ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1609-1626.

حدود مبدأ سلطان الإرادة في إيقاع الطلاق الاتفاقي بين الزوجين

The limits of the principle of dominion of the will in the rhythm of mutual divorce between spouses

سعيد سميرة *
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
samira.said@univ-msila.dz

والي عبد اللطيف
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
Abdellatif.ouali@univ-msila.dz

تاريخ إرسال المقال: 2022/07/19 تاريخ قبول المقال: 2022/08/14 تاريخ نشر المقال: 2022/09/15

الملخص:

نسلط الضوء في هذه الدراسة على حدود مبدأ سلطان الإرادة في مسألة انحلال الزواج بالطلاق الاتفاقي أو بالتراضي، فالشريعة الإسلامية والقانون الجزائري اعتبروا أن الزوجة طرفا أصليا في إيقاع الطلاق الرضائي من خلال المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، أو بواسطة إرادتها المنفردة من خلال انحلال الزواج بالخلع وفقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 - 02، والذي اعتبر أن الزوجة طرفا أصليا في إبرام عقد الزواج، إضافة إلى ذلك فإنه يجيز لها أن تكون طرفا في طلب انحلال هذه الرابطة الزوجية بواسطة الطلاق بالتراضي.

الكلمات المفتاحية: سلطان الإرادة، إرادة الزوجة، الطلاق الرضائي، العقد.

Abstract:

In this study, we highlight the limits of the principle of the power of will in the matter of dissolution of marriage by consensual divorce, as Islamic law and Algerian law considered the wife to be an original party to the rhythm of consensual divorce through article 48 of the Algerian Family Code, Or by her individual will through the dissolution of the marriage by dislocation in accordance with the provisions of article 54 of the Family Code No. 84.11 amended and completed under Order 05-02, which considered the wife to be an original party to the conclusion of the marriage contract, in addition to which she is permitted to be a party to the application for the dissolution of this marital bond by mutual divorce.

Keywords: The Power of Will, The Will of the Wife, Consensual Divorce, Contract.

مقدمة:

إن الزواج هو مؤسسة قانونية تنشأ بواسطة عقد يبرم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي في كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وهذا العقد له مفهوم محدد وأركان وشروط يغلب عليها طابع الأمر، إذ تقتصر فيه حرية المتعاقدين على إبرامه أما فيما يخص مختلف آثاره فهي من وضع الشارع.

* المؤلف المرسل

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1609-1626.

فهو عقد رضائي ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الآخر في مجلس واحد باعتباره 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 له، وهل لها الحق في طلب الطلاق بالتراضي أو بواسطة الخلع أم لا.

ولهذا نركز في هذه الورقة البحثية عن مدى حرية إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، وهل هذه الإرادة مطلقة أم مقيدة، وتتعلق إشكالية هذه الدراسة بحدود إرادة الزوجة في انحلال عقد الزواج بالتراضي؟

وللإجابة عن هذه الاشكالية نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى التعريف بمبدأ سلطان الإرادة وفقا للقواعد العامة، وفي المبحث الثاني نتطرق إلى إبراز إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج ومظاهر تقليص إرادتها فيه.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة وفقا للقواعد العامة

تعتبر إرادة الإنسان أهم مظهر من مظاهر حريته، وهو ما يجسد أثره عند إبرام العقود وتحديد آثارها، فالإرادة هي الأساس في القيام بكل التصرفات القانونية بوجه عام، فمبدأ سلطان الإرادة من النظم الثابتة في معظم الأنظمة القانونية والذي يعني توافق إرادتين أو أكثر لإنشـــاء الالتزام أي لانعقاد العقد، وإن إرادة المتعاقدين هـــي الـــتي تـــحـــدد مـــدى الالتزامات التي يرتبها العقد، ونتناول في هذا المبحث المقصود بهذا المبدأ في القانون وكذلك في الشريعة الإسلامية، وما له من أثر على العقود.

المطلب الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

عرف مبدأ سلطان الإرادة بعدة تعريفات نذكر منها: " قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد "[1].

كما عرف بأنه: " قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديث آثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه"[2].

ومما سبق ذكره نستنتج أنه يترتب على مبدأ سلطان الإرادة الآثار التالية:

- يكفي وجود الإرادة وحدها لينعقد العقد، أي أن الشخص حر في الإقدام على إبرام العقود مع غيره أو تركها.

- وثاني أثر يترتب عن هذا المبدأ أن الرضا هو العنصر الجوهري اللازم لإنشاء العقد، وهو الذي يحدد الالتزامات المترتبة عليه، ففي عقد الإيجار مثلا نجد أن الإرادة الحرة للمتعاقدين هي وحدها التي تحدد بنود هذا العقد من مدة وأجرة هذا العقد، فلا يتصور وجود الإكراه فيه بأي صورة من الصور، لأنه يقيد من هذه الحرية أو يعدمها.
- أن الإرادة هي من تحدد آثار العقود المسماة وهي من لها الحق في تعديل الآثار المترتبة عنها، والإرادة حرة في اشتراط ما تشاء من شروط دون قيد، ولها الحق في إنهاء العقد، مثلما كان لها الحق في إبرامه[3].

المطلب الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره

سنتناول في هذا المطلب نشأة مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية ثم في القانون الوضعي.

أولا: مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية

إن مبدأ سلطان الإرادة ظهر مع بداية ظهور الإسلام ونزول الوحي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم، فجاء في قوله سبحانه تعالى: {{ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ }}[4]، وقال تعالى أيضا: {{وَقُلِ الْحَقُّ مِن رَّبِّكُمْ فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاءَ فَلْيَكْفُرْ }}[5].

وقال أيضا: {{ وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ}}[6].

فمن استقراء هذه الآيات القرآنية نستنتج أن الأصل هو حرية الإنسان وأنها هي أساس صحة الإيمان بالله عز وجل، ودون ذلك من التصرفات من باب أولى لأنها أقل شأنا من الاعتقاد ذاته.

وبالرجوع إلى النصوص القرآنية المتعلقة بحرية التعاقد في مجال المعاملات فنجد فيها قوله تعالى: {{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا }}[7]، فمن استقراء هذه الآية الكريمة نجد أنها تتضمن حكمين أساسيين يتمثلان في:

1- هو تحريم أكل الأموال بالباطل، ولا يقصد بالأمر هنا الأكل فقط بل يشمل أيضا جميع التصرفات المالية، ولكن عبر عنه بالأكل لأنه يعتبر معظم المنافع التي يسعى إليها الإنسان في هذه الحياة، فجاء في قول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله تعالى: " الأكل مجاز في الانتفاع بالشيء انتفاعا تاما لا يعود معه إلى الغير، فأكل الأموال هو الاستيلاء عليها بنية عدم إرجاعها لأربابها ... "[8].

بينما يقصد بالباطل هو كل تصرف يخالف الشرع كالربا، والقمار، والبخس، والظلم، والرشوة، والغش والسرقة، والغصب ... [9].

2- وهو جواز كل تجارة شريطة أن تكون بالتراضي بين المتعاقدين ولا باطل فيها، فتفسير هذه الآية واضح وجلي حيث تعتبر بمثابة دليل قوي على جواز جميع العقود مادام الرضا بين المتعاقدين موجودا ومحققا ولا إكراه فيه، شريطة ألا تكون وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل[10].

وجاء في قوله تعالى أيضا: {{وَءَاتُواْ ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحلَة فَإِن طِبنَ لَكُم عَن شَيء مِّنهُ نَفسا فَكُلُوهُ هَنِيــا مَّرِيــا }}[11]، فهذه الآية أيضا جاءت دالة على أن الأصل في استحلال مال الغير أو أخذ شيء منه إنما لا يكون إلا برضا صاحبه ومن له الحق عليه، سواء على سبيل التجارة والتبادل أو على سبيل الهبة والتنازل عن طيب خاطر، فالأصل والأساس هو ما تذهب إليه إرادة صاحب الحق، الذي أعطاه الشرع هذا الحق وجعله حرا في التصرفات التي يقوم بها، سواء كانت تصرفات مادية كالبيع أو الهبة أو المعاوضة، أو تصرفات معنوية تتعلق بمعاملات وعقود أخرى كعقود الزواج أو أي تصرفات يكون الأساس فيها هو حرية الإرادة والرضى التام بما يقدم عليه المتعاقدين.

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى تعليقا على هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية في سلطان أصحابها لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي فكان ذلك إنما عاما بجعل الرضا أساسا في العقود والالتزامات أيا كان نوعها[12].

ومن السنة النبوية ما جاء في حديث للرسول صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو شرطا أحل حراما»[13]، وفي رواية أخرى: «والمسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله»، والمقصود من الحديث أن المسلمون مطالبون بالالتزام بشروطهم التي اشترطوها بإرادتهم الحرة والتي ارتضوها بأنفسهم وقبلوا بها، ماعدا ما جاء منها مخالفا للنصوص الشرعية.

ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في القانون

وبالرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أن القوانين الرومانية هي أصل القوانين الغربية الحديثة التي ظهر فيها مبدأ سلطان الإرادة في القيام بالتصرفات والالتزام بها، ففي البداية كانت قوانين الرومان تقوم على أوضاع مادية وشكليات معقدة اقتضتها معتقداتهم الدينية، الأمر الذي أثر على معاملاتهم وعقودهم وجعلها تعتمد أساسا على شكليات معقدة وبعيدة عن مجرد الرضائية لتوافق الإرادة فيها، وأوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة[14].

وهكذا كانت عملية استيفاء الأشكال والمراسيم الخارجية هي التي تنشئ الالتزام ولا يكفي لانعقاد العقود والتحمل بالالتزامات مجرد توافق الإرادتين، فكانت الشكلية هي الركن الأساسي لانعقاد

العقد حتى ولو لم يتحقق سبب الالتزام أو كان غير مشروع، فكان المدين مثلا يلتزم بالالتزام متى استوفى الأشكال المطلوبة عندهم فيصبح التزامه صحيحا حتى ولو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يتحقق أو لم يوجد، أو كان مخالفا للنظام والآداب، فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الشكلية[15].

ولكن وبسبب تغير الحياة وزيادة التعقيد في التعاملات اليومية والحاجة الملحة إلى السرعة في المعاملات، كل ذلك أدى إلى تغير الأوضاع فأظهر الحاجة إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة جزءا هاما من الأثر، فيقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري:" ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين والشكل ليس إلا سببا قانونيا للالتزام قد توجد أسباب أخرى "[16].

فذهب القانون الروماني في ظل الحاجة إلى ذلك إلى الاعتراف في هذه المرحلة ببعض العقود التي لا غنى عنها في الحياة اليومية مما استدعى الأمر إلى تحررها من القيود الشكلية واقعة التسليم والاكتفاء بمجرد التراضي، ثم اعترف في مرحلة أخيرة بأربعة عقود رضائية هي البيع والإيجار والشركة والوكالة ولم يعرف غيرها، وهكذا ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية، وبعض العقود الرضائية واستقر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية، لكن القانون الروماني كما يقول السنهوري لم يقرر في أيه مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام[17].

وبالرجوع إلى الديانة المسيحية نجد أن التشريع الكنسي احترم العهود، إذ اعتبر فيها الحنث بالعهد وزرا وإخلالا بواجب ديني، وبعد أن استقرت الشريعة الكنسية انتقل العمل من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني، ومن ثم اعتبر العهد المقطوع ملزم لقاطعه وأنه يتعين عليه الوفاء بما تعهد به، لا من الناحية الدينية فحسب بل من ناحية المعاملات الدنيوية، وأصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى أمام محاكم الكنيسة[18].

وانتهى فقهاء القرن الثامن عشر إلى اعتبار أن إرادة الطرفين هي الواجبة الاحترام وهي التي تلزم صاحبها وتحدد مدى الالتزام، لا يمكن للقانون أن يتدخل في حرية الإرادة للأفراد عند إنشاء هذا الالتزام ولا في تحديد آثاره، ومن هنا وبمرور الوقت تم اعتماد أن ما تتجه إليه إرادة الأطراف في العقد ملزم لهم، ويجب الوفاء به طبقا للقانون ودون المساس بالنظام العام وبحسن الآداب، وهكذا دخل مبدأ سلطان الإرادة في الشرائع الأوروبية في القرن الثامن عشر بتأثير الفلاسفة الذين اعتمدوا المذهب الفردي، ومن بين أولى القوانين التي أخذت بهذا المبدأ، نجد القانون الفرنسي الذي صاغه المشرع في

المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بالقول " الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها"[19].

وبالنسبة للقوانين العربية وبسبب تأثرها بالقوانين الغربية والقانون الفرنسي بالأخص فقد أخذت أيضا بهذا المبدأ وإن جاء هذا متأخرا بحكم عوامل كثيرة منها الاستعمار، كالقانون المصري الذي أخذ بهذا المبدأ من خلال المادة 147/ف1 من القانون المدني والتي جاء فيها: ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)).

ثالثا: موقف القانون الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة

جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري: ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون))[20]، والمقصود من الإرادة في هذه المادة هي الإرادة السليمة الصادرة من ذي الأهلية باعتبار أن الأهلية هي صاحبة السلطان في التصرف القانوني، وتحديد آثاره دون استلزام شكل معين للتعبير عنها[21].

فالمشرع الجزائري هو أيضا ومن خلال هذه المادة تبنى مبدأ سلطان الإرادة، وأخذ بمبدأ الرضائية من الذي معناه أن المتعاقدين يتمتعان بكامل الحرية في الكيفية التي يتم التعبير عن إرادتهما بها أثناء تكوين العقد، فتنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري أن: ((التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا)).

ومن جانب آخر نجد أن آثار العقد تخضع إلى مبدأين هما: إلزامية العقد، ونسبية آثار العقد، فجاء في نص المادة 106 السابق ذكرها أن الإرادة الحرة الواعية هي التي تكسب العقد قوته وإلزاميته، أما المبدأ الثاني فمفاده أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين.

وبسبب التغير الحاصل في المجتمع وظهور الكثير من النقائص في المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويظهر هذا التطور خاصة في وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى[22]، كل ذلك أدى إلى تقلص الحرية التعاقدية في مجال الالتزامات العقدية، وظهرت المذاهب الاجتماعية التي تغلب مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية، ونتيجة لسيادة هذه المذاهب صار المشرع يتدخل في معاملات الأطراف واتفاقاتهم وهو ما جعله يتدخل في

المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، عن طريق تقييد إرادتهم في الكثير من الجوانب، وقد عبر عن هذه الظاهرة الجديدة بمصطلح عيممة العقد، ومعنى ذلك أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية قد تدخلت الإرادة العامة (إرادة الدولة) فيه فأصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوينه، وتحديد مضمونه[23].

ومن جانب آخر تقضي المعطيات الجديدة لأجل حماية الفئات الضعيفة تعاقديا، وهو ما يعد مجالا آخر يحد فيه من دور الإرادة، إذ صار فيه العقد الذي كان يخص فقط المتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع أيضا، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع الخاص والعام وهو ما عبر عنه الفقهاء بجمعية العقد.[24]

وبزيادة مجال القواعد الآمرة انحصرت تلك الحرية في حدود ضيقة، إذ أن هذه القواعد الآمرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحمي النظام العام والآداب العامة، وعليه فهي تخرج عن الدائرة التي تتوسع فيها حرية الإرادة التي ليس لها أن تنشئ تصرفا يخالف سببه أو محله النظام العام والآداب، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود التي رسمها النظام العام والآداب يكونان قد عرضا عقدهما للبطلان، حسب نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:((إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا)).

ومن الأسباب التي أدت أيضا إلى التقليص من الحرية العقدية قيام القانون بتنظيمه لبعض العقود عن طريق قواعد آمرة، ومثالها: ضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة العامة قبل التعاقد كالزواج مثلا من زوجة ثانية فقبل العقد أو التعاقد من الزوجة الثانية لابد من إذن نص عليه القانون يستحضره الزوج من الزوجة الأولى، وإن كان عقد الزواج ذو خصوصية خاصة إلا أنه يدخل في إطار التصرفات القانونية، التي نظمها القانون ويعتبر عقدا يكون فيه مبدأ سلطان الإرادة ركنا أساسيا، وتخلف ركن الرضا فيه يجعله باطلا بطلانا مطلقا.

وكذلك اعتبار الامتناع عن التعاقد جريمة يعاقب عليها القانون إذا تعلق الأمر ببيع السلع الأساسية، ويمنع كذلك رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة المادة 15 من القانون04-02.[25]

المبحث الثاني: إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج ومظاهر تقليص إرادتها في إنهائه

سنتطرق في هذا المبحث لإرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج (المطلب الأول)، أما في (المطلب الثاني) سنتكلم عن مظاهر تقليص إرادة الزوجة في انهاء الزواج.

المطلب الأول: إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1609-1626.

سبق وأن تناولنا في المبحث الأول مفهوم مبدأ سلطان الإرادة ومراحل نشأته في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وفي هذا المبحث سنحاول إظهار تطبيقات هذا المبدأ على الأحوال الشخصية من خلال مدى حرية وإرادة الزوجة وتمتعها بهذا المبدأ في رضاها بحل الرابطة الزوجية، وكذا القيود المفروضة عليها فيه والتي تحد من إرادتها في المشاركة أو ارتضاء حل هذه الرابطة.

سنتناول في هذا المطلب إرادة الزوجة عند إبرام عقد الزواج، وذلك من خلال تكريس المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة 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 الحديث عن إرادة الزوجة بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله.

أولا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج

إن مبدأ سلطان الإرادة، أو الرضائية في العقود هو مبدأ مكرس في جل العقود، حيث يعتبر 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))، وعقد الزواج لا يخرج عن هذه القاعدة، وكما سبق وأن ذكرنا أنه وإن كان عقدا ذا خصوصية خاصة إلا أنه يعتبر أهم العقود التي ينبغي وجود التراضي فيها.

عقد الزواج لابد له من أركان وشروط عامة لانعقاده صحيحا كباقي العقود، خاصة المحل الذي ينصب عليه هذا العقد وهو ما يسمى بالمعقود عليه، والمقصود به ليس المرأة في حد ذاتها باعتبارها أصلا طرفا في العقد ولو كانت محلا للعقد لكان الرجل أيضا محلا له، وعليه فالقول الصحيح هو أن محل العقد هو بضع المرأة، فيتوجب أن تخلو المرأة من الموانع المؤقتة والمؤبدة مع هذا الرجل، وأن تكون المرأة محققة الأنوثة، وأن تكون معلومة لا مجهولة[26].

فالأصل أن التراضي هو أهم ركن في جميع العقود بشكل عام وعقد الزواج على وجه الخصوص، حيث اتفق كل فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتباره ركنا أساسيا في عقد الزواج وإن اختلفوا في أركان أخرى، كما اعتبره المشرع الجزائري هو ركن الزواج الأساسي ولا وجود لعقد الزواج بدونه، وتخلفه يرتب بطلان عقد الزواج بطلانا مطلقا.

فجاء في نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري أن: ((الزواج عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة، أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان))[27].

نستخلص من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يسمو بالزواج عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر، ولكن اعتبره بمثابة رباط معنوي مقدس يجمع بين الرجل والمرأة وارتضيا به على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمل أعبائها[28].

وتأكيدا على كون الزواج عقدا رضائيا يقوم على مبدأ سلطان الإرادة لكل طرف من طرفيه بالأساس، فيقوم على تقابل إرادتي الرجل والمرأة المتمثلة في الإيجاب والقبول الصريحين، طبقا لأحكام المادة العاشرة من نفس القانون، هذا المبدأ الذي يترتب عنه تعاقدهما دون ضغط عليهما أو تدليس من أحدهما، وذلك لكون الزواج من أسمى العقود الرضائية، وأعظمها شأنا ومقصدا وأبلغها أثرا في حياة الفرد والأسرة والمجتمع[29].

ثانيا: إرادة الزوجة بالنسبة لآثار الزواج وانحلاله

سنعرض في هذا المطلب مدى المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات كآلية لتكريس مبدأ سلطان 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 نتطرق لدور الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ودور إرادتها فيه.

1- مساواة الزوجين في الحقوق والواجبات:

تعتبر المرأة طرفا أصليا في إبرام عقد الزواج و لها حقوق وواجبات في ذلك، فقد نص المشرع الجزائري في تعديل 2005، بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، من خلال أحكام المادة 36 منه على حقوق وواجبات كلا الزوجين معا، خلافا لما كان عليه الأمر في قانون الأسرة 84 - 11 قبل تعديله، فالحقوق والواجبات الزوجية هي واجبة 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 زوج منهما 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

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1609-1626.

لإحصان كل منهما الآخر، ويجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة[30].

كما يجب على الزوجين تحمل مسؤولية تسيير شؤون الأسرة ورعاية الأولاد، وكذا المحافظة على روابط القرابة بالحسني والمعروف وذلك على أساس المودة والاحترام المتبادل، وزيارة كل منهما أبويه وأبوي الزوج الآخر وأقاربه، وذلك لأن زيارة الأبوين تندرج ضمن حسن المعاملة والبر بهما، لهذا يجب على كل زوج أن يساعد الزوج الآخر ويهيئ له الظروف من أجل القيام بهذا الواجب ذي الطبيعة الدينية والإنسانية[31].

2- دور الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي:

يقصد بالطلاق بالتراضي أن كلا من الزوجين تذهب إرادته إلى فك الرابطة الزوجية عن رضى منه وقناعة تامة لأي سبب من الأسباب، فتكون بذلك إرادة الطرفين متفقة على إحداث أثر قانوني يتمثل في الطلاق[32]، وبالرجوع إلى نص 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 متحدة من أجل إحداث أثر قانوني متمثل في الطلاق بالاتفاق، وأهم ما يميز الطلاق بالتراضي أنه يتم دون خصام أو نزاع بين الطرفين، ولإيقاعه لابد من توافر الشروط الآتية:

- يجب أن يشتمل الزواج على ركن الرضا بالإضافة إلى باقي شروط صحته حتى يكون زواجا صحيحا طبقا لأحكام المادتين 09 و09 مكرر من الأمر 05-02.
- يتعين على الزوجين تقديم طلب بذلك مشترك لهما على شكل عريضة واحدة موقعة منهما طبقا لأحكام المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[33].
- أن يكون كلا الزوجين كامل الأهلية، طبقا لأحكام المادة 432 من نفس القانون[34].
- خلو إرادتيهما من عيب الإكراه، فإذا كان أحد الزوجين محبرا على طلب أو قبول الطلاق فإن هذا الطلاق لا يقع.

وعليه متى ما تبين للقاضي توفر الشروط السابق ذكرها فإذا توفرت هذه الشروط فإنه يجب على القاضي أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق بشأنها لأن توحيد إرادة كل من الزوجين على الطلاق مع اتفاقهما على جميع آثاره والرضى بها بملء ارادتيهما، كل ذلك يجعل من القاضي موثقا يوثق إرادة الزوجين في حكم يعد إشهادا لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة[35]، وهو ما أكدته المحكمة

العليا في قرار له صادر 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"[36].

3- إرادة الزوجة ودورها في إنهاء الرابطة الزوجية بواسطة الخلع:

إن الهدف الأساسي من الزواج في كل الشرائع السماوية عامة، وفي الشريعة الإسلامية على وجه الخصوص هو حفظ النسل البشري والذي لا يتحقق إلا إذا كان بين الزوجين مودة ورحمة وسكينة، وعند غياب هذه المعالم في العلاقة الزوجية واستحالة تحقيق الهدف من النكاح، ونظرا لخطورته جعل حل هذه الرابطة الزوجية بيد الزوج عن طريق الطلاق بما له من قوامة، وفي مقابل ذلك إذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها شرع الله لها حق طلب الخلع، ولكن وفق ضوابط وأحكام لابد من احترامها منعا للضرر ورفعا له إن وجد، وما يهمنا بالدراسة هنا هو دراسة ومحاولة معرفة دور إرادة الزوجة في إيقاع هذا الخلع في الفقه الاسلامي، وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك[37].

أ- **إرادة الزوجة في إيقاع الخلع في الفقه الاسلامي:**

لقد تباينت آراء الفقهاء حول مسألة ايقاع الخلع من طرف الزوجة معبرين عن ذلك في اتجاهين اثنين هما:

الاتجاه الأول: وقال به جماعة من التابعين من بينهم محمد بن سيرين وسعيد بن جبير والحسن البصري وجاء في قولهم إن الخلع لا يصح إلا أمام القاضي بعد فشل الحكمين في محاولة الصلح بينهما، وبالتالي لا يجوز الخلع عندهم بإرادة الزوج والزوجة بل لابد أن يرعا أمرهما إلى الحاكم، وهو الذي يقضي بوقوع الخلع[38].

وقد ذكر الجصاص ويقول سعيد بن جبير على لسان الجصاص:" 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 "[39]، ويقول ابن حجر في شرحه لصحيح البخاري ما قاله محمد بن سيرين والحسن البصري بأنه: " لا يجوز الخلع دون السلطان "[40].

الاتجاه الثاني: وقال به جمهور الفقهاء الظاهرية والحنفية والحنابلة والمالكية، كما قال به كل من عثمان بن عفان وعمر بن الخطاب – رضي الله عنهما وأرضاهما – أن الخلع يصح بدون القاضي، كما يجوز إذا وقع أمام الحاكم، وعليه هو صحيح ولا يتوقف على أن يصدر من الحاكم أو أمامه،

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1609-1626.

فوقوعه أمام الحاكم ليس شرطا لصحته، وسبب نصهم على ذلك، ليدفعوا ما قد يظنه البعض أن الطلاق الناجم عن الخلع لما كان بعوض فإنه تفاديا للظلم[41].

والاتجاه الراجح بينهما هو الاتجاه الثاني القائل بعدم احتياج الخلع إلى سلطة القاضي لإيقاعه، وأنه يصح بمجرد اتجاه إرادة الزوجين الخالية من عيوب الإرادة إليه ورضاهما بإيقاعه، وذلك لقوة أدلتهم واستنادهم إلى فعل كبار الصحابة الذين أجازوا الخلع بين الزوجين متى اتجهت إرادتهما إليه وارتضياه بأنفسهما دون قيد أو شرط على إرادتهما المطلقة ودون حاجة لحكم القاضي.

نستخلص مما سبق ذكره من أن الخلع لا يحتاج إلى إذن القاضي، أي أنه لا سلطة له بمنع وقوع الخلع متى اتجهت إرادة الزوجان إلى إيقاعه وتم الاتفاق بينهما عليه، وذلك لأن الزواج هو عقد رضائي بين الزوجين ولا يحتاج لإذن القاضي، فنفس الحكم يأخذه الفراق بينهما فيتم بتراضي الطرفين ولا يحتاج لإذن القاضي أيضا، ويقتصر دور القاضي هنا في كشف إرادة الزوجين وإظهارها فقط.

ب- **دور إرادة الزوجة في إيقاع الخلع في التشريع الجزائري:**

نص قانون الأسرة الجزائري 84-11 قبل تعديله في 2005، بأنه يمكن للزوجة أن تستعمل حقها في طلب الخلع على مال يتم الاتفاق عليه بين الزوجين، وإذا اختلفا حوله يمكن للقاضي أن يقدره بما له من سلطة شرط ألا يتجاوز مهر المثل أو صداق المثل وقت الحكم، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 54 منه[42].

فالمشرع الجزائري هنا يرى بأن الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير مقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها إن كرهت العشرة معه، لهذا أجاز الشارع الحكيم أن تفتدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها[43]، فالخلع كما سبق وذكرنا شرع لمصلحة الزوجة عند استحالة استمرار العلاقة الزوجية بناء على عرض أحد الزوجين، وقبول الآخر لرغبة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل عوض مالي تدفعه للزوج، يتم الاتفاق بينهما على مقداره، أو يحدده القاضي في جلسة الحكم بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت صدور الحكم، ولا يمكن الرجوع عنه[44].

وهو ما يؤكده قرار صادر عن المحكمة العليا قضت به بتاريخ 21/12/1988 وجاء فيه: " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضي 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 "[45].

فالملاحظ هنا أن الخلع وإن نص المشرع على أنه عبارة عن اتفاق بين الزوجين على إيقاع الخلع الذي يعتبر حقا أصيلا وفقا لما جاء في الشريعة الإسلامية، للزوجة تستعمله لرفع الحرج عنها عند استحالة استمرار الرابطة الزوجية، أو لرفع الضرر عنها عند عدم قدرتها على إثباته مع استحالة المعاشرة بينها وزوجها، إلا أنه لا يمكن أن يقع الخلع طبقا للقانون 84-11 قبل تعديله إلا بموافقة الزوج، أي أنه لا يمكن أن يوقعه القاضي من تلقاء نفسه متى طلبته الزوجة مالم يوافق عليه الزوج، أي أنه يخضع لإرادة الزوج المطلقة ولرضاه به مع الحد من إرادة الزوجة في طلبه أو في طلب إيقاعه، فإرادة الزوجة هنا في مسألة الخلع ليست مطلقة بل تخضع لقيد يتمثل في شرط موافقة الزوج.

وهو ما تداركه المشرع عند تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05 – 02، الذي عدل في نص المادة 54 منه والتي أصبحت تنص على أنه: ((يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

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

فالمشرع الجزائري بتعديله لهذه المادة كرس مبدأ سلطان الإرادة من خلال تفعيل إرادة الزوجة في مسألة الخلع وجعلها من إرادة مقيدة بموافقة الزوج في حل الرابطة الزوجية بالخلع إلى إرادة مطلقة فيه، وحقا أصيلا للزوجة يقابله حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فيمكن لها اللجوء إليه متى شاءت ولا يشترط فيه موافقة الزوج إذا تبين لها استحالة مواصلة الحياة الزوجية، وبذلك فلا حاجة لمجلس عقد ولا لإيجاب الزوجة في مخالعتها ولا لأي قبـــول من الزوج، وهو ما يمكن اعتباره كنتيجة لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992، والتي صبت جلها في خانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وهو حق للزوجة تستعمله متى احتاجت إليه وليس مجرد رخصة متوقفة على رضا وموافقة الزوج[46]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 16/03/1999 جاء فيه: " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "[47].

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1609-1626.

وقضت في قرار آخر لها صدر بتاريخ: 30/07/1996 جاء فيه: " من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائيا بين الزوجين "[48].

يتضح مما سبق ذكره أن الاجتهادات القضائية ألزمت القاضي على الاستجابة لطلب الزوجة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع دون اشتراط موافقة الزوج مثلما كان عليه الأمر قبل تعديله في 2005.

المطلب الثاني: مظاهر تقليص إرادة الزوجة في انهاء الزواج

جاء في أحكام المادة 48 من الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، أنه يجوز لكلا الزوجين فك الرابطة الزوجية، سواء عن طريق إرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بأن تطلب التطليق من القاضي أو أن تخالع زوجها من خلال أحكام المادتين 53 و54 من نفس القانون.

فإذا كان الزوجين بالغين لسن الرشد القانونية، ومتمتعان بكامل أهليتهما وخاليان من عيوب الإرادة، فأن مسألة طلب فك الرابطة الزوجية بالنسبة لهما لا تثير أي إشكال، لأن كل تصرفاتهما في ذلك تخضع لإرادتهما التامة وفقا للقواعد العامة في التحمل بالالتزامات، أما لو كانا قاصرين أو أحدهما قاصرا فإن تصرفاتهما القانونية لا تكون مطلقة بل تخضع لقيود قانونية، ففي حالة فك الرابطة الزوجية في هذه الحالة فإن الطلب يقدم من طرف ولي من كان قاصرا منهما 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)).

فالمشرع هنا يحد من إرادة طالب فك الرابطة الزوجية القاصر أو ناقص الأهلية في رفع دعوى الطلاق، بقيد أو إذن إجازة الطلب من الولي أو المقدم عليه، أي أن طلب الطلاق يقدمه الولي أو المقدم وليس الزوج القاصر منهما، بخلاف ما جاء في أحكام المادة 07/ف2 من قانون الأسرة، التي أجازت 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[49].

ولم يترك المشرع أيضا مسألة طلب الطلاق بالتراضي على إطلاقه، فحفظا لمصلحة ناقص الأهلية وفاقدها أقر المشرع منع تقديم طلب الطلاق بالتراضي متى تأكد أن أحد الزوجين تحت رقابة نظام التقديم أو شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة كأن يعتريه اختلال في قدراته الذهنية، وهو ما

أكدته أحكام المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أنه: ((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)).

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح بأنه من مظاهر تقليص إرادة الزوجة في إنهاء عقد الزواج، ما جاء به المشرع بالنسبة للزوجة القاصر والتي قيد من حريتها وإرادتها في طلب فك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها وجعلها متوقفة على إجازة وليها، بخلاف الزوجة الراشدة التي جعل إرادتها مطلقة في مباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، ولم يجعلها متوقفة على إجازة وليها.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة نخلص إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال ما جاء به من أحكام في القانون 84 – 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05 – 02، قد كرس مبدأ سلطان الإرادة من خلال إبراز إرادة الزوجة كطرف أصلي في إبرام عقد الزواج، وذلك من خلال ما نص عليه في المادة 04 من قانون الأسرة التي اعتبرت أن عقد الزواج هو عقد رضائي بين الرجل والمرأة، أي أن المرأة مثلها مثل الرجل في إبرام عقد الزواج، كما اعتبرها كطرف أصلي في عقد الزواج، وذلك من خلال ما نص عليه من حقوق وواجبات لكلا الزوجين معا طبقا لأحكام المادة 36 من قانون الأسرة.

كما كرس المشرع مبدأ سلطان الإرادة عند إنهاء الرابطة الزوجية في إرادة الزوجة من خلال الطلاق بالتراضي، وكذلك في طلبها لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ومخالعتها لزوجها من خلال أحكام المادة 54 من نفس القانون، التي لم تعد تشترط رضا الزوج لإيقاعه كحق أصيل لها يخضع لحرية إرادتها المطلقة، في مقابل حرية إرادة الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة.

الهوامش:

[1] الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط2، مجموعة دلة البركة، جدة، السعودية، 1995، ص 21.

[2] أنظر في السيد علي عبد الحميد فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ص: 14.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 47.

[4] سورة البقرة، الآية 256.

[5] سورة الكهف، الآية 29.

[6] سورة يونس، الآية 99.

[7] سورة النساء، الآية 29.

[8] محمد بن الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج5، الدار التونسية للنشر تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص ص: 23، 24.

[9] محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج8، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ص: 216.

[10] الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص 27.

[11] سورة النساء، الآية 4.

[12] الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، ص 226.

[13] رواه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، ص 249، ح 14213، والدار قطني في سننه، ج3، ص 27، ح98، وصححه الألباني، أنظر إرواء الغليل، ج7، ص:191، ح2212.

[14] أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.ص153، 154..

[15] أنظر رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1976، ص:70.

[16] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 153.

[17] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 121

[18] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 121 وما بعدها.

[19] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 45، 46.

[20] الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 2007/05/13، ج ر، عدد31.

[21] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 3013، ص ص 61، 62.

[22] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 51.

[23] لخضر حليس، تقييد الإرادة في مفهومها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2010، ص ص 48، 49.

[24] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 53.

[25] قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ممضي في 23 يونيو 2004، وزارة التجارة، ج ر، عدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، الصفحة 3.

[26] سمير شيهاني، شرط الولي في عقد الزواج الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص: 07؟

[27] القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ 1984/06/09، المعدل والمتمم بموجب الأمر05-02، المؤرخ في 2005/02/27، ج ر، عدد15، الصادرة في 2005/02/27.

[28] أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد عرف الزواج من خلال أحكام المادة 4 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".

[29] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص ص: 74، 75.

[30] المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.

[31] محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة" عقد الزواج وآثاره"، ط 2، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2009، ص ص: 429، 430.

[32] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

[33] القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 2008/02/25، ج ر، عدد 21، سنة 2008.

[34] تنص المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: ((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)).

[35] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 29.

[36] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 243943، م ق، عدد خاص، 2001، ص 112.

[37] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 100.

[38] ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص 491.

[39] الجصاص، أحكام القرآن، ج1، ص 395.

[40] ابن حجر، المرجع السابق، ص 397.

[41] ابن قدامة، المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقي، ج7، مكتبة الكليات الأزهرية، ص 37.

[42] المادة 54 قبل تعديلها من قانون الأسرة رقم 84 – 11: ((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)).

[43] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، 2008، ص 208.

[44] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق" ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 269.

[45] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 517228، م ق، عدد03، 1990، ص 72.

[46] أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات" دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص ص 214، 215.

[47] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 03/16/ 1999، ملف رقم 216239، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 138.

[48] المحكمة العليا، غ أ ش، قرار صادر بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم141262، م ق، عدد 1، 1998، ص 121.

[49] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجدية، المرجع السابق، ص 165.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

- المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري.
- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 2008/02/25، ج ر، عدد 21، سنة 2008.

- تنص المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: ((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)).
- المادة 54 قبل تعديلها من قانون الأسرة رقم 84 – 11: ((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)).
- القانون رقم 84–11 الصادر بتاريخ 1984/06/09، المعدل والمتمم بموجب الأمر05–02، المؤرخ في 2005/02/27، ج ر، عدد15، الصادرة في 2005/02/27.
- الأمر 75–58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07–05، المؤرخ في 2007/05/13، ج ر، عدد31.
- قانون رقم 04–02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ممضي في 23 يونيو 2004، وزارة التجارة، ج ر، عدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، الصفحة 3.

ثانيا: الكتب

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الزواج والطلاق" ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، 2008.
- ابن قدامة، المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقي، ج7، مكتبة الكليات الأزهرية.
- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة" عقد الزواج وآثاره"، ط 2، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2009.
- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص ص: 74، 75.
- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 3013.
- رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1976.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر.
- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج8، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
- محمد بن الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج5، الدار التونسية للنشر تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط2، مجموعة دلة البركة، جدة، السعودية، 1995.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- لخضر حليس، تقييد الإرادة في مفهومها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2010.
- سمير شيهاني، شرط الولي في عقد الزواج الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.