يقتر الزوج على الزوجة إلى حد المنع، ولا تسرف الزوجة كثيرا لدرجة الإضرار بالأسرة مثلا، وما قيل عن الزوج يصح كذلك بالنسبة للزوجة الذي يجب عليها بدورها أن تراعي هذا الواجب لأننا أمام حق وواجب مشترك بين الزوجين؛ محمد الكشبور، المرجع السابق، ص 429 - 430.

[2] - قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 المؤرخ في 25/ 02/ 2008، الجريد الرسمية، العدد21، لسنة 2008.

[3] - حيث تنص المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص".

وعليه، فإذا توفرت هذه الشروط فإنه يجب على القاضي أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق بشأنها لأن توحيد إرادة كل من الزوجين على الطلاق مع الموافقة على جميع آثاره يجعل من القاضي موثقا يوثق إرادة الزوجين في حكم يعدّ إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة[2]. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 23/ 05/ 2000 بقولها:" من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق أي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"[3].

الفرع الثالث: إرادة الزوجة ودورها في إنهاء الرابطة الزوجية بواسطة الخلع:

من أهم غايات الزواج في الشريعة الاسلامية هو تحيقق المودة والسكينة والرحمة بين الزوجين، وعند غياب هذه المعالم في العلاقة الزوجية، أباح الله للزوج ان يتخلص منها بواسطة الطلاق كما منح الحق للمرأة بالتخلص منها بواسطة الخلع ولكن وفق ضوابط وأحكام يجب التزامها منعا للضرر ورفعا له إن وجد، لهذا سنتطرق إلى دور إرادة الزوجة في إيقاع الخلع في الفقه الاسلامي، ثم بعد ذلك نبين موقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولا – دور إرادة الزوجة في إيقاع الخلع في الفقه الاسلامي: لقد اختلف الفقه حول مسألة ايقاع الخلع من طرف الزوجة معبرين عن ذلك في رأيين:

الرأي الأول: ذهب إليه جماعة من التابعين من بينهم سعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين[1]؛ أن الخلع لا يجوز إلاَّ أمام القاضي بعد بعث الحكمين وفشلهم، وبالتالي لا يصح الخلع عندهم بإرادة الزوج والزوجة بل يلزم أن يترافعا إلى الحاكم وهو الذي يقضي بوقوع الخلع.

وقد ذكر الجصاص قول سعيد بن جبير:" لا يكون الخلع حتى يعظها وإلا ارتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها فيرويان ما يسمعان إلى السلطان فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع"[2]، كما ذكر ابن حجر في شرحه لصحيح البخاري ما قاله الحسن البصري ومحمد بن سيرين:" لا يجوز الخلع دون السلطان" وأن أبا عبيد اختار هذا القول[3].

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه **جمهور الفقهاء** الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية، وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان - رضي الله عنهما - وهو قول الزهري، وهو أن الخلع يجوز بدون القاضي، كما يصح إذا وقع أمام الحاكم، وبالتالي هو صحيح ولا يتوقف على أن يصدر من الحاكم أو أمامه.. فوقوعه أمام الحاكم ليس شرطا لصحته. وسبب نصهم على ذلك، ليدفعوا ما قد يتوهمه البعض، أن الطلاق الناجم عن الخلع لما كان بعوض فإنه تفاديا للظلم[4].

أما **الرأي الراجح** هو الرأي الثاني أي رأي القائلين بعدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي، وعلى صحة وقوعه بالتراضي بين الزوجين، وذلك لقوة أدلتهم واستنادهم إلى فعل كبار الصحابة الذين يجيزون الخلع بتراضي الزوجين دون حكم القاضي.

---

[1] - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 100.

[2] - سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014 - 2015، ص 288.

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23/ 05/ 2000، ملف رقم 243943، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 112.

[1] - ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص 491.

[2] - الجصاص، أحكام القرآن،ج 01، ص 395؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 237.

[3] - ابن حجر، فتح الباري، ج 09 ص 397.

[4] - ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 193؛ السرخسي، المبسوط، ج 06، ص 173؛ ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، ج 07، ص 37؛ الشيرازي، المهذب، ج 02، ص 101؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 513.

من هنا فإنه يمكن القول بأن الخلع لا يحتاج إلى إذن القاضي أي أنه لا يستطيع أن يمنع الخلع إذا اتفق الزوجان عليه الزوجان، لأن الزواج هو عقد رضائي بين الزوجين دون الحاجة لإذن القاضي، وكذلك الفراق بينهما فإنه يتم بتراضي الطرفين ولا يحتاج لإذن القاضي أيضا، وإنما دور القاضي هنا كاشف لإرادة الزوجين.

ثانيا – دور إرادة الزوجة في إيقاع الخلع في التشريع الجزائري:

بالرجوع إلى أحكام المادة 54 قبل تعديلها من قانون الأسرة رقم 84 - 11 بقولها:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

فالملاحظ هنا أن المشرع الجزائري يرى بأن الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إن كرهت العشرة بينهما، لهذا أجاز الشارع الحكيم أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها[1].

لهذا، فإن الخلع شرع لمصلحة الزوجة، بناء على عرض أحد الزوجين، وقبول الآخر لرغبة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه للزوج، يتفقان على مقداره في جلسة الحكم، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار مهر المثل وقت صدور الحكم، ولا يجوز الرجوع عنه[2]. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1988/12/21 بقولها :" من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع **أمر وجوبي** وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"[3].

أما بالنسبة للأمر 05 – 02 فقد نصت المادة 54 المعدلة على أنه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...".

لهذا، فإن المشرع الجزائري وبُغية منه **لإبراز وتفعيل إرادة الزوجة** في فك الرابطة الزوجية، فإنه اعتبر الخلع حقا أصيلا للزوجة يقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يمكن لها اللجوء إليه إن شاءت، إذا ما تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية ضرب من المحال، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا لإيجاب الزوجة في مخالعتها ولا لأي قبول من الزوج، وذلك تتويجا لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992، والتي صبت جلها في خانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وهو حق للزوجة تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج[4]. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1999/03/16 بقولها:" الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].كما جاء في قرار آخر لها الصادر بتاريخ

---

[1] - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط 01، 2008، ص 208.

[2] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 05، 2007، ج 01، ص 269.

[3] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص72.

[4] - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 214 - 215.

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، اجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص138.

1996/07/30 بقولها:" من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائيا بين الزوجين"[1].

وبالتالي، يمكن القول بأن الاجتهادات القضائية ألزمت القاضي بالاستجابة لطلب الزوجة بفك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع دون موافقة الزوج.

المبحث الثاني: مظاهر تقليص إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزاوج وإنهائه

سنتطرق في هذا المبحث إلى مظاهر تقليص إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزوج في المطلب الأول، ثم بعد ذلك سنتكلم عن تقليص إرادة الزوجة القاصر في طلب الطلاق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مظاهر تقليص إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزاوج

سنتناول في هذا المطلب مظاهر تقليص إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزوج، وذلك من خلال إبراز دور الولي في إبرام عقد زواج المرأة الراشدة قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84 - 11، ثم بعد ذلك سنتكلم عن أثر تخلف ركن الولي في عقد الزواج على ضوء أحكام قانون الأسرة 84 - 11 قبل تعديله، لنتطرق بعد ذلك إلى إبراز دور الولي في إبرام عقد الزواج القصر وآثار تخلفه على ضوء أحكام قانون الأسرة رقم 84 - 11 والأمر رقم 05 – 02.

الفرع الأول: إبراز دور الولي في إبرام عقد زواج المرأة الراشدة قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84 - 11:

إن جمهور الفقهاء (**المالكية والشافعية والحنابلة**) ومعهم أبو يوسف من الحنفية، يرون بأنه لا يجوز للمرأة أن تباشر عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها، بل إذا وكلت رجلا غير وليها بتزويجها كان هذا التوكيل باطلا والزواج المبني عليه فاسدا، لأن الشخص – من الناحية القانونية – لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقا لا يملكه[3]. بخلاف أبي **حنيفة** الذي يجيز للمرأة العاقلة البالغة الحق وحدها في مباشرة عقد زواجها بنفسها، بكرا كانت أم ثيبا، أو أن تولى في عقد زواج غيرها من النساء، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها، ويبقى للولي فقط حق الاعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفء، أو متى قدم لها مهر لا يليق بمقامها، ما دامت الكفاءة حقا يتقاسمه كل من المرأة والولي[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري قبل تعديله لقانون الأسرة رقم 84 - 11، فقد نصت أحكام المادة 04 قبل تعديلها على أن:" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

فالملاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج، المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن البعض، أن عقد الزواج موضوع في الشريعة الإسلامية لمجرد الاستمتاع واللذة، فعدل على ذلك إلى ذكر الغاية منه.

---

[1] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، المجلة القضائية، العدد01، 1998، ص121.

[3] - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 227؛ الخرشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي، ج 03، ص 184 وما بعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 199 - 200؛ النووي، روضة الطالبين، ج 05، ص 401؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 30؛ البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، ج 03، ص 26.

[2] - المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج 03، ص 34؛ ابن همام، شرح فتح القدير، ج 03، 246؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، ص 138.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع من خلال هذا التعريف لم يتطرق إلى مبدأ الرضائية في عقد الزواج، وذلك باعتبار أن الزواج من أسمى العقود المدنية الرضائية، وأعظمها شأنا، وأبعدها أثرا في حياة الفرد وفي بناء المجتمع، بخلاف الأمر 05 - 02[1].

كما أن المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 09 من نفس القانون كان يعتبر **الولي ركنا** في عقد الزواج[2]، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدونه وهو ما أكدته المادة 11 بقولها:" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فاحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

لهذا، فإن المرأة البالغة الراشدة في ظل القانون 84-11 لا تباشر إبرام عقد زواجها ولكن تفوض وليها، وأنه يجوز للولي أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها طبقا لأحكام المادة 12[3]، وهذا تماشيا مع التقاليد والأعراف الاجتماعية، وأحكام الفقه المالكي[4].

من هنا، يركز المشرع الجزائري على الولاية المنصبة على المرأة بحيث يجعلها ولاية اختيارية، تعتمد على إذنها وموافقتها، فالولي هو ممثل المرأة الذي يقف بجانبها. ويكتب اسمه في عقد الزواج، وهو الذي يعبر عن إرادة وشروط الزوجة في مجلس العقد. لهذا فإنه يجوز للمرأة الراشدة أن تباشر عقد زواجها طبقا لأحكام المادتين 09 و 10 من نفس القانون، على أن يكون ذلك بموافقة الولي طبقا لأحكام المادتين 11 و12. وهذا منطقي، لأن الأب يعرف مصلحة ابنته أكثر منها، فهو ينظر بعين العقل والقلب، بينما المرأة في تلك الفترة تنظر بعين العاطفة فقط. فإذا امتنع الولي على الموافقة، أو كان اعتراضه غير عقلاني وبدون مبرر شرعي انتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم حينئذ[2].

الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الولي في عقد الزواج على ضوء أحكام قانون الأسرة 84 - 11 قبل تعديله:

إن جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يرون بأنه في حالة تخلف ركن الولي في عقد الزواج يترتب عنه الفسخ[3]، مستدلين بقوله صلى الله عليه وسلم:" لا نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ وشَاهِدَيْ عَدْلٍ"[4].

أما الحنفية فيرون بصحة عقد الزواج ولزومه ونفاذه ما دامت المرأة بالغة عاقلة راشدة سواء كانت بكرا أم ثيبا وما دام الزوج كفؤا وتوافر مهر المثل، أما إذا زوجت المرأة نفسها بغير كفءٍ أو بصداق أقل من المثل، فللولي حق الاعتراض على هذا والمطالبة بفسخه[5].

---

[1] - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 74.

[2] - حيث كانت تنص المادة 09 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 بقولها:" يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق".

[3] - لقد كانت تنص المادة 12 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 قبل إلغائها على أنه:" لا يجوز للولي أم يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 منت هذا القانون غير أن للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

[4] - أما في حالة وفاة الولي فإن سلطة التزويج تنتقل حكما بقوة القانون إلى أقرب شخص من المرأة، أما إذا لم يكن للمرأة من أقربائها من يتولى إبرام عقد زواجها، فإن الولاية تنتقل مباشرة إلى القاضي حيث يتولاها بنفسه أو بوكالة إبرام عقد الزواج ومنح موافقته عليه.

[2] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 125 - 126.

[3] - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 227 وما بعدها؛ الخرشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي، ج 03، ص 184 وما بعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 200 وما بعدها؛ النووي، روضة الطالبين، ج 05، ص 401؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج 03، ص 157 وما بعدها؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 30؛ المرداوي، الانصاف، ج 08، ص 64 وما بعدها.

[4] - أبو محمد، سنن الدرامي، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ج03، ص 396؛ ابن العربي، صحيح الترميذي، ج 05، ص 26.

[5] - ابن همام، شرح فتح القدير، ج 03، 246 وما بعدها، السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 24؛ ابن نجيم، البحر الرائق، ج 03، ص 138؛ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 02، ص 130؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج 04، ص 158 وما بعدها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 09 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 قبل تعديلها كان يتبنى مذهب جمهور الفقهاء في مسألة اشتراط الولي في الزواج من أنه شرط لابد منه لإنشاء العقد، وإلا كان فاسدا يستدعي فسخه. حيث نص المادة 33 في فقرتها الثانية قبل تعديلها: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"[1].

فالملاحظ من خلال هذه الفقرة أنه في حالة تخلف ركن الولي في عقد الزواج، فالعقد يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، أما إذا دخل الزوج بزوجته بدون حضور الولي فالعقد يصحح مع إلزامية دفع مهر المثل[2].

غير أنه وبالرجوع إلى المادتين 32 و33 من قانون الأسرة رقم 84 -11، نجد أن المشرع لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج وإنما شرط صحة، فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. ولا يختل الزواج إلا إذا اختل ركن مضاف إليه، كاجتماع الولي مع الصداق أو الولي مع الشاهدين[3]، وقياسا على ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 01/02 /1989 على أنه " من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الشاهد صرح أنه لا يوجد المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما"[4].

الفرع الثالث: إبراز دور الولي في إبرام عقد زواج القاصر وآثار تخلفه على ضوء أحكام قانون الأسرة رقم 84 - 11 والأمر 05 - 02:

إن الولي هو ممثل المرأة الذي يقف بجانبها ويعبر عن إرادتها وشروطها في العقد في حدود مهمته، ولما كان الأمر كذلك فعلى الولي أن يحرص على اختيار الزوج الصالح للمولى عليها ويضمن حقوقها عند إبرام العقد مع احترام رغبتها في الزواج به. فليس للولي أن يجبرها على الزواج بمن لا ترضى به.

---

[1] - وفي هذا الاتجاه تنص المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 - لسنة 2005 على أنه:"يتولي ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها ... ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما، ويثبت نسب المولود".
لهذا جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون:" بينت هذه المادة وجوب مباشرة الولي للعقد وحكمت ببطلان العقد بدون ولي، عملا بما ورد في النصوص الواردة عن الرسول الكريم القاضية ببطلان العقد بدون ولي، وأخذا برأي جمهور أهل العلم، ودرءًا للمفاسد التي قد تترتب على تولي المرأة تزويج نفسها"؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد 26، أفريل 2006، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص77.

[2] - أما في حالة تخلف ركن الولي مع الصداق أو الشهود فالعقد يعتبر باطلا بطلان مطلقا. فالملاحظ هنا أن المشرع ميز بين ركن الرضا وباقي الأركان المتمثلة في الولي والشاهدين والصداق. وذلك باعتبار أن تخلف ركن الرضا يترتب عنه البطلان، أما إذا تخلف باقي الأركان فإنه يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول وهذا منافي للنظرية العامة للعقد.

[3] - إذ تنص المادة 32 من قانون 84-11 على أنه: " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تثبت ردة الزوج". كما نصت المادة 33 من نفس القانون على أنه:" إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

[4] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 51107، المجلة القضائية 1992، العدد3، ص 53.

لهذا، اختلف الفقهاء فيما يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه، حيث يرى **جمهور الفقهاء** الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، ويجوز لوليهما الشرعي تزويجهما[1].

أما **ابن شبرمة** و**عثمان البتي** و**أبو بكر الأصم**[2]، فذهبوا إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير أو الصغيرة حتى يبلغا ويأذنا، وهم بذلك لا يفرقون بين الصغير والصغيرة، ولا يفرقون بين الأب وغيره من الأولياء، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين يجيزون تزويج الصغير من قبل وليه إذا تمحضت مصلحته، وكذا مراعاة مصالح الصغير فيه، ودفعا للمفاسد الظنية للعزوبة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فمن خلال استقرائنا لأحكام المادة 11 في فقرتها الثانية المعدلة التي نصت على أنه:" دون الإخلال بأحكام المادة **07** من هذا القانون[3]، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

فالملاحظ هنا أن المشرع فرق بين زواج القاصر وزواج المرأة الراشدة، فالقاصر ليس لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها، بل يتولى ذلك وليها وهو الأب فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له. بخلاف المرأة الراشدة التي خول لها المشرع مسألة اختيار الولي، أي أنه يجيز لها بمفهوم المخالفة أن تبرم عقد زواجها بنفسها[1].

كما أن المشرع ميز بين حالتين الحالة الأولى إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه أي القاصر فإن العقد يعد باطلا بطلانا مطلقا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه. أما إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه وتم الدخول بالمرأة القاصرة، فهنا عقد الزواج يُصححْ وذلك بدفع مهر المثل. وبمفهوم المخالفة فإن زواج المرأة البالغة العاقلة بدون ولي يكون العقد صحيحاً وهو ما أكدته المادة 33 في فقرتها الثانية من الأمر 05 - 02 بقولها:"... الولي في حالة وجوبه .." ومعلوم أن الولي يجب في زواج المرأة القاصر[2].

وبالإضافة إلى ذلك نصت المادة 13 من الأمر رقم 05 - 02 على أنه:" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها". فالملاحظ هنا أنه ليس للولي سواء كان الأب أو غيره أن يجبر القاصر على الزواج، ولا يكون إلا بموافقتها ورضاها.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري عند إلزامه بحضور الولي في زواج القاصر، وذلك لحماية مصالحها، وهذا لقلة تجربتها في الحياة الزوجية وعدم معرفتها بالرجال، كما يساعدها في اختيار الزوج الأصلح، فعقد الزواج يتميز عن باقي العقود بأنه ينشئ علاقات عاطفية من مودة ورحمة وسكينة

---

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 02، ص 350؛ ابن رشد، بداية المجتهد في نهاية المقتصد، ج 02، ص 06؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 200 - 201؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

[2] - هو **عبد الله بن شبرمة الكوفي** أحد القضاة المشهورين، ولد سنة 92 هـ وتوفي سنة 144 هـ؛الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 06، ص 347؛ هو **أبو عمرو عثمان بن مسلم بن هرمز البتي** من أهل البصرة، توفي سنة 143 هـ، كان صاحب رأي وفقه، صدوق ثقة؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 06، ص 148؛ هو **عبد الرحمن بن كيسان المعتزلي** صاحب المقالات في الأصول، ومن تلامذته، **إبراهيم بن إسماعيل بن علية؛ الزر كلي**، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 03، ص 323.

[3] - حيث تنص المادة 07 في فقرتها الأولى من الأمر 05 - 02 على أنه:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

[1] - لهذا فإن القاصر سواء كان فتى أو فتاة لا يمكنه أن يبرم عقد زواجه إلا بحضور وليه الشرعي، كما لا يجوز للقاصر أن يختار وليه الشرعي المتمثل في الأب ثم الأقارب ثم القاضي لكونه ولي من لا ولي له.

[2] - كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوي قسنطينة، 2014 - 2015، ص 23.

بين الزوجين، وعلاقة قرابة بين الأسرتين إلى جانب الالتزامات المادية المترتبة على الزوج من دفعه المهر والنفقة للزوجة والمعاشرة بالمعروف بينهما والتعاون على مصاعب الحياة الزوجية، والزوجة القاصر طرف ضعيف مقارنة بالطرف الآخر وهو الزوج. مما يجعل اختيارها مشوبا وغير عقلاني يؤثر على أسرتها مستقبلا ويهددها بالتفكك، لهذا فإن المشرع جعل إبرام عقد زواج القاصر لا يتم إلا بحضور الولي الذي قد يكون أباها فأحد أقاربها والقاضي ولي من لا ولي له، وذلك لمساعدتها على معرفة حقيقة الرجل المتقدم للزواج بها ومعرفة أحواله الخلقية والمادية. كما يناقش معه كل شروط العقد التي تقدمها الزوجة، وبهذا يضمن حقوقها ويصبح العقد متوازنا خاليا من العيوب كما يضمن استقرار الأسرة مستقبلا[3].

المطلب الثاني: تقليص إرادة الزوجة القاصر في طلب الطلاق:

إن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 48 من قانون الأسرة يجيز لكلا الزوجين فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الطلاق بتراضي الزوجين عن ذلك، كما يجيز للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي وأن تخالع زوجها من خلال أحكام المادتين 53 و 54 من نفس القانون.

لهذا، فإذا كان الزوجان راشدين فإن طلب فك الرابطة الزوجية يُقدم من قِبلهما، أما لو كانا قاصرين أو أحدهما قاصرا، فإن الطلب يُقدم من طرف وليه أو مقدمه، وذلك طبقا لأحكام المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:" عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبله وليه أو مقدمه، حسب الحالة".

فالملاحظ هنا أن المشرع لا يجيز لناقص الأهلية أن يرفع دعوى الطلاق، إلا بعد إجازة من وليه أو مقدمه، أي أن طلب الطلاق يُقدمه الولي أو المقدم وليس الزوج القاصر، بخلاف لأحكام المادة 07 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي تجيز للقاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات على اعتبار أن الزواج فيه تكاليف والتزامات ومسؤوليات، كالنفقة والأولاد والمنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية[1].

كما أن المشرع لم يترك طلب الطلاق بالتراضي على إطلاقه، وإنما احتاط لمصلحة ناقص الأهلية وفاقدها، إذ منع تقديم طلب الطلاق بالتراضي متى كان أحد الزوجين تحت نظام التقديم أو اعتراه اختلال في قدراته الذهنية. وهو ما أكدته أحكام المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته. يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص".

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع قلص من إرادة الزوجة القاصر في طلب فك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها إلا بعد إجازة من وليها، بخلاف الزوجة الراشدة التي أجاز لها ذلك.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة نخلص إلى جملة من النتائج و التوصيات:

1 - النتائج:

- إن المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02، قام بإبراز إرادة الزوجة كطرف أصلي في إبرام عقد الزواج، وذلك من خلال أحكام المادة 04 التي

[3] - كريمة محروق، المرجع السابق، ص 29 - 30.
[1] - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 165.

اعتبرت أن عقد الزواج هو عقد رضائي بين الرجل والمرأة؛ أي أن المرأة مثلها مثل الرجل في إبرام عقد الزواج.

- إن المشرع الجزائري من خلال أحكام الأمر 05 - 02، قام بتقليص دور الولي في تولي إبرام عقد زواج المرأة الراشدة البالغة العاقلة.

- تفعيل دور الولي في تولي إبرام عقد زواج الزوجة القاصر؛ والتي هي تحت ولايته.

- تفعيل إرادة الزوجة من خلال تكريس حرية الاشتراط لكلا الزوجين على ضوء أحكام المادة 19 من نفس القانون.

- إبراز دور الزوجة كطرف أصلي في عقد الزواج، وذلك من خلال التنصيص على الحقوق والواجبات لكلا الزوجين معا طبقا لأحكام المادة 36 من تقنين الأسرة.

- إبراز إرادة الزوجة في انحلال الرابطة الزوجة من خلال الطلاق بالتراضي ومخالعتها لزوجها من خلال أحكام المادة 54 من نفس القانون.

2 - التوصيات:

- ضرورة إعادة صياغة أحكام المادة 11 من قانون الأسرة على النحو الآتي:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، والقاضي ولي من لا ولي له.

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

- إعادة صياغة المادة 33 من قانون الأسرة على النحو الآتي:" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، ويكون العقد قابلا للابطال إذا شابه عيب من عيوب التعبير عن الإرادة.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

- إعادة صياغة المادة 54 من قانون الأسرة على النحو الآتي:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها بعد موافقته على مقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

قائمة المصادر والمراجع:

أولا ـ قائمة المصادر القانونية:

1 – الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26/ 09/ 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30/ 09/ 1975؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 05، المؤرخ 13/ 05/ 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31.

2 - قانون الأسرة رقم 84 - 11 الصادر بتاريخ 09/ 06/ 1984؛ المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005 الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27/ 02/ 2005.

3 - القانون رقم 03 - 07، المتضمن مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، 03/ 02/ 2004، الجريدة الرسمية، العدد 5184، الصادرة بتاريخ 05/ 02/ 2004.

4 - قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 المؤرخ في 25/ 02/ 2008، الجريد الرسمية، العدد21، لسنة 2008.

5 - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005، المؤرخ في 19/ 11/ 2005؛ الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 439، الصادرة بتاريخ 30/ 11/ 2005.

ثانيا ـ قائمة المصادر الفقهية:

1 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1987 م.

2 - ابن رشد، بداية المجتهد في نهاية المقتصد، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، ط 1995.

3 - ابن عابدين، رد المحتار على در المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2003 م.

4 - ابن قدامة، المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، ج 09.

5 - ابن قدامة، روضة الناضر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان، ط 02، د . م، 1423 ه، 2002 م.

6 - ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتب العربية الكبرى، مصر 1333 ه.

7 - ابن همام، شرح فتح القدير، تعليق وتخريج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1424 ه، 2003 م.

8 - الخرشي، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، ط 02، 1317 ه.

9 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د. م. ت.

10- الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط 01، 1313 هـ.

11 - الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2002 م.

12 - السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1409 ه، 1989 م.

13 - السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، ط 02، 1418 ه، 1997 م.

14 - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1997 م.

15 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 01، ط 1982.

16 - المرداوي، الانصاف، في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

17 - النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، ط 1982م.

18 - النووي، روضة الطالبين ومعه المنهاج السوي ومنتقى الينبوع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423 ه، 2003 م.

ثالثا – قائمة المراجع:

أ – الكتب العامة:

1 - أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون معلقا عليها باحكام محكمة النقض، بدون دار النشر، ط 1994 م.

2 - البري زكريا، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة.

3 - الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005، ص 151 - 152.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 05، 2007 م.

5 - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2012 م.

6 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط 01، 2008 م.

7 - تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014 - 2015.

8 - داودى عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط 01، 2007 م.

9 - شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات " دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط 2010 م.

10 - محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة "عقد الزواج وآثاره"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط 2009،02م.

11 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005 م.

12 - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، 2013 م.

13 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ج07، 1996 م.

ب - الرسائل الجامعية:

1 - سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014 - 2015.

2 - سمير شيهاني، شرط الولي في عقد الزواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014 م.

3 - كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوي قسنطينة، 2014 - 2015.

ج - الاجتهاد القضائي:

1 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، العدد 03، 1990.

2 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 51107، المجلة القضائية 1992، العدد03، 1990.

3 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، المجلة القضائية، العدد01، 1998.

4 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 12/ 03/ 2008، ملف رقم 415123، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2008.

5 -المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 23/ 05/ 2000، ملف رقم 243943، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

د - المقالات في المجلات:

1 - سماحي خالد، اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب والقرابة في زواج البالغة، مجلة معيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد 06، العدد 01، 2005 م.