

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
المركز الجامعي صالحى أحمد- النعامة
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
تخصص الحماية الجنائية للأسرة

تحت إشراف الأستاذ:
أ/د: محمدي بدر الدين

من إعداد الطالب:
فخات عبد العزيز

لجنة المناقشة

رئيسا	المركز الجامعي صالحى احمد-النعامة	أستاذ التعليم العالي	صحراوي	الأستاذ خلواتي
مقررا	المركز الجامعي صالحى احمد-النعامة	أستاذ التعليم العالي	بدر الدين	الأستاذ محمدي
ممتحنا	جامعة د. مولاي الطاهر-سعيدة	أستاذ التعليم العالي	فتحي	الأستاذ طيطوس
ممتحنا	جامعة د. مولاي الطاهر-سعيدة	أستاذ التعليم العالي	عبد الرحمن	الأستاذ عثمانى
ممتحنا	المركز الجامعي صالحى احمد-النعامة	أستاذ محاضر/أ	نور الدين	الأستاذ عماري
ممتحنا	المركز الجامعي صالحى احمد-النعامة	أستاذ محاضر/أ	شفيق	الأستاذ حادي

السنة الجامعية: 2021 - 2022



نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق
تخصص الحماية الجنائية للأسرة

تحت إشراف الأستاذ:
أ/د: محمدي بدر الدين

من إعداد الطالب:
فخات عبد العزيز

لجنة المناقشة

رئيسا	المركز الجامعي صالحى احمد - النعامة	استاذ التعليم العالي	صحراوي	الاستاذ خلواتي
مقرا	المركز الجامعي صالحى احمد - النعامة	استاذ التعليم العالي	بدر الدين	الاستاذ محمدي
مناقشا	جامعة د. مولاي الطاهر - سعيدة	استاذ التعليم العالي	فتحي	الاستاذ طيطوس
مناقشا	جامعة د. مولاي الطاهر - سعيدة	استاذ التعليم العالي	عبد الرحمن	الاستاذ عثمانى
مناقشا	المركز الجامعي صالحى احمد - النعامة	استاذ محاضر/أ	نور الدين	الاستاذ عمارى
مناقشا	المركز الجامعي صالحى احمد - النعامة	استاذ محاضر/أ	شفيق	الاستاذ حادى

السنة الجامعية: 2021 - 2022

الل

إهداء

إلى من أشتاق إليه بكل جوارحي....
إلى مثال التفاني والإخلاص.... إلى من علّمني حب العلم وأهله
إلى قدوتي، ومثلي الأعلى في الحياة؛ أبي الحبيب رحمه الله
إلى أمي الحنون..... ملهمة الحب والعطاء
إلى زوجتي.... أسمى رموز الإخلاص والوفاء ورفيقة الدرب.
إلى إخوتي.... سندي وعضدي.
إلى أولادي..... أملي وفلذات كبدي.
إلى كل من علّمني حرفاً.
إلى جميع الأحبة والأخلاء.
أهدى إليكم ثمرة جهدي المتواضع

شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

اللهم لك الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، ملء السموات وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد، وكلنا لك عبد، أشكرُك ربي على نعمك التي لا تعد، وآلائك التي لا تحد، أحمدُك ربي وأشكرُك على أن يسرت لي إتمام هذا البحث على الوجه الذي أرجو أن ترضى به عني. ثم أتوجه بالشكر إلى أستاذي ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور: محمدي بدر الدين، الذي له الفضل- بعد الله تعالى- على البحث والباحث مذ كان الموضوع عنوانا وفكرة إلى أن صار رسالة وبحثا. فله مني الشكر كله والتقدير والعرفان. وأرى أن أقف شاكرا لأستاذي الفذ الأستاذ الدكتور خلواتي صحراوي الذي كان نعم المعين والموجه ، فجزاه الله عني خيرا.

ويوجب علي الاعتراف بالفضل أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي الفضلاء في معهد الحقوق والطاقت الإداري بالمركز الجامعي صالحى أحمد- النعمة الذين لم يألوا جهدا في توجيهي وإمدادي بما احتجت إليه. وأتقدم بشكري الجزيل إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم علي بقبول مناقشة هذه الرسالة، فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها وتهذيب شعنها، سائلا الله الكريم أن يثيبهم عني خيرا. وأشكر كل من ساعدني وأعانني على إنجاز هذا البحث، فلهم في النفس منزلة وإن لم يسعف المقام ذكر أسمائهم، فهم أهل للفضل والخير والشكر.

مقدمة

الحمد لله منزل الشرائع والأحكام، ومفصل الحلال والحرام، وأهادي من اتبع رضوانه سبل السلام، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له؛ وأشهد أن محمداً عبده ورسوله الذي أرسله رحمةً للأنام، فعليه منه أفضل صلاةٍ وأكمل سلام، ثم على آله الطيبين الكرام، وأصحابه نجوم الهدى الأعلام. أما بعد:

إن الأسرة هي الوضع الفطري الذي ارتضاه الله تعالى لحياة الناس منذ فجر الخليقة وفضله لهم، قال سبحانه: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَقْدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَلْبَابًا لِئَلَّا يَكْفُرُوا بِاللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ [سورة النحل، الآية: 72]، فهي الخلية الأولى للمجتمع وعماده الذي يقوم عليه، أحاطها بشرعه حكماً ورعاية، وحوّلها كلّ مقومات الاستقرار والسعادة، ورغب في عقد الزواج ووصفه سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ، فلا تقوم الأسرة إلا على أساسه، وحرص على جلب كل ما يقوي غاياته ويبلغ مقاصده، فجعله رضائياً مبنياً على الاختيار تكريماً للإنسان للوصول به إلى أنبل المقامات، وقوّاه بمجاذبية الفطرة، قال سبحانه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَقِرُونَ﴾ [سورة الروم، الآية: 21].

والشّرع الحنيف إذا عظم شيئاً شدد فيه، وأكثر فيه من الشروط والقيود تنبيهاً لشأنه ورفعاً لقدره، والمتمعن في تشريع الزواج يلحظ هذه الخصوصية بلا شك، وذلك من خلال الضوابط والقيود والآداب التي أحاطت به، فهو الأسلوب الذي اختاره الله لبقاء النوع الإنساني وإشباع الغريزة، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب وغيرها من المصالح، فلذلك شدد فيه الشّرع، فاشتد له الصداق والشهادة والوليّ وخصوص اللفظ.

وفي هذا الإطار كان للرابطة الزوجية مكانة خاصة في نظر الحضارات الإنسانية المختلفة، إذ يمكن لكلمة "زواج" أن تشير إلى حالة مدنية أو عقد قانوني أو شعيرة دينية أو سلوك اجتماعي. ويمكن القول أنّ وظيفة الزواج كانت على مدى التاريخ وقبل كلّ شيء وحدةً اجتماعيةً واقتصاديةً، فاستخدم لخلق روابط القرى وتشارك الموارد والعمل، وللسيطرة على الميراث، كما كان الزواج أيضاً لفترة طويلة في قلب التحالفات السياسية والحروب، ولا يمكن التأريخ للنموذج الغربي للزواج باعتباره علاقة حبّ أو رفقة، أو علاقة دعم متبادل إلا في القرن الثامن عشر.

وإن كانت العقود تعتبر من أهم الظواهر المدنية التي تعكس حرمة الإرادة وحرمتها، ومقياس تقدم الأمم ورفقيها، فإن عقد الزواج في نظر القوانين الوضعية هو أولى العقود بالتراضي لكونه أهم مؤسسة تنظّم الحياة الأسرية والعلاقات الجنسية والتناسل، ولهذا جاءت أحكامه في جميع التشريعات الوضعية متميزة بخصوصية قانونية نابعة في كثير من الأحيان عن المعتقدات الدينية والعادات الاجتماعية، وانطلاق من

خصوصيته حظيت حرية الزواج ولا تزال بإشباعات فكرية فلسفية وتأطير سياسي وفقهي متميز، ذلك مجال خصب الذي يعكس مركزية الإرادة في عقد الزواج، ويُبرز أهمية الحرية في رسم نطاق الخيار الفردي في إبرامه وترتيب آثاره وانحلاله.

في سياق حرمة الإرادة التعاقدية وحريتها برزت نظرية قانونية هي من أهم موضوعات القانون وفلسفته، تُعرف "بمبدأ سلطان الإرادة"، ويقوم هذا المبدأ على أساس أن الإرادة الحرة للإنسان والمجردة عن الأوضاع والشكليات هي المصدر الوحيد للالتزام وغاية القانون، وأن لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل هي المصدر الوحيد لكل الحقوق والواجبات في جميع الروابط القانونية.

ويفسر هذه الأفكار ما يقوم عليه المذهب الفردي في تقرير حرية الإرادة وعدم شرعية أي قيد يرد عليها ما لم يكن هذا القيد نابعا عن هذه الإرادة نفسها، فلكل إرادة سلطان بمقتضاه لا يجوز أن يتحمل الإنسان أي التزام إلا بمحض اختياره عن طريق التعاقد مع إرادة أخرى.

ما جعل مبدأ سلطان الإرادة في نظر الفقهاء التقليديين عقيدة بديهية، ومبدأ من أهم المبادئ التي تترتب على عرش نظرية العقد في الفقه المدني، إلى أن تكشفت عيوبه في التطبيق العملي، واتضح في ضوء المشاكل التي أظهرتها التطورات الحديثة للمجتمع منافاة كثير من نتائجه للعدالة والمصلحة العامة، ثم عجزت نظرية الإرادة عن وضع حلول لبعض مسائل العقد، واستحالة تطبيق بعض نتائجه، وكان طبيعيا بعد ذلك أن يهتز الإيمان بقداسته وأن يثور الشك حول صحته.

ورغم الجدل الفقهي الذي أثارته هذه النظرية، إلا أنها استطاعت أن تنهض بعد انتكاسها، لتبني لنفسها كيانا تشريعا صلباً ينهض على ركيزتين أساسيتين هما: الحرية الفردية والمساواة الإنسانية، فتجسد هذا المبدأ في القانون نابليون لسنة 1804م.

وساهمت الثورة الفرنسية في نجاح هذه النظرية بأن قدمت للحضارة الغربية أمودجا متميزا لمجتمع قائم على تمجيد معاني الحرية والمساواة وسلطة الأمة وتقديس حرية الفرد واحترام إرادته؛ الأمر الذي أعطى لمبدأ سلطان الإرادة مضمونا مبتكرا أصبح معه القانون يرسم صورة للإنسان الحر الذي يتمتع بإرادة مطلقة تحوله أن يفعل ما يشاء بالطريقة التي يشاء، وكل تجاوز على الإرادة الواعية هو تعدي على الحقوق الطبيعية للإنسان.

ومن نتائج هذه الفلسفة الثورية أن ابتدع المشرع الفرنسي في ميدان الأحوال الشخصية فكرة الزواج المدني، ليخضع بها خصوصية هذا العقد لمبدأ سلطان الإرادة كغيره من العقود المدنية، فيضمن بخصائص هذه النظرية حرية الزواج واستقلالية الخيار الفردي، ويجعل الرابطة الزوجية في ولاية قانون الدولة المدنية بعد أن استبدت بها الكنيسة لقرون.

وبهذا تكون نظرية سلطان الإرادة قد فتحت على النظم القانونية عهداً جديداً لم يعرفه الفقه القانوني من قبل، إيدانا بتغيرات عميقة فكرية وأخلاقية وقانونية وسياسية سرت آثارها في جل التشريعات الأوروبية، وإذا كانت جذورها أوروبية فإنها قد امتدت إلى سائر المجتمعات التي غزتها أوروبا ووقعت تحت هيمنتها السياسية والثقافية.

وتأثرت القوانين الغربية والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بهذا المبدأ إلى حد بعيد، فأصبحت تنظر إلى الزواج كحرية فردية وعلاقة شخصية تخص الزوجين وحدهما سواءً في إبرامه أو تحمل آثاره، ما يعني جعله أكثر ملائمةً للنموذج الليبرالي الذي يخول لأطرافه الحق الخالص في الانفراد بتنظيم أحكامه وترتيب آثاره؛ فليس للدولة تقييد حرية الأفراد بما تعارفت عليه النظم الدينية والاجتماعية أو بأحكام النظام العام إلا في أضيق نطاق.

فما كان إلا أن تحررت عديد المجتمعات من ضوابط النظام العام وأطلق العنان للاعتراف الرسمي بالحرية الجنسية وإنشاء اتفاقات مدنية وشراكات أسرية تضاهي مؤسسة الزواج في الآثار والحقوق التي يضمنها القانون لأفرادها ليتم القانوني بالزواج المثلي والإقرار بوجود الأسرة والأبوة خارج إطار الزواج. وهكذا تجسدت نتائج هذه الأفكار على صعيد المجتمع الدولي في اتفاقيات حقوق الإنسان¹ وما تروج له المؤتمرات الدولية من نماذج ليبرالية تؤصل نظام الأسرة على أساس من الحرية الفردية والمساواة الإنسانية، ومن بين تلك المؤتمرات: مؤتمر مكسيكو لسنة 1975، ويلييه مؤتمر كوبنهاجن سنة 1980، فمؤتمر نيروبي سنة 1985، ومؤتمر بكين لسنة 1995.

وإذا كان قانون الأسرة الجزائري² يستمد أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن التطور المتسارع الذي شهدته الأسرة سواء على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي أو على مستوى التعليم وخروج المرأة إلى العمل وممارستها للحقوق السياسية، وكذا انفتاح الجزائر على الثقافات المتوسطة وارتباط قضايا الأحوال الشخصية بالمجتمع الدولي، كل هذه العوامل أثرت وبشكل كبير على الانسجام الأسري والسلطة الأبوية،

¹ من المواد التي نصت على حرية المرأة في الزواج، وساوتهما مع الرجل في الحقوق والواجبات عند إبرام عقد الزواج وخلال قيامه وانحلاله: المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج المعروفة باتفاقية نيويورك، وأيضاً المادة 10 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، والمادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بالإضافة إلى المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

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

مما استوجب تدخل المشرع لتطوير المناخ التشريعي والقضائي، ما جعله يسعى في تعديل بعض أحكام قانون الأسرة بما يتوافق مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

وغني عن البيان أن إصلاح نظام الأحوال الشخصية بمعزل عن المبادئ والأحكام الشرعية قضية معقدة في مجتمعنا، نظرا لارتباطها بالقيم الدينية والثقافية، لاسيما أن أحكامها تنير حساسية مفرطة في المجتمعات المحافظة بحكم أنها تعتبر ركائزاً أساسية للخصوصيات الدينية والوطنية والانسجام المجتمعي. ولهذا جاء الأمر 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة يهدف إلى معالجة الإشكالات والنقائص القانونية التي استمرت فترة زمنية قاربت ربع قرن وفق مقارنة تشريعية تزواج بين التأكيد على المرجعية الإسلامية كمكون حضاري ومصدر تشريعي أساسي لا يمكن الاستغناء عنه، والانفتاح على المرجعية الأومية وما تم إبرامه من اتفاقيات دولية لحقوق الإنسان والمرأة، وهو ما أوجب على الدولة ملائمة تقنيناتها الداخلية مع التزاماتها الدولية، الأمر الذي جعل المشرع يرضخ في كثير من الأحيان إلى معايير النموذج الأومي التي أصبحت تفرض قواعدها في الوقت الحالي بحكم علميتها.

ويمكن أن نلاحظ بعض تجليات هذا التوجه التشريعي في مسائل نذكر منها:

التركيز على حرية الإرادة من خلال تكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج وتقييد دور الولي وإلغاء ولاية الإيجابار (إلغاء المادة 12، وتعديل المادة 13 ق.أ.ج)، والتأكيد على الحضور الشخصي للزوجين عند إبرام العقد¹ وإلغاء الوكالة (إلغاء المادة 20 ق.أ.ج)، والمساواة بين الزوجين فيما يخص سن الزواج (المادة 07 ق.أ.ج)، وتقييد التعدد²، إضافة إلى الإحالة على بعض الأحكام الواردة في القانون المدني منها عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والإكراه والتدليس، والعمل على إدخالها في المجال الأسري.

النص على حرية الزوجين في الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج (المادة 19 ق.أ.ج) حيث منحت للإرادة مكانة واسعة في الاتفاقات التي تهم الزوجين، وأصبحت هذه الاتفاقات والشروط تتمتع بقوة إلزامية، حيث يؤدي الإخلال بها إلى منح الزوجة إمكانية طلب التطبيق مع حقها في التعويض.

وهكذا جاءت قانون الأسرة بمقاربة تعزز حرية الاختيارية وتُخضع العلاقات الأسرية لمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه المدني، وتجعل لطرفي العلاقة الزوجية الحق في تحديد كيفية تنظيم علاقتهما ذات الطابع المالي خلال الزواج وبعد انحلاله وذلك بتوافق إرادتهما على إبرام عقد مستقل عن عقد الزواج.

أما بالنسبة لأحكام إنهاء الرابطة الزوجية نجد المشرع يركز على دور إرادة الزوجين في إنهاء هذه الرابطة المقدسة، وإخضاع الطلاق لرقابة القضاء (المادة 49 ق.أ.ج)، حيث جعل من حرية الإرادة في

¹ المواد 04، 09، 10، 20 من ق.أ.ج

² المواد 08، 08 مكرر، 08 مكرر 01، المادة: 53 ف6 من ق.أ.ج.

الطلاق، تشمل جميع صور فك الرابطة الزوجية سواء كان من جانب الزوج أو من جانب الزوجة أو بتوافقهما ورضاهما في إطار الحدود التي وضعها الشرع، ومن اجل ذلك توسع المُشرِّع في أسباب التطبيق (المادة 53 ق.أ.ج)، وألغى وجوب موافقة الزوج على الخلع (المادة 54 ق.أ.ج)، كما تبنى قواعد المسؤولية المدنية وأكد على التعويض عن الأضرار الناجمة عن التعسف في استعمال الحق في إنهاء العلاقة الزوجية.

إن أهمية دراسة مبدأ سلطان الإرادة في الإطار التاريخي لفلسفة التنوير ومبادئ الثورة الفرنسية، ليست أهمية يقيدها الزمان والمكان كحقبة ماضية من التاريخ أو حركة تحُدُّها الجغرافيا؛ إنما جوهرها يتجاوز زمان الحدث ومكانه ليتصل بالتداعيات المستمرة للأفكار التي قامت عليها هذه المبادئ والنظريات.

وتظهر أهمية هذه الدراسة كذلك من القيمة العلمية التي تُميِّز استكشاف الكليات والمبادئ ودوره في الاستيعاب والاطمئنان العلمي، ذلك أن كل خطاب فكري ينطلق من فروض ومسلمات أساسية تجسدها المبادئ والنظريات والأصول والكليات، فمنها تنبثق التطبيقات وإليها تتحاكم الإشكاليات، وفي هذا السياق يقول شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله: "فإن معرفة أصول الأشياء ومبادئها... من أعظم العلوم نفعاً، إذ المرء ما لم يحط علماً بحقائق الأشياء التي يحتاج إليها يبقى في قلبه حسكة"¹، "ومن لم يعرف أسباب المقالات، وإن كانت باطلة لم يتمكن من مداواة أصحابها، وإزالة شبهاتهم"².

وانطلاقاً من حقيقة كون مبدأ سلطان الإرادة قد أضحى في عصرنا المقاربة الحقوقية الأكثر قبولا لتحقيق مبادئ الحرية والمساواة الإنسانية لاسيما في مجال العلوم القانونية، إذ لم يترك فرع من فروع القانون إلا وأخذ فيه بالحظ الوفير، وحتى قوانين الأحوال الشخصية التي كانت إلى عهد قريب تنهل أحكامها من المصادر الدينية والعادات والأعراف الاجتماعية، أصبحت الميدان الرحب لهذا المبدأ، ذلك أنه يقدم الإرادة الفردية كأساس للالتزامات الأسرية، وإليه يرجع التطور المستمر في مفهوم الزواج، لينتقل مركز ثقل هذه الرابطة من ساحة حرية الإرادة العقدية بمعناها التقليدي القائم على التراضي إلى ساحة الحقوق والحريات الشخصية.

ويتجلى خطر هذه الأفكار التي تجعل من الإرادة مصدر القانون وأساس الحقوق والالتزامات في كل نواحي الحياة الاجتماعية، في قول الفقيه (هوريو): "إن فلاسفة القرن 18م ورجال الثورة الفرنسية كانوا يرون أن الإنسان حَيَّرَ بطبيعته والمؤسسات الاجتماعية هي الفاسدة، ويكفي إذن أن نحرر الإنسان من

¹ تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، ج10، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1995م، ص368

² تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، الاستغاثة في الرد على البكري، دراسة وتحقيق: د. عبد الله بن دجين السهلي، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية ط1، 1426 هـ، ص115.

المؤسسات القائمة وأن نعطيه أقصى حد من الحرية، وأن نمُنحه أكبر قدر من الثقة حتى نحصل على نظام اجتماعي كامل"¹، ذلك أنه في الطور الأخير من هذه الفلسفة التي تقوم على الحق الطبيعي المطلق وتقديس الإرادة الفردية، تنقطع الدولة الحديثة عن جذورها الميتافيزيقية ولا يبقى للسلطة الروحية وجود في حياة المجتمع، فيَحُلُّ الفرد لا محلَّ الملك فحسب بل محلَّ الله، ويجعل سيادة الإرادة العامة بديلاً عن الإرادة الإلهية المطلقة، وهذا الطور الأخير هو طور لائكية الدولة التي كرّستها الثورة الفرنسية في إعلان 1789م على أساس الطبيعة المطلقة للوعي الفردي الذي لا مكان فيه للميتافيزيقا²، فاستلهم منه مشرعو الدولة الفرنسية أفكاراً تُقدّس حرّية الفرد وأمعنوا في احترام إرادته³، فتجسدت في قانون نابليون سنة 1804 وهي اليوم أفكار أشد تطرفاً لاسيما في جانبها المتعلق بحرّية الزواج.

ولاشك أن هذه الفلسفة لا تميز بين المجتمعات ولا تستثني من حكمها الجائر مؤسساتي الزواج والأسرة، الأمر الذي يُجلب خطر هذه المقالات وما أفرزته من مبادئ، ويبرهن على أن تكريس منتجات الفقهية للمذهب الفردي ومدرسة القانون الطبيعي في منظومتنا التشريعية إيدان باختيار الأسرة المسلمة ويحمل في طياته إلغاء قانون الأسرة وما بُني عليه من أحكام شرعية. ولذلك فإن معرفة مضامين التطور الفلسفي والفقهية الذي أفضى إلى هذا المبدأ تتيح لنا أن نستشرف مستقبل التوجهات التشريعية المنظمة لحقوق الإنسان ومآلاتها على النظام القانوني للأسرة في ظل هذه الأفكار.

وحتى تتمكن من معرفة أثر هذا المبدأ على النصوص الناظمة لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، ونسلط الضوء على ما يمكن أن تنطوي عليه تطبيقاته من إشكالات في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية، كان موضوع هذه الرسالة: "نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية".

ويرجع سبب اختيار هذا الموضوع إلى ما يحتله مبدأ سلطان الإرادة من مكانة مركزية في الدراسات القانونية في مجال القانون المدني، والقيمة الفقهية والفلسفية للأسس التي بُني عليها، وخصائصه التي جعلته أحد أهم ركائز القانون الخاص.

¹ أندري هوريو: القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، ترجمة: علي مقلد، شفيق حداد، عبد المحسن سعد، ج 1، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1977، ص 85.

² أحمد باسل نور، الدين الرفاعي، أستاذ مساعد - كلية الحقوق - جامعة مؤتة، حقوق الإنسان في فلسفة الثورة الفرنسية، مجلة جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، ع 19، ص 357.

³ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 144.

ورغم ما اكتسبه هذا المبدأ من راهنية كبيرة في السنوات الأخيرة في ميدان الأحوال الشخصية بفعل تصاعد التيار الليبرالي على إثر تطوّر الاشتغال العالمي والأمني بقضايا حقوق الإنسان، وارتفاع الضغط الخارجي المستند على مجموع الاتفاقيات الدولية، وهو انشغال تنامي بشكل كبير منذ اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضدّ المرأة، إلّا أن هذا المبدأ لم يكن محل دراسة متخصصة في قانون الأسرة كنظرية تحمل في طياتها ثقل الأسس الفلسفية التي بني عليها.

كما إن تحديد نطاق توظيف المشرع الأسري للقواعد العامة السائدة في القانون المدني ونظرياته الفقهية لاسيما مبدأ سلطان الإرادة ومدى إمكانية تكريسه في عقد الزواج، يمكن اعتباره من بين أهم أسباب الصدام الواقع بين ما هو شرعي وما هو علماني في تعديل قانون الأسرة.

ومن الدوافع الذاتية لاختيار هذا الموضوع:

أولاً- ما نراه اليوم في الساحة الفكرية والسياسية من إشادة بعصر الأنوار ودور فلاسفته في نهضة أوربية ومدنيتها، وما تُعانيه من تمجيد بعض رجال القانون لمبادئ الثورة الفرنسية -الحرية والمساواة- التي أصبحت مرجعية تفرض تأثيرها المتجدد على أي رؤية تشريعية خاصة ما تعلق بحقوق الإنسان، وما نشهده من تنامٍ للتيار التغريبي الحدائني كحركة تنويرية عقلانية غايتها تشويه نظرة المجتمع لتراثه الحضاري الإسلامي، وكيف أنه أصبح في سبيل تحقيق غايته يدعو إلى إسقاط التجارب العلمانية في التاريخ الأوربي على مجتمعاتنا، لاسيما ما تعلق بصراع الكنيسة مع العلم وقمعها للشعوب الأوربية، وكأنه يرجع سبب تخلف أمتنا عن النهضة العلمية والتكنولوجية هو تمسكها بالشرعية الإسلامية .

وهذه ما جعل كثيرا من منتجي الخطاب الحدائني الفرانكفوني، يدعو إلى نبذ المرجعية الإسلامية في التشريع، ويسعى جاهدا لاختلاق تناقضات داخلية في الموروث الإسلامي بهدف تحييد الوحي جملة من الحياة العامة، ولا أدل على ذلك مما يثار من شبهات وأراجيف حول قضايا الزواج، كالولاية وسن الزواج، والتعدد والقوامة والطلاق وغيرها من المسائل، مع التركيز على الممارسات السياسية والاجتماعية الخاطئة التي عرفت أمتنا عبر تاريخها، ونسبتها كلها إلى الشريعة الإسلامية في مقابل تقديس مبادئ الحرية والمساواة الإنسانية والمطالبة المستمرة بالمزيد من الليبرالية.

ثانياً: ولأنّ رياح التغيير الاجتماعي والتشريعي التي هبّت على ديار الإسلام من الغرب بالأفكار الليبرالية المسمومة، قد تركت في كثير من البيوت الإسلامية تساؤلات عن أمور كانت من قبل من المسلّمات، فشكّكت فيما لا يقبل التشكيك، وهوّنت مما لا يستهان به، خاصّة إذا كان الأمر مما يتميّز به الرّجال على النّساء، فالمساواة بين الذكور والإناث في الإرث والنّكاح والطلاق قد أصبح مطلباً! والحرية

الجنسية تحضراً وتسامحاً، إلى غير ذلك من أفكار الحرية الليبرالية التي تهدد الفضيلة هدداً، وتدعو إلى الرذيلة عمداً، والمستهدف بها أولاً وآخرها هو: الأسرة المسلمة.

ولم تكن هذه المسائل لتثير الاهتمام لولا أنه قد أصبح لها صداها في كثير من المجتمعات الإسلامية، وكثيراً ما يتعلل البعض ويتسترّون بمظلة الخلاف الفقهي، جاهلين أو متجاهلين أنّ الخلاف الفقهي لم يكن يوماً مبرّراً للتهاون في أمر مجمع على فضيلته وأهميته في حياة المسلمين، فالفضائل في منأى عن الخلاف، ودرء المفسد مقدّم على جلب المصالح، وأن الدين كله في النصيحة.

كل هذا كان دافعاً لي كباحث في ميدان العلوم القانونية إلى التساؤل عن حقيقة القيمة العلمية للمنتج الأكاديمي، إذا كان قصار ما تقدمه لمجتمعنا هو الترويج للنظريات والأفكار التي أنتجتها الحضارة المادية العلمانية، أو يكون أبلغ ما نقوله للحضارة الغربية هو أن أفكاركم ومذاهبكم ونظرياتكم يمكن تخرجها على بعض الأقوال الفقهية لدينا، أو يحتمل أن تدل عليها بعض الأدلة، وهي حضارة غارقة في ماديتها وانحلالها لا تحتاج من يبرر لها ما ذهبت إليه أصلاً.

الأمر الذي أصبح يطرح على النخبة العلمية في العالم العربي والإسلامي تحدي الحفاظ على المرجعية التشريعية الأصيلة التي تمتد جذورها إلى عقيدتنا السمحة وتراثنا الفقهي والحضاري الزاخر، لاسيما ما تعلق منها بأحكام الأسرة، وبيان ما يحدق بها من خطر الأفكار والأيديولوجيات الهدامة، ذلك أن الأسرة هي الحصن الأخير الذي يقف اليوم في وجه الغزو الثقافي الغربي، والذي لا سبيل إلى توقيه إلا بصيانة الفضيلة وتعزيز الأمن القانوني للأمة، واستقلالية العمل التشريعي عن إملاءات المنظومة الأممية.

ونظراً لكون مسألة حرية الإرادة في عقد الزواج هي من أمهات المسائل التي احتدم حولها الخلاف في مجال الأنظار الفقهية إن في الفقه الإسلامي أو في الفقه القانوني المعاصر، وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهي إلى مجال التطبيق في ميدان الأحوال الشخصية.

وأمام العولمة القانونية التي تقودها الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وغلوها في تقديس الحرية الفردية والمساواة المطلقة بين الجنسين لاسيما في نطاق الأحوال الشخصية.

وفي خضم هذه الديناميكية التشريعية العالمية التي جعلت من الصيغة القانونية للزواج المدني المقاربة التعاقدية الأكثر قبولا لتحقيق مبادئ الحرية والمساواة الإنسانية، مرتكزة في مسعاها هذا على مبدأ مهم أثبت هيمنته على نظرية العقد في القانون المدني، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، الأمر الذي أضحي يشكل إحدى أخطر المحطات في مسار اعتراف التشريعات الأسرية بحرية إنشاء الاتفاقيات الزوجية وتنوعها في العصر الحديث.

ومن أجل الوقوف على حدود انفتاح قانون الأسرة على مبادئ القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكل القوانين، خصوصا ما تعلق بتوظيف المشرع الأسري لمبدأ سلطان الإرادة في إعداده للتعديلات الأخيرة التي جاءت في مجملها تمس مكامن الخصوصية الشرعية لعقد الزواج، وتهدف إعادة تنظيم روابط الأسرة بما ينسجم والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، فإن الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تكمن في بحث ما مدى حرية الإرادة في رسم نطاق الخيار الفردي عند إبرام عقد الزواج وما هو دورها في ترتيب آثاره وانحلاله؟ وحتى نتمكن من تحديد نطاق حرية الإرادة في عقد الزواج، ومعرفة مدى إمكانية اعتبار مبادئ القانون المدني مصدرا لقانون الأسرة إلى جانب أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة في ما اغفل تنظيمه المشرع الأسري كمسألة عيوب الإرادة في عقد الزواج، وتقييم جهد المشرع في التوفيق بين مبادئ الحرية والمساواة التي أقرتها الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من جهة، وما تبطنه بنية الزواج من خصوصية شرعية وقانونية من جهة أخرى، يجدر بنا استقراء أهم مظاهر تكريس هذه المفاهيم في قانون الأسرة الجزائري والقوانين الغربية التي تبنت مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم الأحوال الشخصية باعتبارها القوانين الأكثر تأثيرا في بناء المنظومة التشريعية الدولية، وسيكون ذلك من خلال الإجابة عن الإشكالات الفرعية التالية:

- ما هو أثر مبدأ سلطان الإرادة في بلورة المفاهيم الحديثة للزواج المدني؟ وما هو الدور الذي تبوأته أسسه الفلسفية في التشريعات الغربية والاتفاقيات الدولية عند تحديدها لطبيعة الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد الزواج؟

- إلى أي مدى يمكن اعتبار رضائية العقود في الشريعة الإسلامية تجسيدا لحرية الرادة؟ وما هي القيود الواردة على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج وترتيب آثاره؟

- وما مدى صلاحية مبدأ سلطان الإرادة لأن يكون نظرية ناظمة لأحكام عقد الزواج في قانون الأسرة؟ وما مدى ملائمة أسسه وغاياته لمقاصد الشريعة الإسلامية؟

إن الإجابة على هذه الإشكالات وهو ما عزمنا الأمر على التصدي له في هذه الدراسة لمن الأهمية بمكان، وذلك أن دراسة مبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج ستلقي الضوء على الأحكام التي اقتبسها قانون الأسرة في تعديلاته الأخيرة من هذه النظرية، خاصة في مجال رضائية عقد الزواج وحرية الإرادة في تحديد آثاره، وليس يخفى ما في تأصيل هذه الأحكام في الفقه الإسلامي من فائدة عملية لرجال القانون، كنظرية عيوب الإرادة وحرية الاشتراط.

وغير خاف أيضا، ما يبنى على هذه الإجابة من فائدة في مجال القانون المقارن، ذلك أن فقه أحكام الأسرة وما ينطوي عليه اختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية من ثروة في المفاهيم الحقوقية، وصناعة تشريعية

هي مناط الإعجاب، هذه المميزات إذ تم إبرازها وحسن استثمارها لا شك أنها سوف تُسهل للمشرع الأسري مسايرة متطلبات التطور الحقوقي والاستجابة لحاجات الأمن القانوني.

ولالإجابة على إشكالية البحث، مهدنا لهذه الدراسة بفصل عرضنا من خلاله الإطار المفاهيمي لموضوع البحث وقد سلطنا المنهج الوصفي للوقوف على مفاهيم ومعاني مصطلحات البحث في الفلسفة والقانون، خاصة وأنها العلم الذي بمقدوره أن يحدد صلاحية النظريات والمبادئ النازمة للقوانين الوضعية، ومدى تحقيقها للعدالة والمصلحة العامة باعتبارها مثلاً معياريةً ومقياساً للقانون الوضعي.

ولاشك أن الإرادة والحرية من أهم تلك المصطلحات الجديدة ببيان مفهومها، ذلك أنّ سلطان الإرادة وسيادتها لا يتحقق إلا إذا تمتع صاحبها بالحرية، تلك الملكة الخاصة التي تميز الإنسان العاقل عن غيره من الكائنات، وتكرس الاعتراف للفرد بالإرادة الذاتية وتؤكد كيانه تجاه الجماعة بما يحق للإنسان سيطرته على تصرفاته وتقرير مصيره.

ونظراً لكون الدراسة التاريخية التأصيلية في البحوث لا تخلو من الفائدة بصفه عامة ولدارسي القانون بصفه خاصة، إذ لا يمكن أن يعطي البحث العلمي نتائج صادقة إلا بالمحافظة على الرباط الذي يجعل الحاضر في التاريخ حلقة اتصال بين تسلسل الماضي والمستقبل.

من اجل ذلك ارتأينا دراسة مبدأ سلطان الإرادة في سياقه التاريخي إبرازاً لديناميكية التطور التي عرفها منذ نشأته، وهذا ببيان أسباب ظهوره وظروف نشأته ومراحل تطوره في القانون الوضعي، وكيف اكتمل بناءه الفلسفي بفعل فلاسفة أمثال "كانط"، "جون جاك روسو"، وما آلت إليه فلسفته من انتكاسات وأهم الانتقادات التي وُجّهت إليه.

لتفتح لنا الدراسة التاريخية نافذةً إلى على التطور الفلسفي لمفهوم الزواج، وكيف أبرز فلاسفة العصور القديمة والوسيطه عددًا من المواضيع المتكررة في فلسفة الزواج، مهدت الطريق للجدل المعاصر حول مفهوم الزواج باعتباره فريضة دينية، أو التزاماً تعاقدياً، أو وحدة اقتصادية أو تناسلية، ودور الجنس والتناسل في الزواج، والطبيعة الجندرية لأدوار الزوجين والعلاقة بين الزواج والدولة.

وحتى نتمكن من زمام هذه الدراسة، انتهجنا التقسيم الثنائي لهذه الرسالة، على أن يكون القسم الأول منها دراسةً نظريةً تُبين دور مبدأ سلطان الإرادة وأسس الفلسفية (الحرية والمساواة) في بناء التكيف القانوني لعقد الزواج من زاوية الفلسفة وفقه القانون المدني وبيان موقف الفقه الإسلامي من هذا المبدأ. كما تعرضنا بالدراسة والتحليل لمظاهر تكريس هذا المبدأ في البيئة الفقهية التي نشأ فيها وآثاره على الرابطة الزوجية، واخترنا الزواج المدني في القانون الفرنسي أنموذجاً تطبيقياً لهذا المبدأ، والغاية من ذلك مقارنة مظاهر

وتجليات حرية الإرادة والقيود الواردة عليها في هذا النموذج مع ما يقابلها من مظاهر أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، وهي الأحكام التي تتبعناها في القسم التطبيقي.

و يمكن القول أننا في هذه القسم (الباب الأول) حاولنا ربط العلاقة بين الأصول الفلسفية والفقهية لهذا المبدأ في نظرية العقد من جهة، والزواج المدني من جهة أخرى باعتباره العقد الذي يتصدر أهم المحاولات التشريعية والفقهية لإدخال مبدأ سلطان الإرادة ميدان الأحوال الشخصية وذلك من خلال التركيز على مظاهر تكريس الحرية والمساواة.

ولعل أبرز التشريعات تكريسا لنظرية سلطان الإرادة في عقد الزواج هو القانون المدني الفرنسي، ذلك أن تنظيمه لهذا العقد هو الجانب الأكثر تأثراً بمبادئ الحرية والمساواة ومبدأ فصل الدين عن الدولة، الذي نادت به الثورة الفرنسية، ولأجله ابتدع المشرع الفرنسي فكرة الزواج المدني كثمره من ثمار استرداد السلطة المدنية لتشريع الأحوال الشخصية بعد أن استبدت به الكنيسة ردحا من الزمن. (الفصل الأول)

ثم تعرضنا بالتحليل والنقد للجدل الفقهي الذي أججته التطبيقات التشريعية لمبدأ سلطان الإرادة في الزواج المدني في ما تعلق بتكييف بعض أوصافه وتفسير طبيعته القانونية (الفصل الثاني)، وهو الجدل الذي يتجه اليوم حقيقة نحو "تجريد الزواج من طابعه المؤسسي" متأثراً بالأيديولوجية الفردية.

وقد حاولنا توضيح أهم أسس الرابطة الزوجية في فلسفة قانونية، وما إذا كان ينبغي تعريف الزواج على أساس غايته المؤسساتية كنظام قانوني تخضع مفاعيله لسلطان الدولة ونظامها العام، أم ينبغي تعريف الزواج تعاقدياً على أساس الإرادة الحرة لطرفيه باعتبار العقد قانون الزوجين وشريعتهم وفق مبدأ سلطان الإرادة، وهي في الحقيقة الرؤية التعاقدية الليبرالية التي ترى أنه يجب فسح المجال لإرادة الزوجين لتحديد التزاماتهما الزوجية واختيار نوع الروابط الأسرية والأدوار الاجتماعية والجنسية باعتبارها حريات شخصية.

لنعالج مسألة التكييف القانوني لعقد الزواج في قانون الأسرة من خلال بحث طبيعته في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ونقاش إشكالية الخلاف الفقهي حول مدى اعتبار الزواج نظاماً قانونياً أم عقداً مدنياً كغيره من العقود، وأثر هذا الخلاف على السياسة التشريعية المنتهجة في قانون الأسرة، وأهم معالم التوجه المدني في عقد الزواج، وفي المقابل تتبعنا أهم الأحكام التي تبين أن الزواج عقد شرعي يتقيد فيه سلطان الإرادة بما أقرته الشريعة الإسلامية من مقاصد وأحكام.

أما القسم الثاني من هذا البحث: فهو دراسة تطبيقية الهدف منها قياس مدى توظيف المشرع الأسري لهذا المبدأ في عقد الزواج في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية، وتمت الاستعانة بالمنهج التحليلي في سياق التحاكم للشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المختلفة، باعتباره المنهج الذي يتوافق وضرورة الدراسة النقدية، دون الاستغناء عن المنهج الاستدلالي المتبع في الترجيح بين الآراء الفقهية والقانونية.

واعتمدنا كذلك المنهج الاستقرائي للوقوف على مظاهر تأثير أسس وخصائص مبدأ سلطان الإرادة على النظام القانوني لعقد الزواج ودوره في رسم معالم السياسة التشريعية المنتهجة في إعدادات تعديلات قانون الأسرة.

ونظراً لارتكاز مبدأ سلطان الإرادة على أصلين هامين وهما: قاعدتي الرضائية والعقد شرعية المتعاقدين؛ وبناء على هذا التفرع، قسمنا هذا الباب إلى فصلين:

الأول خصصناه لتتبع مظاهر تكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج، لقياس مدى حرية الإرادة في إبرامه والقيود الواردة عليها في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية. (الفصل الأول)

فالزواج في قانون الأسرة عقد رضائي بنص المادة 4 من ق.أ.ج، يجب أن تتحقق فيه الرغبة المتبادلة بين الرجل والمرأة، والاختيار الحر، والرضا الكامل بالزواج وآثاره، حتى يأنس كل واحد منهما إلى شريك حياته ويفي له بحقوقه؛ لأنه لن يكون من المنطق في شيء أن تعقد العقود وتشتت الشروط وتقوم الالتزامات وتتولد الحقوق على غير ما انصرفت إليه الإرادة، وما انعقد عليه التراضي وطابت به النفس وانسابت إليه النوايا والمقاصد.

ورغم رضائية عقد الزواج إلا أنه لا يمكن اعتباره عقداً كسائر العقود، فهو ميثاق غليظ ورابطة مقدّسة، أحاطته الشريعة الإسلامية بأحكام وقائية تتعلق بالخطبة والولي والإشهاد عليه وبشكلية الإعلان بالدف والصوت والوليمة تنزيهاً له عن ما شابهه من صور السفاح.

فإذا كانت مسألة حرية الإنسان في إبرام عقد الزواج تستند إلى مبررات منطقية ثابتة، وإقرارها أمر واجب، وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت التراضي وطيب النفس هما قاعدة القواعد في العقود، فإن ذلك لا يعني أن تمتنع الدولة من التدخل عن طريق أجهزتها التشريعية في سن أحكام الزواج وإخضاعه للشروط والقيود الشرعية، أو بفرض إجراءات تنظيمية خاصة بإبرامه وتسجيله، ولهذا وجب ضبط حرية الزواج ورسم حدودها باسم النظام العام العائلي، كمنع الزواج من نفس الجنس وزواج المسلمة بغير المسلم.

وقد أثار ركن الولي بالنسبة لزواج المرأة جدلاً واسعاً ونقاشاً حاداً، فهو بالنسبة للمحافظين حماية للمرأة وصون لكرامتها، بخلاف المعارضين الذين يرون فيه كبتاً ومساساً بحرية المرأة في اختيار زوج المستقبل.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لتتبع مظاهر تكريس مبدأ العقد شرعية المتعاقدين، وقياس مدى حرية الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج وانحلاله في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية.

ونكون بذلك قد طرفنا مضمون مبدأ سلطان الإرادة وموضوعه الذي هو حرية العاقد في إنشاء أنواع العقود وترتيب الآثار الناتجة عنها، وفي هذا السياق يحسن بنا القول أن حرية الاشتراط في الشريعة الإسلامية هي التعبير الصريح عن مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في الفقه القانوني.

كما امتد نطاق مبدأ سلطان الإرادة ليشمل الروابط الأسرية المالية من خلال الحرية في المشاركات المالية، والتي يحكمها مبدأ جوهرى هو مبدأ استقلال الذمة المالية الذي يقر للمرأة حرية التصرف في مالها واستثمارها بعوائد عملها وممتلكاتها.

وعلى الرغم من أننا نجد المُشرِّع الجزائري يعترف للإرادة بسلطانها، إلا أن هناك العديد من القيود التي تحد من الدور الذي تقوم به الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج وتحصرها في دائرة تتوافق ومقتضى العقد ومقاصد الشريعة، ليبقى الأصل في حرية التعاقد الإطلاق والإباحة وأما الاستثناء فيها فهو التقييد والحضر.

وفي ختام الفصل الأخير من هذه الدراسة تعرضنا لمسائل الطلاق ودور الإرادة في إنهاء الرابطة الزوجية، فقد شرع الله عز وجل الزواج على سبيل الدوام والبقاء، ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق والخصام المستمر بدل أن تكون سببا للاتلاف و الوثام، فتصبح الرابطة الزوجية نقمة بعد أن كانت نعمة ومنة. فشرع الطلاق في الإسلام لفك الرابطة الزوجية متى تبين للزوجين أنها أصبحت مصدر شقاء، وأنه لا يمكنهما أن يتعاشرا بالمعروف، ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية وواجباتها.

و قد أقر المُشرِّع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية طرق فك الرابطة الزوجية في المادتين 47 و 48 من قانون الأسرة اللتان تنصان على التوالي: "تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". و "الطلاق حل عقد الزواج، يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

فالمُشرِّع قد كرس حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، و هناك طريقة آخر جاءت به المادة 48 المذكورة أعلاه تتوافق تماما مع ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، وتمنح الزوجين حرية فك الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة، فما أوجدته الإرادتان باتفاقهما يمكن لهما إزالته، فالقانون يتيح للزوجين أن يتفقا على الطلاق وينهيان بذلك العلاقة الزوجية بينهما بالتراضي، فيكون الاتفاق على الطلاق تعبيراً صدقا على عدم جدوى استمرار العشرة، إذ لا يتفقان إلا عند قناعتهما معا وفي وقت واحد على أن بقائهما معا، لم يعد يفيد شيئا ولا يخدم مصالحهما المشتركة.

ولم يهدر الشارع الحكيم حق الزوجة في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، إما بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها، أو نتيجة كرهها ونفورها منه، ويكون بذلك قد فتح لها طريقين لحل تلك الرابطة الزوجية وذلك باللجوء للقضاء لطلب التطلق، أو بالافتداء بسبب كراهيتها و نفورها من زوجها، إذ فتح لها المُشرِّع أيضا باب الخلع لاسترجاع حريتها مقابل تدفعه لمطلقها.

وللبحث في هذه المسائل تعيّن علينا الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للطلاق بمختلف صوره، لنحدد ما إذا كانت إرادة الزوجين تتمتع بحريّة مطلقة أو مقيدة في إنهاء الرابطة الزوجية.

أهداف الدراسة:

هذا البحث مكرّس لقياس مدى حرية الإرادة ونطاق الخيار الفردي في عقد الزواج كمؤسسة شرعية وعقد قانوني، وانعكاسات مبدأ سلطان الإرادة على أحكامه في قانون الأسرة في ضوء أصول الشريعة الإسلامية.

- بيان العلاقة بين الأسس الفلسفية والفقهية لهذا المبدأ في نظرية العقد من جهة، والزواج المدني من جهة أخرى باعتباره العقد الذي يتصدر أهم المحاولات التشريعية والفقهية لإدخال مبدأ سلطان الإرادة ميدان الأحوال الشخصية.

- بيان مدى صلاحية هذا المبدأ لتنظيم عقد الزواج في قانون الأسرة وبيان أثره في تميم الأحكام الشرعية لعقد الزواج والاتجاه به نحو القانون المدني.

- بيان النصوص التي تفرض على إرادة الزوجين قيوداً دينية واجتماعية، وتلك التي يرى البعض أنها تقف حائلاً دون تمتع المرأة بحريّة الإرادة والاختيار، كحريّة الزواج بغير المسلم، وركن الولي، تعدد الزوجات، والحريّة الجنسية، والمساواة في حريّة فك الرابطة الزوجية وغيرها.

الدراسات السابقة:

يعتبر موضوع الإرادة ودورها في عقد الزواج من أهم المواضيع التي تناولها الفقهاء والباحثين على الصعيدين الفقهي والقانوني، وعلى الرغم من أهمية هذه الدراسات والمؤلفات إلا أن مبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج لم يحض إلا بالقدر اليسير من هذه البحوث ودون أن تراعى فيه خلفياته التاريخية والفلسفية والأيدولوجية، ومع ذلك وجد بعض الدراسات تناولته في جزئيات تخدم هذه الرسالة.

وأبرز ما يمكن ذكره من الدراسات التي استعنت بها في ملامت شعث هذا الموضوع، رسائل الدكتوراه

التالية:

- مبدأ سلطان الإدارة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي، السيد عبد الحميد علي فودة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.

- حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة-دراسة مقارنة-، خدام هجيرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2018/2017.

- الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي، لموشي عادل، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2019/2018م.

– المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، بن عومر محمد الصالح، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2016.

صعوبات البحث:

إن من أبرز الصعوبات التي واجهتها في إعداد هذه الرسالة: هي اتساع مجال الدراسة واختلاف المذاهب في تصور دور الإرادة في عقد الزواج؛ خاصة أننا رسمنا نطاق البحث بين فلسفة القانون والقانون المدني من جهة وقانون الأسرة والفقهاء الإسلامي من جهة ثانية، ولهذا السبب تعرضنا لأقوال المذاهب الفقهية والفلسفية وتتبعنا أحكام عقد الزواج في قانون الأسرة مع الإشارة أحيانا للتشريع الفرنسي باعتباره رائد التشريع الغربي ومهد نظرية سلطان الإرادة.

وفي الأخير وتحقيقاً لأهداف الدراسة جاءت خطة البحث مقسمة على النحو التالي:

فصل تمهيدي: الإطار الفلسفي والتاريخي لمفاهيم الإرادة والزواج

الباب الأول: سلطان الإرادة في عقد الزواج بين الحرية والتقييد

الفصل الأول: المضمون الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة وتطبيقاته في ميدان الأحوال الشخصية

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية بين حرية الإرادة العقدية وقيود النظام القانوني

الباب الثاني: مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج وتحديد آثاره

الفصل الأول: مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج والقيود الواردة عليها

الفصل الثاني: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج وانحلاله

خاتمة

فصل تمهيدي:

يرتكز الالتزام العَقْدِي في الفقه الحديث سواء في نشأته أو في بيان مضمونه على الإرادة، بمعنى أن إرادة المتعاقد التي ساهمت في إبرام العقد هي أساس تَوَلُّد الالتزام في حقّه، كما هي مناط تحديد مداه، ويرجع هذا النظر إلى ما تقول به مذهب الإرادة الفردية من أن كل شخص يتمتع في الأصل بحق طبيعي ومطلق في الحرّية، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرّية بأي قيد إلا إذا كان نابعا من رضا الشخص نفسه، فالإرادة هي التي تضع القانون الذي تخضع له وهي التي تخلق الالتزام في ذمتها بمقتضى نفس سُلطانها ومشيئتها¹.

وتنبثق نظرية سُلطان الإرادة؛ باعتبارها من أهمّ النظريات التي تأسس عليها القانون، عن فلسفة التنوير، التي تطوّرت في القرن 18م، وتُنسب أحيانا إلى الفيلسوف الألماني "كانط"²؛ ومقتضى هذه النظرية أن إرادة الإنسان ذات سيادة، وأنه وحده الفعل الإرادي للشخص يمكن أن يجعله ملتزماً، ولا يلتزم الشخص إلا بالقدر الذي يريده.³

ويعبر عن مبدأ سُلطان الإرادة في اللغة الفرنسية بـ: (Principe de l'autonomie de la volonté)، والأصل اللغوي لكلمة (Autonomie)⁴ مستمد من المصطلح الفرنسي "الاستقلال"، أما مبدأ سُلطان

¹عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص5.

² إيمانويل كانت أو كانط (Immanuel Kant): فيلسوف ألماني من اصول اسكتلندية من القرن الثامن عشر ولد في مدينة كونيجزبرج 22 أبريل 1724م وعاش كل حياته فيها وتوفي سنة 1804م، نال كانط درجة الدكتوراه سنة 1755م، وسمح له بأن يحاضر في الجامعة كونيجزبرج، كان آخر الفلاسفة المؤثرين في الثقافة الأوروبية الحديثة. وأحد أهم الفلاسفة الذين كتبوا في نظرية المعرفة الكلاسيكية، أنظر: ويليام جيمس ديورانت، قصة الحضارة، تقديم: الدكتور محيي الدين صابر، ترجمة: الدكتور زكي نجيب محمود وآخرين، ج 41، دار الجيل، بيروت - لبنان، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، سنة النشر: 1408هـ- 1988م، ص205.

³ La théorie est issue de la philosophie des lumières, elle s'est développée au XVIIIe siècle, et est parfois attribuée à Kant. Cette théorie considère que la volonté de l'homme est souveraine : seul un acte de volonté de la personne peut faire qu'elle est engagée, et la personne n'est engagée que dans la mesure de ce qu'elle a voulu. <https://cours-de-droit.net/03/02/2019/a23H>:00

⁴ يرجع مصطلح autonomie إلى الأصل الإغريقي autonomia وكان يطلق على بعض المدن التي تركها الرومان تخضع لقوانينها الخاصة. يقصد به في اللغة الدارجة الاستقلال، وفي الفلسفة الأخلاقية، الاستقلالية هي القدرة الشخص على التصرف بنفسه من خلال قواعد السلوك الخاصة به وقانونه الخاص. الاستقلالية مرادفة للحرّية، وتتميز بالقدرة على الاختيار بحض إرادة دون السماح للميول الطبيعية أو الجماعية أو للسلطة الخارجية بأن تهيمن عليه بطريقة مذلة.

الإرادة في اصطلاح فقهاء القانون فيعني قدرة الإنسان أن يقرر بنفسه وبكل حرية إنشاء التصرفات القانونية¹، وأن يلتزم بمحض إرادته؛ أو هو مبدأ يقضي بأن تستقي الإرادة الواعية-العاقلة- من ذاتها قراراتها وحدودها الخاصة التي تعمل فيها².

و قد ارتأينا التمهيد لهذه الرسالة بفصل نتعرض من خلاله لمفهوم حرية الإرادة (المبحث الأول)، ذلك أنّ سلطان الإرادة وسيادتها لا يتحقق إلا إذا تمتع صاحبها بالحرية، تلك الملكة الخاصة التي تميز الإنسان العاقل عن غيره من الكائنات³، وتكرّس الاعتراف للفرد بالإرادة الذاتية وتؤكد كيانه تجاه سلطة الجماعة من خلال تدعيم استقلال إرادته وتقويتها بما يحقّق للإنسان سيطرته على تصرفاته وتقرير مصيره⁴.

ونظراً لكون الدراسة التاريخية التأصيلية في البحوث العلمية لا تخلو من عظيم الفائدة بصفه عامة ولدارسي القانون بصفه خاصة⁵، ارتأينا التعرض بالبيان للأسباب التاريخية التي أدت لظهور هذا المبدأ

AUTONOMIE (s. f.)[ô-to-no-mie] Définition: AUTONOMIE : nom féminin , vient du grec autonomia autos : soi-même et nomos : loi, règle. (Droit que les romains avaient laissé à certaines villes grecques pour se gouverner par leurs propres lois.) Autonomie : Situation d'une collectivité, d'un organisme public dotés de pouvoirs et d'institutions leur permettant de gérer les affaires qui leur sont propres sans interférence du pouvoir central

Autonomos : En Philosophie morale, l'autonomie est la faculté d'agir par soi-même en se donnant ses propres règles de conduite, sa propre loi. L'autonomie est synonyme de liberté, elle se caractérise par la capacité à choisir de son propre chef sans se laisser dominer par certaines tendances naturelles ou collectives, ni se laisser dominer de façon servile par une autorité extérieure.

<http://dictionnaire.sensagent.leparisien.fr/Autonomie/fr-fi/#anchorLittre>. 22/02/2019 a18^H :20

¹«L'autonomie de la volonté désigne la possibilité qu'a l'être humain de se déterminer librement dans la création d'actes juridiques » M. MAHOUACHI, La liberté contractuelle des collectivités territoriales, PUAM, Aix-en-Provence, 2002. p. 40.

² « Principe selon lequel la volonté raisonnable trouve en elle-même ses propres déterminations »

مقتبس عن: عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية -دراسة مقارنة-، مح1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د.ط، 1978، ص133؛ أنظر: صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2018/2017، ص 25.

³ زكريا إبراهيم، مشكلة الحرية، مكتبة مصر، القاهرة، 1971م، ص18.

⁴ طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، القاهرة، 1964م، ص470.

⁵ تعد الدراسة التاريخية التأصيلية لأي فرع من فروع العلوم بصفه عامه والعلوم القانونية بصفه خاصة، من الأهمية بمكان بحيث تكاد ترقى إلى أهمية دراسة نظريات تلك العلوم ذاتها، فأى علم من العلوم لم يظهر هكذا دفعة واحدة، بل مر بمراحل وتطورات تاريخية حتى وصل إلى ما نلجده عليه الآن، وإذا لم نقيم بدراسة تاريخ وأصول هذه العلوم لن نقف على أصولها ودقائقها ولن نتفهم نظرياتها. وعلى ذلك فالدراسة التاريخية هي النواة التي تبدأ بها دراسة أي فرع من فروع العلوم، وهذه العبارة ليست قولاً مرسلاً بيد أنها تكاد تصل إلى مرتبة القاعدة، وإذا طبقنا القاعدة السابقة

وظروف نشأته ومراحل تطوره في القانون الوضعي، وأهمّ الانتقادات التي وُجّهت إليه وما آلت إليه فلسفته من انتكاسات. (المبحث الثاني)

لنلج إلى دراسة التطور الفلسفي لمفهوم الزواج، وكيف أبرز فلاسفة العصور القديمة والوسيطه عددًا من المواضيع المتكرّرة في فلسفة الزواج، مهدت الطريق للجدل المعاصر حول مفهوم الزواج باعتباره فريضة دينية، أو التزاما تعاقديًا، أو وحدة اقتصادية أو تناسلية، ودور الجنس والتناسل في الزواج، والطبيعة الجندرية لأدوار الزوجين والعلاقة بين الزواج والدولة. (المبحث الثالث)

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحرية والإرادة

يحتل مفهوم حرية الإرادة في الفكر المعاصر مكانة مركزية بين المفاهيم الفكرية بل يكاد يكون هو المفهوم الأهمّ والأعلى بينها، وتعد الحرية في الفكر الغربي المعاصر واحدة من أهمّ القيم السياسية والاجتماعية إضافة إلى مفهومي المساواة والديمقراطية، والتي تشكل في مجموعها مرتكزات مفهوم "العقد الاجتماعي" ومعالم النهضة الغربية في أوروبا وأمريكا، وليس هذا الأمر حكرًا على الفكر الغربي بل إنه انتقل بوضوح إلى الفكر العربي والإسلامي المعاصرين المتمثل في فكر النهضة منذ بداية الاحتكاك بين العالم الإسلامي والعالم الغربي.¹

ورغم اختلاف الآراء وتباين المشارب إلا أن الأمر الذي اتفق عليه المفكرون العرب من القوميين واليساريين ومن نحى نحوهم من مفكري الاتجاه الإسلامي، أن غياب الحريات يعد واحداً من أهمّ أسباب التخلف العربي أو التراجع ولا بد للمجتمعات العربية والإسلامية من العمل على استجلاب مفهوم الحرية في سياق بحثها عن النهضة وسعيها إلى التقدم والحق بالركب.²

المطلب الأول: مفهوم الحرية

تعد الحرية من المفاهيم الصعبة والمعقدة التي تواجه الفكر الإنساني، لأن تعريفها يختلف باختلاف المذاهب الفكرية والإيديولوجيات السياسية والأسس الفلسفية التي تسود المجتمعات

على العلوم القانونية نجد أن دراسة تاريخ القانون لازمة لفهم جل إن لم يكن كل القواعد القانونية الحالية؛ السيد عبد الحميد على فودة، مبدأ سلطان الإدارة بين القانون الروماني والفقهاء الإسلامي، أطروحة دكتوراه - جامعة القاهرة - كلية الحقوق، قسم فلسفة القانون وتاريخه، 1996، ص 21.

¹رنا مازن السلامة، حرية الإرادة والاختيار في اليهودية والإسلام دراسة عقديّة مقارنة، دار مكتبة الخامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 1، 2013، ص 151.

² المرجع نفسه، ص 151.

الإنسانية، وباختلاف كل عصر ومصر وبتنوع المصالح المستهدفة¹، فليس للحرية مفهوم مطلق مطرد، وبالتالي فإن مفهومها نسبي لا يكاد يستقر حتى يتغير ضيقاً واتساعاً متأثراً بالظروف السياسية والتاريخية والاقتصادية والاجتماعية، فالحرية عند اليونان تختلف عن الحرية لدى مفكري الثورة الفرنسية؛ التي بدورها تختلف في مفهومها عن معنى الحرية في القرن العشرين².

الفرع الأول: مدلول الحرية في اللغة والاصطلاح

سنتعرف على مدلول الحرية عند أهل اللغة وأهل الاصطلاح على النحو التالي:

أولاً- الحرية في اللغة³: ورد لفظ الحرية في اللغة دالاً على معاني متعددة، وهي الحرّ: نقيض العبد، والجمع أحرارٌ وحرارٌ، والحرّة: نقيض الأمة، وهي الكريمة من النساء والجمع حرائرٌ، والحرُّ من كل شيء أعْتَقَهُ، أو هو ما خالف العبودية وبرئ من العيب والنقص، يُقال هو حرٌّ بَيْنِ الحُرورِ والحرية، وحرّره: أَعْتَقَهُ، وتحرير رقبة يعني عتق رقبة⁴.

أما في القرآن الكريم وردت الحرية بألفاظ نذكر منها :

الحرّ: نقيض العبد، قال تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 178]، و**محرّر:** بمعنى النذير، وتحرير الولد: أن يُفرد له طاعة الله عزَّ وجلَّ وخدمة المسجد⁵، قال تعالى: ﴿إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [آل عمران، الآية: 35]. أي: "إني جعلت لك يا رب نذراً أنّ لك الذي في بطني محرراً لعبادتك؛ يعني بذلك: حبسته على خدمتك وخدمة قدسك في الكنيسة، عتيقةً من خدمة كلِّ شيء سواك، مفرغةً لك خاصة"⁶.

ثانياً- الحرية في الاصطلاح: هي القدرة على اختيار الفعل عن رؤية مع القدرة على اختيار ضده، ويتوقف مفهومها على ما تثيره من حدود مقابلة له في الذهن، كالضرورة والحتمية والقدّر، كما يتوقف مفهومها أيضاً على الفرق بين حرية الاختيار القائمة على الإرادة المطلقة، وحرية التنفيذ التي تعبر عن الاستقلال

¹ حسام فرحات، الحماية الدستورية للحق في المساواة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- القاهرة، د.ط، 2004، ص144.

² ثروت بدوي، النظم السياسية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 1964م، ص 355.

³ باللغة الانجليزية: (Liberty, freedom)، وبالفرنسية: (Liberté).

⁴ وذكر الرقبة وأراد بها جملة الشخص تشبيهاً له بالأسير الذي تفك رقبته؛ الفراهيدي أبو عبد الرحمن الخليل، كتاب العين، ج3، تحقيق: مهدي المخزوم وإبراهيم السامرائي، لبنان: دار ومكتبة الهلال، د.ط، د.ت، ص24؛ ابن فارس أحمد بن زكرياء الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج2، تحقيق عبد السلام محمد هارون، لبنان، دار الفكر، د.ط، 1399هـ-1979م، ص6؛ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج4، بيروت - لبنان، دار صادر، ط 3، 1414هـ، ص181.

⁵ ابن منظور، المرجع السابق، ج4، ص181.

⁶ الطبري ابن جرير، تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج5، دار هجر، ط1، 1422هـ- 2001م، ص331.

الذاتي للكائن ومقدرته على الفعل أو الامتناع عنه دون أي مؤثرات، فالفعل الحر هو فعل يحمل بصمات شخصية الفاعل بكاملها¹.

والحرية بالمعنى القانوني: هي ما يميز الإنسان عن غيره من الكائنات، وبها يتمكن من ممارسة أفعاله وأقواله وتصرفاته بإرادة واختيار، من غير قسر ولا إكراه²، ضمن حدود القانون والصالح العام، وهي عند البعض أن يفعل الفرد ما يشاء وقتما يشاء وكيف ما يشاء مطلقاً من كل قيد وشرط³. ويعرفها جانب من الفقه أنها مجموعة الحقوق الأساسية المعترف بها على مستوى حضاري معين، وجب أن تكفل لها الدولة حماية قانونية خاصة تفرض على الغير التزاماً سلبياً بالامتناع عن التعرض لها⁴، فالإنسان الذي يبيح لنفسه ما لم يبحه القانون لن يتمتع بحريته، لأن باقي أفراد المجتمع سيُنزَعون حريته بما لهم من نفس قوته⁵؛ ولذا جاء في مادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن⁶ لسنة 1789 أن الحرية قوامها قدرة الإنسان على إتيان كل عمل لا يضر بالآخرين، فممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا تكون إلا بقدر الحقوق التي تؤمن للأعضاء الآخرين في المجتمع التمتع بنفس هذه الحقوق، وإن الحدود المفروضة على هذه الحرية لا يجوز تحديدها إلا بالقانون⁷.

فالحرية عند القانونيين هي تلك الرابطة المتمثلة في مجموع الحقوق والحريات الأساسية التي تربط الفرد بالدولة؛ حيث يفترض اعتراف الدولة للأفراد بحق ممارسة عدد من الحريات التي لا يستغني عنها الإنسان في حياته فتكفل تنظيمها وحمايتها في مواجهة السلطة العامة والمجتمع، كحرية التعبير، وحرية الرأي، وحرية التدين وغيرها من الحريات، والحرية بهذا المعنى تشمل دائرة التصرفات القانونية من حيث أنها اتجاه الإرادة الحرة إلى إحداث أثر قانوني، سواء بإنشائه أو تعديله أو إنهائه، فالإرادة الحرة جوهر كل تصرفات القانوني، وهي ما يطلق عليها مبدأ سلطان الإرادة⁸.

¹ عبد الحميد الصالح، مقال: الحرية، الفلسفة وعلم الاجتماع والعقائد، مج8، ص241؛ موقع الموسوعة العربية، الرابط: <http://www.arab-ency.com.sy>. 16/12/2020- 19h :54m

² وهبة الزحيلي، حق الحرية في العالم، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، د.ط، 2000م، ص39.

³ احمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، د ط، دار الفكر العربي، مصر، ص11.

⁴ العبيدي نوال، الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، د.ط، 2008، ص30.

⁵ كريم يوسف، أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص25.

⁶ أصدرته الجمعية الوطنية التأسيسية الفرنسية في 26 أغسطس سنة 1789م.

⁷ العبيدي نوال، المرجع السابق، ص30.

⁸ صديق شياط، المرجع السابق، ص 26 ؛ احمد حافظ نجم، المرجع السابق، ص13.

الفرع الثاني: الحرية عند الفلاسفة

الحرية من بين أكثر المفردات اللغوية جماليةً ووجدانيةً، غير أنّها من بين أكثر المصطلحات الفلسفية إشكاليةً، ولعلّ الوقوف على بعض المفاهيم والتعريفات الفلسفية لكبار الفلاسفة والمفكرين، يُشكّل مدخلاً صحيحاً للوقوف على ماهيتها.

الحرّ عند السفسطائيين¹ هو من يسلك وفقاً للطبيعة، وغير الحرّ هو من يخضع للقانون، أمّا عند سقراط فالحرية تعني "فعل الأفضل" أما أرسطو فيربط معنى الحرية بالاختيار: "إنّ الاختيار ليس عن المعرفة وحدها، بل أيضاً عن الإرادة... والاختيار اجتماع العقل مع الإرادة معاً"².

وأعطى الفيلسوف الإنجليزي هوبز (Thomas Hobbes) للحرية معنى انعدام القسر، أي الخلوّ من القهر الماديّ، بغياب العوائق الخارجية التي بإمكانها غالباً أن تنزع من الإنسان جزءاً من سلطته التي تحوّل له فعل ما يريد، وكلّ فعل يتمّ وفقاً لدوافع نفسية حتى لو كان الدافع هو الخوف يُعدّ فعلاً حرّاً.³

أمّا الفيلسوف والمفكر الإنجليزي جون لوك فيربط بين الحرية والاختيار، فالحرية تعني أن نفعل أو لانفعل بحسب ما نختار أو نريد⁴، ويرى بأن "الحرية الطبيعية للإنسان هي عدم الاعتراف بأية سلطة تعلق عليه، وعدم الخضوع لإرادة أو سلطة أي شخص ثم عدم اتخاذ أية قاعدة سوى قاعدة القانون الطبيعي، إن حرية الإنسان في المجتمع هي ألا يخضع إلا للسلطة التشريعية المؤسسة بتوافق مشترك مع الدولة، وألا يعترف بأية سلطة أو أي قانون خارج تلك القوانين التي تضعها هذه السلطة في انسجام مع المهمة المنوطة به."⁵

وعرفها جان جاك روسو بقوله أن: "الحرية الحقة في أن نطبق القوانين التي اشترعناها نحن لأنفسنا"، ويقول أيضاً: "وتنزّل الإنسان عن حريته يعني تنزلاً عن صفة الإنسان فيه، و تنزلاً عن الحقوق الإنسانية،

¹ السفسطائيون Sophos في اليونانية هو الحكيم أو معلم الحكمة، وذلك قبل أن تتحول هذه الكلمة لاحقاً لتكتسب معنى قدحياً تحت تأثير النقد الأفلاطوني والأرسطي. إذ في النصف الثاني من القرن الخامس أصبح المصطلح يشير إلى المجموعة التي ستحتفظ بهذا الاسم لنفسها بالمعنى الجديد وهو "معلمون بالأجر"، وعلّة هذا النفور أن العلاقة المالية بين المعلم والتلميذ تجعل الأول في حالة من العبودية بإزاء الثاني، أما سقراط فكان يوفر لنفسه حريته من تابعيه بعدم ارتباطه بما لهم. الرابط:

<https://3alamphilo.blogspot.com/2016/01/sophist2.html> . 18/12/2020

² بدوي عبد الرحمن، موسوعة الفلسفة، ج1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1984، ص ص458، 459.

³ أنظر: عبد الحميد الصالح، المرجع السابق، ص241؛ بدوي عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص460.

⁴ المرجع نفسه، ص460.

⁵ صديق شياط، المرجع السابق، ص25.

وعن واجباتها أيضاً، ... وتنزّل كهذا يناقض طبيعة الإنسان، ونزع كل حرّية من إرادة الإنسان هو نزع كل أدب من أعماله"¹.

"فالذي يخسره الإنسان بالعقد الاجتماعي هو حرّيته الطبيعية...، والذي يكسبه هو الحرّية المدنية وتملّك ما يجوز، ويجب - لعدم الخطأ في هذه المعاوضة - أن تُتماز الحرّية الطبيعية، التي لا حدود لها غير قوى الشخص، من الحرّية المدنية المقيّدة بالإرادة العامة... وعلى ما تقدم يمكن أن تضاف إلى الحالة المدنية، الحرّية الأدبية التي تجعل - وحدها - الإنسان سيد نفسه بالحقيقة؛ وذلك لأن صولة الشهوة وحدها هي العبودية، ولأن إطاعة القانون الذي نُلزم به أنفسنا هي الحرّية"².

أمّا الفيلسوف الألماني إيمانويل كانط فيعرّفها بأنّها: "الصفة التي تتّصف بها الإرادة العاقلة في قدرتها على الفعل دون تأثير من الأسباب الأجنبيّة... أوهي تشريع الإرادة لنفسها بنفسها"³ وينطلق كانط في تعريفه للحرّية بمعناها الباطني من وجهة نظره المقدّسة للذات الإنسانية، فيرى أن ما يفعله الإنسان أو يقدر على فعله وما يجب عليه فعله ينبثق من ذاته، وأن الحرّية هي الحد الأقصى لاستقلال الإرادة، ويستقل كانط في تعريفه للحرّية بجعلها مفهوماً لصيقاً لا يتجزأ عن ماهية الإنسان، لأن هاته الحرّية هي خاصية الإرادة والوجود الاجتماعي، حيث تجعل الإنسان مستقل وفعال في آن واحد، فالحرّية هي الصفة التي تتّصف بها الإرادة العاقلة في قدرتها على الفعل دون تأثير من الأسباب الخارجة عنها، وهنا تغدو الإرادة هي علة الفعل والحرّية صفة له، ويريد كانط أن يبين لنا أن الإنسان لا يخضع لأي قانون سوى القانون الذي سنه لنفسه، بعيداً عن كل إكراه خارجي مهما كان مصدره"⁴.

فالإرادة الحرة لا تخضع لأي سلطة خارجية واستقلالها هو الخاصية التي تجعل منها قانوناً لنفسها بغض النظر عن جميع موضوعات الفعل الإرادي، ومبدأ استقلال الإرادة هو أن نُختار دائماً بحيث تكون مسلمات اختيارنا متضمنة في الوقت نفسه قوانين كلية لأفعالنا، والخلاصة أن الإنسان يكون حراً متى اتبع قانون عقله"⁵.

¹ جون جاك روسو، العقد الاجتماعي، مهدي الموسوي، ترجمة عادل زعتر، مؤسسة هنداوي، مصر، ط 2012، ص 32.

² المرجع نفسه، ص 43.

³ بدوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 461.

⁴ بن بيهي فرحاية، ثلاثية الحرّية والاخلاق والدين عند كانط، مجلة تطوير، مخبر تطوير البحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة سعيدة، مج 5، ع 2، ديسمبر 2018، ص 87.

⁵ المرجع نفسه، ص 90.

– مفهوم الحرية عند الليبراليين: إن الليبرالية¹ تعتبر الحرية المبدأ والمنتهى، الباعث والهدف، الأصل والنتيجة في حياة الإنسان، وهي المنظومة الفكرية الوحيدة التي لا تطمع في شيء سوى وصف النشاط البشري الحر، وشرح أوجهه والتعليق عليه، وتقر الليبرالية في صورتها المبسطة، أن الفرد هو أصل المجتمع وأن الحرية حقّه البديهي والطبيعي، وقانون التاريخ الإنساني يقتضي أن يحافظ الفرد داخل المجتمع على الحقوق التي كان يتمتع بها كفرد قبل تأسيس المجتمع، وأن معنى الحرية الصحيحة هو أن كل إنسان نفترض فيه انه خُلِق عاقلاً يستطيع حسن التصرف، فهو يملك بالبداهة سلطاناً مطلقاً على ذاته (ذهنه، جسمه، وحركته)، و يملك الحقوق الكاملة والدائمة في الاعتقاد والرأي والكسب والملكية وهي الحريات الشخصية التي لا تقبل التفويت في أن يعيش مستقلاً عن الآخرين في كل ما يتعلق بذاته وأن ينظم كما يشاء حياته الشخصية ويتمتع بحريته، و كل ما منعت المجتمعات بعض الأفراد من تلك الحريات بسبب يعود إلى اللون أو الجنسي أو الوضعية الاجتماعية، تبتعد بذلك عن العقل وعن الإنسانية².

– نقد الحرية الليبرالية³: إن الحرية الليبرالية لا تمثل نظرية بين نظريات الحرية بل تنفي ضرورة تنظير الحرية لأنها عندهم كمنطلق حقّ بديهي طبيعي، فالليبراليّ عامة لا يهدف إلى فحص مفهوم الحرية بقدر ما يريد إثباتها وتطبيقها، فلا يضعون الحرية في إطار فلسفي، ولا يهتمهم أصلها ومددها وإنما يكتفون بوصفها

¹ جاء في موسوعة (ويكيبيديا) الإلكترونية وصف الليبرالية بأنها: "حركة وعي اجتماعي وسياسي داخل المجتمع، تهدف لتحرير الإنسان فرداً وجماعة من القيود الأربعة (السياسية والدينية والاقتصادية والثقافية) ... وتعتز الليبرالية على تدخل الدين في الأمور الشخصية بشكل عام، وهي بهذا مقارنة للعلمانية بشكل كبير"؛ الموقع: www.wikipedia.org.

² عبد الله العروي، مفهوم الحرية، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط5، سنة النشر 2012، ص 39، ص 56 ومابعدها.

³ نقف مع نص هام للعلامة الناصري في الاستقصا يبرز وعيه التام بمسألة الحرية المطلقة باعتبارها لب العلمانية وجوهرها كونها تهدف إلى التحرر من الأديان والثوابت والأعراف الاجتماعية والمطلقات، إذ يقول: "واعلم أن هذه الحرية التي أحدثها الفرنج... هي من وضع الزنادقة قطعاً لأنها تستلزم إسقاط حقوق الله وحقوق الوالدين وحقوق الإنسانية رأساً... وأما إسقاطها لحقوق الوالدين فلأنهم -خذلهم الله- يقولون إن الولد الحدث إذا وصل إلى حد البلوغ والبنت البكر إذا بلغت سن العشرين مثلاً يفعلان بأنفسهما ما شاءا، ولا كلام للوالدين فضلاً عن الأقارب، فضلاً عن الحاكم، ونحن نعلم أن الأب يسخطه ما يرى من ولده أو بنته من الأمور التي تحتك المروءة وتزري بالعرض... وضابط الحرية عندهم... يبيح للإنسان أن يتعاطى ما ينفر عنه الطبع... من التظاهر بالفحش والزنى وغير ذلك إن شاء، لأنه مالك أمر نفسه، فلا يلزم أن يتقيد بقيد... إلا في شيء واحد هو إعطاء الحق للإنسان آخر مثله فلا يجوز له أن يظلمه وما عدا ذلك فلا سبيل لأحد على إلزامه إياه؛ وهذا واضح البطلان، لأن الله تعالى حكيم وما ميز الإنسان بالعقل إلا ليحتله هذه التكاليف الشرعية... والخضوع له... واعلم أن الحرية الشرعية هي التي ذكرها الله في كتابه وبينها رسول الله ﷺ لأمتة وحررها الفقهاء رضي الله عنهم في باب الحجر من كتبهم فراجع ذلك وتفهمه ترشداً." انتهى فالحرية يجب أن تضبط بضوابط الشريعة" اقتباساً عن: أبو سفيان مصطفى باحو السلاوي المغربي، العلمانية والمذهب المالكي، جريدة السبيل، المغرب، ط1، 2012، م، ص 20، ص 21.

والمطالبة بها دون النظر إلى نتائج إطلاق معنى الحرية الإنسانية ومآلاته، فالحرية إذا أطلق مفهومها كما هو حال الليبرالية حملت في ذاتها تناقضات تتبلور عند التطبيق ولذلك لم تعد من مسلمات المجتمع الليبرالي لأنها لا توفر الإجابات المقنعة عن مسائل جوهرية حول الحرية كمفهوم مجرد ومطلق؛ فليبرالية القرن الثامن عشر تفائلٌ محضٌ وثقةٌ خالصةٌ بمحاسن الحرية أما ليبرالية القرن التاسع عشر، فقد أفرزت مفارقات صارخة بعد أن عايشت كيف طبق نداء الحرية في عهد الثورة الفرنسية وسمعت الشعاع القائل: "لا بد من إجبار الناس على أن يكون أحرار" وهي التي كانت نفترض أن الإنسان كائن عاقل، بيد أن الإنسان ليس عاقلاً في كل المجتمعات وليس عاقلاً باستمرار في نفس المجتمع¹.

الفرع الثالث: مفهوم الحرية في الإسلام

تقرر في الفقه الإسلامي أن "الأصل في بني آدم الحرية؛ لأنهم من آدم وحواء وهما حران، والرّق إنما هو لعارض الكفر...، والأصل عدم العارض، ولأن الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الإسلام الحرية"²، وجاء في تعريفات الجرجاني: "الحرية في اصطلاح أهل الحقيقة الخروج عن رق الكائنات وقطع جميع العلائق والأغيار"³.

ولا ينفك مفهوم الإرادة في الفكر الإسلامي عن مفهوم الحرية في حال من الأحوال، باعتبار أن الاختيار وإرادة الإنسان تشكل رافداً أساسياً من روافد الحرية ومعززاتها وفق العقيدة الإسلامية، وهو ما يضيفي فرادةً وانسجاماً مع السياق التاريخي والثقافي لمفهوم الحرية ومكانتها في الفكر الإسلامي المعاصر؛ ولذا فإنها تُشكل فيه مفهوم أعلى مركزية منها في الفكر العربي القومي والعلماني إذ أنها هنا تستند إلى النص الديني والسلطة الإلهية المطلقة فاكتملت بذلك خصوصية ومكانة لم تكتسبها في سائر مناحي الفكر المعاصر غريبه وعريبه⁴.

¹ عبد الله العروي، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

² البابرقي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، ب.ط، د.ت.ن، ج 6، ص 110؛ النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 12، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط 3، 1412هـ - 1991م، ص 171؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج 7، دار الفكر - بيروت، د.ط، د.س.ن، ص 136.

³ الجرجاني علي بن محمد بن علي، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط: 1 1403هـ - 1983م، ص 91

⁴ رنا مازن السلامة، حرية الإرادة والاختيار في اليهودية والإسلام دراسة عقدية مقارنة، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 1، 2013، ص 151، 152.

علاوة على أن الحرية في الفكر الإسلامي المعاصر مفهوم مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم مركزي آخر ، ألا وهو مفهوم العدل الذي يشكل مع مفهوم الحرية والعقل الأركان التي يقوم عليها المجتمع المسلم، ويمكن القول بان الحرية تشكل المستند المنطقي للعدل، وانه أساس له كما أن العقل مناط الحرية وأساسها، فلا عدل بدون حرية ولا حرية بدون عقل ولا مجتمع بدون عدل¹.

كما عرف الدكتور غرايبة الحرية بأنها: "المكنة العامة التي يقرها الشارع للأفراد، بحيث تجعلهم قادرين على أداء واجباتهم واستيفاء حقوقهم، واختيار ما يجلب المنفعة ويدرك المفسدة دون إلحاق الضرر بالآخرين."²

يُعرف الدكتور طه عبد الرحمن الحرية؛ في سياق نقده لتيارات الفلسفة السياسية الغربية المعاصرة، فيقول: "الحرية هي أن تتعبد للخالق باختيارك، وأن لا يستعبدك الخلق في ظاهرك أو باطنك"³ يعرف الشيخ الطاهر ابن عاشور الحرية بأنها: "تصرف الإنسان بعمله على حسب مشيئته لا يمنعه منه غيره"⁴، أنها تتبوأً موقعا مميزا داخل منظومة مقاصد الشريعة العامة، فقال: "فمن أهم مقاصد الشريعة إبطال العبودية وتعميم الحرية"⁵.

تعريف الدكتور فتحي الدريني للحرية: هي "المكنة العامة التي قررها الشارع للأفراد على السواء، تمكيناً لهم من التصرف على خيرة من أمرهم دون الإضرار بالغير ... والواقع أن هذه الحريات تُعتبر حاجات أولية للإنسان تقتضيها فطرته، قررها الشارع استجابة لتلك الفطرة."⁶

تعريف الحسن الترابي للحرية: "الحرية هي قدر الإنسان الذي تميز عن كل مخلوق سواه، فسجد لله طوعاً، إذ لم يجعل الله في تركيبه ما يجبره على الإيمان، ولا سمح له أن يجبر غيره على الإيمان، إن الحرية ليست غاية بل وسيلة لعبادة الله، ... ولئن كانت الحرية في وجهها القانوني إباحة⁷، فإنها في وجهها الديني طريق لعبادة

¹رنا مازن السليمة، المرجع نفسه، ص152.

²غرايبة محمد، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الأردن، ط1، 1421هـ، ص41.

³عبد الرحمن طه، سؤال العمل بحث عن الأصول العملية في الفكر والعلم، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط1، 2012م، ص153.

⁴ محمد الطاهر ابن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار سحنون، تونس، ط سنة 1427 هـ، ص150.

⁵محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ج3، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د.ط، 1425هـ، ص373.

⁶الدريني فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1434هـ، ص ص339، 340.

⁷ ويعرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الرخصة بأنها: مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها

القانون في شأن حرية من الحريات العامة ؛ أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، القاهرة، دار

المعارف، 1967م ، ص 9 .

الله، فواجب الإنسان أن يتحرر لربه مخلصاً في اتخاذ رأيه ومواقفه، وهذه الحرية في التصور الإسلامي مطلقة؛ لأنها سعي لا ينقطع نحو المطلق... وكلما زاد إخلاصاً في العبودية زاد تحرر من كل مخلوق في الطبيعة... وحقق قدر أكبر من درجات الكمال الإنسان¹.

المطلب الثاني: مفهوم الإرادة

تعتبر "الإرادة الحرة" مشكلة الوجود الإنساني لأنها تعبر عن رغبة الفرد في أن يكون سيد نفسه، يصدر أفعاله عن إرادة نابعة من داخله، لا عن أية إرادة أخرى غريبة عنه، يسير في حياته بموجب غايات وأهداف شخصية وواعية²، تُحقق تصوراً يؤمن به، اختاره في نطاق ما يسمح به القانون ولا يتناقض مع الصالح العام.

الفرع الأول: تعريف الإرادة

أولاً- الإرادة لغة: مصدر أَرَادَ يُرِيدُ إِرَادَةً، والإرادة: نزوع النفس وميلها إلى الفعل بحيث يحملها عليه، والنزوع الاشتياق، والميل: المحبة والقصد³ حيث ورد في المعجم الوسيط "أراد الشيء بمعنى شاءه وبمعنى أحبه وعنى به"⁴، وقيل: الإرادة تكون محبة وغير محبة، فتكون الإرادة بمعنى القصد، والمشئمة، والطلب، والاختيار⁵.

ثانياً- الإرادة اصطلاحاً: تعددت تعريفات العلماء للإرادة الإنسانية، فمنهم من يرى أنها "قوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه، توجه الرغبة لإتيان تصرف دون غيره من التصرفات وعلى وجه دون غيره من الوجوه"⁶.

¹ جدهعان فهمي، المقدس والحرية وأبحاث ومقالات أخرى من أطراف الحداثة ومقاصد التحديث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2009، ص ص 96، 97.

² محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 م، ص 11.

³ محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الخنفي التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج1، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت ط1 - 1996م، ص 131

⁴ إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، المعجم الوسيط، ج1، ط الثانية، د س ن ، ص 381.

⁵ الفيروز آبادي مجد الدين يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1415هـ، 1995م، ص 257، الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، ج1، صححه مصطفى السقا، دار الفكر، بيروت، 1990، ص 245؛ ابن منظور، المرجع السابق ج3، ص ص 187، 188. وص 191

⁶ محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط الثانية، 1408 هـ - 1988 م، ص 53.

ومنهم من فسرها على أنها كلمة "موضوعة لغة واصطلاحاً لصفة خاصة من صفات النفس تتعلق بإيجاد فعل أو تركه، وتكون علة تامة لتحقيق ذلك في الخارج، ولهذا الصفة مقدمات تحصل في النفس قبل حصولها، كما أن لها معمولاً ومسبباً يوجد في الخارج بعد وجودها."¹ ويرى الفلاسفة الرواقيون أن الإرادة لا توجد إلا لدى العقلاء، ويعرفونها بأنها رغبة مصحوبة بالعقل.²

الإرادة في عرف الفقهاء تأتي بمعنى مجرد القصد إلى الشيء والاتجاه إليه، ومن هذا القبيل إرادة المعنى من اللفظ.³ وعرفها الجرجاني بقوله: "صفة توجب للحی حالاً يقع منه الفعل على وجه دون وجه"⁴. وهي عند الجمهور "صفة في الحي توجب تخصيص أحد المقدورين في أحد الأوقات بالوقوع مع استواء نسبة القدرة إلى الكل"⁵.

أما الإرادة عند القانونيين فمسألة نفسية، ويستعملها الفقهاء بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه، وقد تحصل الإرادة دون حصول التراضي، ولذلك لا يكفي وجودها لتحقيق العقد وآثاره، وإنما يجب أن يعبر عنها تعبيراً صريحاً أو ضمناً، وأن تتطابق الإرادتان من العاقدین.

فهي قوة ودافعية وجدانية في نفس الإنسان نابعة عن رغبة وميلٍ واعٍ يعقب اعتقاد النفع، توجهه للقيام بأمر ما بقصد إشباع حاجاته، فإذا تحققت تلك الدافعية، وتحقق ذلك الأمر، فقد تجسدت الإرادة الإنسانية واقعاً مسموعاً، أو مشاهداً، بعد أن كانت نية وعزيمة وجدانية، غير مسموعة ولا مشاهدة.⁶

الفرع الثاني: مراحل الإرادة

الإرادة الإنسان ظاهرة نفسية تعرض لها الفقه القانوني بالتحليل -مستعينا بعلم النفس- لبيان المراحل التي تمر بها، والإرادة من الناحية النفسية: قد يقصد بها اختيار الشخص ما يعتبره هدفاً أولى من غيره من الرغبات، إشباعاً لحاجياته الذاتية وتحقيقاً لميوله ونزواته الخاصة.⁷ ويقصد هوبز بالإرادة: تلك الرغبة الأقوى التي تقود إلى الفعل.⁸

¹ عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط 1، 2010، ص 01.

² مرجع نفسه، ص 02.

³ محمد بن علي ابن القاضي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، المرجع السابق، ج 1، ص 131.

⁴ الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص 20.

⁵ محمد بن أحمد السفاريني الحنبلي، لوامع الأنوار البهية وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدرّة المضوية في عقد الفرقة المرضية، منشورات مؤسسة الخافقين، ط 2، 1402هـ- 1982م، ص 145.

⁶ محمد عثمان حلس، الإرادة الإنسانية في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009، ص 3.

⁷ صديق شياطين، المرجع السابق، ص 24-25.

⁸ عبد الحميد الصالح، المرجع السابق، ص 241.

وهي تمر عموماً داخل كل فعل إرادي تام بمراحل أربعة متتالية: التصور ثم المداولة ثم التصميم وأخيراً مرحلة التنفيذ.¹

1- مرحلة التصور أو الإدراك: Conception تتمثل في اتجاه الشخص للتفكير في أمر معين طرأ على ذهنه واسترعى انتباهه وولد فيه رغبة في إشباع حاجة ما²، فهي تصور فعل شيء أو تركه و تمثل مسبقاً لما يشتهي تحقيقه والميل إليه والرغبة فيه، وفي هذه المرحلة يعتمد الشخص إلى رسم الهدف المزمع بلوغه، وتحديد الفعل الذي يريد القيام به من أجل تلبية حاجته، مع استحضار نتيجته والفائدة المترتبة عليه.

2- مرحلة التفكير والمداولة: Délibération والتفكير هو فحص الأسباب التي تدفعنا للتصرف بهذه الطريقة أو تلك وفيها يتدبر الشخص أمر الرغبة التي راودته ويقلب الأمر على وجوهه متردداً بين الإقدام وبين الإحجام ويوازن مختلف الاحتمالات و النتائج المتوقعة التي تترتب على تنفيذ رغبته، والوسائل المتاحة لإنجاز الهدف وإشباع هذه الرغبة، فيتم التصديق بحُسنه وعدم البأس في صدوره بالتفكير في مصلحة صدور الفعل ودفع مفسدته، ثم يحصل الشوق في النفس إلى الفائدة المترتبة على الفعل، وفي ظل ذلك ينبع الشوق إلى الفعل نفسه، وقد تطول هذه الفترة أو تقصر تبعاً لأهمية الموضوع الذي يشغل فكره وتبعاً لحالة الشخص نفسه وللظروف الخارجية المحيطة بمضمون الرغبة.³

ومتى انتهت مرحلة المداولة بان فرغ الشخص من تدبره واستقر عزمه على إشباع الرغبة التي صاورته كما استقر على الوسيلة الملائمة لتحقيقها، دخل في مرحلة أخرى هي:

3- مرحلة العزم والتصميم: Décision وهي التصميم على الفعل والجزم به والعزم عليه وهي الحالة الشبيهة بالإرادة المتصلة بها، وفيها يقوم الشخص بالبت في الأمر واتخاذ القرار للقيام بالفعل، إذا توفرت الشروط وانتفت الموانع.

فأصبحت إرادته باتة بقضائها على عوامل التردد ونبذ الوسائل الأخرى التي تكون قد مثلت في تفكيره، وتنتهي مرحلة التصميم ببدء المرحلة النهائية وهي:

4- مرحلة التنفيذ: Exécution وبعد كمال تلك المقدمات يتكون في النفس شوق مؤكد إلى فائدة الفعل الذي هو في الحقيقة العامل الأصلي والمحرك الواقعي لإنجاز الفعل لأنه يقتضي تحريك المرید نحو المراد، ويكون موجهاً لحركته، ولهذا لا بد من عد العلة الغائية هي الشوق، ويسمى ذلك الشوق المؤكد بالإرادة

¹ انظر: صديق شياط، المرجع السابق، ص 26. عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، الهامش رقم 1، ص 01 .

² عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 36

³ المرجع نفسه، ص 36.

وأما معلوها فقد علم أنه حركة جوارح المرید نحو المراد أو نحو مقدماته فيما كان فعليا¹، وفيها تنتقل الإرادة من مكان من الشخص لتظهر إلى العالم الخارجي حتى تحدث أثرا قانونيا، أي أن مرحلة التنفيذ الحقيقية لا تدخل ضمن مضمون الإرادة ذاتها، لأن الإرادة ظاهرة نفسية داخلية، ولهذا يتجه علماء النفس إلى اعتبار مرحلة التصميم هي المرحلة الأخيرة من مراحل الإرادة أما التنفيذ فهو عمل خارجي لا يدخل في جوهرها².

المبحث الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره.

سنحاول من خلال هذا المبحث استعراض مراحل تطور مبدأ سلطان الإرادة انطلاقا من التشريعات القديمة (القانون الروماني والقانون الكنسي) وصولا إلى التشريعات الحديثة، محاولين إبراز مكانة الإرادة ودور الفقه الوضعي قديمه وحديثه في التأسيس والتنظير لهذا المبدأ، لنتبع تطور منحى التفكير الاجتماعي وأهم النظريات والمذاهب الفقهية والفلسفية، فنرى كيف نشأ هذا المبدأ وأهم الإرهاصات التي مهدت لظهوره، وما بلغ إليه من التأثير عند بلوغه ذروته، وكيف رجع القهقري بعد ذلك، ثم كيف وضع الأمر في نصابه المعقول³.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في ظل القوانين القديمة

يعتبر القانون الروماني مصدرا تاريخيا لمعظم القوانين اللاتينية الحديثة، ولهذا فإن دراسة القانون الروماني في هذا الصدد تثري الدراسة القانونية، وله أهميته كبيرة في إيضاح وتفسير أسس نظرية سلطان الإرادة في القوانين الحالية، فالقانون الروماني يحظى باهتمام فقهاء القانون لأن دراسة القانون الروماني لازمه لفهم القانون الخاص المباشر، ومما لا شك فيه أن القانون المعاصر يتضمن بعض النظريات القانونية التي كان يجهلها القانون الروماني، بيد أن معظم القواعد القانونية والمبادئ الأساسية التي تكون الهيكل العام للفكر القانوني الأوربي المعاصر مازالت رومانية، سواء من حيث مدلولها أم صياغتها أم اصطلاحاتها⁴، وساعد على تطورها التشريعي والفقه تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني

¹عبد المجيد الزروقي، المرجع السابق، الهامش رقم 1، ص 01

²عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 36.

³ويقول الاستاذ السنهوري: "...ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملا في التاريخ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون..."؛ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، دس، ص 142.

⁴صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، د.ط، 1986، ص 329؛ السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، ص 21، 22.

يعتبر القانون الروماني¹ من أهمّ القوانين الوضعية القديمة التي كان لها بالغ الأثر في تطوير مبادئ القانون الحديثة، وعلى الرغم من أن الأصل في الشرائع الحديثة هو سيادة مبدأ سلطان الإرادة، يكاد يجمع الشراح على أن القانون الروماني لم يعترف في أي عصر من عصوره بهذا المبدأ كاملاً² وخصوصاً في بداية مراحلها الأولى³، حيث كان الأصل فيه هو الشكلية، ولم يظهر للإرادة سلطان إلا على سبيل الاستثناء وفي عهود متأخرة نسبياً وبعد تطور طويل، فالتصرف القانوني لم يكن لينشأ عند الرومان إلا إذا اتخذ التعبير عن الإرادة شكلاً مخصوصاً تحيط به أوضاع وحركات وإشارات أو ألفاظ وطقوس معينة، وقد عبّرت النصوص في القانون الروماني عن إنكار مبدأ سلطان الإرادة وأبرزت دور الشكلية عندما قررت القاعدة الرومانية أن توافق الإرادتين المجرد عن الشكل لا ينشأ حقاً ولا يُكوّن عقداً ولا يُولد التزاماً ولا تتولد عنه دعوى⁴، ولكن ما لبثت الحضارة الرومانية أن تطورت فيها الأوضاع السياسية وتعقدت فيها المعاملات الاقتصادية

¹ القانون الروماني هو مجموعة القواعد القانونية التي طبقت في المجتمع الروماني منذ تأسيس مدينة روما في سنة 754 ق.م، إلى أن اكتمل نضجها بمجموعات جوستينيان عام 1435م، وظل مطبقاً في بعض بلاد الشرق إلى أن سقطت الإمبراطورية الرومانية عام 1453م على أيدي الأتراك المسلمين، وبقي القانون الروماني مطبقاً على المدنيين بعد سقوط الإمبراطورية في الغرب عام 476م إلى القرن الحادي عشر ميلادي، وكان أول تشريع روماني هو قانون الألواح الإثنى عشر سنة 451 ق.م، ثم جاء قانون الشعوب، وانتهى الحال بالتقنين الضخم الذي قام به جوستينيان عام 534م. علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، ط، 2008، هامش رقم 02، ص ص 23، 24.

² السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 142.

³ يقسم المؤرخون القانون الروماني إلى ثلاثة عصور، وذلك حسب درجة التطور التي مر بها:

العصر الأول: وهو ما يسمى بعصر القانون القديم، والذي بدأ بتأسيس روما، وانتهى في منتصف القرن الثاني قبل الميلاد، وهذا العصر، تميز فيه القانون الروماني بالشكلية وغلبة الطقوس.

العصر الثاني: وهو العصر العلمي أو المدرسي: وهو عصر ازدهار القانون الروماني وبدأ بصدور قانون "أبيوتيا"، حوالي سنة 13 ق.م والذي حرر نظام الشعوب jus gentium وتميز بخلوه من الرسميات ليلائم طبيعة المبادلات التجارية بين الرومان وسائر شعوب الإمبراطورية، وهذا العصر انتهى بحكم الإمبراطور "دقيانوس".

العصر الثالث: بدأ هذا العصر بحكم الإمبراطور "دقيانوس" وهو العصر الذي تدهور فيه الفقه، واضمحلت فيه دراسات علم القانون، وذلك بتدهور الإمبراطورية أمام غزوات القبائل الجرمانية، وانقسامها إلى شرقية وغربية، إلا أن هذا العصر تميز بأنه عصر تجميع القانون الروماني، وكان ذلك على يد الإمبراطور "جوستينيان" والذي كان له الفضل في حفظ القانون الروماني من الزوال، وانتهى بحكم إمبراطور الشرق "جوستينيان" عام 565م؛ انظر: صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964، ص 7.

⁴ «الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه التزام» أو «فيما بين المواطنين الرومان لا تنشأ دعوى عن الاتفاق المجرد»، محي الدين إسماعيل، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية - مصر، ط 3، 1994، ص 84؛ عبد الرحمن عياد،

المرجع السابق، ص 13

والاجتماعية واقترن هذا كله بتقدم واضح في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني.¹

ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت بتغير ظروف المجتمع الروماني مع اتساع رقعة الإمبراطورية الرومانية وانفتاحها على المجتمعات الأخرى، مما نتج عنه تنوع التجارة وازدهارها فظهرت الحاجة إلى تحرير العقود من قيود الشكل استجابة للاحتياجات الاقتصادية، وتلبية للمعاملات التي أصبحت تتطلب السرعة في التنفيذ، ومن جهة أخرى صاحب ازدهار الحضارة المادية كثرة نسيبه في شيوع التدليس والإكراه في التعاقد، وأصبحت الحاجة ملحة لحماية المتعاقدين اللذين يقعون ضحية هذين العيبين.²

واقترن هذا كله بتقدم ملحوظ في تفكير القانونيين، لذلك حاول الفقهاء الرومانيون والبريتور تدارك هذا النقص، وقد مدّهم الثقافة الإغريقية بأفكار جديدة مثل الثقة، والأمانة والعدالة، فبنوا عليها كثيراً من الأحكام القانونية التي استحدثوها، ومنها تلك التي توجب على الشخص الوفاء بما يتعهد به³، أدى ذلك كله إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني⁴، والاعتراف ببعض التصرفات القانونية غير الشكلية لكنها ليست رضائية تماماً.⁵

ظهور الرضائية إلى جانب الشكلية: لقد إعترف الفقهاء الرومان ابتداء من العصر العلمي بالتراضي لقيام الالتزامات خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي بأن الاتفاق المجرد لا ينشأ منه التزام، وعلى الرغم من هذه التطورات يمكن القول أن القانون الروماني لم يُسلم في أية مرحلة من مراحلها بمبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل ظل يعدّ الشكلية هي الأصل ولا يعترف للإرادة بسلطان في إنشاء التصرفات القانونية إلا على سبيل الاستثناء، لأنه لم يخول لإرادة المتعاقدين دوراً سيادياً في ترتيب الالتزامات التعاقدية غير تلك التي حددها ونظمها القانون إعمالاً للأصل العام «الاتفاق المجرد لا ينشأ عنه دعوى»⁶.

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص142.

² عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص14

³ عليان عدة، المرجع السابق، ص91-92

⁴ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ط، 1973، دار النهضة العربية، بيروت، ص42؛ السنهوري عبد

الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص142.

⁵ صديق شياط، المرجع السابق، ص37-38؛

⁶ استطاع الفقيه ستيفانوس أحد أساتذة مدرسة بيروت في القرن السادس الميلادي أن يقرر قاعدة أصولية هي "الإرادة هي الأم التي تلد العقد". أنظر: أيمن أبو العيال، مبدأ سلطان الإرادة، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، مج 6، ص458،

تاريخ التحميل: 2020/05/12، سا 22:00، د، الرابط: <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164140>

الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الكنسي

رغم الجهود التي بذلها فقهاء القانون الروماني لأجل التحرر من الشكلية، والانتقال إلى الرضائية، إلا أن حرية الإرادة في إنشاء العقود والالتزامات لم تتحقق بصفة كاملة¹، ظل القانون الروماني لعدة قرون بعد الميلاد هو المصدر الأصيل للثقافة القانونية في العالم الغربي، ورغم ما بذله شراح هذا القانون في القرون الوسطى من مجهودات ضخمة لتفسير أحكامه على ضوء قواعد العدالة الطبيعية والمبادئ الخلقية، فإن انهيار النظام الشكلي كان أمراً بعيد المنال طالما أن النصوص الرومانية كانت محور دراسة هؤلاء الشراح، فكان لا بد إذن من تدخل مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض، وقد تمثلت هذه المبادئ في تعاليم الديانة المسيحية التي نادى بها فقهاء الكنيسة، فكان تأثيرها في تحطيم النظام الشكلي راجعاً لأصلين من أصولها الخلقية - شأنها في ذلك شأن كل ديانة سماوية-²

الأصل الأول: هو الاعتداد بمجرد الوعد لإلزام الواعد دون حاجة لأن يصحب الوعد طقوس أو يؤكد بحلف يمين.

والأصل الثاني: هو اعتبار نكث الوعد إثماً لأن الإخلال به يعد كذباً، والكذب خطيئة دينية .

وإذا كان للفقهاء الكنسيين الفضل في التخلص من النظام الشكلي وظهور قاعدة أن مجرد الاتفاق ملزم، فإن هذا التطور لا يرجع لاعتبار الإرادة الفردية أساساً للالتزام بالعقد وأنها القوة المنشئة للالتزام، وإنما كان مرد ذلك إلى فكرة دينية محضة تلزم من قطع على نفسه عهداً بأن ينفذه وإلا كان آثماً³.

ومع نهاية القرن 12 تضافرت مجموعة من الأسباب مكنت القانون الكنسي من تبني فكرة مفادها أن مجرد الاتفاق يكون ملزماً كقاعدة عامة دون حاجة لإتباع شكل خاص، من بين هذه الأسباب: كتابات آباء الكنيسة، والمجامع الكنسية، وخطابات الكرسي البابوي، والمجموعات الكنسية، فأخذ أثر الإرادة يقوى في تكوين العقد شيئاً فشيئاً بظهور مقدمات تأخذ تعهد الشخص بعين الاعتبار وتجعل من حرية الفرد سبباً للزوم العقد، لأنها كانت تعتبر المتعاقد الذي أقسم على الوفاء بالوعد ملزماً باحترام عقده ولو لم يُفرغ في شكل مخصوص، فإذا حنث في يمينه ولم يحترم العقد اعتبر ذلك خطيئة وجريمة دينية⁴.

برزت في هذه المرحلة أولى المحاولات الفقهية التي كانت ترى ضرورة الانتقال بالعلاقات القانونية بين الأفراد من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون والارتقاء بمبدأ التعهد المجرد من مبدأ أخلاقي إلى مبدأ قانوني، و

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 93.

² عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 15.

³ المرجع نفسه، ص 15.

⁴ صديق شياط، المرجع السابق، ص 46.

ضرورة تحول الواجب الأخلاقي الذي يفرض على الفرد احترام تعهده إلى التزام قانوني، ومن بين هذه المحاولات ما قام به الفقيه Huguccio وكان أول فقيه رأى بضرورة أن يولد التعهد التزاماً قانونياً يحميه القضاء الكنسي¹، ويفرض تنفيذه على المدين وإلا تعرض للجزاء والعقوبات الدينية التي قد تصل إلى حد الطرد من رحمة الكنيسة على من لم يوف بتعهده²، إلا أن الاتفاق المجرد في هذه المرحلة لم يكن ليولد دعوى، ولم تقرر أي وسيلة قانونية واضحة لحماية الدائن عند إخلال المدين بالتزامه³.

وفي تطور لاحق وبداية من القرن الثالث عشر سوى البابا بين اليمين التعهدية والاتفاق البسيط، حيث أكد على ضرورة تنفيذ كل منهما، كما قرر لأول مرة جزاءاً مدنياً يتمثل في تعويض الطرف المضرور إلى جانب الجزاء الديني، وبهذا دخل مبدأ سلطان الإرادة مرحلة جديدة تتسم بالوضوح والتحديد، استطاع فيها رجال الكنيسة و فقهاؤها صياغة قاعدة قانونية تكفل مبدأ احترام إرادة المتعاقدين مجردة من أي شكل وتحول للاتفاق ترتيب آثاره القانونية وتضمن حماية الدائن مما قد يسببه المدين من ضرر عند إخلاله بالتزامه عن طريق التنفيذ الجبري بواسطة دعوى مدنية أمام المحاكم الكنسية⁴، وهو ما سهل الانتقال من فكرة العقوبة أو الجزاء الديني إلى فكرة الجزاء أو الإلزام المدني، إلا أن هذه القاعدة لم تكن تستند إلى اعتبار الإرادة أساس العقد وجوهه كمبدأ قانوني عام، بل تقوم على فكرة دينية محضة قوامها أن من قطع على نفسه عهداً التزم بتنفيذه وإلا كان آثماً⁵.

وبحلول القرن 15م ظهرت الملامح الأولى لمبدأ سلطان الإرادة في القانون الكنسي لدى كثير من الفقهاء، وأصبح للإرادة دور هام، فكان فقهاء القانون الكنسي أول من أسس لمبدأ وجوب إخضاع الإرادة لقوة القانون في شكل قاعدة أصولية مؤداها أن "الاتفاق المجرد يولد دعوى"، مما يعني أن مجرد توافق إرادتين ينشئ التزاماً قانونياً، وتلك هي الفكرة الأساسية التي بني عليها مبدأ سلطان الإرادة، واللبنة الأولى في إنشائه وإقراره، سواء في تكوين العقد أو في تحديد شروطه أو في تنفيذه أو إنجائه⁶.

¹علي محي الدين القره داغي، المرجع السابق، ص 41، ص 45؛ عليان عدة، المرجع السابق، ص 93.

²عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص 332.

³صديق شياط، المرجع السابق، ص 49.

⁴علي محي الدين القره داغي، المرجع نفسه، ص 41.

⁵عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص 16، 15؛ عليان عدة، المرجع السابق، ص 94؛ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في

شرح القانون المدني، المرجع السابق، د س، ص 143.

⁶صديق شياط، المرجع السابق، ص 52؛ مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص 321.

المطلب الثاني: تطور مبدأ سلطان الإرادة في العصر الحديث

أمام تلك القوانين القديمة عن الاعتراف صراحة بمبدأ حرية الإرادة في إبرام العقود بعيدا عن الشكليات والطقوس الرومانية، وعن التعاليم الدينية التي تلزم الوفاء بالعهد كواجب أخلاقي، ومع مطلع القرن 17م تراجع دور الكنيسة، وبرز دور الفقه في التنظير لضرورة التخلي عن هذه الشكليات والطقوس فأسحا المجال أمام ظهور أفكار تمجد الإرادة وتعطيها الدور الأهم في العلوم القانونية.

فتم استبدال الأساس الديني لحرية الإرادة بأسس فلسفية وسياسية واقتصادية قامت في مجملها على المذهب الفردي، ووصلت الإرادة حدًا أصبحت معه حرة طليقة من أي شكل أو قيد عند إنشاء العقد وتكوينه، ومن المعلوم أن هذا المذهب يرى أن غرض القانون هو حماية الفرد وتحقيق الخير له ، فالإنسان خلق حرًا وسعاده ترتبط بحريته، والقانون الطبيعي يكفل هذه الحرية، ولا يسمح بتقييدها إلا بإرادة الإنسان أو الضرورة القصوى من أجل الصالح العام¹.

وكردة فعل تجاه الشكلية التي كانت تقيد الإرادة في ظل القانون الروماني، ظهر مبدأ سلطان الإرادة من رحم فلسفة القانون، فساد الفقه وتربع على نظرية العقد، وأصبحت بمقتضاه الإرادة حرة في تكوين العقود وترتيب آثارها لا قيد عليها في ذلك سوى قيد النظام العام.

ويعتبر الفيلسوف الألماني "إيمانويل كانط" أول من أعطى الصبغة القانوني لمبدأ سلطان الإرادة أواخر القرن 18م وبالتحديد عام 1793م، وقد كان لفلسفته تأثيرا عظيما في الفقه القانوني في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وكان هذا التأثير أعمق في فرنسا عنه في ألمانيا ويرجع ذلك إلى أن حرية الفرد عند الفرنسيين كانت بمثابة المبدأ المقدس، ثم استقر مذهب الإرادة في الفقه الفرنسي، واعتنقه كبار الفقهاء في ذلك العصر أمثال دوما وبوتيه، وجاء قانون نابليون سنة 1804م محتضنا هذا المبدأ وصاغت المادة 1134 ق.م.ف منه فكرته العامة بقولها أن: "الاتفاقات المعقودة شرعا تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها"²، ولم يتم تداول عبارة "سلطان الإرادة" كمصطلح بين فقهاء القانون إلا في أواخر القرن 19م على يد الفقيه بروشير في مؤلفه حول القانون الدولي الخاص المنشور سنة 1883م، إلا أن الفضل يعود للفقيه "لوران" في بلورة فكرة سلطان الإرادة بالمفهوم الذي استقر عليه الأمر في الوقت الحاضر³.

¹ مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مكتبة صادر- بيروت ، ط4، 1987، ص62.

² أنظر: السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، هامش ص16 ؛ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 18.

³ محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، ص2.

الفرع الأول: أسباب ظهور مبدأ سلطان الإرادة

يمكن أن نوجز أهم الأسباب والعوامل التي ساعدت على ظهور مبدأ سلطان الإرادة في العناصر التالية:

1- إحياء القانون الروماني والتأثر به: من المعروف أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة، وتوسّع في تفسير تلك الروح، ولهذا نجد أن من أهم أسباب ظهور مبدأ سلطان الإرادة، إقدام فقهاء القانون في أوروبا على إحياء القانون الروماني والتأثر به، إلا أنهم قد فهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة، فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ، وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناءً في القانون الروماني¹.

2- العوامل الاقتصادية: بعد اتساع نطاق حركة الأنشطة الاقتصادية، اقتضى ازدهار المبادلات التجارية إزالة كل ما يعوقها من الأوضاع والأشكال الموروثة عن القانون الروماني، فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكم بين المتعاملين وفقاً لما تقتضيه قواعد العدالة التي لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام².

3- العوامل السياسية: تتمثل هذه العوامل في بسط الدولة نفوذها وتدخلها التدريجي في الروابط القانونية بين الأفراد، ضماناً منها لحماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق³، وكان من شأن ذلك أن هُجرت الأوضاع والأشكال القانونية القديمة، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة، وما جاء القرن 17م حتى ضعف اثر الدين ليحل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية، بلغت أوجها في القرن الثامن عشر؛ نظريات مشبعة بروح الفردية التي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الإنسان⁴، ووجوب استقلال إرادته وتمكينها من تسيير كل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية⁵، ليصبح بعد ذلك مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررّاً في المعاملات القانونية.

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 143.

² السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 143.

³ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 89.

⁴ ولذلك يؤمن أصحاب مذهب القانون الطبيعي بأن هناك حقوقاً أساسية فطرية للفرد يستمدّها من طبيعته ذاتها بوصفه إنساناً، أهمّها الحق في الحرية الذي يُعدّ حقاً مقدساً لا يجوز النيل منه أو التجاوز عليه حتى من قبل الدولة نفسها، وبالتالي فإن هناك صلة قوية تربط بين مذهب القانون الطبيعي والمذهب الفردي الذي يدعو أيضاً إلى تقديس الحرية.

⁵ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص ص 143، 144.

الفرع الثاني: نظرية مبدأ سلطان الإرادة في أحضان مدرسة القانون الطبيعي

يرجع تاريخ فكرة القانون الطبيعي إلى عهد بعيد، فقد عرفها اليونان والرومان، وعرفها القانون الكنسي في القرون الوسطى، ولكنها اكتسبت شكلها العلمي في القرن 17م بعد أن أخذ بها عدد كبير من الفقهاء والفلاسفة وعلى رأسهم الفقيه الهولندي الشهير "جروثيوس" الذي يعتبر مؤسس مدرسة القانون الطبيعي ورائدها في العصر الحديث والتي إليها يرجع تخلص فكرة القانون الطبيعي من النظريات القديمة التي تستند إلى الحق الإلهي والصبغة الدينية التي أضفتها عليه الكنيسة في القرون الوسطى¹.

أولاً - أسس مدرسة القانون الطبيعي والمذهب الفردي:

تلقى فقهاء الفقهاء الأوروبيين من الفقيه والمفكر الروماني الشهير شيشرون (Ciceron : 106 - 43 ق م) - نظريته في القانون الطبيعي² التي ساد أواخر القرن 18م ، والقسم الأكبر من القرن 19م وأصبحت في نظرهم سلاحاً لمقارعة الاستبداد والدعوة إلى الحرية والمساواة؛ عمادها فكرة أولية مقتضاها أنه تُوجد في الطبيعة قواعد قانونية أو مبادئ أساسية تعتبر مقياساً لصلاحيات القانون الوضعي وعدالته على رأسها تقديس حرية الفرد واعتبارها حقاً أساسياً من واجب المجتمع احترامها والمحافظة عليها³. وإذا كان واضحاً أن هذه النظرية قد وجهت الفكر الأوروبي نحو تدعيم حرية الفرد وذاتيته المستقلة فإننا نستطيع أن نقول إنها أسهمت في دفع هذا الفكر في الاتجاه المؤدي إلى تكريس سيادة العقل الفردي، لأن الفرد في نظر أنصار هذا المذهب لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، بل إن آية هذه الشخصية ومظهرها من الناحية القانونية هي الإرادة الحرة المستقلة ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حرية الفرد وإرادته ، فمن الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة، فلا يخضع للواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً ، إذ أن كل التزام أساسه الرضا والاختيار فهو يتماشى مع القانون الطبيعي⁴.

¹عليان عدة، المرجع السابق، ص 95.

²أحمد باسل نور، الدين الرفاعي، أستاذ مساعد - كلية الحقوق - جامعة مؤتة، حقوق الإنسان في فلسفة الثورة الفرنسية، مجلة جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية ، ع 19، ص 351

³السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني ، ص 141.

⁴المرجع نفسه، ص 141.

فالنظام الاجتماعي في نظرهم يرتكز على الفرد، الذي هو الغاية الوحيدة لجميع قواعد القانون، ولخدمته يسخر المجموع وهو السبب النهائي لجميع الأنشطة القانونية للمؤسسات، وخاصة الدولة¹، وعلى القانون ألا يتدخل للحد من حريته إلا بالقدر الضروري الذي لا غنى عنه².

ويقيم أنصار المذهب الفردي القانون على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية، فيرون أن العقل يفرض وجود حقوق طبيعية لصيقة بالإنسان مستمدة من ذاته هو - باعتباره إنساناً -، يولد مزوداً بها بطبيعة تكوينه، وكان يتمتع بها منذ عهد الفطرة الأولى، فهي - لذلك - امتيازات طبيعية مطلقة، وسابقة في وجودها على القانون بل وعلى الجماعة؛ لأنها تستند إلى الحالة الطبيعية³، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون، وهذه الحقوق الطبيعية - الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان - لا تستطيع الدولة الافتئات عليها، وليس للقوانين الوضعية من وظيفة إلا حمايتها ولا تملك أن تمس بها أو تتجاهلها، بل تنحصر مهمة هذه القوانين في تمكين الأفراد من التمتع بهذه الحقوق وكفالتها لهم فالفرد هو محور القانون وغايته.

وبناء على ذلك يمكن القول أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القوانين و ما ينشأ عنها من التزامات أو عقوبات، فالإرادة تعلقو عن القانون نفسه ولا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام والآداب العامة⁴.

على أن تبقى الجماعة مسخرة لخدمة الفرد، لأن مصلحة الفرد لا تتعارض مع مصلحة المجتمع، وفي تمكين الفرد من تنمية مواهبه وملكاته وفق إرادته تقدم المجتمع وازدهاره، ووسيلة لحرته ومظهر لها، فلا تستطيع الدولة المساس بها أو تقييدها إلا بالقدر اللازم لضمان حريات الآخرين⁵ وهذا هو واجب القانون كما هو واجب الدولة على السواء.

ثاني - مبدأ سلطان الإرادة يستمد أصوله من القانون الطبيعي: ويجمع الفقهاء على أن مبدأ سلطان الإرادة يستمد أصوله العميقة من تعاليم مدرسة القانون الطبيعي⁶ التي يرى أنصارها أن النظام الاجتماعي

¹“un système où l'on admet que l'individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions, notamment de l'Etat” M. WALINE, L'individualisme et le droit, Domat, Montchrestien, Paris, 1945. p 27.

²توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، لبنان، 1988، ص 28.

³والواقع أن كتاب مدرسة القانون الطبيعي كانوا يهدفون إلى تخليص الفرد من روابط الحالة الأسرية والاجتماعية والقضاء على نظام يقوم على نشأة الالتزام في ذمة الفرد نتيجة لحالته في الأسرة والمجتمع دون اعتبار لإرادته؛ عليان عدة، المرجع السابق، ص 95.

⁴ أنظر: محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 80

⁵ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1984، ص 40.

⁶عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 16.

يرتكز على الفرد ؛ واحترام حريته وإرادته ، ولخدمته يسخر المجموع¹، فالمجتمع لا بد له من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق ويفسح له المجال لأن يُكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية.

فقد جعلت نظرية القانون الطبيعي من الحريات الطبيعية التي يولد الإنسان متمتعاً بها، أساساً وهدفاً للقانون وما الحرية التعاقدية إلا إحدى الحريات الطبيعية التي يستمتع بها كل إنسان في المجتمع²، ومقتضى هذه الحرية ألا يتحمل التزاماً إلا إذا كان مبناه رضاه الحر، ومن ثم لا يجوز انتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد بإجباره على أداء التزام لم يكن حراً في التعهد به ولم تتجه إرادته إليه³.

الفرع الثالث: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة

يذهب أنصار مبدأ سلطان الإرادة إلى وجوب الاعتراف بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها الإنسان، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنساناً، فالناس ولدوا أحراراً متساوين وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق، فهو مبدأ يقوم على أساسين، هما: الحرية والمساواة.

فقد ذهب "كانط" إلى اعتبار حرية الفرد هي حقه الأساسي الأعلى، حق لصيق وغريزي للاحق مكتسب، وكل التزام لا يكون قائماً على أساس إرادة الفرد الحرة يكون منافياً للعدالة، لأنه يتضمن انتهاكاً لحق الإنسان في الحرية، والسلطان المخول للإرادة يعني أن الإرادة نفسها هي التي تضع القانون الذي تخضع له، وينتهي كانط إلى القول بأن سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين ولكل الواجبات التي تملئها هذه القوانين⁴.

ويرى في مؤلفه: "نقد العقل العملي" أن "صفة الإرادة الخالصة تقتضي أنه لن يتم تحديدها إلا من قبل ذاتها، أي بالشكل الشامل الوحيد للقانون الأخلاقي مع استبعاد أي دافع محسوس"⁵. فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد، وفي سبيل تحقيق ذلك يجب الاعتراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرٌ منافي للأخلاق ولذلك يجب أن لا يخضع الإنسان إلا لشرعيته الذاتية، فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 141.

² أنظر: محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 88.

³ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 16

⁴ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 17

⁵ "Le caractère de la volonté pure étant qu'elle ne se déterminerait qu'en de sa propre essence, c'est-à-dire par la seule forme universelle de la loi morale à l'exclusion de tout motif sensible ."

أنظر: السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، هامش ص 16

مصطلحته، ففي نظرهم الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام، وأن لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية،¹ والعقد طبقاً لمذهب الإرادة يقوم على توافق إرادتين باطنتين بقصد إنشاء آثار قانونية، فركن العقد هو الرضاء، والآخر القانون المتولد عن العقد ينشأ في ذمة كل من طرفيه لان إرادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الأثر، أي أن الأثر ينشئ مباشرة عن الإرادة².

أما الأساس الآخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة في المراكز القانونية التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة؛ لأن المصلحة الخاصة - وهي أساس المصلحة العامة - لن تتحقق إلا إذا اعتبر الأفراد متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم.³ وعليه مبدأ سلطان الإرادة يجد أساسه في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان التي نادى بها أنصار القانون الطبيعي، ومفادها أن الإنسان يولد متمتعاً بحريات تقتضيها طبيعته، لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكثر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها له الطبيعة، فسلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين وما تمليه من واجبات وتضمنه من حقوق، فالقانون الوضعي السليم هو الذي يستلهم قواعده من قواعد القانون الطبيعي، فهو أساسه وأصله، ومن مبادئ القانون الطبيعي وقواعده: احترام الحرية والملكية والسلامة الإنسانية، واحترام العهود والمواثيق والوفاء بها، والحكم بتعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها شخص بآخر من دون وجه حق، فهذه الأمور تعدّ طبيعية لأن العقل يرشدنا إليها حتى ولو لم تنص عليها القواعد القانونية الوضعية.

أولاً - الوجه السياسي لمبدأ سلطان الإرادة: لقد تأيدت مدرسة القانون الطبيعي بفلسفة روسو التي اعتنقتها الثورة الفرنسية من خلال نظرية العقد الاجتماعي رغم أن أصل هذه الفكرة يرتد في الماضي السحيق إلى كتابات الفيلسوف اليوناني أفلاطون⁴، فقد أصبحت نظرية العقد الاجتماعي المحور الذي يدور عليه التفكير كاتجاه سياسي وفلسفي معاصر ومصاحب لمذهب القانون الطبيعي طوال القرنين السابع عشر وبلغت أوج ازدهارها في القرن الثامن عشر، نظرية بسط معالمها الفيلسوف "جون جاك روسو" في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social)، وناقح عنها الكثير من الفلاسفة مثل "توماس هوبز"

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 141

² عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 19.

³ بسام سليمان وأكرم حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية)، العراق، جامعة الموصل، ص 95.

⁴ عليان عدة، المرجع السابق، ص 96.

و"جون لوك"¹ . كما كان لها الفضل في أن تجسدت لمبدأ سلطان الإرادة السيطرة و السيادة في المجال السياسي والاقتصادي والقانوني ، إلى أن بلغ ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر بفعل تفشي المذهب الفردي² .

فروسو كان يرى أن الفرد هو أساس القانون وغايته، ولا بد من التسليم له بحقوقه الطبيعية واحترامها، ولأنه ولد حرا وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته ، ولا يكون ذلك إلا بضمان استقلال إرادته وإعادة الاعتبار إلى حريته وأن يفسح المجال لهذه الإرادة لتؤججه ما في المجتمع من أنظمة اقتصادية واجتماعية³ .

فما القانون في نظر روسو في نهاية الأمر إلا صدى لإرادات الأفراد التي تكون ما يسمى بالإرادة العامة؛ وعلى ذلك فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنع الفرد نفسه، والقيود التي ترد على حرية الفرد إنما تُرد إلى هذه الحرية نفسها⁴ ، وهذه القيود التي تتضمنها أوامر القانون قد ارتضاها الأفراد مقدما بقبولهم الاشتراك في المجتمع، فشرعية القانون أساسها أنه تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام⁵ .

إن حصيلة العقد الاجتماعي الذي تبرمه الجماعة مع نفسها وتصبح بمقتضاه هي صاحبة السيادة مطلقة؛ هي ما أسماه روسو سيادة الإرادة العامة، ليصير الفرد وبالتالي الأمة، جوهر الدولة وحيثيتها النهائية⁶ .

¹ فبري الفقيه هوبز أن فكرة العقد الاجتماعي تتضمن نزولا كاملا غير مشروط من جانب الأفراد عن جميع حرياتهم المطلقة، ولا يمكن للأفراد استرداد ما نزلوا عنه، فالحاكم لم يكن طرفا في العقد ولا يلتزم نحوهم بشيء، وهذا في نظر هوبز أفضل من الرجوع إلى عهد الفوضى، بينما يرى الفقيه لوك أن العقد يتم بين الحاكم من جهة والأفراد من جهة أخرى، وأن الأفراد لم يتنازلوا عن كافة حقوقهم الطبيعية، بل عن القدر اللازم منها لتحقيق الصالح العام، مع الاحتفاظ بباقي الحقوق الذي يلتزم الحاكم بحمايتها واحترامها، وإلا حق للأفراد فسخ العقد والثورة عليه؛ انظر لتفصيل أكثر، سمي عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص 169 وما يليها.

² عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضمائنها ومستقبلها، منشأة المعارف، مصر، 1975، ص 24.

³ المرجع نفسه، ص 24 .

⁴ « l'homme est l'auteur et le serviteur de la loi ... les limites de la liberté sont l'oeuvre de la liberté »

مقتبس عن: عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 16.

⁵ المرجع نفسه، ص 16 .

⁶ ونستطيع أن نرى التحول العميق عندما نقارن بين مفهوم جون لوك وبين مفهوم جان جاك روسو لصاحب السيادة في نظريتهما عن العقد الاجتماعي، فالعقد الاجتماعي عند لوك ينعقد بين طرفين أحدهما الجماعة والثاني فرد، ليصبح هذا الأخير صاحب السيادة بمقتضى العقد؛ وهذا العقد ينشئ حقوقا وواجبات متبادلة بين طرفيه بحيث تكون سلطة صاحب السيادة نسبية خاضعة

وفي طورها الأخير هذا تنقطع الدولة الحديثة عن جذورها الميتافيزيقية ولا يبقى للسلطة الروحية وجود في حياة المجتمع السياسي المتشعب بالمذهب الفردي؛ فمحل سيادة الملك المستندة إلى نظرية الحق الإلهي سوف تحل سيادة الأمة التي تجدد سندها في نفسها، أي في الحق الطبيعي المطلق الذي يُجِلُّ الفرد لا محلَّ الملك فحسب بل محلَّ الله ويجعل سيادة الإرادة العامة بديلاً عن الإرادة الإلهية المطلقة، إن هذا الطور الأخير هو طور علمانية-لائكية-الدولة (La Laïcité de L'Etat) التي سوف تركزها الثورة الفرنسية في إعلان 1789م على أساس من الطبيعة المطلقة للوعي الفردي، ذلك الإعلان الذي جاء ذو طبيعة مادية وعقلانية مطلقة، لا مكان فيه للميتافيزيقا¹، فاستلهم منه مشروع الدولة الفرنسية أفكاراً تقدر حرية الفرد وأمعنوا في احترام إرادته فتجسدت في قانون نابليون سنة 1804م².

والواقع أن كتاب مدرسة القانون الطبيعي كانوا يهدفون إلى القضاء على نظام يُقيم نشأة الالتزام في ذمة الفرد نتيجة لحالته (statut) في الأسرة والمجتمع دون اعتبار لإرادته، فعملت مدرسة القانون الطبيعي على تخليص الفرد من روابط الحالة التي تخضع للخلفيات الدينية والاجتماعية، و الانتقال به إلى نظام التعاقد الحر حيث لا يلتزم الشخص إلا إذا أراد أن يلتزم³.

وهو ما دفع الفقه التقليدي الفرنسي لاعتبار الإرادة أساساً للنظام التعاقدية بل إلى النظر إليها كأساس لبناء القانون جميعه، فالتشريع إنما هو تعبير عن مجموع إرادات الأفراد، ونظام الميراث يقوم على إرادة المورث الضمانيه أي انه وصيه مفترضه، ونظام اشتراك الأموال بين الزوجين ووكالة الزوجة لزوجها كل ذلك مرده إرادة مفترضه، يقول فوييه fouillé إن النظام التعاقدية يميل إلى أن يتجسد في القانون المدني بأجمعه⁴.

ثانياً- الوجه الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة: أما الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة فيرى أصحابها أن تقديس الحرية الفردية والحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي الذي بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، وأن العقود لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين⁵، ومبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا انعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في

لشروط معينة تتحكم في نشوئها وفي بقائها، أحمد باسل نور، الدين الرفاعي، حقوق الإنسان في فلسفة الثورة الفرنسية، مجلة جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، ع 19، ص 356.

¹ المرجع نفسه، ص 357.

² السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 144.

³ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 17.

⁴ المرجع نفسه، ص 18.

⁵ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 144.

إطار القانون الخاص، والتي قامت خلال القرن 18م على مبدأ "دعه يعمل دعه يمر"، والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون بمحض اختيارهم، وهذه هي أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدل فيما بين هؤلاء الأشخاص والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية¹.

المطلب الثالث: انتكاس مبدأ سلطان الإرادة والقيود المفروضة عليه

كان لمبدأ سلطان الإرادة الأثر الكبير في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر وبالغ فريق من الفقهاء في الانتصار له إلى حد التطرف، حتى أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة، فالإرادة عندهم هي أساس كل أنواع الالتزامات والنظم القانونية، وهي تسيطر على جميع مصادر الالتزام، فهي قوام التصرف القانوني، وهي من تولد الحقوق، والقانون نفسه ما هو إلا وليد الإرادة، ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثلهم واختاروا الخضوع لسلطانه، والمجتمع البشري ذاته، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين²؟

الفرع الأول: بداية الشك في صحة مذهب الإرادة

لم يتعرض مذهب الإرادة للنقد العلمي التحليلي إلا منذ عهد قريب، فقد كان هذا المذهب معتبرا في نظر الفقهاء التقليديين عقيدة بديهيه لا تحتاج إلى برهان، ومنذ أن قال كانط أن القوة الملزمة للعقد من مسلمات العقل المجرد والفقهاء اللاحقون لا يعنون بتبرير صحة هذا المذهب، بل ينتهون كما يقول الفقيه "جونو" إلى القول بان: "العقد يلزم... لأن العقد يلزم"، هذه النظرية الدغماتية³ ظلت متسلطة على الأذهان

¹ حدي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة ماجستير، جامعة ابوبكر بلقايد، 2013، ص9.

² السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 144، 145.

³ الدوغماتية هو اسم مذكر يأتي من اللاتينية dogmaticus، وتتكون من "العقيدة"، "المبدأ"، "الفكر"، فهي عقيدة أو نظام أو مدرسة أو حركة. تشير بشكل عام إلى الميل إلى افتراض بعض المبادئ أو المذاهب بطريقة مطلقة وصرحة، دون قبول الأسئلة، غالبا ما يتم الحديث عنها دوغماتية للإشارة إلى سلسلة من المسلمات أو المبادئ التي لا تنكر. 2020/12/20، سا22:45 د الرابط: <https://ar.nsp-ie.org/dogmatismo-206>

dogmatique: adjectif (bas latin dogmaticus) 1. Qui a rapport au dogme, qui affecte la forme d'un dogme : Les vérités dogmatiques.

2. Relatif aux doctrines religieuses, philosophiques (par opposition à historique).

3. Qui pense la vérité accessible (par opposition à sceptique).

dogmatique :adjectif et nom ; Qui a des opinions bien arrêtées, qui les considère comme des vérités absolues, et les exprime d'une manière péremptoire, autoritaire, catégorique ; doctrinaire : Un ton dogmatique. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/dogmatique/26299/> . 12/12/2020.15h:30m .

ردحا من الزمن، إلى أن تكشفت عيوب مذهب الإرادة في التطبيق العملي ومنافته للعدالة والمصلحة العامة، جزاء المشاكل التي أظهرتها التطورات الحديثة للمجتمع، ثم عجز عن وضع حلول لبعض مسائل العقد، واستحالة تطبيق بعض نتائجه، وكان طبيعيا بعد ذلك أن يهتز الإيمان بقداسته وان يثور الشك حول صحته¹.

ويرى بعض الفقهاء أن الإرادة أصبحت تتمتع باستقلال جزئي بعد أن تقلص دورها²، بل منهم من يرى أنه ليس هناك سلطان للإرادة فهي دائما تخضع لقيود معينة حتى في ظل فلسفة المذهب الفردي³، ويعتقد البعض اعتقاداً راسخاً أن قبول عقيدة حرية الإرادة "مشكوك فيه بقوة"⁴ من الناحية الأيديولوجية، ويرى البعض الآخر أن مبدأ سلطان الإرادة ليس موضوعاً للقانون، وليس قاعدة قانونية ولا محتوى قاعدة قانونية، ويرون أن تقنينه ظل مجرد كتابات ميتة لأنه ليس له طابع معياري، وهذا ما يشكل ضعفه، كما أنه لا يعكس المعنى الصحيح لمصطلح "مبدأ"، فهو لا يزال يحتفظ بخصائص "النظرية" التي تعنى بمحاولة شرح جملة النظام مستفيدة من تماسك داخلي معين ولها نطاق توضيحي شامل ضمن هذا التخصص⁵، وهذا أيضاً ما يفسر قوتها ومقاومتها، فنظرية سلطان الإرادة بُنيت على "مفهوم عقائدي"، منشؤه رؤية للحق من زاوية فلسفة القانون⁶.

ثم هوجمت هذه النظرية بردود قوية فندتها تفنيديا على أيدي رجال المذهب الاشتراكي، ورجال مذهب التضامن الاجتماعي، فذهبوا إلى حد القول أن الإرادة ليست هي أساس القوة الملزمة للعقد، وإنما أساسها اعتبارات تتصل بالمصلحة العامة، وأن العقد نظام يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي، لا الخضوع لسلطان الإرادة، فالالتزامات الناشئة من العقد لا تستند إلى محض إرادة العاقد، وإنما تركز على اعتبارات اجتماعية تتمثل في الاستقرار الواجب في التعامل، وفي النظام الذي يجب أن يسود المجتمع⁷، والملكية ليست إرادة مطلقة للمالك بل تؤدي وظيفة اجتماعية وبممارستها صاحبها بما يحقق الصالح العام للمجتمع، وإرادة المورث ليست هي قوام الميراث لأنه نظام قانوني يستند إلى المصلحة العامة ومصلحة الأسرة، وإرادة الزوجين لا تحدد حقوق الأسرة لأن دورهما يقتصر على الدخول في مركز قانوني عنى المُشرِّع بتنظيمه بما يتفق مع

1 عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 31.

2 "autonomie pareille" Planiol et Reipert : Traité élémentaire de droit civil, Paris 1938.

3 Niboyet: La théorie de l'autonomie de la volonté, La Haye, 1927, tome 1, p61 .

4 S. NICINSKI, "Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs", Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, vol. 1, CREAM, Montpellier, 2006, p47.

5 Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif, L.G.D.J, Paris, 1972, p. 32.

6 V. RANOUIL, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, op. cit., p10, p. 11.

7 أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص 458.

مصالح الأسرة والمجتمع، كما أن خضوع الفرد للجزاء القانوني سواء كان جنائيا أم مدنيا أمر وثيق الصلة بأمن المجتمع وسلامته واستقرار المعاملات فيه ولا يتصور تفسيره استنادا إلى إرادة الفرد نفسه¹. ثم ما لبث مبدأ سلطان الإرادة أن استعاد اعتباره على أسس جديدة، وهكذا تردد مبدأ سلطان الإرادة بين جزر و مد، وأخذ ورد، وانتكاس وانتعاش، حتى استقر أخيرا على تلك النظرية التي رسم معالمها فريق من المعتدلين الذين وضعوا الأمور في حدودها المعقولة.²

الفرع الثاني: نقد مبدأ سلطان الإرادة

رأينا في ما سبق أن مذهب الإرادة يقوم على فكرة تمتع الفرد بحقوق طبيعية لصيقة بشخصه، وأهم هذه الحقوق حق الحرية، ويتفرع عن هذا الحق عدم شرعية أي قيد يرد على إرادة الشخص ما لم يكن هذا القيد نابعا عن هذه الإرادة نفسها، فلكل إرادة فردية سلطان، بمقتضاه، لا يجوز أن تتحمل التزاما-والالتزام قيد-إلا بمحض اختيارها عن طريق التعاقد مع إرادة أخرى فالإرادة هي التي تخلق القانون الذي تخضع له³.

أولا- فساد التبرير الذي يقوم عليه مذهب الإرادة: إن الالتزام في نظر هذا أنصار مبدأ سلطان الإرادة مصدره الإرادة؛ فيجب منطقيا أن يدور معها وجودا وعدمًا؛ وإذا كان للإرادة سلطان، وهذا السلطان هو أساس الالتزام، فلم لا يعترف للشخص بسلطة تعديل القانون-العقد- الذي سبق أن ارتضاه ويباح له أن يقول انه لم يعد راغبا فيه؟ ذلك أن فكرة السلطان تضمن للإرادة مكنة إصدار القوانين الخاصة بها-وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين- وتتضمن في الوقت نفسه مكنة إلغائها، وفي الوقت الذي يُقال فيه أن إرادتي الخاصة تلزمني، فإن هذه الإرادة تكون قد تلاشت، ويصبح واقع الحال كما لو كنت أتلقى أمرا من غيري إذ ما الفرق من وجهة نظر مصلحتي الخاصة بين أن أتلقى هذا الأمر من إرادة سابقة لي، عدلت عنها ولم اعد متعلقا بها وأصبحت لي إرادة جديدة مغايرة لها، ومعنى ذلك أن الشخص إذا تغيرت إرادته فهو يلتزم حسب إرادة مفترضة لم تستمر، وأنه إذا أراد أمر في الماضي فلا يستتبع ذلك وجوب أن يريد هذا الأمر في الوقت الحاضر، فهو يستطيع بمقتضى حقه المطلق الذي يقره القانون الرجوع فيما التزم به لأنه حر في الوقت الحاضر وبصفة مطلقة وبغض النظر عن الزمن، وعلى ذلك يكون التنفيذ الجبري للعقود منافيا لهذا المبدأ، وفي هذا السياق يقول "جونو": "أليس معنى حرية الإرادة أن يكون سلطان إرادة الماضي مقصورا على

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 159، 160. عليان عدة، المرجع السابق، ص 96؛ أيمن أبو العيال، المرجع السابق، ص 458.

² مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2، 2004، ص ص 586، 587.

³ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 31.

التصرفات التي تمت في هذا الماضي، وأن يكون سلطان إرادة اليوم مقصوراً على أعمال اليوم؟ فبأي حق تتغلب إحداها على الأخرى؟¹

فمنطق مذهب الإرادة لا يستقيم إذا إلا إذا بقيت الإرادة التي التزمت على حالتها الأولى حتى تمام تنفيذ الالتزام، ولكن من الواضح أن إرادة الشخص لا تبقى على حالة واحد وأنها تتغير باستمرار، ولا يمكن التسليم بصحة مذهب الإرادة إلا إذا نفذ الشخص ما التزمت به إرادته طوعاً، فإذا ما أجبر على ذلك فلا محل للقول بان الالتزام أساسه الإرادة الحرة، فإن كان مذهب الإرادة يبتغي تحقيق مصلحة الفرد باحترام إرادته وعدم تحميله الالتزام دون رضائه، فإن الواقع عكس ذلك، فالقانون لا يتدخل لأنه يحتضن إرادة الشخص ليحقق له مصلحته الحالية، وإنما قد يتدخل ضد إرادته ليجبره على تنفيذ التزام، كان قد رضي تحمله في الماضي نتيجة عدم خبرة أو رعونة أو حاجة أو هوى، وهذا الرضا قد اندثر بالعدول عنه.²

وهكذا يؤدي بنا هذا النقد إلى القول بأن مذهب الإرادة يفتقر إلى البرهان، إذ يبقى التساؤل:

لماذا يلتزم شخص بإرادته الأولى ولا يستطيع العدول عنها إلى إرادة أخرى؟ أي: تفسير لماذا لا

يستطيع الشخص أن يغير إرادته ويعدل عما سبق أن التزم به في الماضي؟

فلم لا تحترم هذه الإرادة اللاحقة التي نسخت الإرادة السابقة ما دام قد اتضح أن الإرادة اللاحقة

هي التي تحقق مصلحة صاحبها؟

كيف يمكن لمذهب الإرادة تفسير نشأة الالتزام بإرادة المتعهد وبقاء هذا الالتزام قائماً رغم عدول

الشخص عن إرادته؟

وقد حاول البعض أمام هذا النقد، تفسير عدم استطاعة الشخص الرجوع عن إرادته السابقة

والتحلل من وعده، بإرجاع أساس الالتزام العقدي إلى فكره قيام إرادة عليا مركبة من إرادتي المتعاقدين،

فهي إرادة ذات كيان مستقل، منفصلة عن المتعاقدين وتسمو فوق إرادتهما، وهي التي تكون قانون العقد

الذي يخضع له كلا طرفيه، إلا أن هذه التفسير إنما يقوم على محض افتراض لا يتفق مع الواقع، فالحقيقة أنه

لا يوجد في العقد سوى إرادتي طرفيه، كما وأن الإرادة مكنة لصيقة بالشخص، فمن هو هذا الشخص

الذي تنسب إليه هذه الإرادة العليا الجديدة؟ وفضلاً عن ذلك فإن هذه الفكرة يصعب تصورها في العقد

الملزم لجانب واحد، كما يستحيل تقبلها في حالة التصرف القائم على الإرادة المنفردة.³

¹عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 32.

²المرجع نفسه، ص 33

³المرجع نفسه، ص 34

ثانياً- ظهور فكرة "القانون مصدر الالتزام": انبرى من الفقهاء من يؤخذ بفكرة التضامن الاجتماعي وينقم هذا المذهب الفردي أنه لا يقيم وزناً لأي اعتبار أخلاقي إلا فيما يتعلق (بالذات) أو (الأنا) لأن الإرادة الحرة بذاتها جديرة بالحماية وما هدف القانون إلا إنفاذ تلك الإرادات، ولأن الذات هي المحور الذي يدور عليه سلوك الفرد¹، ولطالما أنكر هؤلاء الفقهاء على القانون اعتباره الإرادة الحرة للأطراف جوهر العقد وأساس قوته الملزمة، ويرون ضرورة استبدالها بقانون يمكنه أن يُقر أو يحضر بعض الالتزامات من أجل الحد أو التخفيف من حرية الإرادة وأثرها الضار، بل ويستوجبون تدخل القانون في العقد وذلك بهدف تعطيل الأثر الضار للأناية الموجودة في الحرية².

ويرون أنه لا بد أن يكون مصدر إلزام الشخص شيئاً آخر غير إرادته وهذا الشيء هو القانون، فالقانون هو الذي يعطي للإرادة القدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، وذلك بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية وإنما أيضاً بالنسبة للمستقبل؛ فقد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أخرى تخالف الإرادة الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي التزم القيام بها، فيلزمه القانون بها وهو بذلك يُضفي على العلاقة العقدية عنصر الثبات ولهذا فإن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد³.

وعلى هذا فإن جوهر العقد ليس إرادة أطرافه وإنما الثقة المشروعة والتي بسببها يجعل القانون العقد ملزم لعدم إهدار هذه الثقة⁴، فالعقد ينشأ دائماً بإرادة أطرافه ولكن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها في ترتيب الأثر، والصحيح أنه ليس هدف القانون ضمان حرية تلك الإرادة وتحقيق سلطانها لأن هدفه الأول هو تحقيق العدالة ومصصلحة المجتمع، وبالتالي فإن تلك الإرادة يجب أن تكون متوافقة في ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع، وللمشرع أن يتدخل في تقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف بموجب "فكرة التضامن الاجتماعي".

وعليه فإن للقانون دوره كما للإرادة دورها أيضاً وأن القول بانعدام الإرادة في حياة العقد هو قول يُجانبه الصواب، فالمتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، وللدولة غرضها وهو

¹فتحى الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984، ص42، 43.

²أنظر: آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص391، 309.

³أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998ص191.

⁴آدم أبكر صافي النور، انتقادات التي يقوم عليها مبدأ العقد شرعية المتعاقدين، مجلة العدل، مج8، ع19، 2006/12/30، وزارة العدل إدارة التأصيل والبحث والتدريب، السودان، ص391.

تحقيق المصلحة العامة¹، ولذلك فالقانون لا يعطي للأفراد إرادة حرة مطلقة وإنما يعطيهم حرية نسبية يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض².

وإذا حدث وأن إنهدمت قرينة تكافؤ المصالح وتعادل القيم بفعل الواقع وظهر عدم عدالة العقد أو إضراره بالمصلحة العامة، فإنه يفقد القوة الملزمة، لأنه ليس شيئاً يحترم لذاته لأنه -باعتباره توافق إرادتين، إنما العقد ضرورة اجتماعية يحترم إعمالاً للتضامن الإنساني متى سعى لتحقيق الخير العام الذي هو غاية القانون.

ومنه فإن الإرادة ليست غاية القانون فهو لا يرتب عليها أثراً ملزماً تحقيقاً لسلطانها، وإنما هي وسيلة لتحقيق الخير العام والعدالة، وهي إن لم تحقق ذلك أو بالأحرى خالفته فلا سبيل لإعطائها الأثر الملزم³.

-الاتجاه المعتدل في تقدير مبدأ سلطان الإرادة: (المدرسة التضامنية الفرنسية) يتقدمه الفقيه ديجي Duguit، يرى هذا الاتجاه أن هناك بوناً شاسعاً بين ما يقول به مؤيدو مبدأ سلطان الإرادة ومناهضوه، وحقيقة الأمر أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأي ولا بذلك وإنما أقام هذا الاتجاه تقديره لهذا المبدأ على الوسطية ومحاولة الاعتدال بين المذهب المؤيد والمذهب المعارض لهذا المبدأ إذ لا يمكن الأخذ بالنقد الموجه لهذا المبدأ على إطلاقه والتخلي عنه نهائياً ونفي أي سلطان للإرادة، وبالمقابل لا يمكن الأخذ بالمبدأ كلية وكما قال به أنصاره، ومن هنا ظهر الاتجاه المعتدل في تقدير دور الإرادة وسلطانها في القانون الخاص فوقف بها عند حدودها المعقولة وجعل لمبدأ سلطان الإرادة مجالاً في حدود معينة⁴.

فهذا الاتجاه جاء ينتقد الأساس الفردي لقوة العقد رغم تأكيده على وجوب احترام القوة الملزمة للعقد التي يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدية أو بالنظرية الاجتماعية للعقد، إذ يؤكد الفقيه

¹أنظر: جمال الدين زكي، الوحي في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول مط. جامعة القاهرة ط 1976 ص 133.

²أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 117.

³أنظر: آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 393.

⁴على سبيل المثال لا سلطان للإرادة الفردية في القانون العام، فالروابط القانونية في هذا الفرع من فروع القانون تحددها المصلحة العامة وليس إرادة الفرد، وأما القانون الخاص فللإرادة فيه دور متفاوت بين هذا الفرع وذاك ففي مجال الأحوال الشخصية يتضاءل هذا الدور فالزواج عقد تنشئه الإرادة ولكن آثاره مستقل بما القانون وفقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع ولا دور للإرادة ببقية روابط الأسرة، كما وإنه لا يمكن للإرادة أن تحدد مدى وآثار الحقوق العينية وإنما يتولى القانون هذا الأمر، ويتسع دور الإرادة في نطاق الحقوق الشخصية والالتزامات، فالإرادة قوام التصرفات القانونية والتي تشكل أهم مصدر للحقوق الشخصية مع أنها ليست المصدر الوحيد لهذه الحقوق فهناك المصادر غير الإرادية كالفعل الضار والإثراء بلا سبب والقانون.

"فرانسوا جيني" (françois geny) على المبدأ بقوله: "علينا الإبقاء على المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي"¹.

فهم يأخذون على مبدأ سلطان الإرادة إعطائه للأفراد الحق المطلق في إنشاء الالتزامات الأمر الذي يستوجب الاعتراف للفرد بحق شخصي يعلو على حق المجتمع، والصواب عندهم أن الالتزام ينشأ من تلاقي المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية، ودور الإرادة الفردية هو تحريك قواعد قانونية موضوعية معينة لتتطبق على علاقات الأفراد، فهناك قواعد قانونية تحركها الإرادة الفردية كما في حالة إبرام عقد صحيح يرتب عليه القانون التزامات معينة استجابة للإرادة الفردية.

فهذا الاتجاه يعترف بتكريس دور الإرادة في إنشاء الالتزام وإن كان القانون هو الذي يرتب الأثر، فأبي أثر قانوني منسوب للتعاقد الحر أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى للإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر، وهناك قواعد لا تحركها الإرادة الفردية مثل قواعد الأهلية بالنسبة إلى القصر، فليست إرادة القاصر هي التي طبقتها، ومثل قواعد المسؤولية التقصيرية، فليست إرادة مرتكب الفعل الضار هي التي تحركها، وينبغي على ذلك أن العقد إنما هو توافق إرادات عدة أشخاص على الخضوع لقاعدة قانونية موضوعية لا تنطبق عليهم إلا إذا أرادوا هم ذلك فهو عمل أو تصرف شرطى إذا توافرت الإرادة توافر انطباق القاعدة (acte condition)².

- عدم تكريس استقلالية الإرادة من قبل القاضي الدستوري: إن الافتقار إلى تكريس استقلالية الإرادة كمبدأ معياري ليس أقل مفارقاً، يشير "نيشيسكي" على وجه التحديد إلى أن "عقيدة استقلالية الإرادة تتسم بالعداء والتناقض. بدعوى الدور الأساسي في تصميم العقد، إلا أنه في الواقع لم يتم الاعتراف بمبدأ استقلالية الإرادة على أنه ذو قيمة دستورية"³، على الرغم من تأثيرها الكبير على كتابات النظرية القانونية، وقد قطع المجلس الدستوري النقاش بقراره الصادر في 20 مارس 1997، والمعروف باسم

¹ « ... on doit maintenir, le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue, elle se heurte aux réalités, qui lui sont extérieures et aux necessites, de l'organisation social.» Malaurie ph, aynes l.et stoffèl. Munck ph,op cit, p 358.

² أنظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، مج 1، نظرية الإرادة المنفردة، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ب. د.ط، 1987، ص213؛ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص93،94.

³ "Le dogme de l'autonomie de la volonté est marqué par l'antagonisme et la contradiction. Revendiquant un rôle de clé de voûte de la conception du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté ne s'est cependant pas vu reconnaître valeur constitutionnelle" S. NICINSKI, "Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs", op. cit, p46.

صندوق التقاعد: "لا المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ولا أي معيار للقيمة الدستورية ينتج عنه مبدأ دستوري يقول "بسلطان الإرادة"¹، ولم يتراجع عن هذا الرفض منذ ذلك الحين. حاول المدافعين عن فلسفة سلطان الإرادة إيجاد حل "احتياطي" يعتمد على العلاقة الوثيقة التي تربط بين فلسفة سلطان الإرادة ومبدأ الحرية التعاقدية² لتبرير تكريسه من جانب الثاني. ومع ذلك، يبدو واضحاً أن إضفاء الطابع الدستوري على الحرية التعاقدية لا يعادل إضفاء الطابع الدستوري على استقلالية الإرادة³.

المبحث الثالث: التطور الفلسفي لمفهوم الزواج.

لقد أبرز فلاسفة العصور القديمة والوسيطه عددًا من المواضيع المتكررة في فلسفة الزواج، وسنرى من خلال هذا المبحث كيف مهدت هذه الأعمال الطريق للجدل المعاصر، وكيف انعكست هذا الأفكار المتطورة والمتداخلة على مفهوم الزواج باعتباره فريضة دينية، أو التزاما تعاقدياً، أو وحدة اقتصادية أو تناسلية، ودور الجنس والتناسل في الزواج، والطبيعة الجندرية لأدوار الزوجين والعلاقة بين الزواج والدولة.

المطلب الأول: الزواج في الفلسفة اليونانية والرومانية

لقد كان يُنظر إلى الزواج في المجتمعات اليونانية والرومانية القديمة على أنه واجب مدني، ورغم ذلك كانت الطقوس الوثنية تمارس في يوم الزفاف لكي تباركه الآلهة، كما لم يكن يُعتبر الطفل شرعياً إلا إذا ولد أثناء الزواج فقط، ويمكنه بالتالي أن يرث اسم والده وأمواله⁴.

الفرع الأول: الزواج في تصور أفلاطون

يجب أن يخضع الزواج من منظور أفلاطون (347-427 ق.م) لدولته المثالية إلى إعادة هيكلة جذرية تهدف أساساً لإلغاء الأسرة الخاصّة، عن طريق القيام بزيجات مؤقتة لتحسين النسل في مهرجانات ينظم

¹ "Ne résulte ni de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni d'aucune norme de valeur constitutionnel un principe constitutionnel dit de l'"autonomie de la volonté" C. C., déc. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Loi créant les plans épargne retraite, JO 26 mars 1997, p. 4661 ; JCP 1997, I, 4039, chron. M. FABRE-MAGNAN ; LPA, 17 octobre 1997, p. 328.

² V. Y. GAHDOUN, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2008, p. 33.

³ Cf. dans le même sens, P.- Y. GAHDOUN, La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2008, p. 179 : le Conseil constitutionnel "a en quelque sorte prononcé le divorce entre les deux notions ; il a séparé leur destin, il a fait de l'une un principe potentiellement opérant (la liberté contractuelle) et fait de l'autre (l'autonomie de la volonté) un principe définitivement congédié.

⁴ Amandine Stehlin. op.cit.,P8.

فيها الحاكمون قرعة سرّية لاختيار الأزواج، حتى تكون الزوجات والأطفال مشاعاً فيؤخذ النسل الناتج من الوالدين البيولوجيين وتجري تنشئته في دور للحضانة دون أن يكون للأطفال أسماء، ومبرره في ذلك تمديد الروابط الأسرية الخاصة وتوسيع التسامح الأسري من نطاق الأسرة النووية ليشمل جميع أفراد الدولة، من أجل تثبيت المصالح الخاصة التي تتنافى مع الصالح العام وقوة الدولة؛ إلا أن هذا التصور كان يتعارض بشكل واسع مع أنماط الزواج الفعلية السائدة في عصره، رغم انه كان يرى ببقاء الزواج الخاص على حاله لكنّه يصمّم على نحو يخدم المنفعة العمومية.¹

الفرع الثاني: الزواج في تصور أرسطو

اعتبر "أرسطو" (322-384 ق.م) " نظرة "أفلاطون" للزواج غير عملية، لأن افتراضه إمكانية نقل الإنسان محبته الطبيعية لأسرته لتشمل كل من يشاركه في المواطنة أمر غير ممكن؛ إذ الدولة في نظر أرسطو تنشأ من تراكم مجموع الأسر، بدءاً بالاتحاد التناسلي الطبيعي بين الرجل والمرأة، لا من أسرة واحدة، وإن ارتكاز الدولة على نشاط كل أسرة بمفردها يقوي من مكانة الزواج وجوهريته في النظرية السياسية، كما اختلف أرسطو مع أفلاطون حول الأدوار الجندرية في الزواج، إذ يرى أرسطو أنّ الزواج يتخذ بنيتة المناسبة بواسطة الجندر، ففيه يعبر الزوج والزوجة عن امتيازهما بشكل مختلف، فالزوج هو الأنسب للقيادة، وتبدو شجاعة المرأة عبر الطاعة، وهو تكامل يعزّز الصالح الزواجي.²

المطلب الثاني: الزواج في اليهودية والنصرانية وفلسفة العصر الحديث.

لقد اتسمت نظرة الفلاسفة القدماء إلى الزواج باعتباره وحدة سياسية واقتصادية في الأساس، حتى قدّمت الفلسفة الدينية تركيزاً جديداً على الزواج باعتباره عقداً روحياً يتم وفق مراسيم وطقوس ذات صبغة دينية، تكتسي بها الرابطة الزوجية صفة القداسة، وتجعل منها السياق الحصري المباح للعلاقات الجنسية.

الفرع الأول: مفهوم الزواج في الشريعة اليهودية.

تقوم الأسرة في الشريعة اليهودية على نظام الزواج، وأكدت عليه كواجب ديني مقدس على كل شاب، لذلك يمقت اليهود العزوبة ويحضون على الزواج وينظرون إلى الأعزب المتخلف عن أداء واجب

¹ إليزابيث بريك، الزواج والشراكة الأسرية، موسوعة ستانفورد للفلسفة، ترجمة: علي الحارس، ص5، تاريخ التحميل: 2020/03/15، الرابط: <https://hekmah.org/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%>

Brake, Elizabeth, "Marriage and Domestic Partnership", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.),

URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/marriage/>>.

² المرجع نفسه، ص5.

التكاثر نظرة احتقار، وكذلك هي نظرتهم إلى المرأة التي لا تنجب؛ لأن المرأة في شريعتهم ما اكتسبت التقدير والاحترام إلا لأنها أم للأولاد، وعلى هذا فالمرأة العاقر لا تستحق أي احترام أو تقدير¹.

وتمر مراسم الزواج عند اليهود عبر ثلاث إجراءات ذات طابع ديني، هي التقديس وكتابة العقد وصلاة البركة التي تقام في احتفال علني بطقوس دينية خاصة، ويحضره عدد من الناس، إلا أن هذه الإجراءات والمراسم الشكلية لم تكن مطلوبة من الناحية القانونية في البداية، وبقيت إجراءات غير مشروطة في الانعقاد، حيث لا يترتب على عدم احترامها أي أثر يمس بصحة عقد الزواج، ليصبح التبرك والعلانية في ما بعد شرطان لازمان لإتمام الزواج وإلى هذا أشارت المادتين 61 و56 من مجموعة ابن شمعون².

الفرع الثاني: مفهوم الزواج في المسيحية وخصائصه

يعتبر الزواج عند المسيحيين عقدا مقدسا يخضع لطقوس ومراسم دينية ملزمة، قواعده مستقاة من الكتب السماوية وكتابات رجال الدين، وإن عدم احترام هذه القواعد يؤدي إلى عقوبات دينية؛ فهو سر الكنيسة الكاثوليكية، يوحد الأزواج ببعضهم البعض من جهة وبالكنيسة في جماعة المؤمنين من جهة ثانية، ويعطي كل من الزوجين حقا على جسده، بل حقا على جسد الآخر من أجل المباشرة والإنجاب، وهو عند الإنجليين البروتستانت: اقتران رجل واحد وامرأة واحدة اقترانا شرعيا مدى حياة الزوجين³.

وقد كان القديس أوغسطين (354م-430م) يستهجن الجنس خارج إطار الزواج، والشهوة داخله فهو يفضل حالة العزوبية والامتناع عن كل اتصال جنسي حتى عن الجماع الزوجي الذي يؤدي بهدف الإنجاب، لكنّه يبرّر الزواج بما له من غاية ضرورية هي التناسل، وبما له من فوائد كالإخلاص بين الزوجين، والمحافظة على الشعائر الدينية⁴.

أما القديس توما الإكويني (1225-1274)، فقد أقر بالأحكام والأخلاقيات الجنسية التي دعت إليها المسيحية وأرستها أسس القانون الطبيعي؛ ورأى بأن الزواج الأحادي يتوافق مع القانون الطبيعي لأنه

¹ مرزوقي قدار، اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2012/2013، ص 38.

² حاتم دايدو، المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج محاولة في التأصيل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2005-2006، ص 124. مرزوقي قدار، المرجع السابق، ص 38.

³ مرزوقي قدار، المرجع السابق، ص 53.

⁴ إن الزواج في نظر القديس أوغسطين ولو كان بغاية التناسل والإنجاب يبقى عاجز عن تحسين صورة الشهوة من الناحية الأخلاقية، فالاتصال الجنسي بين الزوجين من أجل الإنجاب مباح لا يأثم من يقوم به، أما الجنس الزوجي الذي لا غاية له سوى إشباع الشهوة فهو إثم يمكن الصفح عنه، إلا أنه مفضّل على الجنس خارج إطار الزواج، لحماية الزوجين من الإغراء، مما يؤدي إلى استدامة الإخلاص المتبادل، إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 6.

الأنسب لتنشئة الأطفال، وأن التزامات الزواج تؤدّي وبشكل حصري إلى تمكين المحبة الزوجية، كما أن الجنس الزوجي يوظف الجسد لغاياته المتمثلة بالمحافظة على النوع البشري، ويحقق المنافع البشرية الرئيسية، بما فيها: الإخلاص المتبادل بين الزوجين، والحياة المشتركة.¹

ويتسم الزواج المسيحي بخصائص تميزه عن غيره في الديانات السماوية الأخرى، ويمكن تلخيصها في ما يلي²:

1- الزواج سر مقدس: اعتبرت المذاهب المسيحية أن الزواج من صنع الله الزواج لذلك فهو من المقدسات أو من أسرار الكنيسة السبعة، ويعرف بكونه الرابطة الروحية التي تتم بما عليه نعمة الروح القدس التي تنحدر من السماء بناء على استدعاء الكاهن، فتؤلف بين العروسين وتوحد بينهما وتصيرهما جسدا واحدا، فيكون كل منهما ملكا للآخر ووقفا عليه وحراما على غيره، وذلك لإقامة أسرة طاهرة تحيا بالتعاون والحب وميلاد أولاد طاهرين³.

ووصل الأمر بالأرثوذكس والكاثوليك، أن ارتفعوا به إلى مرتبة السر الإلهي أي أنه عندهم أكثر من علاقة مقدسة، وأن المسيح هو الذي ارتقى به إلى ذلك الحد فلذلك يعتبر من الأسرار السبعة التي تركز عليها المسيحية، وقد تقرر هذا في المجامع الكنيسية، حيث رتب هذا السر سابعا وجعل منه رمزا لاتحاد المسيح والكنيسة⁴.

فإذا كان الزواج يرتقي إلى مرتبة السر الإلهي حسب اعتقادهم، فمن الطبيعي والبديهي أن لا يبرم إلا عن طريق الكنيسة ليتم بذلك إعلام الزوجين ومن يحضر معهم أن الزواج ليس مجرد اتفاق طبيعي بل إنه عمل ديني، ومن جهة أخرى فإن ذلك يذكر المسيحيين أن الله يتدخل كطرف في العقد، فقد جاء في الكتاب المقدس: " ما جمعه الله لا يفرقه الإنسان"⁵.

2- عدم جواز الاقتران الرجل بأكثر من امرأة واحد وهذه خصوصية في الديانة المسيحية، وهي عدم إباحة تعدد الزوجات.

¹ المرجع نفسه، ص 6.

² مرزوقي قدار، المرجع السابق، ص ص 47، 48.

³ صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، مطبعة نفضة مصر، ب د ط، 2000م، ص 34.

⁴ أما عند البروتستانت فلم يرتق الزواج إلى هذا الحد، واكتفوا بتقديس الرابطة الزوجية؛ لأن الله سبحانه رسم نظام الزواج وكرمه منذ أن بدأ الخلق فقد جاء في رسالة بولس إلى العبرانيين: "ليكن الزواج مكرما عند كل واحد والمضجع غير نجس"، وبناء على هذا فإن الزواج باعتقادهم أفضل من البتولية والانقطاع للعبادة. مرزوقي قدار، المرجع السابق، ص 53.

⁵ محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا "دراسات قانونية وحالات شاذة"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط 1، 2001م، ص 246.

3- الرابطة الزوجية أبدية مدى حياة الزوجين، وهذا يعني أن الزواج غير قابل للانحلال فلا طلاق في المسيحية إلا لعلة الزنا.

4- الزواج المسيحي لا يتم ولا ينعقد صحيحاً إلا إذا تم على يد كاهن، وطبقاً للطقوس الدينية المقررة، لأن الزواج له طبيعة دينية مقدسة فلا بد من تدخل الكنيسة لإتمامه.

الفرع الثالث: مفهوم الزواج في فلسفة العصر الحديث

لم يعرف عصر أرسطو وفلاسفة الكنيسة مشكلة في إقامة بنية الزواج على أساس الفروق الجنسية وتفسير خصائصه المميّزة على أساس الطبيعة أو الشعائر، حتى ظهور عقائد المساواة في الحقوق وحرية التعاقد التي أفرزها عصر التنوير الأوروبي؛ تحدياً للكنيسة ورجالها الذين قدموا تصورات منحرفة عن بقايا دين حرفوه يرفضها العقل، فجاءت هذه المذاهب كرد فعل مغالي وانقلابي على هذه التصورات الكنسية.

وعلى ضوء هذه التطورات برزت مشكلات فلسفية بسبب ما يعتري محتوى العلاقة الزوجية من انعدام المساواة في الخيار الذي يقيّد حرية إرادة المرأة؛ ويُهدد لنشوب النزاع بين الأشكال الجديدة للرابطة الزوجية؛ فلم تكتف مذاهب القرن الثامن عشر بالإصلاح وإنما أرادت أن تحطم الصليب، وأن تقوض الإدراك الديني للحياة¹، لتعلن ذوبان الإنسان في هذا العالم المادي، إما خضوعاً له أو توحداً به، في حركة لا تمت لخالق بصلة، وظهرت معها أشكال جديدة للعلاقات بين البالغين قائمة على حرية الإرادة والاختيار تناقض في مضمونها البنية التقليدية للزواج في نظام بلا غاية أو هدف، يكفي فيه "الإنسان/المادة" بذاته، يرى مقومات حياته وحركته داخله، فمركزه وقوة دفعه كامن في إرادته²، لا يلتفت إلى الوحي أو اتصال بين الإله والإنسان.

ومن ثم أُغرق الإنسان في المادية البحتة فأصبح الرجل الحديث عبداً للمنفعة، ساعياً وراء اللذات دون التفكير في الغاية التي يلتمسها من ورائها، مفتقراً تماماً إلى الإحساس بالقيم.³

وقد حاول "كانط" و"هيجل" أن يبيّنوا بأنّ الصفات المميزة للزواج يمكن تفسيرها وتبريرها على ضوء مبادئ معيارية إرشادية؛ وفي مقابلهما وقف أوائل منظري النسوية من أمثال جون ستوارت ميل ليحاججوا بأنّ الهرمية الزوجية ليست سوى إحدى البقايا الظالمة للحقبة التي سبقت العصر الحديث⁴، لتتعدّى كتاباته

¹ بول هازار، الفكر الأوروبي في القرن الثامن عشر، ترجمة محمد غلاب، مصر: دار الحدائث للنشر، ص2.

² انظر: عبد الوهاب المسيري، دراسات معرفية في الحدائث الغربية، القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، ط1، 2006، ص17.

³ مصطفى حلمي، المنفعة العامة كأحد المذاهب الأخلاقية في الفلسفة الحديثة، الرابط:

<http://www.alukah.net/sharia/0/44004/>

⁴ إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص7.

المستوى النظري التجريدي إلى مستويات تطبيقية ترجمت نفسها تشريعياً وسياسياً في إنجلترا، فبعد وفاته عام 1873م اعترف القانون الإنجليزي عام 1882م بحق المرأة المتزوجة في الامتلاك أسوة بزوجها، وخول للأم حق الإشراف على أبنائها أسوة بالأب¹.

1- مفهوم الزواج عند جون جاك روسو (1712-1778): إن من تطبيقات نظرية العقد الاجتماعي عند "روسو" أنه يرى الأسرة، أول نموذج للمجتمعات السياسية؛ "حيث يكون الرئيس صورة الأب، والشعب صورة الأولاد، وبما أن الجميع يولدون أحراراً متساوين فإنهم لا يتنازلون عن حريتهم إلا لنفعهم، وكل الفرق هو أن حب الأب لأولاده في الأسرة يؤديه بما يراعاهم به، وأن لذة القيادة في الدولة تقوم مقام هذا الحب الذي لا يحمله الرئيس نحو رعاياه"².

كما أثارت رسالة روسو حول التعليم توتراً اجتماعياً شديداً عندما وصفت طبيعة المرأة والمنزلة غير المتساوية للزوجين، فالتعليم الذي يناسب الزوجة حسب رأيه، هو قالب معتمد لكل النساء لا يؤهلهن سوى لإسعاد أزواجهن وخدمتهم وتنشئة الأطفال³.

2- مفهوم الزواج عند إيمانويل كانط (1724-1804): لقد جاء إيمانويل كانط بتصور للزواج يمزج بين الفهم التعاقدى المبني على حرية الإرادة وبين الانشغال الأوغسطيني بالأخلاق الجنسية، ويرى "كانط" أنّ المحتوى التعاقدى المميز للزواج يجعل الالتزامات الزوجية التزامات خاضعة لتوافق إرادة الزوجين، وهو ما يتلائم مع نظرية سلطان الإرادة التي تُنسب إليه أحياناً؛ وتعتبر هذه النظرية أن إرادة الإنسان ذات سيادة وأنه وحده الفعل الإرادي للشخص يمكن أن يجعله ملتزماً، ولا يلتزم الشخص إلا بالقدر الذي يريده، بما في

¹ جون استيوارت ميل، استعباد النساء، ترجمة وتعليق وتقديم إمام عبد الفتاح إمام، سلسلة الفيلسوف والمرأة (5)، القاهرة: مكتبة مدبولي، 1998، ص 17.

² جون جاك روسو، العقد الاجتماعي، المرجع السابق، ص 25.

³ ولقد هاجمت ماري وولستونكرافت (1759-1798) آراء روسو حول طبيعة المرأة وتعليمها ومنزلتها اللامتساوية في الزواج، وذلك في كتابها (دفاع عن حقوق المرأة). "فقد كتبت ... في الدفاع عن حقوق المرأة سنة (1792) ضد الأساس العالمي- التاريخي للثورة الفرنسية، ودافعت بقوة عن فكرة الحقوق الطبيعية التي وهبها الله وهزأت من المفكرين أمثال روسو الذين حددوا ممارسة هذه الحقوق بالرجل وحده. تضمنت حجة ولستونكرافت في أساسها استيضاحاً للنزعة المتواصل بأن النساء يُعتبرن عاطفيات أكثر من كونهن عقلانيات. تقول ولستونكرافت، أن اتهام المرأة بالشعور المفرط ما هو إلا انعكاس للقيد الثقافي والعرف بين الجنسين، وليس انعكاساً لطبيعتها الأنثوية، وأن مادة العقل الفطرية موجودة عند الولادة لدى كلا الجنسين، إلا أن الاختلاف الشاسع في تربيتهما يؤدي إلى تطور قوى البشر العقلانية الطبيعية عند الرجال وضمورها عند النساء، تُضيف ماري ولستونكرافت، بأنه من الأفضل أن تُعامل بنات جنسها كمخلوقات عقلانية، بدلاً من التملق بفضائلهن الجذابة، واعتبارهن في حالة من الطفولة الدائمة، غير قادرات على الاعتماد على أنفسهن". ليندا زيريللي، النقد النسوي للبرالية، ترجمة سنية نمر ياسين، رابط الموضوع: <http://cutt.us/vFBZe>. للمزيد من التوسع في الموضوع انظر: إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 8.

ذلك الالتزام الذي يسمح بالممارسة الجنسية¹، فالإرادة هي التي تخلق الالتزام في ذمتها بمقتضى النفس سلطانها ومشيتها².

والحقوق الزوجية في نظر كانط، هي حقوق محلها شخص الزوج تشبه إلى حد ما الحقوق المتعلقة بالأشياء، مقتضاها الحيابة المتبادلة للخصائص الجنسية بين الزوجين مدى الحياة، ويفترض بهذه الحقوق المتبادلة أن تجعل الجنس متوافقاً مع العدالة واحترام الكرامة الإنسانية، وتكرس الاعتراف للفرد بالإرادة الذاتية وتؤكد كيانه من خلال تدعيم استقلال إرادته وتقويتها بما يحقق للإنسان سيطرته على تصرفاته وتقرير مصيره³؛ وإن كان هذا تعامل يفرضي إلى تصور تكون فيه الزوجة مملوكة لزوجها كما لو كانت شيئاً من الأشياء، وبالمقابل فإن الزوجة المملوكة تسترد ذاتها وشخصيتها عندما تمتلك بدورها زوجها⁴.

هذا التصور الكانطي لطبيعة التعاقدية في الزواج جعله يرى بأن الجنس الزوجي تعتره إشكالية أخلاقية وأنه ليس أمراً فاضلاً بوضوح إلا إذا كان التناسل ممكناً؛ لما يتضمنه الجنس من تشييٍ للإنسان، أو معاملة للذات أو الآخر كمجرد وسيلة. ومن المثير للاهتمام أن نجد كانط وهو يقترح بأن العلاقات التي تعاني من إشكاليات أخلاقية يمكن إعادة هيكلتها بواسطة الحقوق القانونية المتساوية والتعامل بالمثل.

ولقد كان لتفسير كانط للتشبيء الجنسي وتركيزه على المساواة والتعامل بالمثل وإعادة التأهيل الأخلاقي للجنس ضمن الزواج الأثر البالغ على أنصار النسوية وأنصار القانون الطبيعي الجديد، والزواج المثلي بعد أن اخضعوا أفكاره لإعادة هيكله بالنظر إلى موقفه المؤيد للمساواة على أساس النوع الاجتماعي (الجندر)⁵، وخطأ الممارسة الجنسي المثلية⁶.

¹ إيزابيث بريك، المرجع السابق، ص 8، 9.

² عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 5.

³ انظر: طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، القاهرة، 1964م، ص 470.

⁴ انظر: إيزابيث بريك، المرجع السابق، ص 8، 9.

⁵ بالإنجليزية Gender: ظهر مفهوم الجندر في ثمانينيات القرن العشرين كمصطلح بارز استخدم في قاموس الحركات النسوية، حيث ظهر في أميركا الشمالية ومن ثم أوروبا الغربية عام 1988، والنوع الاجتماعي أو الجندر أو الجنوسة: هو مجموع الصفات المتعلقة والمميزة ما بين الذكورة والأنوثة، اعتماداً على السياق يمكن أن تشمل هذه الصفات الجنس الحيوي المعين (أي كون الإنسان تشريحياً ذكر أو أنثى أو ثنائي الجنس)، وتشمل البنى الاجتماعية المعتمدة على الجنس؛ بما فيها من أدوار جندرية وأدوار اجتماعية أخرى، أو الهوية الجندرية. حيث أن مجتمع الجندر ينبغي أن يتساوى فيه الإناث والذكور وما يتبع ذلك من تساوي فرص التعليم والعمل والأجر. الرابط:

https://ar.wikipedia.org/wiki/نوع_اجتماعي#cite_note-gender-1 25/03/2021.15h :20m

⁶ إيزابيث بريك، المرجع السابق، ص 8، 9.

3- مفهوم الزواج عند هيجل (1770-1831): إنتقد هيجل اختزال كانط لمفهوم الزواج في إرادة الزوجين باعتباره عقداً توافقياً، وأن الإرادة هي الأساس الذي يولد الالتزامات الزوجية في حقهما، كما أنها مناط تحديد مداه، واعتبر المفهوم الذي يميز الشخصية الفردية لكل زوج كوحدة مستقلة بذاتها أمراً مشيناً؛ ومردُّ هذا النظر إلى ما يقول به مذهبه في سلطان الإرادة الفردية¹؛ لأنَّ الزواج في نظر هيجل يبدأ من الرؤية التعاقدية لينتهي بتكوين اتحاد زواجي يتكون من المحبة الأخلاقية والثقة، وتشارك الوجود الفردي بأكمله، يتخلَّى ضمنه الزوجين عن شخصيتيهما الطبيعيين والفرديتين.²

فالزواج عند "هيجل" هو التعبير الصحيح عن معجزة الحب التي تحيل كائنين متوافقين إلى واحد، وأن يحظى كل منهما بكيونته في شخص الآخر مع استبقاء الاختلاف داخل الوحدة.³

ويجعل "هيجل" من الزواج والأسرة أهم مؤسسة في المجتمع بوصفها غاية جوهرية⁴، ويؤدّي أدواراً مهمّة في منظومة الحقوق، باعتباره نظاماً مصعراً يحاكي نظام الدولة؛ ويتبع "هيجل" سبيل أرسطو في اعتبار العلاقات الأسرية من شروط المواطنة الجيدة، لأن الزواج في نظرها يوسع عضوية أفراد الأسرة من نطاق الاتحاد الزواجي إلى عضوية اتحاد أكبر هو الدولة، تلك العضوية التي تهيب الإنسان للدخول في علاقة مع مواطنين آخرين باعتبارهما أسهما في مشروع مشترك؛ ولذلك نجد "هيجل" يصرُّ على ضرورة تمكين الاتحاد الزواجي من صفات تميزه عن غيره من العلاقات الاجتماعية؛ وتقتضي أن لا يبرم الزواج إلا بعقد رسمي، مُبرراً ذلك بكون الرابطة الزوجية تستلزم أن يتولّى الزوجين أدواراً محددة في الحياة الأخلاقية للأسرة وفي رسم أعراف المجتمع المدني والمؤسسات الاجتماعية للدولة.⁵

4- مفهوم الزواج عند جون ستيوارت ميل (1806-1873): يعتبر جون ستيوارت ميل من أوائل منظري النسوية وشخصية رئيسة في التقليد الليبرالي⁶، كما يُعد كتابه "استعباد النساء" من الكتب التي مثلت

¹ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 5.

² انظر إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 9، 10.

³ هيجل، المؤلفات الكاملة، ترجمة: إمام عبد الفتاح إمام، المجموعة (2)، مكتبة مدبولي، القاهرة، د س ن، ص 883.

⁴ منذر شباني، وهانيا بهجت مهنا، الحب عند هيجل، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة الآداب والعلوم الانسانية، مج 38، ع 5، سورية، 2016، ص 441.

⁵ انظر إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 9، 10.

⁶ تبلور الفكر الليبرالي على يد أكثر من مفكر في أزمنة مختلفة وأمكنة متعددة، غير أن أبرزهم على الإطلاق "جون ستيوارت ميل" كامتداد لمن سبقه أمثال مواطنه الإنجليزي "جون لوك" أو "جان جاك روسو" الفرنسي، ومن عاصروه أمثال "جيرمي بنثام" و"أليكسيس دي توكفيل". والليبرالية مفهوم غامض وتعريب لكلمة (Liberalism) وهي تعني "التحررية"، وتعرفها الموسوعة الأمريكية

انعطافاً فارقاً في الفكر الغربي عامة والفكر النسوي خاصة، وهو الذي يرى في الزواج استمراراً ظالمًا لنظام مورثٍ عن الحقبة التي سبقت العصر الحديث، نظام نشأ بالقوة الجسدية، وقوامه اللامساواة التي يكرسها الرجال حفاظاً على مصالحهم في إخضاع المرأة. ويقول في هذا الشأن: "... الزواج هو بالفعل حالة العبودية الوحيدة التي يعرفها القانون الإنجليزي، فلم يعد هناك من الناحية القانونية، عبيد سوى ربة كل منزل"¹، ويقول أيضاً: "العلاقة بين الزوج وزوجته هي نفسها العلاقة بين السيد الإقطاعي وتابعه، باستثناء أن الزوجة مطلوب منها طاعة غير محدودة أكثر مما كان مطلوباً من التابع"²، ويزعم أن المركز القانوني للزوجة لا يقدّم لها أية حقوق قانونية، ولا يوفر لها الحماية القانونية الكافية في وجه ما تتعرض له من سوء المعاملة من طرف الرجال، والأسوأ من كل ذلك أن جميع الرجال لا يرغبون أن تكون المرأة المرتبطة والقريبة منهم أمةً لهم غصباً عنها، بل أن تكون أمةً بإرادتها فهم يريدون مشاعرها وليس طاعتها فحسب.³

وقد دافع ميل بقوة وحزم عن الحرية الفردية، ويرى أن التمييز في التربية بين الجنسين الذي يخضع له التكيف الاجتماعي يكرس اللامساواة بين الجنسين، وهو الأمر الذي لا يسمح باستيضاح حقيقة طبيعة المرأة، ولا يخول أبداً الجزم بأن طبيعة المرأة تبرّر اللامساواة الزوجية. وأوضح أن تماسك الوضع الراهن ليس نتيجة القيود القانونية الرسمية على حرية النساء ولكن نتيجة نفسية الذكر المتسلطة أيضاً.

ويرفض جون ستيوارت الرؤية التعاقدية التي ترى بأنّ الدخول في الزواج أمر إرادي طوعي تماماً للمرأة لأنه لم يكن للمرأة أي بدائل تتيح لها حرية الاختيار ففي نظره كل الأبواب مسدودة إلا خيار الزواج.⁴ كما طرح فكرة خطيرة استندت إليها النسوية الجندرية في فلسفة الجندر مفادها أن البيئة هي التي تُشكل المرأة لا طبيعتها البيولوجية، وانتقد ما اعتبره مزاعم غير حقيقية حول رسالتها الطبيعية، وذلك حين يقول "نحن نفترض أن الرأي العام للرجال هو أن الرسالة الطبيعية للمرأة هي أن تكون زوجة وأم، وأنا أقول (نحن نفترض) لأن المرء يستطيع أن يستنتج أن رأي النساء على النقيض المباشر لذلك تماماً، ويمكن أن نفترض أنهن يعتقدن أن الرسالة الطبيعية المزعومة للنساء هي أكثر شيء تنفر منه طبيعتهم، بمعنى أنه لو تركت لهن

الأكاديمية الليبرالية هي فلسفة سياسية تركز على الحرية الفردية". انظر: موقع باحثات لدراسات المرأة، مقالة بعنوان "استعباد النساء

"لمحات نقدية"، 2021/06/05 الرابط: https://bahethat.com/report/r23490/#_ftn3

¹ جون ستيوارت ميل، المرجع السابق، ص 144.

² المرجع نفسه، ص 146.

³ ليندا زيريللي، النقد النسوي لليبرالية، ترجمة سنية نمر ياسين، 2021/06/05 الرابط: <http://cutt.us/vFBZe>

⁴ إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 10.

الحرية لأية وظيفة أخرى، وإذا وجدت أية وسيلة للعيش، فلن تكون هناك أعداد متبقية منهن يقبلن الوضع الذي يقال عنه أنه رسالتهن الطبيعية"¹.

- العلاقة الزوجية المثالية عند جون ستيوارت ميل صداقة متساوية: إن تصور ميل للزواج كعلاقة صداقة متساوية يجعل في نظره الأسرة مدرسة للعدالة يتعلم فيها الأطفال مبادئ المساواة الإنسانية، بعكس الزواج بمفهومه التقليدي التعاقدية المبني على اللامساواة الزوجية فهو مدرسة للظلم تربى الذكور على الامتيازات غير المستحقة وتحوّلهم إلى مواطنين فاسدين في المستقبل.²

لذا يعتبر ميل الشخصية الأبرز في الفكر الليبرالي الذي استوحى منه النسويات الكثير من أفكارهن، فهو برأيهن الذي فتح الباب على مصراعيه لتحدي صورة المرأة كـ "ملاك في البيت"، التي أنكرت على النساء صوتهن العلني وجعلتهن الحارسات للأخلاق الأسرية.³

ومن ثم كان تأثير "ميل" هو الأخطر في تدمير حصن الأسرة في المجتمع الأوروبي، لتخطو المجتمعات غير الأوروبية نفس الخطى في هذا المنحدر بعد أن جرت محاولات عوامة هذا النمط الاجتماعي المدمر على يد نسويات هيئة الأمم المتحدة ووكلائهن.⁴

5- مفهوم الزواج عند كارل ماركس وفريدريك إنجلز: لقد نظر الماركسيون إلى الزواج باعتباره ينشأ من ممارسات قديمة للقوة وبأنه ما زال يساهم في استغلال المرأة؛ إذ يرى كارل ماركس الزواج كوسيلة للملكية تدعم النظام الرأسمالي أيديولوجيًا، تجعل من المرأة مجرد أداة للإنتاج، من أجل ذلك نجده قد دعى إلى إلغاء الأسرة الخاصة لتحرير المرأة من امتلاك الرجل لها.⁵

وحاجج فريدريك إنجلز بأن الزواج الأحادي هزيمة تاريخية عالمية للأنتى لأنه تأسس على انتصار الملكية الخاصة على الملكية الجماعية الطبيعية البدائية، وإن استغلال المرأة بدأ مع ظهور الملكية الفردية التي خصت الرجل بالسلطة المالية، فالزواج الأحادي وضع المرأة تحت سلطة الرجل في مؤسسة الأسرة، وأتاح للرجل أن يسيطر على المرأة والتناسل، مما سهّل عملية نقل الثروة الخاصة عبر الأجيال من خلال إنتاج ورثة لا جدال عليهم، بينما همشت المرأة في الفضاء الخاص وحولت إلى متاع يورث، ونزعت عنها صفة القوة الانتاجية على الرغم من عبء الاشغال المنزلية الذي يقع على عاتقها، فضلت المرأة محرومة من جهودها

¹جون ستيوارت ميل، المرجع السابق، ص ص 68، 69.

²إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 10.

³ليندا زيريللي، النقد النسوي لليبرالية، ترجمة سنية نمر ياسين، 2021/05/21، الرابط: <http://cutt.us/vFBZe>

⁴مركز باحثات لدراسات المرأة، مقالة بعنوان: استعباد النساء "لحاح نقدية"، 2021/05/21، الرابط:

https://bahethat.com/report/r23490/#_ftn3

⁵إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص ص 10، 11.

كمنتوج غير مادي في تسيير البيت، بما في ذلك الأمومة التي هي حمل ورضاع ورعاية صحية ونفسية، وتربية وإشراف على تكوين مواطن المستقبل. وإذا ما كانت هناك إرادة في دحر هذه الذهنية، فلا سبيل سوى الثورة على الرأسمالية القائمة على الطبقية واستبدالها بالملكية الجماعية حيث يتلاشى مفهوم الأسرة التقليدي ليحل محله مفهوم التسيير الجماعي لشؤون الطفولة.¹

ويرى الاشتراكيون أن محاولة مثقفي الطبقة الوسطى لإحلال الزواج المدني الأكثر حرية والسهل إنهاءه كبديل عن الزواج الأبدي، الذي لا تنفصم عُراه، خطوة تدمر الأساس الجوهري للاستقرار الاجتماعي للبرجوازية. تدمر فكرة الزواج الأحادي، والأسرة الأحادية المالكة، كما أن رفض مبدأ "الخضوع" في الزواج يؤدي لتدمير الروابط المصطنعة الأخيرة للأسرة البرجوازية ويوفر سيولة أكبر في العلاقات بين الجنسين.²

¹ نصر الدين بن غنيسة، إشكالية الأمومة في الخطاب النسوي الغربي، مجلة التواصل الأدبي، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية، مخبر الأدب العام والمقارن، جامعة باجي مختار، عنابة، مج 09، ع 02، جوان 2020، ص 118.

² ألكساندرا كولونتا، العلاقات الجنسية والصراع الطبقي، موقع الاشتراكي، الرابط:

<https://revsoc.me/our-marxisms/30796>

الباب الأول:

سلطان الإرادة في عقد الزواج بين الحرّية والتقييد

الباب الأول: سلطان الإرادة في عقد الزواج بين الحرية والتقييد

نظر الإسلام إلى عقد الزوج فرغب فيه، واعتبره من أهم العقود والمواثيق التي يجب رعايتها، ورغم أنه لا يخضع في إبرامه لطقوس أو إجراءات دينية خاصة، فهو مع ذلك آية من آيات الله لا يخلو من طابع القداسة، قد وصفه الله سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ، تكريماً للإنسان للوصول به إلى أنبل المقامات، والشريعة الإسلامية حريصة على جلب كل ما يقوي هذا العقد العظيم، ويجعله مؤدياً لجميع غاياته ومقاصده، لما يترتب عليه من آثار بالغة الأهمية على الفرد والأمة.

وهو في نظر القوانين الوضعية أهم مؤسسة تنظم العلاقات الجنسية والتناسل والحياة الأسرية، ولذلك نجد إشكالية الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية قد حظيت ولا تزال بإشباعات فكرية فلسفية وتأطير سياسي وفقهي متميز، تعكس الأهمية القانونية البالغة لهذه الرابطة على مستوى حقوق وواجبات الزوجين والأولاد ودور القانون والمجتمع في حمايتها.

وسنحاول من خلال هذا الباب ربط العلاقة بين الأصول الفلسفية والفقهية لمبدأ سلطان الإرادة كنظرية طورها القانون المدني في ميدان العقود والالتزامات من جهة، والزواج المدني من جهة أخرى باعتباره من أهم المحاولات التشريعية والفقهية لإدخال مبدأ سلطان الإرادة ميدان الأحوال الشخصية، وهي الخطوة التي تسعى من خلالها بعض الدول لبلورة نظام أسري مدني تعاقدي، يقوم على فكرة التراضي والاختيار الحر، بمقتضاه يتم منح الأفراد حق التقرير بإرادتهم في بعض مسائل الأسرة الشديدة الحساسية، كمسألة الاختيار الفردي لشريك الحياة بعيداً عن سلطة الولي، ورئاسة الأسرة والقوامة، وحرية الاشتراط وحتى مسائل فك الرابطة الزوجية.

ولعل أبرز التشريعات تكريسا لنظرية سلطان الإرادة في عقد الزواج هو القانون المدني الفرنسي، باعتباره النموذج الأكثر تأثيراً بمبادئ الحرية والمساواة التي أفرزتها فلسفة الأنوار والثورة الفرنسية، وإعمالاً لمبدأ فصل الدين عن الدولة ابتدع المشرع الفرنسي فكرة الزواج المدني كثمرة من ثمار استرداد السلطة المدنية لتشريع الأحوال الشخصية (الفصل الأول)، ولهذا يمكن اعتبار الزواج المدني ميدان مشترك بين سلطان الإرادة العقدية وسلطان القانون المدني.

فالصياغة القانونية للعلاقة الزوجية كعقد مدني أو اتفاقات مدنية أو شراكة أسرية أصبحت تشكل إحدى أخطر المحطات في مسار اعتراف التشريعات الداخلية بتنوع العلاقات الزوجية وأنماط الشراكة الأسرية في العصر الحديث، ومازالت إلى يومنا هذا تطرح إشكالات قانونية وحقوقية تتمحور حول حرية الإرادة ونطاق الخيار الفردي في عقد الزواج، وما تبطن بُنيته من أسس أخلاقية وقانونية، تحدد طبيعة الحقوق والالتزامات المترتبة عليه، ليطل النقاش في آخر المطاف إشكاليات الاعتراف القانوني بزواج المثليين.

ثم نستعرض بالتحليل الجدل الفقهي الذي أجتهه التطبيقات التشريعية للزواج المدني في ما تعلق بطبيعته القانونية (الفصل الثاني)، وتكييف بعض أوصاف الزواج، وهو الجدل الذي يتجه اليوم حقيقة نحو "تجريد الزواج من طابعه المؤسسي" متأثراً بالإيديولوجية الفردية الليبرالية التي ترفض إخضاع مؤسسة الزواج إلى قانون الدولة، وتقييده بقواعد النظام العام، خاصة وأن البعض يرى في الزواج عقد خاص وعلاقة شخصية يجب أن تحكمه الإرادة الحرة للزوجين.

الفصل الأول:

المضمون الفقهي لمبدأ سُلطان الإرادة
وتطبيقاته في ميدان الأحوال الشخصية

الفصل الأول: المضمون الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة

وتطبيقاته في ميدان الأحوال الشخصية

لقد تأثر القانون الفرنسي بأفكار الثورة وفلسفة مدرسة القانون الطبيعي والتي تعتبر حرية الإرادة حالة فطرية في الإنسان فلا يُتصور أن يُلزم إلا بإرادته الحرة الواعية، وكل تجاوز على الإرادة هو تعدي على الحقوق الطبيعية للإنسان، وقد تجسدت هذه المرجعية من خلال القانون المدني الفرنسي-قانون نابليون لسنة 1804 الذي قام على تقديس حرية الفرد واحترام إرادته، بحيث صاغت المادة 1134 منه مبدأ سلطان الإرادة بنصها على أن: "الاتفاقات المعقودة شرعا تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها"¹. فالعقد إذن قانون مصغر بين الأطراف، وهو من صُنِعهم ولهذا يعبرون عن هذه الحقيقة بأن: العقد شريعة المتعاقدين²، والإرادة الحرة في نظر أنصار مبدأ سلطان الإرادة هي المصدر الوحيد للالتزام وهدف القانون، وأن لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية³.

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها، بل أيضاً يؤلد كل الحقوق الأخرى، فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي، ولكن هناك التزامات أخرى تنشأ من القانون بطريق مباشر كما في التزامات الحوار أو بطريق غير مباشر كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، وحتى هذه الالتزامات جميعها يمكن اعتبار العقد المصدر الأصلي لها، لأن القانون الذي فرضها هو في الحقيقة من عمل الإرادة الجماعية، والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن الملتزم ارتضاها في ذمته التزاماً، لأن أساس العلاقات في هذا المجتمع عقديّ، مفترض في العقد الاجتماعي الذي نادى به جان جاك روسو، وتبنته الثورة الفرنسية، كما أن حقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج، بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقوبات الجنائية يبررها أن المجرم قد ارتضى مقدماً أن ينال جزاء ما اقترف، ويمكن القول بناءً على ذلك أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القوانين، وما ينشأ

¹ حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015/2016، ص 33.

² هذا المبدأ نجده في المادة 1134 مدني فرنسي بالنص التالي:

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

³ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 141.

عنها من التزامات أو عقوبات، فالإرادة تعلقو على القانون نفسه¹، ولا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام، والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة، وخاصة حيث يمكن أن تمس حريات الآخرين².

المبحث الأول: المضمون الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي

من المسلم به في الفقه الحديث أن الإرادة هي عماد التصرفات القانونية، وترتكز عليها أغلب الالتزامات سواء تلك التي تستند إلى الإرادة بمفردها أو تستند إليها مقترنة بإرادة أخرى، ويتضح ذلك من التعريف السائد للتصرف القانوني بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، وقد يتمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنجائه، وكذلك من تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين أيا كان هذا الأثر سواء كان إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء التزام³.

المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة

لقد أسهبت الكثير من الدراسات والبحوث القانونية في تعريف مبدأ سلطان الإرادة من خلال بيان خصائصه ومقتضاه، لذا سأستعرض تعريف مبدأ سلطان الإرادة في الفقه القانوني ثم خصائصه، ودور نظرية العقد الاجتماعي في تفسير خصائصه.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة

يعبر عن سيادة الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بمبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذي كان له الحظ الأوفر من الأثر في القوانين الحديثة بعد انتشار المذهب الفردي، ويوضحه الفقيه "جونو Gounot" الطابع السيادةي للإرادة الفردية، عندما يقرر إن الفاعلية المميزة للإرادة الفردية التي نسميها سلطان الإرادة

¹ "... وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة، والميراث مبني على وصية مفروضة وطرق التنفيذ الإجباري ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة، فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة، بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة، فالجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء، ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثلهم واختاروا الخضوع لسلطانه، والمجتمع البشري ذاته، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به "روسو" ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين؟ وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة، كذلك الأثر الذي يترتب على الالتزام، فهو خاضع للإرادة أيضاً." السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 144، 145.

² محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 78، 79.

³ السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996، ص 13.

هي جوهر التصرف القانوني¹؛ وهي وحدها تشكل كنهه وماهيته؛ وكل شيء عدى الإرادة يبقى ثانويًا، وعرضيًا، وبدون قيمة جدية بالاهتمام.²

والملاحظ أن أنصار المبدأ يعرفونه من خلال خصائصه ومقتضاه، فهو يعني في نظرهم أن الإرادة الحرة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية بل جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب³، وعليه لا بد أن يكون للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، ورسم نطاقه وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة على إنجائه.

ويتجلى سلطان الإرادة في تكوين التصرف القانوني وفي تحديد آثاره التي هي فقط تلك التي تريدها الإرادة، كما يتجلى سلطانها أيضًا في قدرتها على خلق الأوضاع القانونية الجديدة وتحدد القانون الذي يجب أن يحكمها؛ وفي ذلك تكمن استقلاليتها⁴، ولذلك كله يمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن ترسم الإرادة العاقلة بذاتها نطاق حدودها التي تعمل فيها⁵.

وعمد الأستاذ "فالين" في سبيل تفسير مصدر القوة الملزمة للعقد إلى تحديد مضمون نظريه سلطان الإرادة، وحصره في القول بأن التراضي الحر هو الشرط اللازم والشرط الكافي لكي يلقي التعهد حماية القانون والنظر إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين على أن لها سلطة خلق المراكز القانونية بما تنطوي عليه من حقوق والتزامات، ومنه نستخلص أن معنى مبدأ سلطان الإرادة هو أن الإرادة من تلقائها سلطة خالقة للمراكز القانونية.⁶

ونجد أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أورد في عرضه العام لهذا المبدأ أن إرادة الشخص حرة حرية تامة في إبرام ما شاءت من العقود - باعتبار أن الإرادة هي آية الشخصية من الجانب القانوني -، بشرط

¹ "C'est cette efficacité propre du vouloir individuel que l'on désigne sous le nom d'autonomie de la volonté" E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Rousseau, Paris, 1912, p. 3.

² "L'essence de l'acte juridique, c'est uniquement la volonté ; elle seule en constitue la substance ; tout le reste est secondaire, accidentel, sans valeur propre" Ibid., p. 131.

³ على حسن نيجه - دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي - بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، 1985، ص 14، السيد عبد فودة، المرجع السابق، ص 14. الحميد على

⁴ "se manifeste dans la formation de l'acte juridique et dans la détermination de ses effets qui ne sont que ceux qu'elle veut. La volonté peut créer des situations juridiques nouvelles et déterminer le droit qui devra les régir ; en cela consiste son autonomie », E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, op. cit., p. 5.

⁵ "Principe selon lequel la volonté raisonnable trouve en elle-même ses propres déterminations ." Grande Larousse de la langue française.

⁶ السيد عبد الحميد على فودة المرجع السابق، ص 20.

ألا تتعارض هذه الحرية في التعاقد سواء لاكتساب الحقوق أو للتحمل بالواجبات مع حريات الأشخاص الآخرين دون النظر إلى فكرة الأخلاق أو توافق مصلحة الفرد مع مصالح الجماعة.¹

وعرفه الدكتور عبد الحميد علي فودة بقوله: "يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة قادرة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات القانونية مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديد آثاره وهي وحدها قادرة على إنجائه"².

أما الشيخ مصطفى الزرقا فيرى أن المفهوم القانوني الذي استقر عليه الفقه الأجنبي الحديث بأوروبا حول سلطان الإرادة العقدية يتلخص بما يلي: "إن السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدين، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقا للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية"³.

ويرى الشيخ وهبة الزحيلي أن مبدأ سلطان الإرادة كما تبناه فقهاء القانون الحديث يتلخص في كون الإرادة حرة في إنشاء العقود وتحديد التزاماتها والآثار المترتبة عليها، ولكن في حدود النظام العام وهي الحدود التي يضعها التشريع وفقاً لمصالح الفرد والمجتمع ومقتضيات السياسة والاقتصاد، فلا يصح مثلاً التعاقد بما ينافي الآداب الاجتماعية، أو النظام الاقتصادي والسياسي⁴.

ويذهب الأستاذ محمد صبري السعدي حين تناوله للمقصود بمبدأ سلطان الإرادة إلى القول أن: "أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضاً كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة"⁵.

وبالرجوع إلى هذه المفاهيم المختلفة لمبدأ سلطان الإرادة نستنتج أن الإرادة الحرة والواعية للعاقدين هي التي توجد العقد، وهي التي ترسم نطاقه وتحدد آثاره وأحكامه، في حدود النظام العام والآداب، بما يضعه القانون من قيودٍ حمايةً لحريات ومصالح الأفراد، وما تتطلبه مقتضيات النظام الاقتصادي والسياسي والاجتماعي السائد.

¹عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2000، ص 153.

²السيد عبد الحميد علي فودة، المرجع السابق، ص 14.

³مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 585.

⁴الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 3045.

⁵محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص 43.

الفرع الثاني: خصائص مبدأ سلطان الإرادة

من خلال المفاهيم والتعريفات السابقة لمبدأ سلطان الإرادة يمكن إيجاز خصائصه في النقاط التالية¹:

1-الأفراد أحرار في التعاقد أو عدم التعاقد: فليس هناك إلزام قانوني بإبرام العقود، وكل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، حر في اختيار نظيره في العملية التعاقدية وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود المقررة قانوناً، فالشخص له الحق في الالتزام والتحمل بالآثار المترتبة عن ذلك وبالتالي فإن كل ما يرتضيه الشخص من الالتزامات إنما بني على إرادته الحرة، حتى ولو كان في هذه الالتزامات غبن، فيكفي أنه قد ارتضى ذلك بمحض إرادته الحرة غير المعيبة.²

2-عدم تعارض حرية المتعاقد مع حريات الآخرين: وتقوم هذه الخاصية على أساس أن حرية الفرد في التعاقد والالتزام إنما هي ليست على وجه الإطلاق وإلا كان التصادم بين الأفراد وحلت الفوضى، ولكن هي حرية لا تتعارض مع حريات الآخرين؛ بحيث يتحقق التوازن بين حريات الأفراد في المجتمع الواحد، فلا يمكن المساس بحريات الآخرين ولا بحقوقهم عند ممارسة الحق في التعاقد والالتزام، وهذا ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي، كما يراها الفيلسوف "جون جاك روسو".³

3-إذا لم يكن الرضاء حراً فالعقد باطل، وهذا هو الأساس الذي قامت عليه نظريته عيوب الرضاء.

4-يحدد المتعاقدان باختيارهم مضمون العقد، وهذا هو الأساس الذي قامت عليه نظرية العقود غير المسماة، فالمتعاقدون ليسوا مقيدين بتعداد القانون لعدد معين من العقود.

5-في حالة تنازع القوانين يحدد المتعاقدون باختيارهم التشريع الواجب التطبيق، وهذه هي نظريته سلطان الإرادة في نطاق القانون الدولي الخاص.

6-متى تم إبرام العقد فلا يمكن تعديله أو إلغاؤه إلا بتوافق الإرادات التي أبرمته، ولا تملك ذلك أية إرادة أخرى ولو كانت إرادة أحد المتعاقدين أو إرادة السلطة العامة، ولذلك اقتضت سلطة القضاء حيال العقود المبرمة على تفسيرها، أي على أعمال إرادة عاقدتها لا تعديلها بفرض شروط جديدة، والنزوع إلى تفسير مختلف القواعد القانونية على أنها تراص ضمنى بين ذوى الشأن.

¹ السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، ص 18.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 1، ص 153؛ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، رسالة درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص 6.

³ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2007، ص 10 محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 7.

7-العقد المبرم جزء من القانون، فإذا أمتنع العاقد عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر أن يلجأ إلى السلطة العامة للتدخل لحمل العاقد الممتنع على تنفيذ ما التزم به، تماماً كما لو كانت السلطة العامة تنفذ قانوناً من قوانين الدولة.

8-للقانون الدور الضيق في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام: إن هذه الخاصية إنما تقوم على أن القانون والقضاء ليس لهما التدخل والتضييق على الفرد وحرية في التعاقد والالتزام بدعوى إتباع قواعد العدالة أو النظام العام، أو احتراماً لفكرة التضامن الاجتماعي أو إيقافاً للتعسف في استعمال الحق، مادامت حرية الشخص القائمة على إرادته إنما أجهت برضاه إلى التحمل هذه الالتزامات، فهنا يكون دور القانون والقاضي محايداً، ويسهر فقط على احترام الشخص لحرية الآخرين فلا يتعدى حرمة للمساس بحريات الآخرين، أما إذا ارتضى الآخرون التحمل بالالتزامات في مواجهة هذا الفرد بإرادتهم السليمة من العيوب، فلا مجال لتدخل القانون والقاضي¹.

وتقتصر مهمة القاضي الذي يطرح عليه أمر فض المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود على وجوب التقصي عن النية المشتركة للمتعاقدين، وفي حالة التعارض يجب تغليب الإرادة الحقيقية للطرفين على الإرادة الظاهرة المعلنة.

الفرع الثالث: دور نظرية العقد الاجتماعي في تفسير خصائص مبدأ سلطان الإرادة

يظهر أن فلاسفة القانون جعلوا من العقد مصدراً بالغ الأهمية للقانون وأداة لتفسير النظام القانوني بأكمله، واعتبروه أهمّ الظواهر المدنية ومقياس حُرمة الإرادة وحريتها، فالإرادة يمكنها أن تصنع بنفسها قانونها الخاص لأن المجتمع نفسه نشأ من العقد الاجتماعي بحسب تعبير جان جاك روسو: "الاتفاق هو أساس كل سلطة بين الأفراد، تنازل كل فرد طواعية عن جزء من حقوقه"².

فليست الدولة - في منطق هؤلاء - إلا ثمرة اتفاق إرادات الأفراد الحرة، وهم إنما اتفقوا على إنشائها إلا للقيام بوظيفة محددة وهي: ضمان الحريات الفردية وتمكين الفرد من تنشيط مواهبه وتنمية ملكاته، وذلك بالسماح له بالتصرف وفق رغبته ومشئته، شريطة ألا يعتدي على حق الغير المعادل لحقه، فإذا تدخلت الدولة في الحقوق والحريات فإنها تكون - بذلك - قد قضت على مبرر وجودها، وهي إن احترمت حق الفرد، وضمنت حرته، فقد أدت وظيفتها الأساسية³.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة-، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2000، ص 43، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص7

² انظر العشماوي أيمن إبراهيم، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص15.

³ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1984، صص42، 41.

فيجب أن تنحصر سلطات الدولة في أضيق الحدود احتراماً للحرية الفردية، وأن يكون دورها سلبيًا، فلا تتدخل في نشاطه إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن وكفالة الحريات بتشريع القوانين منعا للتعارض بين حرية الفرد وحرية غيره من الأفراد، حتى باتت تعرف بالدولة الحارسة¹.

وبهذا يتضح مدى التأثير البالغ للمذهب الفردي الكلاسيكي لسلطان الإرادة على النظرية القانونية لمصادر الحق، وكيف أن نظرية سلطان الإرادة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بنظرية العقد الاجتماعي وكان لها تداعيات مهمة على القانون العام، فبموجب نظرية العقد الاجتماعي، الدولة هي صنيع الإرادة الحرة للأفراد، وهي تعني بالنسبة للقانون العام، ما يعنيه مبدأ سلطان الإرادة للقانون الخاص، فالنظريتان وجهان لنفس الأفكار².

على أن الفرديين لا يعدمون سبباً يفسر تدخل الدولة في هذا النطاق الضيق الذي تقتضيه ضرورة الحياة في جماعة، فإذا كانت ضرورة أعمال فكرة القانون اللازمة لكفالة الحريات تقتضي التنازل عن قسط من الحرية، فهذا التقييد الجزئي استثناء من الأصل العام، والاستثناء لا يجوز القياس عليه، ولا التوسع فيه، ويقدر دائماً بقدره³، أما ما يقال عن قواعد العدالة والنظام العام، والتعسف في استعمال الحقوق، فهذه المفاهيم ينبغي أن لا تغلو في الحد من سلطان الإرادة، لأنه أحق بعنايتها، والأولى بها التسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية⁴.

ومما سبق يمكننا أن نستنتج من نظرية العقد الاجتماعي ما يلي :

1- الإرادة الحرة هي مبدأ القانون ومصدر قوته الملزمة والغاية التي ينتهي إليها: جرى التعبير عن

الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الفرد ولد حراً وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، فالإرادة هي أساس القانون وغايته، وما القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادات الأفراد التي تُكوّن ما يسمى بالإرادة العامة، فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنعه ويستمد شرعيته من كونه تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد

¹ المرجع نفسه، ص 42، 41.

² M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du Droit, Paris, 1957, p. 57-75, p. 321 et s. ; M. WALINE, L'individualisme et le droit, op. cit., p. 93 : en vertu de la théorie du contrat social, "l'Etat est ainsi l'œuvre de la libre volonté des individus". C. aussi, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, t. 1, Sirey, 12^{ème} édition, 2006, p. 71 : "La théorie du contrat social n'est qu'un autre aspect des mêmes idées (...). Elle dit, pour le droit public, ce que dit l'autonomie de la volonté pour le droit privé".

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 42.

⁴ حليس لخضر، المرجع السابق، ص 41.

بمحض إرادته عن جزءٍ من حريته لتحقيق الصالح العام¹؛ والقانون الوضعي، مثل الدولة، تعاقدت بطبيعته، وهو بند من بنود العقد الاجتماعي، وبالتالي فإن الالتزامات التي يفرضها القانون تنبثق من إرادة الأفراد الخاضعين له، وهو ما يجعلها التزامات عادلة ولهذا يوجبها القانون، ومن هنا يمكننا القول إن طاعة القانون هي في النهاية طاعة لأوامر وجهناها لأنفسك²، وهذا ما يفسر مصدر القوة الملزمة للقانون كما هو معلوم. وحتى القيود التي ترد على إرادة الإنسان هي في حقيقة الأمر تعبير عن الحرية³، لأن الإرادة الحرة المبنية على الرضا والاختيار وبما يتمشى مع القانون الطبيعي هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تنشأ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية، فهم يجعلون الإرادة الحرة المستقلة آية الشخصية ومظهرها من الناحية القانونية.

فالقانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها وما المهمة التي يضطلع بها القانون ويعنى بها المشرع إلا تحقيق التوازن بين حرية الفرد وحرية الآخرين بحيث لا تتعارض هذه الحريات فيما بينها، سواء في اكتساب الحقوق أو في تحمل الواجبات بغض النظر عما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق، وليس عليه أن يراعي مدى اتفاق صالح المجموع مع صالح الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحمي القانون⁴.

2- الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها: فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام. فلا يلتزم الإنسان إلا بمحض إرادته واختياره وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، فإقدام الإنسان على الالتزام بإرادته، أو أحجامه بمحض اختياره ومشئته، هو أحد مظاهر الحرية⁵، وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فتثبت للشخص كامل الحرية في إبرام ما يشاء من العقود⁶ بحيث لا يحد من هذه الحرية إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة، كما تثبت له الحرية كذلك في عدم التعاقد بحيث

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 96.

² “La loi positive est, comme l’Etat, de nature contractuelle ; elle est une clause du contrat social. Les obligations qu’elle impose procèdent donc de la volonté même des individus qui y sont soumis. C’est pourquoi elles sont justes ; et c’est pourquoi la loi oblige. Obéir à la loi, c’est en définitive obéir à un commandement qu’on se donne à soi-même”. E. GOUNOT, Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé, op. cit., p. 48.

³ انظر سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص ص 135، 137.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د س، ص 141.

⁵ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 11.

⁶ Voir Gérard Légiér, droit civil, les obligations, 16ed, Dalloz, 1998.p17.

لا يدخل في رابطة عقدية لا يريدتها، ومن ثم؛ فإن المتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكون طرفاً فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه¹.

والإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاهها صحيحاً و سليماً نحو غايتها- أي الإرادة التي لم تكن مشوبة بعيب من العيوب - فالإرادة المكرهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقداً صحيحاً، ويكون لصاحبها أن يتمسك بالعيب ويطلب العقد².

3- كل ما ارتضاه الإنسان باختياره من التزامات فقد أوجبه على نفسه: ذلك أن الحرية التي لا تتضمن سلطة التقييد الذاتي لا تشكل حرية بالمعنى الحقيقي، فسائر الالتزامات التي تنشأ بإرادة الإنسان ورضائه ويجب عليه التقييد بها والخضوع لها؛ فيكون الإنسان حراً مستقلاً في إرادته، فإذا إلتزم بشيء كان من العدل أن يقوم بما إلتزم به، لأن مفهوم الحرية يشمل قدرة الإنسان على تقييد حريته بنفسه بما يبرمه من عقود³.

فما يقبله المتعاقد بإرادته لا بد أن يكون عادلاً، وفي هذا الصدد يقول الفيلسوف الفرنسي (Fouille): "من قال عقداً فقد قال عدلاً" لأن العقد باعتباره تعبير عن إرادة أطرافه لا بد أن يكون مطابقاً ومحققاً لمصالحهم مما يحدث التوازن التلقائي بين مصالح المتعاقدين، ولا يُتصور أن يسعى أحد بإرادته الواعية إلى أمر لا يتفق مع مصالحه، ولذلك فمسألة تقدير مدى عدالة العقد ترجع إلى المتعاقدين نفسيهما⁴، فلا يجوز تعديله إلا بتوافق إرادتهما، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى إتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه، وإذا كانت مصلحة المجتمع تفرض التزامات لا إرادية على الأشخاص، فإن من الواجب أن تكون في أضيق الحدود⁵.

المطلب الثاني: المبادئ المتعلقة بمبدأ سلطان الإرادة

تعتبر النظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة فلسفة ملهمة للعديد من قواعد القانون الخاص، لا سيما قانون العقود، والتي اكتملت بفعل البناء الفلسفي لفلاسفة أمثال "كانط"، "جون جاك روسو"، وكذا

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 98.

² أنظر: محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 89، 80.

³ أنظر: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام - منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2001، ج 1، ص 35
J. FLOUR et J-L. AUBERT, Les obligations, l'acte juridique, 6ème édition, Armand Colin, 1994, n°.104, p.59.

⁴ عبد الله محمد صديق محمد، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات، مصر، الإمارات، 2012، ص 158.

⁵ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 14؛ أنظر: بودالي محمد، المرجع السابق، ص 10.

الفقيه "بورتاليس" والذين يرون أن العقد هو بطريقة ما المكان "الطبيعي" لازدهار سلطان الإرادة ، والمجال المفضل لها.

والواقع أن موضوع مبدأ سلطان الإرادة قد استقر على أصلين هامين وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، ويستقر هذا المبدأ على **قاعدتي الرضائية والعقد شريعة المتعاقدين**؛ ومقتضاها حرية إرادة العاقد في أصل التعاقد أي أن الفرد هو الذي يختار بحرية أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وإذا اختار التعاقد فهو الذي يتولى تحديد آثار العقد ونتائجه ويحدد نطاقه، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الإرادات التي أنشأته.¹

و من النتائج المترتبة عن التسليم لهيمنة سلطان الإرادة أن ينصب بهذا المعنى على جانبيين في العقد هما بحسب الترتيب التاريخي: الشكل والموضوع² فالشكل لحقه التطور نحو مبدأ الرضائية ، والموضوع لحقه التطور من ناحية الحرية التعاقدية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.³

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه، فنص على الشق الأول المعبر عنه بمبدأ الرضائية في المادة 59 من ق.م.ج، والتي تنص: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، كما نص على الشق الثاني المتعلق بالموضوع في المادة 106 منه، والتي تنص "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"⁴، وعلى هذا نصت معظم القوانين المعاصرة كالمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والمادة 147 من القانون المدني المصري.

ولمزيد من التفصيل في هذا المقام سنتناول هذين الأصلين كالتالي:

الأصل الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل: أي كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية وهو ما يعبر عنه بالرضائية⁵. (الفرع الأول)

الأصل الثاني: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد وهو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانوني وهو ما يعبر عنه بالتعبير المشهور العقد شريعة المتعاقدين. (الفرع الثاني)

¹عبد الفتاح عبد الباقي، نظريته العقد والإرادة المنفردة- دراسة متعمقة ومقارنه بالفقه الإسلامي ، طبعه 1984، ص41 وما بعدها؛ السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، ص14

²محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص79

³Jean CARBONNIER. Droit Civil, les obligations t. 4, Paris .COLL Themis 1972. no8 .P38.

⁴صديق شياط، المرجع السابق، ص20؛ عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، صص135، 136؛ محمد صبري السعدي،

المرجع السابق، ص ص43 ، 44

⁵السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، ص17.

الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل "مبدأ الرضائية"

لقد أصبح من مسلمات التشريعات الحديثة أن يكون للإرادة الحرة السيادة على جميع مصادر الالتزام، فكل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، فالعقد يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطان المخول لها، دون ما حازه إلى الاستناد إلى سلطه القانون، فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة، والعقد بذاته مُنشئٌ للالتزامات والحقوق شأنه في ذلك شأن القانون، وكما يقول "الارومبيير" أن الالتزام الناشئ عن العقد سابق في الوجود على القانون المدني، وقد وجده المُشرِّع قائماً فعلاً، واقتصر دوره على تنظيم التفاصيل المتعلقة بتنفيذه¹.

من ناحية الشكل، لم يعد يُلزَمُ للانعقاد أساساً شكل معين للعقد كالأشكال التي كان يعرفها القانون الروماني، بل أن الإرادة وحدها كافية لانعقاد العقد ولو كانت إرادة ضمنية، وأصبح من النادر أن يشترط المُشرِّع في العقد شكلاً قانونياً.

فمذهب الإرادة يقضي بكفاية الإرادة مجردة عن الأوضاع والأشكال لنشأة الالتزام، ويعتبر التسليم بقدرة الفرد على الالتزام بإرادته المجردة هو أول نتيجة تترتب على مبدأ سلطان الإرادة وذاتيتها، فالتعبير عن الإرادة على أي نحو يكفي لتولد الأثر القانوني².

وحرية الإرادة في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي تعني أن الأصل في العقد أن يتم بتوافق إرادتين مستقلتين فلا يقوم التزام في حق شخص إلا إذا ارتضاه، وأن للإرادة سلطاناً ذاتياً يجعل منها كافية بذاتها لإنشاء الالتزامات العقدية لمجرد صدور التعبير عنها بأي شكل كان سواء صريحاً أو ضمناً، وسواء

¹ بل إن الفقهاء التقليديين ذهبوا إلى ابعده من ذلك، "فاعتبروا أن للعقد قوة أعلى من قوة القانون...، ذلك إن القانون في نظر هؤلاء الفقهاء إنما يستمد سلطانه من مجموع إرادات الأفراد، وهو بهذه المثابة إنما يعبر عن إرادتهم الضمنية، جاز لهم إن يتحللوا من هذه الإرادة الضمنية وان يظهروا صراحة رغبتهم في مخالفه نصوص القانون إذا تبين لهم إن ذلك ادعى إلى تحقيق مصلحتهم"، عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 20.

² عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 29.

كان باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة¹؛ إرادة حرة ومجردة من أية شكلية أو مراسيم مخصوصة²، طليقة من أي قيد في حدود ما رسمه القانون احتراماً للحريات وقواعد النظام العام والآداب العامة.³ في هذا الصدد، فإن فكرة حرية الإرادة في القانون المدني، لها معنى واسع جداً عندما يتم تصورهما من زاوية فلسفة القانون، أي عندما يتم تصور الإرادة الفردية كمصدر ومقياس للحقوق الذاتية⁴، وهو ما يترجمه اعتبار الرضائية مبدأ مشتقاً عن مبدأ سلطان الإرادة، وما يفسر أنهما مبدأ مرتبطان؛ أنه لن يكون من الصحيح القول بسيادة حرية الإرادة إذا كان من الضروري أداء طقوس أو شكلية معينة لإبرام العقد⁵، وينطبق الشيء نفسه على نظرية العيوب الرضا والتي تجد تفسيرها في الحاجة إلى حماية الإرادة كمصدر للالتزام⁶، والحرية التعاقدية التي تحكم محتوى العقد، واحترام إرادة الأطراف في التنفيذ، وفي تفسير العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للأطراف.⁷

وإلى جانب هذه المظاهر الإيجابية كلها للحرية التعاقدية، هناك المظهر السلبي لها فكما أن للفرد حرية التعاقد كما يريد، له حرية ألا يريد، أي حرية ألا يقبل ببند ما أو شرط يرى فيه ضرراً أو لا يخدم مصلحة، ويُلتمس ذلك مثلاً في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود أو المخالصات بعبارة "تحت كل التحفظات" أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها⁸؛ لأن الالتزامات التي تفرض على الشخص دون رضاه هي حتماً التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقه، كما أن

¹ المادة 11 ق م ج، والتي تنص: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

² محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 47 محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 145

³ "كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش. أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم به"، السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، دس ص 145.

⁴ "la volonté individuelle conçue comme la source et la mesure des droits subjectifs V. RANOUIL, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, PUF, Paris, 1980, p. 70.

⁵ "Les deux choses sont liées. S'il était nécessaire, pour que le contrat fût formé, que certains rites fussent accomplis, il ne serait plus vrai de dire que la volonté est toute puissante" J. FLOUR-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, t. 1, Sirey, 12^{ème} édition, 2006, p. 72.

⁶ "La sanction de ces vices s'explique par la nécessité de protéger la volonté comme source de l'obligation", ibidem, p. 72.

⁷ "L'autonomie de la volonté se manifeste dans la définition du contenu du contrat : les parties peuvent déterminer elles-mêmes, et librement, leurs droits et obligations", ibidem, p. 73.p. 74

⁸ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 83.

العلاقات القانونية التي يرتبها العقد بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية¹.

الفرع الثاني: حرية الإرادة في تحديد آثار العقد " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين "

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أصل أن العقد يتم بتوافق إرادتين مستقلتين فلا يقوم التزام في حق شخص إلا إذا ارتضاه، وإذا تقرر أن العقد يتمخض عن إرادة خالصة، فإن هذا لا يعني أنه مجرد إرادتين متعاصرتين، أو مجرد تصرفين قانونيين متجاورين، بل يوجد بين هذين التصرفين إتصال وثيق ناتج عن وجود تساند بين الآثار القانونية المقصودة من طرفي العقد، هذا الاتصال يقتضي وجود رابطة بين الإرادتين اللتين تتجهان إلى تحقيق الآثار، ويرى الفقيه الفرنسي "ديجي" في تحليله لإرادة المُقَدِّم على التعاقد أن هذه الإرادة تنطوي على أمرين²:

الأول: إرادة التعاقد وهي سعي المتعاقد وقصده ترتيب الآثار والنتائج القانونية في إطار علاقة اتفاقية مع شخص آخر من خلال ربط إرادته بإرادة أخرى.

الثاني: إرادة القيام بدور معين في العقد والتي هي رغبته في تحقيق نتائج قانونية معينة، فإرادة الأثر هي إرادة الالتزام، "وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فالتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه"³.

وعليه فمن ناحية موضوع العقد ومضمونه فلأفراد أن يبرموا أي عقد يشاءون و الأطراف أحرار في تحديد مضمون العقد وفي اختيار الشروط التي تلاءمهم، وليسوا مقيدين بالأحكام التي يضعها القانون لعقد من العقود إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام الذي هو في حقيقته يحمي المتعاقدين أنفسهم وصحة التراضي بينهم، ولهم حق إبرام عقود لم ينصّ عليها القانون وأن يمزجوا بين أشكال مختلفة من العقود ليصلوا إلى تحقيق ما تنشده الإرادة، ولهم حق تحديد الالتزامات، والحقوق المترتبة على العقد وأن يصلوا بها إلى المدى الذي يريدون تحقيقه، لا يحدهم في ذلك إلا القدرة والإمكان وأن لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة⁴.

فالحقوق والالتزامات التي تتولد عن العقد، يجب أن تقتصر على تلك التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، ذلك أنه ما دام أن إرادة المتعاقد هي أساس التزامه، فلا يقبل أن يترتب التزام ما على عاتقه أو

¹ المرجع نفسه، ص 80.

² إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج2، م ن ج، الدار البيضاء، ط1، 2000، ص22.

³ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 144.

⁴ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص81.

تحدد شروط لم تتجه إليها إرادته، فالعقد يتكون بإرادة الطرفين المتعاقدين، فلا يجوز أن يمتد العقد فيشمل أشياء لم تدر بذهن طرفيه، وليس له من أثر سوى ما أراداه واتجهت نيتهما إليه.¹

1- الإرادة تشرع بذاتها لذاتها: إذا كان هناك قانون يحكم المجتمع بصورة عامة، فإن المتعاقدين في نطاق محل تعاقدتهما إنما يحكمهم العقد الذي ارتضياه بإرادتيهما ووضعاً فيه من الشروط ما يلي حاجتهما، ولذلك فإن مقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هو أن إرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها وتنشئ بذاتها لذاتها التزامها ولها كامل الحق في إنشاء ما تشاء من أنواع العقود الجديدة بحسب ما تقتضيه المصالح الاقتصادية والتطورات الاجتماعية، دون اقتصار على ما يعرف بالعقود المسماة التي نظمها المشرع في القانون المدني أو بالآثار التي يربتها التشريع.²

فالعقد إذن قانون بين الأطراف، وهو من صنعهم ولهذا يعبرون عن هذه الحقيقة بأن: العقد شريعة المتعاقدين³، فالعقد ملزم كالقانون تماماً؛ بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون "عقدٌ رئيسٌ" يرمه كل الأفراد في المجتمع، وتوجد إلى جانبه عقود كثيرة فرعية فيما بين الأفراد وبعضهم، وبالتالي فلا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشرع، لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة العقد الذي تم بين الأفراد، وهو العقد الاجتماعي.⁴

2- العقد يلزم أطرافه: وبالتالي فالمتعاقدين ملزمين بالعقد كشريعة تحكم علاقتهما التعاقدية؛ في إطار حدود النظام العام والآداب، فلا يمكن لأي منهما التملص من التزاماته المنصوص عليها في هذا العقد، ولا يستطيع الامتناع عن تنفيذه إلا في حالة القوة القاهرة، وإذا امتنع أجبر على التنفيذ بواسطة

¹ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 26.

² أنظر: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 537.

³ هذا المبدأ نجده في المادة 1134 مدني فرنسي بالنص التالي:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites

ونجده كذلك في المادة 1/147 مدني مصري بالنص التالي "القد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون". وتطابق هذا النص المادة 106 مدني جزائري والمادة 1/147 مدني ليبي والمادة 1/148 مدني سوري وتوافقه المادة 1/146 مدني عراقي، والمادة 196 مدني كويتي موافقة، والمادة 209 مدني أردني موافقة ونجد هذا المبدأ أيضاً في الفصل 230 من تقنين الالتزامات والعقود المغربي التي تنص على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون، والواقع أن هذا المبدأ منصوص عليه في القرآن الكريم في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود، وقوله تعالى: "والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون".

⁴ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 81، 82.

السلطة العامة، ولا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله أو إنجائه بإرادته المنفردة¹ إلا باتفاق جديد بين نفس الأطراف، وحينها يكون لهما الحرية في تضيق آثار العقد أو توسيعها أو حذفها، كما يكون لهما الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه²، ولا يلزم لذلك إلا توافق إرادتهما كما كان ذلك عند التعاقد بدايةً، وهذا الاتفاق الجديد ليس انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة بل هو تكريس له³.

3-العقد يلزم القاضي: لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار⁴، ولما كان العقد قانوناً، وكانت للعقد هذه القوة فيما بين أطرافه، فإن له نفس هذه القوة بالنسبة إلى القاضي الذي يطرح أمامه نزاع بشأنه، فلا يجوز أن تمس الحقوق والالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدون بزيادة أو نقصان، ومهما بدا الاتفاق ظالماً فإنه يتعين على القاضي تنفيذه، فليس للقاضي أن يعدل في العقد باسم العدالة وتحت ستار اعتبار آخر، ذلك أن كل التزام ينشأ عن الإرادة هو بالضرورة مطابق للعدالة ويتفق مع المصلحة العامة، وكما أن مهمة القاضي بالنسبة للقانون تنحصر في تطبيقه دون أن يكون له الحق في مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة، كذلك الأمر بالنسبة للعقد فما العقد إلا قانون المتعاقدين⁵.

ومعنى هذا أنه على القاضي أن يتبع في تفسيره نفس أساليب تفسير القانون، فلا يجوز له أن يحل فهمه الخاص للعدالة محل إرادة الأفراد، بل عليه أن يبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة صريحة كانت أو ضمنية وأن يعملها، فإذا كانت إرادة الأطراف واضحة فلا يجوز له أن يحيد عنها بحجة تفسير العقد أو بحجة أنها تخافي العدالة⁶.

4-العقد يلزم المشرع: وكما يلزم العقد أطرافه والقاضي، فهو كذلك يلزم المشرع نفسه فلا يستطيع المشرع أن يلغي شروطاً من أي عقد ولا أن يضيف إليه شروطاً لم يردها أطرافه ولا يمس صدور قانون جديد بالعقود التي أبرمت قبله في ظل قانون سابق، ولا بالآثار التي تمت في ظل القانون السابق، بل

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 42، محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 47 محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 16

² أنظر: أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة، عمان، ط 1987، ص 1، ن، ص 18، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للالتزامات-، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط 1992-1993، ج 1، ص 44.

³ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 82، 81.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، د س ص 144

⁵ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 26

⁶ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 82.

أن العقد حتى في ظل القانون الجديد يظل منتجا لآثاره كما كان ينتجها في ظل القانون السابق فالأفراد في نطاق عقدهم هم المُشرِّعون، ولكن على المُشرِّع "المتعاقد" أن يستمتع بحريته في تنظيم علاقاته الخاصة مع الآخرين دون أن يمس بذلك حرية الآخرين¹.

وفي الأخير يمكن القول أن التسليم المنطقي والقانوني لمبدئي الرضائية والعقد شريعة المتعاقدين، يستلزم أن يكون المتعاقدين حرين في تضمين عقدهما ما شاءا من شروط تحقّق مصالحهما باعتبار أن الشخص له الحرية التامة في التعاقد؛ وحيث أن كل طرف يسعى لتحقيق مصالحه التي هو أعلم بها، فإن التوازن بين هذه المصالح المختلفة ستجسده تلك الشروط المتضمنة في العقد دون نظر إلى فكرة التعادل في العُثم والعُرم أي ما قد يكون من غبن على أحد المتعاقدين²؛ أي أنه انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة وسيادتها فتحقّق حرية التعاقد لدى المتعاقدين وسعي كل طرف لتحقيق مصالحه هو ما يكرّس العدالة بين طرفي العقد³ ولذلك لا يجوز للقاضي أن يعدّل في العقد أو أن يضيف إليه ما ليس منه بدعوى إتباع قواعد العدالة فليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئيين المتبادلين، بل يكفي أن يكون التعادل في المراكز القانونية بين المتعاقدين والمساواة أمام القانون في تمتع كل منهما بحريته وإرادته المستقلة، "...أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام، فهذه [المفاهيم على أهميتها] لا ينبغي أن تُغرق في التحديد من سلطان الإرادة، وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تُعنى بشيء، فلا أحقّ بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملا في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية"⁴.

المبحث الثاني: الإرادة العقدية بين الحرية والتقييد في الفقه الإسلامي

لا تزال حياة الناس تتبدل وتتغير، وحاجتهم إلى أنواع من المعاملات والعقود تتنوع وتتجدد بتنوع ظروف عيشهم، ولأن شريعة الإسلام صالحة لكل مكان وزمان، جاءت هذه الشريعة مجهزة بقدرات فريدة على الوفاء بحاجات الناس المتجددة، ولذلك فاقت نظرية العقد في الشريعة الإسلامية كل نظرية عرفها

¹ المرجع نفسه، ص 83.

² الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 3046.

³ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 10.

⁴ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ص 146.

الإنسان، مما أهّلها لأن تكون أساساً صالحاً على الدوام لتحقيق العدل بين المتعاقدين واستقرار المعاملات في المجتمع، وأول معالم ذلك موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ سلطان الإرادة العقدية¹.

وقد مرت الإرادة العقدية بأدوار في تاريخ التشريع لم يكن لها فيها سلطان، بل كانت مغلوطة شلاءً، فلم يكن مبدأ سلطان الإرادة العقدية معترفاً به في القانون الروماني ولا في غيره من الشرائع البائدة، إذ كان لا بد لكل عمل قانوني من إجراءات ومراسم وألفاظ تنم طبقاً لأوضاع معينة، ومتى تمت وجد العمل القانوني ثم ترتبت عليه آثار يحددها القانون، أما الإرادة المجردة فليست في ذاتها كافية لتكوين العمل القانوني، وليس لها دور حتى لو اقترنت بالإجراءات المقننة في تحديد آثار ذلك التصرف، ولذلك سارت القوانين القديمة على أن الأعمال التعاقدية شكلية في تكوينها محددة في آثارها، فلم يعترف القانون الروماني إلا بالعقود المسماة التي خصصها ذلك القانون بأسماء معينة، وتولى تنظيمها وتحديد الآثار المترتبة عليها².

وفي الجهة المقابلة فقد غالت القوانين الوضعية المعاصرة-متأثرة بالمذهب الفردي- في إطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة ليهيمن على نظرية العقد، وهذا المبدأ هو نتاج الفلسفة التنوير في القرن الثامن عشر التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر³، فقررت أن الإنسان حرُّ الإرادة وهي التي تلزمه وتحدد مدى التزامه، وأن تدخل القانون في حرية الإرادة يجب أن يكون عند الحد الأدنى، كما أن كافة الحقوق والالتزامات إنما تستند في الأصل إلى سلطان الإرادة، فأضحى للفرد حرية التعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود أو يتمتع عن إبرام عقد معين، والأهم من ذلك أن لطرفي العقد حرية تحديد الآثار القانونية التي تترتب على تعاقدتهما وشروط ذلك التعاقد، فيجوز لهما أن يتفقا على أحكام تغاير نصوص القانون (غير الآمرة)، فلا يحدث اتفاقهما عندئذ إلا الآثار التي اتجهت إليها إرادتهما، فالعقد عندهم شريعة المتعاقدين، ومجرد اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني يكفي لإحداث ذلك الأثر⁴.

أما التشريع الإسلامي فقد جاء وسطاً، وجعل لسلطان الإرادة العقدية المكانة المناسبة بلا إفراط ولا تفريط، ونظر إلى التراضي الحر فجعله دستور التعاقد، وأقر لإرادة العاقدين سلطاناً محترماً في كل ما لا يخل

¹ محمد بن علي القرني، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع10، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ص956.

² المرجع نفسه، ص956.

³ نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق، ص31.

⁴ محمد بن علي القرني، المرجع السابق، ص956.

بالمصلحة العامة، وإن كانت الاجتهادات الفقهية مختلفة في حدودها كما سنرى¹، خاصة مع وجود فكرة أخرى يراها البعض متعارضة مع مبدأ سلطان الإرادة، وهي فكرة الجعلية.

فالشريعة الإسلامية لم تقصر المعاملات على عقود محصورة العدد لا يجوز للمكلفين الاتفاق خارج نطاقها، كما لم تشترط إجراءات شكلية أو مراسيم أو إشارات معينة لإتمامها، إذ أن أنواع العلاقات التعاقدية بين أفراد المجتمع يمكن أن تكون بصيغ مستجدة لا تندرج تحت أي من العقود المسماة في كتب الفقه، ذلك لأن العقود التي وردت في كتب الفقه إنما هي العقود التي غلب وقوع التعامل بها في زمن أولئك الفقهاء، ومن ثم سجلت تلك الكتب آراءهم واجتهاداتهم فيها، ولم تكن على سبيل الحصر من جهة التشريع كما كان الحال في القانون الروماني²، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في القواعد النورانية: "ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يجد الشارع لها حدًا لا في كتاب الله ولا سنة رسوله، ولا نقل عن أحد من أصحابه والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة الألفاظ أو غيرها أو قال ما يدل على ذلك من أنها لا تتعد إلا بالصيغ الخاصة، بل قد قيل: إن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم وأنه من البدع... فإذا لم يكن (للبيع) حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سقوه بيعًا فهو بيع، وما سقوه هبة فهو هبة"³.

المطلب الأول: حرية الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي

لا يختلف تعريف مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي المعاصر عن تعريفه في القانون؛ فهو يعني إطلاق الحرية للناس أن يعقدوا من العقود ما يشاءون، وبالشروط التي يرون، غير مقيدين إلا بقيد واحد، هو ألا تشمل عقودهم على أمور قد نهي عنها الشرع وحرمتها، أو تمس بالأخلاق والآداب⁴.

الفرع الأول: مفهوم حرية الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي

حرصت شريعة الإسلام على رعاية حرية الإرادة وحمايتها من أنواع الإكراه، وقد جعل الله سبحانه وتعالى حرية الإرادة الإنسانية أساس عبادته؛ قال سبحانه: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [سورة البقرة، الآية: 256]، هذا الأصل الكلي المطلق الواضح فصّله القرآن الكريم في أكثر من موضع؛ والنصوص الدالة على ذلك كثيرة، ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَن فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ [سورة يونس، الآية: 99]، وكذلك قوله تعالى: ﴿تَحْنُ أَعْلَمُ بِمَا يَقُولُونَ﴾

¹مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 538.

²محمد بن علي القري، المرجع السابق، ص ص 957.

³ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص ص 133، 134.

⁴أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، د.ط، د.ت.ن، ص 258.

وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَّارٍ ۖ فَذَكِّرْ بِالْقُرْآنِ مَنْ يَخَافُ وَعِيدِ ﴿سورة ق، الآية: 45﴾، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ ۖ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾ [سورة الكهف، الآية: 29].

ففي هذه الآيات نفي صريح لما يمس الإرادة من قهر، ونهي واضح عن إجبارها وإخضاعها بالقوة، ولقد كفل الإسلام هذه الحرية ليس فقط بالنسبة لعلاقة الإنسان بربه، وإنما كفلها كذلك بالنسبة لعلاقة الإنسان بغيره من بني جنسه¹.

وهذا الحكم نجده أيضاً في نصوص السنة المطهرة من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»²، و يتضح من هذا الحديث أن الإرادة أو النية من قواعد الدين الهامة التي يدخل تحتها ما لا ينحصر من المسائل سواء في العبادات أو المعاملات، ومن هنا كان تعظيم العلماء لقدر هذا الحديث، فهو يدل على أن الأعمال لا تصح شرعاً ولا تعتبر إلا بالنية أو الإرادة³.

كما أن نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة، ويظهر ذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة، الآية: 01] ، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [سورة الإسراء، الآية: 34]. وجاء في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم: « لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له»⁴. فهذه النصوص وأمثالها تفيد أمرين:

الأول: أن عقد الإنسان وتعهد الذي باشره بإرادته الحرة مقيد له بنتائجه وملزم لإرادته بإرادته، حتى تتوافر الثقة والطمأنينة في آثار المعاملات المالية، وما يبينه أصحابها عليها. فهذا الإلزام كواحد من مظاهر سلطان الإرادة العقدية، معناه تمام الاحترام لحرية العاقد وللحقوق الناشئة للغير من عقده، فمن يقيد نفسه بنفسه فهو حر. وأن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه،

¹احمدى محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دط، 2006 ، ص14؛ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011، ص6

²أخرجه الإمام البخاري: في الصحيح، باب بدء الوحي، حديث رقم: 01 .

³احمدى محمد إسماعيل سلطح: المرجع السابق، ص 15

⁴أخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، ورواه ابن حبان أنظر أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح رياض الصالحين، ط1 ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت ، ط، 2002، ص42

إما على سبيل التجارة والمعاوضة، وإما على سبيل المنحة والتبرع عن طيب نفس واختيار. فالأساس في ذلك هو إرادة صاحب المال، الذي له شرعاً تمام الحرية في المعاوضة أو التبرع.

والأمر الثاني: أن جمهور الفقهاء أطلقوا حرية التعاقد بالاستناد إلى النصوص القرآنية والنبوية السابقة بما في ذلك العقود المسماة وغير المسماة، فأطلقوا حرية الإرادة في إبرام ما تشاء من العقود والالتزامات ولو لم يأت الشرع أو الإجماع على ذكرها مادامت لا تحل حراماً أو تحرم حلالاً. بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». ولم يشذ من فقهاء الشريعة الإسلامية عن حرية سلطان الإرادة إلا مذهب الظاهرية، إذ لم يجوزوا من العقود إلا العقود المسماة، وهي التي ورد فيها نص في الكتاب أو السنة أو التي ثبتت بالإجماع، ببيان مشروعيتها وأحكامها الشرعية وآثارها. وعليه فإنه يمكن القول أن ما وصل إليه التشريع الحديث من حرية الإرادة في التعاقد وقوته الالتزام التعاقدية، لا يعدوا عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام الذين استنبطوا أحكامها من الكتاب والسنة.

الفرع الثاني: خصوصية سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي ينظر إلى الحقوق باعتبارها منح إلهية وليست حقوقاً طبيعية، كما هو الحال في القانون الوضعي، والشريعة الإسلامية لم تحول الإرادة سلطة مطلقة بحيث تتصارع الإيرادات بعضها في مواجهة البعض، مما يخلق عوامل النزاع وعدم التوازن في المراكز القانونية بين الأفراد، كما هو حال القانون الوضعي خاصة في ظل نزعه الفردية، وحتى في ظل النزعة الاجتماعية والنظم الاشتراكية لم تتحقق المساواة بين الإيرادات والحقوق على ذات الدرجة التي وصلت إليها الشريعة الإسلامية من عدالة وتوازن خلال العصور الأولى للإسلام؛ لذا فإن الإرادة مقيدة في الشريعة الإسلامية خاصة في النظام التعاقدية بالاعتبارات الشرعية وأحكامها على نحو لم يتحقق حتى الآن في القانون الوضعي.

وبالرغم من أن الشريعة كرمت الإنسان ومنحته حرية الإرادة والاختيار، إلا أن الشارع جعلها حرية مقيدة بأصول الحق والعدل والإحسان والابتعاد عن الإثم والعدوان؛ لذلك لم يصل دور الإرادة في التعاقد في الفقه الإسلامي إلى حد إنشاء العقود والشروط التي تخالف مقاصد الشريعة، فتبيح ما حرم الله أو تلحق ضرر بالجماعة كما هو حال السلطة التي خولتها بعض القوانين الوضعية للفرد ككيان منعزل عن الجماعة التي يعيش فيها.¹

¹ محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص 8.

فرضائية التصرفات في الفقه الإسلامي صفة للعقد¹، فلا يقدم عليه الإنسان إلا بإرادة حرة وواعية، ولا ينعقد إلا بتراضي طرفيه، أما من جهة تقرير أحكامه وترتيب آثاره فالعقد ذاته يخضع لسلطان الشارع لا لسلطان إرادة الأفراد، ومن هنا تكمن القيمة الحقيقية للمساواة بين الإرادات؛ إذ لو مارس كل فرد سلطته على النظام التعاقدى لانتهى الأمر بسيادة فرد على آخر، لكن الجميع يخضعون لنظم وقواعد موضوعية لا تدع مجالاً للتسلط والاستئثار مشفوعة بالأمر والنهي عن إتيان بعض التصرفات والعقود المخالفة لمقاصد الشريعة، ثم تأتي بعد ذلك حرية الاختيار لدى الفرد، على أن يلتزم بتلك النظم والقواعد.²

المطلب الثاني: المضمون الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة عند الفقهاء المعاصرين

إن مبدأ سلطان الإرادة - وإن لم يُعرف هذا الاسم في الفقه الإسلامي - إلا أن بعض معانيه ومضامينه قد ذكرت في الفقه الإسلامي، وسيتم بحث هذا المبدأ من ناحيتين:

الأولى: حرية التعاقد ورضائيته.

والثانية: حرية الاشتراط وترتيب آثار العقد.

الفرع الأول: حرية التعاقد ورضائيته

من الأدلة على حرية التعاقد ورضائيته المطلقة قوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [سورة النساء، من الآية: 29]، وقوله سبحانه في صدق النساء وعدم هضم شيء من حقوقهن المالية: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [سورة النساء، الآية 4].

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه: إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار. يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه (قاعدة العقود) تعليقا على هاتين الآيتين: "ففي التبرعات علق الحكم بطيب النفس، وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي - وهو الرضا من الجانبين - لأن كلا من المتعاضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به، بخلاف المتبرع فإنه لم يبذل له شيء يرضى به، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل، وهو طيب النفس"، أي إن العامل في ذلك هو إرادة صاحب المال الذي له شرعا كمال الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة³.

¹ الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1، 1996، ص 113.

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 9.

³ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 541.

فقد جاء التشريع الإسلامي بالقضاء على جميع عناصر الإكراه العقدي، وأطلق حرية الإرادة في تكوين العقد، وقد جعل القرآن والسنة رضا الإنسان أساساً دستورياً في كل عقد سيلزمه حتى في زواج النساء اللاتي كان الناس يرون ويتعارفون أن الإرادة في تزويجهن ليست لهن، بل من حقوق أرباب الأسرة، فقرر الإسلام أن الفتاة البالغة ولو كانت بكرًا هي صاحبة الاختيار والإرادة في زواجها وزوجها، ولم يقر الشرع الإسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضا بيننا، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدين، ونزع الملكية للمصالح العامة. فأمثال هذه العقود الجبرية هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل، والغاية من قيام حكومة في دولة؛ وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق¹.

أولاً - أهمية الرضا في العقود: يقول ابن تيمية رحمه الله في فتاواه: "والأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"، علق عليها الأستاذ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي بقوله: "فهذه العبارة الجليلة هي التي يجب أن تعتبر بحق دستور الفقه الإسلامي في مبدأ سلطان الإرادة العقدية"²، بل استخدام كلمة (الرضا) هو بحد ذاته بالغ التعبير في مسألة سلطان الإرادة العقدية لأنها أدل من أي كلمة أخرى على كمال الإرادة وبلوغ الاختيار نهايته³؛ فقد جاء في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [من سورة النساء، الآية: 29]، وعن رسول الله ﷺ: «إنما البيع عن تراض»⁴.

ثانياً - كفاية الرضا لإنشاء العقد: فلم تكن قبل الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقداً ملزماً والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية، سواء في ذلك التشريع الروماني وغيره، حتى جاء الإسلام فألقى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود، وجعل مجرد التراضي مولداً للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين، حيث قرر الفقهاء المسلمون بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان لتكوين العقد، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 29]، فمجرد التراضي يولد العقد وآثاره دون اشتراط شيء من المراسيم الشكلية، إلا على سبيل الاستثناء، مع اختلاف الفقهاء

¹ المرجع نفسه، ص 538.

² المرجع نفسه، ص 569.

³ محمد بن علي القرني، المرجع السابق، ص 957.

⁴ أخرجه ابن حبان وابن ماجه والبيهقي.

في نطاق التصرفات التي تخضع للشكلية¹، كعقد الزواج الذي يخضع في رأي بعض الفقهاء إلى الشكلية اللفظية وشكلية الإعلان والإشهاد عليه، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للناس الحرية المطلقة في إنشاء العقود مادام ذلك لا يخالف الشرع وهذه الحرية غير محصورة على أنواع معينة من العقود².
فالعقد في الفقه الإسلامي يبني على توافق الإرادتين دون تحفظ، فهو رضائي إلى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد³، وهذه المزية التي تفرد بها الشرع الإسلامي مدينة لعامل واحد هو المصدر الديني فيه⁴.

الفرع الثاني: حرية العاقدين في إنشاء أنواع العقود وفي القوة الإلزامية للعقد

وهي حرية العاقدين في إنشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع، في موضوعها والتزاماتها، فسنرى في أول بحث تصنيف العقود أن الفقه الإسلامي أقر نشوء عقود جديدة، ثم ما لبث الفقهاء أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة، وقررت لها أحكام خاصة. وليس في الشرع الإسلامي ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها. فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم؛ وحينئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشروط العامة في العقود، من أهلية العاقد، وقابلية المحل وغيرها من الشروط⁵.

وقد جاء قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة، الآية: 1]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [سورة الإسراء، الآية: 34].

ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهدا ضمينا باحترام نتائجه والالتزام بها. فهذه النصوص تشمل جميع أنواع العقود وما يستجد منها دون تقييد بالمعروف منها قبلا ما دامت لا تصادم نصوص الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة⁶.

¹ يجب التمييز هنا بين الشكلية المطلوبة لإثبات العقد كوسيلة لإثبات التصرفات بوجه عام، وتعتمد على الشهادة بصفه عامة في الفقه الإسلامي في مجال الإثبات، وبين الشكلية المفروضة لتكوين العقد وانعقاده سواء كانت لفظية، أو أفعال لا بد من انضمامها إلى التراضي؛ كما هو الشأن بالنسبة للإشهاد في عقد الزواج، أنظر: السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان مرجع سابق، ص 34، 35، وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، - الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، مطبعة معهد الإدارة، الرياض، ط 1985، ص 36 وما بعدها.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد، ص 8.

³ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ص 303.

⁴ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 539، انظر: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ص 94 الهامش رقم: 1.

⁵ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 539.

⁶ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 541.

وهذه النصوص وأمثالها تفيد أن عقد الإنسان وتعهده الذي باشره بإرادته الحرة ملزمٌ له بنتائجه، ومقيد لإرادته بإرادته، كي تتولد الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعامل الاقتصادية، ويعلم الإنسان كيف يبني تصرفه، لأن ذلك متوقف على الاستقرار في تلك النتائج بين المتعاملين، كما تقدم.

وهذا الإلزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره، فإن مُقَيِّدَ نفسه حر، وإطلاق هذه النصوص يشمل العقود المسماة وغير المسماة، فيفيد عدم التقييد بأنواع محدودة من العقود.

الفرع الثالث: حرية الإرادة في تحديد آثار العقد

هي مدى سلطان إرادة العاقدين على تحديد آثار العقد وتعديل أحكامه الأصلية في حقوقهما الخاصة بينهما بشروط يتفقان عليها في التعاقد، أي قدرة الإرادة على ترتيب آثار العقد، أي إنشاء ما يشاء من التزامات وقيود في العقد بإرادتهما، فضلا عن القوة الملزمة للعقد فهي أهم نواحي سلطان الإرادة في نظر الحقوق الحديثة ويقابله في الفقه الإسلامي ما يعرف بجعلية آثار العقود¹.

فقد صح رسول عن الله صلى الله عليه وسلم قوله: «المسلمون عند شروطهم»، "فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما حُصَّ بدليل، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به... وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً، وله ولاية عليه"².

فسلطان الإرادة العقدية موجود وله مكانته السامية في الفقه الإسلامي إلا أنه منضبط بالنظام العام الذي يمثل أحكام الشريعة الإسلامية بجمليتها، إذ لا يجوز لسلطان الإرادة العقدية أن يخترق هذا النطاق، بحيث ينافي المقاصد العامة أو يناقضها³، فلو فرض أن أي شخص اختيار في عقودهم خلاف المصالح التي قصدها الشارع الحكيم لحجر عليه ولحيل بينه وبين اختياره، ومن هنا صار فيها مسلوب الحظ محكوماً عليه في نفسه⁴؛ ولذلك فإن للمسلمين أن ينشئوا من العقود ما يحقق لهم مصالحهم في مجال المعاملات، غير مقيدين بصيغ بذاتها أو ألفاظ بعينها، ومن ثم فمنهاج النظر في العقود المستجدة والعقود المركبة والعقود

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 9.

² البابري، بدائع الصنائع، المرجع السابق ج 5، ص 259.

³ محمد بن علي القري، المرجع السابق، ص 958.

⁴ الشاطبي، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار عفان للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 1997، ص 137.

المجموعة وغيرها، هو انضباطها داخل حدود النظام العام والآداب الشرعية، فإن كانت خالية مما ذكر فلا يؤثر في الحكم عليها كونها مستحدثة لم تكن معروفة عند القدماء¹.

وموقف الفقه الإسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقه باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث وهو المذهب الحنبلي².

ورد في الشريعة نصوص كثيرة تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشرع آثارا وأحكاما والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه، منها ما بينه الكتاب والسنة مباشرة، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطا.

فعقد النكاح يترتب عليه حل الاستمتاع بين الجنسين، ووجوب متابعة المرأة للرجل، ووجوب النفقة للمرأة على الرجل، وثبوت النسب، وحقوق الحضانة، وحرمة المصاهرة، والإرث بين الزوجين ثم بينهما وبين الأولاد وغيرها، وكذا عقد البيع والإجارة والرهن والكفالة وغيرها، كل منها قد ثبتت في الشرع له أحكام³. أما سلطة العاقدين على تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود إما بالنقص منها، وإما بإضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد، وذلك بشروط يشترطها في التعاقد، وأما مدى هذه السلطة، فقد ورد حولها نصوص عامة وخاصة مختلفة⁴:

ففي القرآن وردت آيات عامة، منها الآيتان اللتان أوردناهما في الفقرتين السابقتين. وفي السنة النبوية جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «المسلمون على شروطهم». وقال أيضا: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» والكتاب هنا مصدر "كتب" بمعنى أوجب وشرع: أي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل؛ وذلك بأن يكون الشرط منافيا لقواعد الشريعة أو مقاصدها⁵.

¹ محمد بن علي القري، المرجع السابق، ص 958.

² وحرية التعاقد يختلف مدى إطلاقها ما بين قواعد الفقه وآرائه وما بين قواعد أصول الفقه، فإذا كان الفقه يضيق من هذه الحرية لدى أغلب المذاهب؛ فإن قواعد أصول الفقه تكاد - بالمقابل - أن تطلق هذه الحرية لدى أغلب المذاهب أيضا؛ محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 1، 2010م، ص 24.

³ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 542، 543.

⁴ المرجع نفسه، ص 543.

⁵ أنظر: موفق الدين بن قدامة الحنبلي، المغني، ج 8، ص 448؛ وليس معنى كتاب الله هنا القرآن، لأن القرآن إنما بين أصول الشريعة، ولم يتضمن تفصيل الشروط العقدية المقبولة والممنوعة كما تقدم بيانه هناك. واستعمال الكتاب بالمعنى الذي بيناه كثير في لسان الشرع، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [سورة النساء، الآية: 103] أي فريضة محددة

وثبت أيضا في السنة العملية أن النبي عليه الصلاة والسلام اشترى في السفر من جابر بن عبد الله بعيرا، وشرط لجابر ظهره إلى المدينة أي أنه اشترط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل عليه إلى المدينة، فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد أمرين¹:

أولا: أن هناك شروطا تعتبر ميدانا لإرادة العاقدين أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئيا؛ ويعتبر العقد المسمى قائما بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها.

ثانيا: أن هناك شروطاً ممنوعةً شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدين فيها، لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.

المطلب الثالث: العقد بين مبدأ سلطان الإرادة مع مبدأ الجعلية

يتألف مبدأ سلطان كما بيناه من شقين: أولهما الرضائية، ويقصد بها كفاية الرضا المتمثل في صيغة الإيجاب والقبول والشروط المعتبرة شرعا لإنشاء العقد، وثانيها دور الإرادة في ترتيب آثار العقد وعدم نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه، وهو ما يعرف بمبدأ: العقد شريعة المتعاقدين².

ولئن كانت الرضائية في العقود لم تثر جدلا بين فقهاء المذاهب الإسلامية، فإن الشق الثاني المتعلق بترتيب أحكام العقد وآثاره كان محل نظر؛ وذلك لاتجاه فقهاء المذاهب إلى القول، بأن هذه الآثار إنما هي

الأوقات. وكذا قوله تعالى عن عدم جواز نكاح المرأة المعتدة ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتب أجله﴾ (سورة البقرة، الآية: 235) أي حتى تنتهي العدة التي فرضها وكتبها الشرع على المرأة بالخلال النكاح السابق.

وأصل هذا الحديث أن بريرة، كانت أمة رقيقة، فأرادت عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن تشتريها وتعتقها. ومن المقرر شرعا بقول الرسول ﷺ أن المولى إذا اعتق عبده يكون للمولى المعتق حق الولاء . أي حق الإرث من عبده العتيق في مرتبة معينة من مراتب الميراث، ترغيبا في إعتاق الأرقاء . فأراد أصحاب بريرة أن يشترطوا على عائشة في البيع أن يكون ولاء بريرة لهم إذا هي أعتقتها بعد الشراء، فأخبرت عائشة النبي ﷺ بذلك، فقال: ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطة ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مئة شرط، شرط الله أحق وأوثق، رواه البخاري في البيوع والمكاتب؛ ووجه منافاة هذا الشرط لمقاصد الشريعة فيما يظهر أن الشرع الإسلامي يهدف إلى ترغيب الناس في إعتاق الرقاب الرقيقة، وقد فتح لذلك أبوابا منها إلزامية ومنها اختيارية. ولذا جعل حق الإرث بالولاء لمن أعتق ثم لعصبة ورثته من بعده ترغيبا في الإعتاق. فإذا اشترط على مشتري العبد أنه إن أعتقه فولأؤه للبائع كان هذا الشرط مما يحمل المشتري على الاحتفاظ بملكية العبد المبيع وعدم إعتاقه، فيختل غرض الشارع وسياسته الشرعية في موضوع وحكم لهما اتصال بمقاصد الشريعة؛ أنظر: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 543.

¹المرجع نفسه ، ص ص544،545

²المرجع نفسه ، ص20.

من فعل الشارع الذي شرع العقود ونظم آثارها، وهذا ما يعرف بالجعلية، خلافا لما تقرر في الفقه القانوني من كون مبدأ سلطان الإرادة يقتضي حرية الإرادة وقدرتها على ترتيب آثار العقد وتحديد نطاقه. لذا سوف أتعرض في هذا المطلب لمعنى الجعلية، ثم أراء المذاهب الفقهية فيها، وأخيرا تقدير ما إذا كانت الجعلية فعلا تقف حائلا دون الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه في الفقه الإسلامي كما هو الشأن بالنسبة للقانون.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الجعلية في العقود

يقصد بالجعلية في الفقه الإسلامي أن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فدور العاقد قاصر على تكوين العقد وإنشائه فقط، فقد نص الفقهاء والأصوليون على: "أن العقود أسباب شرعية وأن أحكامها وآثارها شرعية، أي أن تسبب العقود لآثارها ليس باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لأن الشارع جعل الآثار مترتبة عليها"¹. فالعاقد ينشئ العقد فقط، ولكنه لا يرتب آثاره؛ إذ أن مقتضيات العقود جميعها من أعمال الشارع؛ فالنكاح مثلا يقتضي حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين؛ وبالتالي تكمن إرادة العاقد في الدخول في العقد بإرادتهما الحرة وبالصيغة المعتبرة شرعا، وقد جعل الشارع هذا العقد طريقا لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام وذلك بأمرين:

- أولهما: إذن عام من الشارع يجعل الرضا طريقا لإنشاء العقود: وذلك بقوله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [سورة النساء، الآية: 29]، وهذا النص يفيد أن انتقال الأموال من شخص لآخر لا يكون إلا بالتراضي، ثم أوجب الله الوفاء بالعقود وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [سورة المائدة، من الآية: 1].

- وثانيها- إن الشارع جعل لكل عقد من العقود الغاية الشرعية المقصودة من إنشائه وحدد الآثار الخاصة به والمترب عليه، تتحقق بما الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه وتثبت به إذا توافرت عناصره وأركانه، وليس للعاقد أن يفر من هذه الأحكام؛ وهذا هو ما يعرف "بمقتضى العقد"؛ الذي لا يملك العاقد أن يتخلص منه بشرط يشترطه قبل العقد أو في إنشائه ولا أن يزيد ما يخلف هذا المقتضى².

¹ أنظر: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقه الغربي-، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط، 1972، ص 577 وما بعدها؛ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 217.

² علي الخفيف، المرجع السابق، ص 227؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 252.

الفرع الثاني: نظرية مقتضى العقد

يقصد بمقتضى العقد: موضوعه وما يتطلبه العقد بحكم الشرع¹ أي الغاية والمقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله، فهو لازمٌ وان لم يذكر في صلبه لأن مشروعية العقد من أجله فلا حاجة لذكره، بل هو لازمٌ مجرد العقد وذكره في العقد لا يؤثر كما أن إهماله لا يسقطه.²

إذا كان العقد عند القانونيين طبقاً لمذهب الإرادة يقوم على توافق إرادتين باطنيتين بقصدي إنشاء آثار قانونية، والآثار القانون المتولد عن العقد ينشأ في ذمة كل من طرفيه لان إرادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الأثر، فإن آثار العقد تنشأ مباشرة عن الإرادة³ والقانون هو الذي يحدد مقصد العقد، لأن الإرادة نفسها هي التي تضع القانون الذي تخضع له بحكم السلطان المخول لها⁴، وينتهي كائناً إلى القول بان سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين ولكل الواجبات التي تملئها هذه القوانين⁵.

فإن الشارع في الشريعة الإسلامية هو الذي يحدد الأحكام والآثار الأساسية لكل عقد، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين، بقصد تحقيق المصالح الشرعية والتوازن في الحقوق بين العاقدين، وبهذا التحديد وفي نطاقه المقرر تتحقق الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشاء العقد⁶.

وموضوع العقد يتحد في الحقيقة مع عبارتي: المقصد الأصلي للعقد (أو الغاية النوعية من العقد)، وحكم العقد، فهذه المصطلحات الثلاثة مترادفة يمثل كل واحد منها وجهاً لحقيقة واحدة. فإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل إيجاد العقد سميت مقصداً أصلياً للعقد أي مآل العقد. وإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سميت حكم العقد أي الأثر المترتب عليه. وإذا لاحظنا

¹ وموضوع العقد واحد ثابت في كل فئة أو نوع من أنواع العقود، ويختلف باختلاف فئات العقود أو أنواعها، فهو في عقود الزواج: حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين، وفي عقود البيع واحد: وهو نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض وفي الإجازات: هو تملك المنفعة بعوض، وفي الهبات: هو تملك العين الموهوبة، بلا عوض، وفي الإعارات: هو تملك المنفعة بلا عوض؛ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989، ص3030.

² السدلان، صالح بن غانم بن عبد الله، الشروط في النكاح، دار التقوى، ط2، 1988م، ص46.

³ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص19

⁴ وفي طورها الأخير من نظرية العقد الاجتماعي تنقطع الدولة الحديثة عن جذورها الميتافيزيقية ولا يبقى للسلطة الروحية وجود في حياة المجتمع، عندما يُجَلُّ الحق الطبيعي المطلق الفرد لا محلّ الملك فحسب بل محلّ الله ويجعل سيادة الإرادة العامة بديلاً عن الإرادة الإلهية المطلقة، إن هذا الطور الأخير هو طور علمانية الدولة (La Laicité de L'Etat) التي سوف تركزها الثورة الفرنسية في إعلان 1789م على أساس من الطبيعة المطلقة للوعي الفردي، انظر ص74 من هذه الرسالة.

⁵ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص17.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص3030، ص3053.

المرحلة المتوسطة التي تقع إبان التعاقد أي بين مرحلة إيجاده وتماه فتسمى هذه الحقيقة موضوع العقد¹،
فهذه العبارات الثلاث تطلق على حقيقة واحدة مثلثة الوجوه².

ومن خصائص مقتضى العقد:

أولاً- ما يقتضيه العقد ثابت باشتراط الشارع وإيجابه وجعله: فما يتضمنه العقد من أحكام أساسية مستحقة للعاقدين لا يجعل المكلف واشتراطه إنما هي مقاصد الشارع وعزائمه، فمثلاً بالنسبة لعقد الزواج: الله سبحانه وتعالى هو الذي ملّك الزوج منافع البضع، وجعلها خاصة له في حدود وآداب فلا يصح هبتها ولا مشاركة الغير فيها، وخوله القوامة على المرأة وملكه عصمتها، فقبول النكاح إليه وإزالة العصمة بيده، وأوجب العشرة بالمعروف على الزوجين وجعل المهر من لوازم النكاح وواجباته؛ فلا حاجة للمتعاقدين لاشتراط هذه الأشياء أو نفيها لأن اشتراط ذلك أو نفيه تضمنه العقد بحكم النصوص الشرعية والقواعد العامة للشريعة الإسلامية؛ فحماية المصالح الزوجية الأساسية أوجبها الله لعباده وجعل العقد متضمناً لها، وأما المصالح والمنافع التي تختلف باختلاف الظروف والأحوال لم يكن العقد متضمناً لها بل لا بد من اشتراطها وهذا ما سنبحثه في الباب الثاني من هذه الرسالة³.

ثانياً- ما يقتضيه العقد لازم باتفاق علماء الإسلام: لأنه من لوازم العقد ومدلولاته التي شرع من أجلها العقد وجعل دالاً عليها ومتضمناً لها، إلا أن العلماء يختلفون في دليل ما يتضمنه العقد، فهم متفقون على أن ما يتضمنه العقد لازم بموجب استلزامه له وبعضهم يزيد أمراً آخر وهو أن ما يتضمنه العقد واجب للنصوص التي جاءت بالأمر بالوفاء بالشروط كحديث عقبة بن عامر الذي رواه البخاري وغيره عن النبي عنه قال: "أحق ما أوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج"⁴، فان كثيراً من العلماء حملوا هذا الحديث على الشروط التي يتضمنها العقد⁵ والأحكام التي وضعها الشارع والآثار التي رتبها على عقد النكاح، مباشرة دون الحاجة إلى اشتراطها من العاقدين، كالنفقة، والإرث، وغيرها.

الفرع الثالث: نطاق مبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي

¹ وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص 501 وما بعدها.

² يلاحظ أن هناك فرقاً بين موضوع العقد ومحل العقد، أما موضوع العقد فهو المقصد الأصلي للعقد منظوراً إليه إبان تكوين العقد، وأما محل العقد فهو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد كالبيع والتمن؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص3030.

³ السدلان، المرجع السابق، ص ص 46،47

⁴ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، ج3، ص 375؛ مسلم، صحيح

مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم . 1418، ج1، ص 641 .

⁵ المرجع نفسه، ص ص 46،47.

يأخذ معظم فقهاء المذاهب المختلفة بفكرة الجعلية؛ حيث يرون أن ترتيب آثار العقود هو من صنع الشارع لا من عمل العاقدين؛ غير أنهم يتفاوتون بالأخذ هذه الفكرة، سأحاول فيما يلي عرض نصوص الفقهاء في الجعلية في المذاهب الأربعة:

أولاً- المذهب الحنفي: جاء في كشف الأسرار للبزدوي: " أن شرع الله سبب لإكتساب المال، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض"¹، وأورد كذلك في نفس المعنى: " علل الشرع غير موجبة بذواتها وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل، لكن إيجابه لما كان غيباً نسب الوجوب إلى العلل فصارت موجبة في حق العباد، ويجعل صاحب الشرع إياها كذلك..."²، تدل هذه النصوص على أن الموجب للأحكام وآثار الأفعال بفعل الله تعالى، وبالتالي استبعاد إرادة الأثر والإكتفاء بإرادة التعبير لدى المتعاقدين.

ثانياً- المذهب المالكي: يقول القراني: " إن الله تعالى تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل فيه إلا برضاهم"³، ويقول أيضاً: "فالأسباب القولية كالبيع والهبة والصدقة والقراض، وما هو في الشرع من الأقوال سبب انتقال الملك...، والسبب التام إذا أذن فيه من قبل صاحب الشرع وجب أن يترتب عليه مسببه؛ لأن وجود السبب المأذون فيه دون المسبب خلاف القواعد"⁴. وكذلك الحال في العقود؛ فهي الأسباب الظاهرة التي اعتدنا أن نربط بها الآثار، والواقع أن المبدع لهذه الآثار هو الله عز وجل، ولو شاء صاحب التصرف أن لا تنطلق الآثار من تصرفه لما استطاع، لأن ذلك في مقدور الشارع لا في مقدوره"⁵.

ثالثاً- المذهب الشافعي: يقول الإمام الغزالي في المستصفى: "وأما قسم المعاملات فلحل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره وهذا ظاهر، وإنما المقصود نصب الأسباب أسباباً للأحكام أيضاً حكم من الشرع..."; ثم ذكر الإمام الغزالي أن الآثار الشرعية تحصل عند تحقق السبب لا به، بل بأمر من الشارع؛ حيث يقول: "فإن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لا

¹ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله، محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط، 1، 1997م، ج 4، ص 244.

² المرجع نفسه، ص 244.

³ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القراني، الفروق "أنوار البروق في أنواع الفروق"، ج 1، عالم الكتب، د.ت.ن، د، ط، ج 1، ص 195.

⁴ المرجع نفسه، ص ص 203، 204.

⁵ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ص 580، 581؛ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد، ص 25.

به ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية لأنها لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، ولنصبه هذه الأسباب علامات لإظهار الحكم، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة فشاهدت ما يحصل الحكم عنده" ¹.

دلت هذه النصوص على أن المذهب الشافعي ربط آثار العقد بإرادة الشارع، فأثار العقد لا تترتب إعمالاً للإرادة العاقد بحيث تكون هي المنشئة لهذه الآثار والمرتبة لها وإنما ذلك كله منوط بإرادة الشارع الذي رتبها وما العقد إلا السبب المحرك لهذه الآثار، وكل ما تملكه الإرادة هو تشغيل هذا المحرك ثم تقف منه موقف المتفرج ².

رابعاً- المذهب الحنبلي: يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "... وأيضاً فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله تعالى قال في كتابه: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً﴾ ³. نستنتج من هذا أن الإمام ابن تيمية يقرر أن الرضا وإرادة المتعاقد هي أساس نشوء العقود ابتداء وهي مصدر آثارها، وهذا ما ينطبق تماماً على ما ذهب إليه فقهاء القانون في تقرير مبدأ سلطان الإرادة ⁴. ويرى الدكتور وحيد الدين سوار: " أن المذهب الحنبلي هو من أكثر المذاهب إخلاصاً لمبدأ سلطان الإرادة يدل على ذلك الشعار الذهبي الذي قرره ابن تيمية في فتواه ⁵.

بالرغم من هذا نلاحظ بروز فكرة الجعلية في هذا المذهب أسوة بباقي المذاهب الفقهية؛ حيث نجد شيخ الإسلام ابن تيمية نفسه يقرر هذه الفكرة في نصوص أخرى حين يقول: " أن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالمملك الثابت بالبيع ومملك البضع الثابت بالنكاح نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا لم نثبته ابتداء" ⁶، ويقول في موضع آخر: "وعلم الله بالأشياء وآثارها لا ينافي ما علقها عليه من الأسباب ... ولا من أخبره أن يكون له ولد لا يمنع أن يتزوج أو يتسرى وكذا من أخبره بالمغفرة أو بالجنة لا يمنع أن يأخذ بسبب ذلك مريداً للآخرة وساعياً لها سعياً" ⁷.

¹ أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، 1413هـ، ص 75 .

² محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص 26.

³ ابن تيمية: تقى الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم: الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا - مصطفى، عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، 1408 1987 ط 1، ج 4، ص 93.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 27.

⁵ وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 456.

⁶ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 4، ص ص 91، 92.

⁷ بدر الدين أبي عبد الله الحنبلي، مختصر فتاوى ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دس، ص 259

وعلى هذا يمكن الجمع بين هذه الأقوال بأن الآثار من جعل الشارع والأسباب للمكلف وفي النهاية الأسباب والمسببات بقدر الله ومشيئته.

بعد عرض أقوال الفقهاء في مبدأ الجعلية، يتبين لنا إجماعهم على أن الناس أحرار في إنشاء العقود، أما الآثار فالأصل فيها أنها من صنع الشارع وجعله، أي أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها العاقد إلى مسبباتها التي أوجبها الله وجعلها آثارا لها، وليست بأسباب طبيعية ملزمة بذاتها؛ أو بإرادة العاقد، ولكن آثار العقد مرجعها إلى جعل الشارع وإلزامه لنا بالوفاء بها سواء أراد العاقد هذه الآثار أم لم يردّها¹.

الفرع الرابع: مدى تقييد مبدأ الجعلية لسلطان الإرادة

بعد هذا العرض الموجز لأراء فقهاء المذاهب الأربعة، وبعض الاتجاهات الفقهية المعاصرة يتبين لنا إجماع الفقه الإسلامي على مبدأ جعلية آثار العقود؛ أي أن العقود أسباب ظاهرة تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند وجود أسبابها.

لكن يثور التساؤل حول كيفية التوفيق بين كون العقود رضائية في الفقه الإسلامي مع أن آثارها جعلية، وهل فعلا مبدأ الجعلية يقف حائلا في وجه مبدأ سلطان الإرادة؟ سأحاول الإجابة عن هذين التساؤلين فيما يلي²:

أولاً - لا يمكن تجاهل إرادة المتعاقدين في ترتيب الآثار بصفة مطلقة، إذ الواقع يدل على أن لهذه الإرادة دور في ترتيب الآثار في حدود ما لا يناهز مقتضى العقد ومقاصد الشارع من ذلك العقد، وإسهام الإرادة في ترتيب الآثار يختلف حسب طبيعة التشريع أو المذهب، وطبيعة العقد:

أ - من حيث طبيعة المذهب: فالشرائع التي تقوم على أساس من المذاهب الفردية يغلب فيها دور الإرادة في ترتيب الأثر، في حين يتضاءل دور الإرادة في الشرائع التي تقوم على أساس المذاهب الاجتماعية، وذلك بسبب اتساع دائرة النظام العام، ولما كانت الشريعة الإسلامية ذات صبغة اجتماعية، كان طبيعيا أن يعظم فيها دور الشارع في ترتيب الأثر وهو ما جعل نظرية الجعلية تطغى في الفقه الإسلامي.

وحتى في ظل الفقه الإسلامي نفسه يختلف دور نظرية مقتضى العقد بين مذهب وآخر، فنلاحظ ضمور ومحدودية هذا المبدأ في الفقه الحنبلي الذي أعطى للإرادة دورا وسلطانا واسعا في إنشاء العقد وترتيب آثاره.

¹ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص 26

² محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 30، 31.

بينما يعظم دور هذا المبدأ في تحديد الآثار في المذاهب التي قيدت من سلطان الإرادة؛ وغاية هذا المبدأ في الفقه الإسلامي هي تحقيق مقاصد الشارع من العقود فيكون لأحكام الشريعة الإشراف المباشر على التوازن بين الحقوق والعدالة العقدية تحقيقاً للمصالح الشرعية، وفي هذا الشأن يقول الشيخ علي الخفيف: "وقد حدد الشارع للعقود حدوداً حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ولا يناههم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يلزم بها على غير رضا منهم واختيار، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى ما نهى الله عنه"¹.

ب - من حيث طبيعة العقد: ويختلف دور الإرادة كذلك في ترتيب الأثر بحسب طبيعة العقد، ففي عقود الزواج ونظراً لأهميتها البالغة وآثارها الخطيرة، فنرى هيمنة النظام العام على أحكام الأسرة؛ بحيث يكاد الشرع ينفرد بترتيب آثار العقد دون إرادة المتعاقدين؛ أما بالنسبة للعقود المالية فإنها لا تتسم هذه الخطورة، وبالتالي يكون للأفراد حرية أكبر في ترتيب آثارها.

وهذا ما ذهب إليه الإمام أبو زهرة حيث يقول: "... وفرق بين النكاح والعقود المالية فإن الأبحاث الأصل فيها الحرمة، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح، فكان لا بد أن يكون السلطان في آثار النكاح للشارع نفسه، أما المعاملات المالية فهي من الأمور العادية الأصل فيها الإباحة ما لم يقدّم دليل على حرمتها، وأن الإرادة في الأمور التي تكون من هذا القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام من الشارع في جعل الرضا أساساً لإنشاء ونقل الحقوق وإسقاطها"².

والخلاصة بحسب هذا الاتجاه أن جعلية الآثار تتوقف على طبيعة العقد ذاته فبالنسبة لعقود الزواج وما لها من آثار خطيرة فإنها متروكة لتنظيم الشارع، أما العقود المالية فإنها لا تتسم هذه الخطورة وبالتالي يكون للأفراد حرية تكوين آثارها.

وإلى هذا الرأي مال الإمام أبو زهرة، حيث يقول: "لو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة - يعني مبدأ الجعلية - للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا أن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح، فإن الأسرة لمكانها من الحرمة وما يجب لها من الصيانة ولما تستلزمه من القرار والثبات، كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه، وأن ذلك يدعو إليه الاجتماع، فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات، ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها...، أما بالنسبة للعقود المالية، فالذي نراه يجب أن يكون لإرادة المتعاقدين سلطان في تكوين آثارها، لأنه لا خطر في جعل هذا السلطان للإرادة، مادام لم يخالف أمراً مقرراً

¹ الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص 242 .

² محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، مرجع سابق، ص 223؛ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 28.

في الشريعة، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود، ولاشك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها، والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيها ينفذه بمقتضى تعهده وبمقتضى العقدة التي عقدها"¹. ولا يبتعد هذا الرأي كثيرا عن القانون الوضعي؛ حيث يقول الدكتور السنهوري: "وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود، فعقد الزواج، وهو الأساس الذي تركز عليه الأسرة، مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة، بل ينظمها القانون طبقا لمصلحة الأسرة والمجتمع"².

ثانيا- لا يمكن القول بأن أحكام العقود وآثارها توجبها إرادة المتعاقدين لوحدها، دون إرادة الشارع وذلك في ظل أي تشريع، إنما تعتبر هذه الآثار من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأن ترتيب حكم العقد وأثره عليه والزام عاقده به هو اعتبار تشريعي صرف لدى أي مشرع، وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة، وليس ثمة فارق بين التشريعين الإسلامي والوضعي في هذا الشأن إلا في مدى ما فوضه الشارع للعاقد من سلطان على تعديل الأحكام والآثار التي قررها التشريع مبدئيا في كل عقد مسمى، ويكاد يتفق كل منها أيضا على حرية العاقد في إنشاء غير المسمى من العقود؛ إذ أنها مسألة تحكمها الأسس العامة للتشريع نفسه، وهذا يعني بالضبط مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لآثار وأحكام العقود، وليس معناه أن العاقدين هما المُشَرِّعان لآثار العقد وموجباته"³.

ثالثا- إن مبدأ الجعلية كمبدأ عام يهيمن على كل التصرفات والعقود لاعتبار عقائدي وهو: أن الله سبحانه وتعالى هو المسيطر على حركة الكون، وتصرفات الإنسان في الوجود، وأن كل الأسباب والمسببات من عند الله تعالى خلقا وتقديرا، وعليه فالإنسان له الحرية الكاملة في تكوين العقد وترتيب آثاره في الفقه الإسلامي في حدود الضوابط والأصول المقررة في الشرع الإسلامي"⁴.

وهو نفس ما ذهب إليه القانون الوضعي في هذا الأمر؛ إذ نجد أن سلطان الإرادة وإن كان له النطاق الواسع في ترتيب الالتزامات العقدية، إلا أنه يبقى محصورا في نطاق النظام العام والآداب لا يستطيع تجاوزها؛ حيث يقول الاستاذ السنهوري: "وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تحول في هذا

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 222، 223.

² السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ص 160.

³ عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1983، ص 349-350.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 33.

الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى؛ ولكن في هذا الميدان، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الإلتزامات التعاقدية وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب¹ إلا أنه إذا أمعنا النظر نلاحظ أن السلطان الأكبر للإرادة إنما يتصور في مرحلة إنشاء العقد:

فالإنسان حرٌّ في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وحرٌّ في أن يختار مع من يتعاقد ومتى يتعاقد مع مراعاة القواعد الآمرة للقانون وقواعد النظام العام والآداب، أما في مرحلة تحديد آثار العقد إذا أبرم فالإرادة أكثر تقييداً؛ فلكل عقد من العقود آثاره الجوهرية المرتبطة به والتي لا تنفك عنه، ومن أجلها يُقدم عليه الأطراف دون غيره من العقود؛ فالذي يقدم على إبرام عقد بيع لا يمكن أن يتوقع أن تتحقق له آثار عقد إيجار، فإذا توافقت إرادة الطرفين على إبرام عقد بيع رتب العقد آثاره المعروفة، ومن يقدم على عقد الزواج لا يمكن أن تتحقق له إلا الآثار التي حددها القانون والشريعة الإسلامية من هذا الميثاق الغليظ .

وبناء عليه يتبين أن الآثار الأصلية للعقود هي من ترتيب المُشرِّع وليس من ترتيب الإرادة، كما نخلص إلى أن "مبدأ الجعلية"، وإن لم يكن معروفاً بهذا الاسم عند فقهاء القانون الوضعي، إلا أنه في معناه ومدلوله وغايته لا يبتعد كثيراً عن مفهوم مبادئ النظام العام والآداب العامة عدى ما يتعلق بقابلية هذه الأخيرة للتطور والتغير بحسب الزمان والمجتمع والانظمة التي تحكمه، بعكس مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية التي تتميز بالشمولية والثبات وأنها بهذه الصفة قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان فالشريعة منها ما هو ثابت محكم، وهو القطعيات ومواضع الإجماع، ومنها ما هو متغيّر نسبيّ، مدرج في موارد الاجتهاد؛ بل إن منها ما هو من العفو الذي أحيل فيها إلى التجربة والمصلحة، في إطار من قواعد الشرع الكلية ومقاصده العامة.²

انطلاقاً من هذا نرى أن سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي يعتمد على الأسس التالية³:

- 1- حرية الإرادة في إنشاء العقد ورضائته مقيدة بالمبادئ العامة للشريعة، ويقابله ما تقرر في النظم القانونية من ضرورة تقييد حرية الإرادة العقدية بمبادئ النظام العام والآداب.
- 2- خضوع الإرادة لمبادئ العدل والاحسان حفاظاً على التوازن العقدي بين الأطراف وذلك يجعل آثار العقد من تقرير الشارع عز وجل، ويقابل هذا الأساس في النظم القانونية: مبدأ المساواة في المراكز القانونية بين أطراف العلاقة التعاقدية، وضرورة حماية الطرف الضعيف.

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص161

² انظر: صلاح الصاوي، شبهات حول تطبيق الشريعة الإسلامية، موقع الألوكة الشرعية، تاريخ التحميل: 2021/08/23.

رابط الموضوع: <https://www.alukah.net/sharia/0/1819/#ixzz74LlXaSbJ>

³ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص34.

- 3- منح القاضي سلطة مراقبة الشروط الإرادية في نطاق تحديد الآثار؛ حيث يباشر سلطته في التعديل والإلغاء للآثار التي تتعارض مع مبادئ وأصول ومقاصد الشريعة الإسلامية.
- 4- يترتب عن فكرة الحد من حرية الإرادة في ترتيب آثار العقد ومبدأ شرعية الآثار ترسيخ الشعور بالثقة في نتائج التصرفات واستقرار النظام القانوني، إذ لا عبث في أحكام الشريعة.
- 5- يقابل مبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي فكرة "القانون مصدر الالتزام": لطالما أنكر أنصار فكرة التضامن الاجتماعي على القانون اعتباره الإرادة الحرة للأطراف جوهر العقد وأساس قوته الملزمة، ويرون ضرورة استبدالها بقانون يمكنه أن يُقر أو يحضر بعض الالتزامات من أجل الحد أو التخفيف من حرية الإرادة وأثرها الضار، بل ويستوجبون تدخل القانون في العقد وذلك بهدف تعطيل الأثر الضار للأناية الموجودة في الحرية¹.

فالعقد ينشأ دائما بإرادة أطرافه ولكن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها في ترتيب الأثر، والصحيح أنه ليس هدف القانون ضمان حرية تلك الإرادة وتحقيق سلطانها لأن هدفه الأول هو تحقيق العدالة ومصلحة المجتمع، وبالتالي فإن تلك الإرادة يجب أن تكون متوافقة في ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع، وللمشرع أن يتدخل في تقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف بموجب "فكرة التضامن الاجتماعي".

وعليه فإن للقانون دوره كما للإرادة دورها أيضا وأن القول بانعدام الإرادة في حياة العقد هو قول يُجانبه الصواب، فملتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، وللدولة غرضها وهو تحقيق المصلحة العامة²، ولذلك فالقانون لا يعطي للأفراد إرادة حرة مطلقة وإنما يعطيهم حرية نسبية يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض³.

المبحث الثالث: عقد الزواج من قيود الكنيسة إلى ولاية القانون المدني

سنحاول رفع اللثام عن ظروف انبثاق فكرة الزواج المدني من رحم فلسفة التنوير، وفقه القانون المدني الفرنسي باعتباره النموذج التشريعي الأكثر تأثيراً بمبادئ الحرية والمساواة التي أفرزتها تلك المرحلة وتمخضت عنها الثورة الفرنسية (المطلب الأول)، معرجين على تعريف الزواج المدني لنبين خصائصه كثمرة من ثمار المعارضة للنظرة الكنسية من الزواج (المطلب الثاني)، وكيف أنه في الوقت نفسه ثمره من ثمار استرداد السلطة

¹أنظر: آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 391، 309.

²أنظر: جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج 1، ص 133.

³أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 117.

المدنية لأمر التشريع وانعكاس لمبدأ فصل الدين عن الدولة وميدان مشترك بين سلطان الإرادة العقديّة وسلطان القانون.

المطلب الأول: الإطار التاريخي لفكرة الزواج المدني

من البديهي جداً أن الزواج الديني شكّل الظاهرة الأبرز في تاريخ البشر، وذلك لتجدد أثر الديانات السماوية في مسيرة الحضارة الإنسانية، أما الزواج المدني فهو ظاهرة أشاعتها فرنسا بعد ثورتها، وثمرتها من ثمار استرداد السلطة المدنية لأمر التشريع، والمعارضة للنظرة الكنسية، فهو تحول بالزواج من الصبغة الدينية التي فرضتها الكنيسة حين كان لها سلطان التفرد بإصدار القوانين الملزمة لأتباعها إلى العقد المدني الذي تحكمه الإرادة الحرة لأطرافه تحت ولاية قانون الدولة.

الفرع الأول: المركز القانوني للمرأة الأوروبية في عقد الزواج قبل القانون المدني

يلخص المفكر "جون استيوارت ميل" المركز الاجتماعي للمرأة الأوروبية قبل ظهور الزواج المدني فيقول: "كانت للرجل قديماً قبل المسيحية سلطة الحياة والموت على زوجته، ولم يكن في وسعها أن تلجأ إلى القانون ليحميها منه، فقد كان هو قاضيها وقانونها وظل في وسعه لعهد طويلٍ أن يبيدها، أما هي فلم يكن لها أية حقوق تجاهه. وكانت القوانين في إنجلترا تُطلق على الزوج لقب "سيد" زوجته، وكان يُنظر إليها على أنه سيدها بالمعنى الحرفي للكلمة... كان للوالد السلطة في التصرف في ابنته... وكان من المستحيل عملياً أن ترفض الإذعان إذا أصر والدها على زوج اختاره لها، اللهم إلا إذا نالت حماية الدين ونذرت نفسها لدخول الدير."¹

ولم يظهر الزواج المسيحي على أساس الالتزام المتبادل بين الزوجين إلا في العصور الوسطى، ولكن لم يرتقي الزواج إلى مرتبة السر من قبل الكنيسة حتى القرن 13م، ولم يتخذ شكله القانوني الحالي إلا في مجمع ترينت عام 1542م؛ فالزيجات التي تتم المراسيم خارج النموذج المحدد من الكنيسة، أي أمام الكاهن وشاهدين ستعتبر باطلة، وعلى عكس الزيجات التي تمت في العصور القديمة، فإن الزواج المسيحي لا يقبل الانفصام باعتباره صورة الحب غير المشروط للمسيح وعلى صورة اتحاد الله مع شعبه. وفي ذلك الوقت لم يكن هناك أي تمييز بين الزواج الديني والزواج المدني، فقد قام الكهنة الذين احتفظوا بسجلات الرعية بوظيفة ضابط الحالة المدنية².

¹ جون استيوارت ميل، المرجع السابق، ص 73، 77.

² Amandine Stehlin. op.cit., P8.

يقول ستيفوارت ميل واصفاً حال الزوجة في ظل الحضارة المسيحية: "إن الحضارة والديانة المسيحية أعادت للنساء حقوقهن العادلة، وفي الوقت نفسه ظلت الزوجة بالفعل خادمة أقرب إلى الأمة أو الجارية لزوجها، فهي تتعهد أمام المذبح بطاعة زوجها طوال حياتها، ويلزمها القانون بتنفيذ تعهداتها مادامت حية ترزق، ليس في استطاعتها أن تحصل على ملكية شيء إلا من أجله، وفي اللحظة التي يصبح فيها شيء ما ملكاً لها، ولو حتى بالميراث، فإنه يصير ملكه هو في الحال، ويُعد وضع الزوجة في ظل القانون العام في إنجلترا أسوأ من وضع الرقيق والجواري، فقد كان من حق العبد في القانون الروماني الاحتفاظ بما يحصل عليه من هبات، ويضمن له القانون إلى حد ما في أن ينفقها على نفسه، أما في إنجلترا فإن الزوج يستولي على حقوق الزوجة بكاملها، وكذلك ممتلكاته وحريتها، ويكون استيلاؤه عليها تاماً، ولهذا يُطلق على الاثنين (الزوج والزوجة) مصطلح (شخص واحد في القانون)، بمعنى أن كل ما تملكه الزوجة يصبح ماله، لكن كل ما يملكه لا يصبح مالها، فالقاعدة لا تطبق ضد الرجل"¹

وقد أشار ويليام بلاكستون William Blackstone إلى هذه الحقيقة، بنوع من التهكم، حيث كتب أنه من خلال الزواج، يكون الرجل والمرأة جسداً واحداً، هو جسد الرجل فيقول: "بالزواج، يكون الزوج والزوجة شخصاً واحداً في القانون: أي يتم تعليق وجود المرأة أو وجودها القانوني أثناء الزواج، أو على الأقل يتم دمجها وتوحيدهما في الزوج؛ تحت جناحه وحمايته وغطائه، فتؤدي الزوجة كل شيء"². وفي ظل النظام الملكي للقرن الثامن عشر، لم تكن السلطات تؤيد فكرة الاختيار الحر والرضا بالزواج، فقد كان للأباء فقط اتخاذ القرار بشأن ارتباط بناتهم، أما في الطبقة الأرستقراطية والطبقة البرجوازية العليا، كان الزواج المسيحي والرضا المتبادل بين الزوجين يتراجع لصالح الزواج المرتب، ليصبح الزواج مجرد عقد بين عائلتين تجمعان الثروة والألقاب. ولهذا سار هذا التطور في الزواج جنباً إلى جنب مع تدهور مكانة المرأة؛ ففي ذلك الوقت، لم يكن الزواج من أجل الحب أمراً ضرورياً³.

¹ جون استيفوارت ميل، المرجع السابق، ص 73، 77.

² "By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover, she performs everything;" William Blackstone. Commentaries on the Laws of England. Vol, 1 (1765), pages 442-445.

³ Amandine Stehlin. op.cit, P9.

الفرع الثاني: ظهور فكرة الزواج المدني

يعتبر الزواج المدني فكرة ابتدعها التشريع الفرنسي المشيع بالأفكار الرذكالية اللائكية على أنقاض نظام الزواج الديني، كحاجة بديلة تتجاوز قيود الزواج الكنسي عبر عنها الفرنسيون وتبناها الغرب انتصاراً للعلمانية الليبرالية.¹

وإذا بحثنا في أصول الطابع المدني لعقد الزواج في فرنسا نجد علمانية الزواج بدأت قبل الثورة الفرنسية سنة 1789، إذ أن العمل الذي قام به دعاة الإصلاح الديني من أمثال مارتن لوثر في القرن السادس عشر ضد النظرة الكنسية من الزواج، في قولها بأن الزواج سر من الأسرار السبعة²، وكذلك بعض المفكرين والفلاسفة آنذاك مهد الطريق للزواج المدني، إضافة إلى ما قامت به الملكية بفرنسا في هذا المجال³.

وما يذكر في هذا المقام أن الفقهاء الفرنسيين قادوا هجوماً شديداً ضد كل خلط بين مدنية الزواج والدين، وقد كان من أعظم أسلحتهم في هذا الهجوم استبداد الكنيسة بعقد الزواج وما ترتب عليه من الوضع الظالم المحجف في حق البروتستانت، إذ أن هؤلاء كان عليهم إما أن يذهبوا إلى كنيسة لا يؤمنون بها، لأن كنيستهم لا تباشر عقد الزواج، وإما أن يرفضوا ذلك فيصبح أولادهم من هذا الزواج موسومين بوصمه من العار كأولاد زنا⁴.

وقد أثار هذا الوضع امتعاض الفقهاء والرأي العام مما اضطر الملك لويس السادس عشر إلى إصدار قرار في سبتمبر سنة 1787م أباح بموجبه لغير الكاثوليك أن يعقدوا زواجهم أمام موظف العدالة الكنسية، ثم جاء دستور 3 سبتمبر 1791م الذي كرس علمانية الزواج في الفصل السابع منه، فجاء فيه بأن "القانون لا يعترف بالزواج إلا كعقد مدني"⁵.

¹ وما تقرر عن علمانية الدولة أن: 1. القانون الذي يحكم علاقة السلطة والشعب وشتى الصيغ في المجتمع مصدره البرلمان لا الكنيسة. 2. يحظر على الكنيسة أن تتدخل بالحياة المدنية، بما في ذلك الزواج الديني. 3. ينحصر عمل الكنيسة في الشأن الديني الخاص. انظر: أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 10.

² وكان أول من نادى بأن الزواج نظام طبيعي -مدني- حين قال: "أن الفريضة الكنسية يجب إن تكون مرسومة من المسيح ومخصصة للمسيحيين وحدهم وهذا لا ينطبق على الزواج فان غير المسيحيين من يهود ومسلمين يتزوجون كما يتزوج المسيحيون وعلى هذا فان الزواج نظام طبيعي ولا حاجة لإجراءات دينية لتجعله حلالاً." عبد الفتاح كبتارة، الزواج المدني دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 80.

³ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 247.

⁴ عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 80، 81.

⁵ المرجع نفسه، ص 80، 81.

لتدخل الثورة الفرنسية بقانون 20 سبتمبر 1792م الذي نص على أن الزواج يتولى شهره رئيس البلدية وهو ما اعتبر أول هجوم على احتكار الكنيسة لمؤسسة الزواج، رغم أنه لم يؤدي إلى إختفاء مفهوم الزواج كـ "سر مقدس"، ومن أجل غل يد الكنيسة واستبعاد شؤون الزواج من سلطتها، إشتراط قانون 10 جرمينال لسنة 1802، وجوب تسبيق الزواج المدني على المراسيم الدينية حتى يكون الزواج ساريًا، وابتداء من هذا التاريخ، وبغض النظر عن الانتماء الديني للزوجين، سيكون من الضروري المرور أمام رئيس البلدية قبل التمكن من الزواج دينياً، وسيتم الحفاظ على هذا الإجراء، المنصوص عليه في م 214 من ق.م.ف، إلى يومنا هذا كدليل قاطع على انفصال الكنيسة عن الدولة، وبذلك أصبح الزواج مدنيًا وعلمانيًا.¹

وبعد هذه المرحلة تولى القانون المدني النابليوني² سنة 1804م تنظيم جميع أحكام عقد الزواج، وشروطه ومبادئه الرئيسية، لاسيما مبدأ الطلاق، الذي تم تبنيه في عام 1792، ورغم عديد التعديلات والإصلاحات التي عرفها القانون المدني، لا تزال تظهر في القانون الحالي تلك الشروط والمبادئ، إلا أن ما يميّز قانون نابوليون هو تبنيه اتحاد واحد هو: "الزواج المدني الجمهوري". ولذلك نجد القانون في هذه المرحلة قد تجاهل تماماً المعاشرة غير الشرعية³.

وقد رافق تقنين الزواج المدني إخراج كبير للكنيسة، ولرجالها، وللراغبين في التزام ما تقرره الكنيسة، إذ أن القانون الجديد قد نص على بطلان أي زواج لا يتم في ظلالة وفق إجراءاته، بل ذهب إلى أكثر من ذلك إذ اعتبر الزواج الديني الذي لم يسبقه زواج مدني عقدة باطلا ومساكنة غير شرعية. ولضمان خضوع رجال الدين إلى منطوقه، صدر قانون العقوبات الفرنسي معاقبا بالسجن والغرامة، كل رجل دين يقوم بإبرام الزواج الديني في الكنيسة قبل الزواج المدني أمام ضابط الحالة المدنية، فالواجب أن يبرم الزواج أولاً أمام ضابط الحالة المدنية حمايةً للطابع المدني لعقد الزواج، وهو الشكل المعترف به الذي ينتج جميع آثاره⁴، وبهذا

¹ Amandine Stehlin. op.cit, P9.

² أول إطلاق لعبارة "القانون المدني" كان على القانون الذي يحكم مدينة روما ومواطنيها. فهو إذن في بدئه، فرع للقانون الروماني الذي شمل الأباطورية الرومانية، ثم استخدمت هذه العبارة في القرن السادس على مجموعة جوستينيان لتميزها عن مجموعة القانون الكنسي. وأخيراً على قانون نابليون سنة 1804 والذي ضم الأحوال الشخصية إلى جانب الأحوال المالية، إلا لأن هذا المفهوم يقوم على فكرة مقتضاها أنه لا تشريع في الدولة إلا تشريعها، ولا نظام إلا نظامها، ولا محكمة إلا محكمتها، وبهذا يكون القانون سائدا لكافة عناصر الأمة وشريعة عامة للمحاكم حال رفع القضايا إليها في مختلف الشؤون التي عاجلها هذا القانون ومنها طبعاً الزواج، ومن ذلك الحين غدت لفظة القانون المدني تعني تشريع دولة من الدول لموجبات الأفراد في مناححهم وإجاراتهم وبيوعهم والتزاماتهم وسائر عقودهم؛ محمد علي ضناوي، الزواج الإسلامي أمام التحديات، الكتاب الثاني: تخافت دعوى الزواج المدني في لبنان والعالم الإسلامي، المكتب الإسلامي، دار الايمان، بيروت، ط3، 1987م، ص 19.

³ Amandine Stehlin. op.cit P9.

⁴ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 248.

أصبح الزواج في فرنسا عقدا مدنيا لائتيا وفقا لأحكام القانون المدني¹، ثم انتشر الزواج المدني بطريقة متفاوتة في جميع أوروبا والأمريكيتين وغيرها، ونصت تشريعاتها على إلزامية الزواج المدني كإطار للالتزامات والحقوق الزوجية، دون أي مرجعية أخرى، وبعضها قنته على سبيل الاختيار بينه وبين الزواج الديني، فيما بقيت الصداقات الجنسية على إباحتها دون أي قيد أو إقرار قانوني حتى القرن العشرين².
وعليه يمكن القول أن من أهم نتائج المبادئ التحررية للثورة الفرنسية استرداد السلطة المدنية لتشريع الزواج في أعقاب صدور قانون نابليون، وبعده أصبح من الشائع إطلاق التعبير الزواج المدني على الزواج الذي يخضع في إنشائه ومفاعيله وانحلاله إلى منطق القانون المدني، تمييزاً له عن الزواج الذي يتم كنسياً، وتم بذلك اعتبار الزواج عقدا كسائر العقود وإن كان يخضع في تنظيمه لقواعد خاصة تجعل له طابعاً متميزاً.

المطلب الثاني: المضمون الفقهي لفكرة الزواج المدني

لقد ظلت الكنيسة الكاثوليكية لقرون طويلة صاحبة السلطان في قانون الزواج، فجمعت في أيدي رجالها سلطتي التشريع والقضاء في مسأله - إلا أن هذه السيادة التي مكنت لها الحكم نيفا وخمسمائة سنة أخذت منذ القرن السادس عشر في الاضمحلال وبدأ نفوذ السلطات الزمانية يتغلغل في القانون الزواجي شيئاً فشيئاً بنزع الصبغة الدينية عن عقد الزواج، حتى إذا قامت الثورة الفرنسية واجتاحت سلطان الكنيسة في فرنسا رأينا الزواج يتجرد من كل طابع ديني ليأخذ مكانه بين التشريعات الوضعية³.

الفرع الأول: الزواج المدني مفهوم علماني قابل للتطور

يؤثر عن العميد كاربونييه انه قال: "لم يُعرّف القانون المدني الفرنسي الزواج، وكان محقاً في ذلك؛ فالجميع يعرف ما يعنيه الزواج؛ إنه أقدم عادات البشرية وحالة معظم الأفراد البالغين"⁴، إلا أنه على

¹حاتم دايدو، المرجع السابق، ص 129. في سبيل استمرار اعتبار الزواج سرا من أسرارها، وصمت الكنيسة بالعار كل من يتزوج مدنيا دون أن يعقبه بزواج ديني آخر، واعتبرتهما عازبين يتساكنان سراً. محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 20.

²انظر أديب زخور، الزواج المدني أو اللاطائفي، موقع المفكرة القانونية، تاريخ الاطلاع 2020/12/13، الرابط: <https://legal-agenda.com/wp-content/uploads/1366270891>؛ انظر كذلك: أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 11،

الهامش رقم 1.

³حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول التشريع في الفرنسي الأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية المطبعة العالمية-القاهرة، ص 62، 63.

⁴ « Le code civil n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il entend par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des individus adultes ». Droit civil, PUF, Quadrigue Manuel, 2004, t. 1, n° 522, p1140.

مستوى تطور البشرية وتنوعها، بدا الزواج قبل كل شيء قائمًا على الإرادة التي تحذو الإنسان لتنظيم التكاثر والتنشئة الاجتماعية للجنس البشري، ويظهر هذا البعد بوضوح أيضًا في بعض المشاريع التي سبقت القانون المدني الفرنسي كمشروع 22 أوت 1793 الذي عرّف الزواج بأنه "اتفاقية يتعهد بموجبها الرجل والمرأة تحت سلطة القانون بالعيش معًا لإطعام وتربية الأطفال الذين قد يولدون من اتحادهما"¹.

أولاً - المفهوم التقليدي للزواج المدني:

إن كان الزواج المدني يقصد به ذلك العقد الذي لا يخضع في تنظيمه وأحكامه إلى أية مرجعية دينية، فإنه في قانون نابليون قُصد به ارتباط بين رجل وامرأة بقصد إنشاء أسرة ارتباطا يقره وينظمه القانون، ويرتب عليه الآثار القانونية، ويتطلب لصحته شروطا وأركاناً حددها القانون، دون أن يخضع لأي طقوس أو مراسيم دينية².

كما يبرز على رأس التعريفات القانونية للرابطة الزوجية ما ذكره الفقيه بورتاليس "Portalis" باسم الحكومة الفرنسية غداة الثورة وإعلان الدستور وكجزء من العمل التحضيري للقانون المدني الجديد في القرن 19م، بقوله: "الزواج هو الشركة التي تجمع بين الرجل والمرأة لاستمرار بقاء النسل وليساعد كل منهما الآخر بالمعونة المتبادلة لحمل أعباء الحياة ولتقاسما أقدارهما المشتركة"³، وبناءً على هذه التعريفات، يمكن التأكيد على أن هناك عنصرين يعملان تقليدياً كمرتكزات للزواج:⁴

¹ H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité: métamorphose ou rupture ? », in Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009., p. IX.

² فتبحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وأثار الإخلال بها، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2003، ص 125.

³ « Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même, et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée » Edwige Rude-Antoine, Mariage libre, mariage forcé ?, La Nature humaine, Éditeur: Presses Univ. de France : 2011. <https://www.cairn.info/mariage-libre-mariage-force--9782130586753.htm>.

⁴ Dans la droite ligne de cette définition, il a été souligné que deux éléments servent traditionnellement d'ancrage au mariage : « la différence des sexes (le mariage est le cadre social des relations entre l'homme et la femme, le cadre légal de la procréation) et l'engagement (engagement du mari et de la femme l'un envers l'autre, engagement du couple à l'égard des enfants qui naîtront de l'union, engagement des époux devant leurs familles et devant la société). Au-delà de la pluralité des règles juridiques et des approches culturelles, l'unité du mariage est de constituer l'acte fondateur d'une famille... » H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité, op. cit., p. IX

1- اختلاف الجنسين: الزواج هو الإطار الاجتماعي للعلاقات بين الرجل والمرأة، والإطار القانوني الحصري للإنجاب، فهو يهدف إلى تهذيب العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة في وحدة قادرة على التناسل.

2- الالتزام: إن التزامات الزوج والزوجة لبعضهما البعض، والتزام الزوجين تجاه الأبناء المولودين في كنف رابطة قانونية، تهدف إلى توفير إطار مستقر يساعد على تنمية الطفل بفضل القواعد المتعلقة بالتزامات الإعالة والتعليم، والتزام الزوجين تجاه عائلاتهم والمجتمع، إلى جانب تعددية القواعد القانونية والمقاربات الثقافية، يجب أن تشكل من الزواج العقد الحصري التأسيسي للأسرة.

وفي صيغة تركيبية، يمكن للمرء أن يقول: إن الإنجاب وتربية الأطفال ليسا شرطاً للزواج ولا غايته، ولكن على عكس أي شكل آخر من أشكال الزوجية، سواء كان منظماً قانونياً أم لا، فإن الزواج يمنح الطفل وضعاً قانونياً مسبقاً حتى قبل أن يولد¹، تعبر عنه الجهود التي يبذلها الزوجين في توفير الجو الأسري العاطفي والإمكانات المادية والمعنوية التي تسبق ولادته.

إلا أن هذا المفهوم لم يسلم من النقد فبعض الفقهاء لم يرتض هذا الاتجاه في جعل الهدف الرئيسي من الزواج هو إنجاب الأولاد. فالزواج بقدر ما هو مؤسسة هو أيضاً علاقة شخصية، ولهذا نجد "بول هيرفيو" Paul Hervieu، عضو اللجنة التي تأسست عام 1904 لمراجعة القانون المدني الفرنسي، اقترح تضمين الإخلاص والرعاية والمساعدة والحب إلى واجبات الزوجية²، ومن هؤلاء الفقهاء أيضاً بودان الذي عرف الزواج بأنه: "الاتفاق الذي بواسطته يتحد شخصان من جنسين مختلفين في مقاديرهما مدى الحياة تحت لواء الزواج"، وهذا الاتجاه الذي لم يجعل الإنجاب هدفاً رئيسياً في الزواج يعبر وإلى حد كبير عن الفكر القانوني الذي لا يستهدف من الزواج سوى قيام الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة في ولاية القانون.³ ومما يؤكد هذا الاتجاه المبدئي تعريف كولان وكايتان بأنه: "عقد مدني وارتسامي (solennel)⁴ يتحد به الرجل والمرأة قصد الحياة معا وقصد تبادل المساعدة والتعاون تحت إدارة الرجل رئيس الأسرة."¹

¹ H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 409.

² S. Melchior-Bonnet et C. Salles (dir.), Histoire du mariage, Robert Laffont, Paris, octobre 2009, p874.
³ عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص ص 83، 84.

⁴ Solennel: adjectif (latin sollennis) Qui est célébré avec éclat, revêt un caractère majestueux, public : Des obsèques solennelles. Qui présente une gravité, une importance particulières par sa nature ou du fait des circonstances : Faire une déclaration solennelle. Qui est empreint d'une gravité souvent affectée, qui prend des airs d'importance.

أما الزواج عند العميد مارسيل بلانيول فهو: "عقد بواسطته يؤسس الرجل والمرأة فيما بينهما اتحادا يتولاه القانون ولا يستطيعان أن يفصماه بإرادتهما المطلقة."²

وعرفه الفقيه كربونييه (CARBONNIER)، بأنه: "العقد الذي بواسطته يتعهد رجل وامرأة اختاراً كل منهما الآخر، بالعيش معاً حتى الموت"، ووفقاً لفقيهين: (TERRE) (FENOUILLET)، فإن الزواج هو: "العقد القانوني الارتسامي الذي بموجبه يُنشئ رجل وامرأة بينهما اتحاد ينظم القانون المدني بشكل إلزامي شروطه وآثاره وانحلاله"³.

إن الناظر إلى هذه التعريفات يجد أنها متفاوتة فيما بينها من بعض الوجوه إلا أنها متفقة على أن الزواج في القانون الفرنسي القديم كان يقوم على الارتباط الشخصي بين رجل وامرأة في ولاية القانون دون أن يكون الهدف منه إنجاب الأولاد. ولا بد من الإشارة إلى أن هناك فارقاً كبيراً بين غايته الزواج المدني والكنسي، فبينما يرى القانون المدني، أن الغاية الأساسية الأولى من الزواج، إرادة العيش المشترك بين الزوجين، نرى القانون الكنسي يحدد غاية الزواج بإنجاب الأولاد، ولا ريب أن لكل من هاتين الغايتين معطيات تجعل نتائج الزيجتين مختلفة تماماً.⁴

ومهما يكن من أمر فإنه من الثابت لدى الفقهاء والشراح الفرنسيين أن قانون الزواج المدني لا يزال في الكثير من أحكامه وقواعده ملتزماً بالإطار التشريعي الكنسي على الرغم من مبدأ الفصل بين الدين والدولة والذي اعتنقته فرنسا بعد ثورتها الكبرى⁵، مسيرة حافظت للزواج على ثلاث خصائص هي: الطابع الرسمي والطابع الشخصي والطابع المدني.

ثانياً- المفهوم المعاصر للزواج: إن الناظر إلى الإصلاحات والتعديلات المتتالية التي عرفها القانون المدني الفرنسي يمكنه بالفعل التأكيد على حقيقة أن كل التعاريف السابقة لعقد الزواج قد عفا عليها الزمن؛ ففي

وتعني بالعربية: إعلان رسمي، احتفالي ومهيب؛ يحتفل به في مراسم علنية وعمامة لما ينطوي عليه من خطورة وأهمية خاصة بطبيعته أو بسبب الظروف، رابط قاموس لاروس: <https://www.larousse.fr/>

¹حسن الأشموني و محمد و محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص62.

²"Pour Planiol, au début du XXe siècle, il s'agissait : « d'un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré ». Amandine Stehlin, op. cit, p4.

³"Selon CARBONNIER c'est « l'acte par lequel un homme et une femme, qui se sont mutuellement choisis, s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort ». Selon TERRE et FENOUILLET c'est « l'acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution ». Amandine Stehlin, op. cit, p5.

⁴محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص22.

⁵عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص ص 80، 81.

الواقع ، وإن كان القانون الحالي لا يحدد بأي حال من الأحوال مفهوم الزواج، فإنه ومنذ عام 2013، أصبح ينص في المادة 143 أنه يمكن عقد الزواج من قبل شخصين من نفس الجنس أو جنس مختلف¹، كما تنص المادة 202 الفقرة 1 من ق.م.ف على أنه "يمكن لشخصين من نفس الجنس عقد الزواج عندما يسمح بذلك القانون الشخصي لواحد منهما على الأقل أو قانون الدولة التي يتخذ من اقليمها موطناً أو محل إقامة"².

وعليه، يعرف الفقه المعاصر الزواج باعتباره عقداً قانونياً ارتسامي يتحد بموجبه شخصان وفقاً لقواعد القانون المدني، كما ينظر القانون للزواج كاتحاد بحكم القانون، ويعترف بالمعايشة كاتحاد بحكم الواقع³. وبناء على هذه التعاريف القديم منها والحديث، فإنه يمكننا تعريف الزواج في القانون الفرنسي بأنه: عقدٌ قانوني ارتسامي يتحد به شخصان ويقوم على توافق إرادتهما على الارتباط وإقامة حياة مشتركة بينهما من أجل تبادل الرعاية والمعونة لخيرهما المشترك وذلك وفقاً لقواعد القانون المدني.

ثالثاً- الزواج مفهوم متجدد: إن الإجماع حول أساس نشأة الأسرة الذي بدى أنه سائد في مجتمعاتنا الإنسانية قد انتهى بالفعل مع مطالب الوصول إلى الزواج من نفس الجنس، وتكريس هذا النوع من الزواج في تشريعات عدد من البلدان بعد قانون 21 ديسمبر 2000 الهولندي الذي فتح هذا التحول الخطير⁴. وهكذا نشهد، منذ بداية القرن الحادي والعشرين، انتعاشاً استثنائياً للاهتمام بين الفقهاء بالزواج بسبب الجدل الناتج عن تبرير الأسس التي يمكن أن تنظم تشريع الزواج.

غير أن التغيرات التي أثرت على مجتمعاتنا المعاصرة غيرت بشكل عميق مفهوم الزواج، كما أن الاستقرار الكبير للتشريعات في القرنين الماضيين أدى بلا شك إلى حجب أهمية التطورات القانونية التي

¹ Article 143 Modifié par LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 – art. 1 : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. »

² l'article 202-1 alinéa 2 du code civil Modifié par LOI n°2014-873 du 4 août 2014 – art. 55 «Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »

³ المادة 515-8 من ق.م.ف: "المعايشة ارتباط بحكم الواقع ، تتميز بحياة مشتركة تقديم طابع الاستقرار والاستمرارية، بين شخصين من جنس مختلف أو من نفس الجنس ، يتعايشان كزوجين."

Article 515-8 Modifié par Loi 2007-308 2007-03-05 art. 1 3° JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

⁴ V. F. Granet-Lambrechts, « La diversité des modes de conjugalité: panorama de droit comparé », in Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité, H. Fulchiron , op. cit., p3.

وأكبت الازدهار الذي عرفته المجتمعات الأوروبية في ميدان حقوق الإنسان، فالزواج بمفهومه المعاصر يشهد تحولات عميقة بسبب مبدئين أساسيين؛ هما: الحرية والمساواة، ويتجلى أثرهما في:

- حرية الزواج.
- حرية إبرام أنماط من الاتحادات والشراكات الأسرية المنافسة لمفهوم الزواج التقليدي.
- حرية الطلاق.
- المساواة بين الجنسين.
- المساواة في النسب بين الأطفال المولودين في إطار الزواج وخارجه.

إضافة إلى انتشار مفاهيم تنظيم النسل، وظهور طرق جديدة للإنجاب بعد التطور الكبير الذي عرفته العلوم الطبية، مع الزيادة في معدلات العمر.

ومما لا شك فيه أن هذه التحولات جعلت المعنى المشترك للزواج ينحرف نحو تصور أكثر مادية حيث لم يعد الانجاب ورعاية الأطفال يشكل المحور الأساسي لمؤسسة الزواج، ففي أعقاب اضطراب الأخلاق وعلى مدار الإصلاحات القانونية التي عرفها قانون الزواج، تم عكس أسس قانون الأسرة تدريجياً؛ فبعد أن كان من المقرر في القانون المدني أن الزواج هو العقد التأسيسي للعائلة، والبنوة الشرعية هي النتيجة؛ أصبحت اليوم البنوة هي التي تأخذ المركز الأول حتى قبل تصور العلاقة الزوجية¹، فلم يعد الزواج يُؤسس للنسب ولا النسب يُؤسس على الزواج.²

يمكن تلخيص مآلات الاتجاهات الحديثة للزواج من خلال إسناده إلى الحب والجنس بدلاً من الإنجاب (l'amour et la sexualité plutôt que la procréation)، ليصبح المقصود منه التنظيم المادي للعيش المشتركة بين شخصين، بعيداً عن الاعتبارات الجنسية للأدوار الاجتماعية النمطية بين الشريكين، ويتوقف استمرار هذا التعايش على مدى قدرته في تحقيق الرضا الشخصي لأطرافه، وبذلك أصبح الزواج مجرد أسلوباً للعيش المشترك³.

¹F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, spéc. p. 292.

² On a pu dire que « le mariage ne fonde plus la filiation » H. Fulchiron, De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle, op.cit, p 413.

³ « fondé sur l'amour et la sexualité plutôt que la procréation, destiné à l'organisation matérielle d'une vie commune qui durera autant qu'il plaira à chacun, indifférent à une quelconque sexualisation des rôles respectifs, le mariage est devenu l'un des modes de la vie à deux » R. Libhaber, « La notion de mariage civil », in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, p. 340.

الفرع الثاني: خصائص الزواج المدني.

على ضوء التعريفات المتقدمة للزواج نستطيع التوصل إلى بعض الخصائص العامة للزواج في القانون الفرنسي:

1/ الزواج المدني نظام علماني (لائكي)¹: لأنه زواج لا يحوي أي خاصية طائفية أو دينية (confessionnel)، وأن الدولة هي التي تتولى تنظيمه بسن قوانينه، وهي التي تتولى الفصل في منازعاته، دون خضوعها لأية تعليمات دينية تصدر عن الكنيسة². وعملاً بمبادئ الدولة العلمانية³ لاسيما مبدأ فصل الدين عن الدولة الذي جاءت به الثورة الفرنسية سنة 1789م، لم تعد الدولة تنظر للزواج بأنه عقد أو نظام ديني أو سراً من أسرار الكنيسة، بل أصبحت

¹ اللاتينية: بالإنجليزية -Secularism- اللاتينية أو العلمانية الفرنسية، تعريب لكلمة (laïcité بالفرنسية)، لفظ يستخدم في الفضاء الفرنكفوني ويحمل في طياته معنى خاص مرتبط بتجربة المجتمع الفرنسي تحديداً دون غيره، وتستمد هذه مصطلحات - اللاتينية والعلمانية- جذورها من المفردات الدينية للتمييز بين النظم العلمانية والنظم الرهبانية، وتواجدت في فترة مُبَكَّرَة من التاريخ الفرنسي المعاصر استناداً إلى القانون الفرنسي لفصل الكنيسة عن الدولة عام 1905م، واللائكية مفهوم يُعَبَّر عن فصل الدين عن شؤون الحكومة والدولة وكذلك عدم تدخل الحكومة في الشؤون الدينية. وامتد تفسيره الفرنسي ليشمل المساواة في التعامل مع جميع الأديان، وأصبح التفسير أكثر تحديداً في عام 2004م.

وقد عرّف موريس باربيه - Maurice Barbier اللاتينية في مفهومها الواسع بأنها "الفصل بين الدين والحقائق الدنيوية، فهي تفتقر أن الحقائق الإنسانية: السياسية، والاجتماعية، والثقافية، لا تخضع لاحتواء الدين أو تأثيره، سواء عنى به الإيمان أو السلطة الدينية. وهكذا، نرى أن الفلسفة الغرب ومختلف علومه قد استقلت عن اللاهوت، وتكوّنت خارج إطار المسيحية بل ضدّها في بعض الأحيان، ولم تطع إلا المبادئ الصرفة للنظام العقلاني أو الطبيعي.

مفهوم اللاتينية في غير فرنسا: وعلى عكس المسار الفرنسي لم يكن المسار التاريخي الإنجليزي مساراً صدامياً بقدر ما كانت تمثل موقفاً سياسياً ونظرة فكرية للواقع. وعرّف قاموس أكسفورد العلمانية بأنها: "العقيدة التي تذهب إلى أن الأخلاق لا بُدَّ أن تكون لصالح البشر في هذه الحياة [الدنيا]، واستبعاد كل الاعتبارات الأخرى المستمدة من الإيمان بالإله أو الحياة الأخرى [الأخرة]"، أما العلمانية في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، كانت تُفهم كحركة تصبو إلى حماية المجتمع المدني من تدخل الدولة في مجاله. واللائكية في الدول الإسلامية تأخذ معنى العلمانية التي هي "الفصل بين الدين والدولة" أي أنّها تعترف بالدين ولكنها لا تعتمد عليه في تشريعاتها وقوانينها، مع اعتبار الدين اختياراً شخصياً ولا دين للدولة. أنظر موقع الموسوعة السياسية، الرابط:

<https://political-encyclopedia.org/dictionary/>

² « La laïcité garantit la liberté de conscience. De celle-ci découle la liberté de manifester ses croyances ou convictions dans les limites du respect de l'ordre public. La laïcité implique la neutralité de l'Etat et impose l'égalité de tous devant la loi sans distinction de religion ou conviction. » <https://www.gouvernement.fr/>

³ « La laïcité implique la séparation de l'Etat et des organisations religieuses..., et l'Etat ... ne régit pas le fonctionnement interne des organisations religieuses. De cette séparation se déduit la neutralité de l'Etat,

تنظر إليه كعقد مدني تختص دوائرها ومحكمها بتنظيمه وضبط أحكامه ولو كان هذا الزواج يخالف تعاليم الدين¹، وقد قضى دستور 1791م بأن "القانون لا يعتبر الزواج إلا مجرد عقد مدني"، ولا ينبغي له النظر إليه إلا على هذا الاعتبار متجردا عن الأحكام التي ترتبها العقائد الدينية المختلفة².

كما أكدت مبادئ العلمانية على اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم شؤون الزواج المدني والآثار القانونية المترتبة عليه، وأناط القانون بالموظفين العموميين كل ما يتعلق بتحرير وحفظ وثائق الزواج والميلاد والوفاة وغيرها³؛ ولذا نص على عدم الاعتراف بالزواج إلا حال إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية، فجعل إبرامه في مراسيم مدنية هو السبيل الوحيد لصحته وترتيب كل آثاره، ما دام مستوفيا لشروطه التي يحددها القانون بغض النظر عن ديانة الزوجين⁴.

وإذا كان القانون المدني الفرنسي قد قرّر إلزامية التوثيق المدني، وحكم على الزواج المبرم أمام رجال الدين دون أسبقية إبرامه أمام الموظف المختص بالبطان المطلق واعتباره مساكنة غير شرعية، فهو مع ذلك

... La République laïque impose ainsi l'égalité des citoyens face à l'administration et au service public, quelles que soient leurs convictions ou croyances. » <https://www.gouvernement.fr/>.

¹ ومن ذلك الناحيتين التاليتين: الأولى: أن الزواج الذي يعقده القساوسة أو رجال الدين لأنفسهم رغم انخراطهم في سلك الكهنوت هو زواج صحيح في نظر القانون ولا عبرة بما يراه قانون الكنيسة من بطلان هذا الزواج. الثانية: صحة الزواج لمن تحلل من زواج سابق بالطلاق، في حين أن المذهب الكاثوليكي لا يعترف بالطلاق أصلا ويعتبر الزواج الثاني باطلا حتى لو كان الزواج السابق لم يكتمل بالمعاشرة الجنسية التامة. عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 92؛ حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 63.

² يتركز هذا الاعتبار في القانون الفرنسي على حق أساسي من حقوق الإنسان وركن جوهري من أركان الحرية الشخصية، هو حرية المعتقد. وتعني حرية المعتقد احترام حق كل إنسان في اختيار الحقيقة التي تنير حياته ما دامت لا تتعارض مع النظام العام. كما تعني أن الدولة لا تدعو إلى اعتناق أي دين كما لا تدعو للإقلاع عن أي دين، وإنما تنظر باحترام كبير لجميع الأديان والمذاهب إلى حد توفير الحماية والحرية الكاملة للمؤمنين في ممارسة شعائرهم الدينية. وتعني حرية المعتقد أيضا أنه يحق للمرء أن يغير معتقده الديني. ونص على هذا الحق العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في العام 1999 والذي ينص على حرية المعتقد وحرية التعبير عنه بالممارسة (م 18، فقرة 1) وعلى عدم جواز إخضاع أحد لإكراه من شأنه أن يعطل حريته في الانتماء إلى إحدى العقائد التي يختارها (م 18، فقرة 2). ويحصر العهد إمكانية تقييد حرية الفرد في التعبير عن معتقداته بالقيود المنصوص عليها في القانون والتي تستوجبها السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق أو حقوق الآخرين وحريةهم الأساسية.

³ المادة 07 من دستور الفرنسي لسنة 1791؛ عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 88، 89.

⁴ « La célébration civile est le seul moyen pour que le mariage soit valide et cela peu importe la confession des époux. » Amandine Stehlin, op. cit., p6.

لم يمنع الزوجين بعد إبرامه بالشكل المدني أن يبرماه وفق الشكل الديني تكريسا لحرية الأفراد في ممارسة شعائرهم الدينية.¹

كما أن القانون رقم 404-2013 المتعلق بإباحة الزواج للأشخاص من نفس الجنس، ومن خلال تعديله المادة 165 من القانون المدني الفرنسي قد أعاد التأكيد على الطابع اللائكي للزواج باعتباره يتم في احتفال جمهوري (cérémonie républicaine) وارتسامي (solennel).²

2/ الزواج المدني عقد شكلي ارتسامي (solennel): إن الأصل في العقود أن تكون رضائية تتوفر فيها ركنين أساسيين: التراضي والأهلية، إلا أن العقود لا تكون رضائية دائما، فقد يتطلب القانون ضرورة تفرغها في شكل معين. وهو ما يجعل الشكلية استثناء عن مبدأ الرضائية في العقود، حيث لا يتم العقد فيها بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول، بل يجب لتكوينها إتباع شكل يحدده القانون، وعادة ما يكون ورقة رسمية يدون فيها العقد كما هو الحال في عقد الزواج، المادة 194 ق م ف.³

ورغم أن القانون الكنسي أحاط الزواج بهالة من القداسة والاحتفال الديني إلا أنه لم يكن يقيد إبرامه بشكل خاص من ناحية إجراءات التسجيل والشهر، وكان رجل الدين لا يعدو أن يكون شاهدا يسجل إرادة المتعاقدين، مما جعله اقرب ما يكون إلى العقد الرضائي، وذلك من أجل الحد من الاتصالات غير الشرعية. ولقد أدى هذا الوضع من جانب آخر إلى تسهيل تعدد الزوجات وأحاط حالة الزوجية والأولاد الناشئين عنها بنوع من الشك والريبة، وهذا ما حدا بالمُشرِّع الفرنسي أن يشترط في عقد الزواج صفته الرسمية والعلنية بضرورة إبرامه أمام الموظف المختص وأمام شاهدين وذلك بعد إجراء الإعلان عن الزواج.⁴

¹ وقد نص على هذا البطلان في المادة 19 من ق.م.ف. وإذا كانت هذه المواقف من القانون والفقهاء والقضاء فقد ذهبت الكنيسة والرأي العام في فرنسا إلى اعتبار الزوجين مدنيا عازبين يتساكنان بصورة غير شرعية وأوجب على ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بإجراء الزواج تنبيه متعاقدين إلى بطلان زواجهما المدني وإن عليهما إكمالهما دينيا؛ الفتح كبتارة، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

² Amandine Stehlin, op. cit., p6. Article 165, Modifié par LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 – art.3 et art. 5 : « Le mariage sera célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un des époux, ou l'un de leurs parents, aura son domicile ou sa résidence à la date de la publication prévue par l'article 63, et, en cas de dispense de publication, à la date de la dispense prévue à l'article 169 ci-après.»

³ بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، ع11، سبتمبر 2018، ص428

⁴ حسن الاشموني ومحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص46

إلا أن مبالغة التقنين المدني الفرنسي حين صدوره في إحاطة الزواج بإجراءات شكلية عديدة، وإن كان قصد المُشرِّع فيما هدف إليه هو توجيه أنظار طالبي الزواج إلى خطورة العمل بما استنته من قيود اشتراط الحصول على موافقة الوالدين والأسرة على الزواج وتقرير حقهم في المعارضة فيه وتسهيل إثبات الزواج وتثبيت نسب الأولاد، إلا أن نتائج هذا التشدد كانت عكسية أدت بفتنة واسعة من المجتمع إلى إثارة الاتصال غير الشرعي عن الالتزام بالقيام بإجراءات طويلة وبذل نفقات كثيرة في استيفائها، ولقد فطن المُشرِّع الفرنسي لهذه الحال وعمل على علاجها بتشريعات لتبسيط الإجراءات وتخفيض نفقاتها رغبة في تشجيع الزواج وزيادة النسل.¹

اليوم يبرم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الذي على عكس كاهن الكنيسة، يلعب دورًا فعّالاً لأنه يعلن اتحاد الزوجين، إذ يعتبر تدخله شرط لصحة الاتحاد، ولهذا السبب يأخذ الزواج شكله الارتسامي "solennel".²

ومن آثار هذه الشكلية التعاقدية، عدم الاعتراف بالزواج إلا حال إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية، وقد اعتبر القانون المدني الفرنسي الزواج المبرم أمام رجال الدين دون أسبقية إبرامه أمام الموظف المختص عقدا باطلاً ومساكنة غير شرعية. وهذا ما يدعونا لأن نصف هذا الموقف بالشكلية البحتة، وليس أدل على ذلك من اعتراف القانون المدني الفرنسي نفسه بالشرط الاتفاقي المسبق بين الزوجين على إتمام زواجهما مرة أخرى بالطريق الديني، فقد اعتبر القضاء مخالفة أحدهما لهذا الاتفاق يميز للطرف الآخر أن يطلب الطلاق وقرر القضاء الفرنسي هذا الاتجاه باعتبار أن الرفض يعتبر إيذاء بالغاً وسلباً لراحة النفس التي لا تطمئن إلا بمباركة الدين لهذا الزواج.³

ومن الواضح أن الأحكام المتعلقة بالإجراءات الإعلانية التي نص عليها المُشرِّع الفرنسي في المادة 63 ق.م.ف كإلزامية الإعلان قبل الزواج وهذا الإعلان يشمل كافة البيانات التفصيلية عن كل من الراغبين في الزواج، لا يقصد بها إلا إتاحة الفرصة للطعن في هذا الزواج لكل ذي مصلحة ولو كانت هذه الأخيرة تقتصر على المصلحة الأدبية إذا كان هناك وجه للطعن كوجود زواج سابق.⁴

¹ المرجع نفسه، ص 46، 47.

² « De nos jours, le mariage est célébré devant un officier d'état civil, qui à la différence du curé, joue un rôle actif puisqu'il prononce l'union des époux. Son intervention est une condition de validité de l'union. Le mariage prend donc la forme d'un acte solennel. » Amandine Stehlin, op. cit., p5.

³ عبد الفتاح كِبارة، المرجع السابق، ص 91

⁴ المرجع نفسه، ص 95.

3/جنس الزوجين: على الرغم من من علمانية النظام القانوني الفرنسي، ظل القانون المدني إلى عهد قريب محتفظاً ومتأثراً بكثير من القواعد العامة للقانونين الكنسي والروماني لأن هذين القانونين يشكلان مصدره الأول والأهم.¹ ذلك أنه منذ صدور القانون المدني في 27 مارس 1803 إلى غاية تعديله في 17 مايو 2013، لم يكن الزواج متاحاً إلا للأشخاص مختلفي الجنس، وفي الواقع لم يكن هذا الشرط منصوص عليه صراحة في ولكن تم استنتاجه من بعض مواد لاسيما المادة 144 من ق.م.ف المتعلقة بسن الزوجين، والتي كان فيها واضحاً الإشارة إلى الرجل والمرأة، إلا أن هذا الشرط المتمثل في اختلاف الجنس بين الزوجين ألغي بموجب القانون رقم 404-2013 المتعلق بإباحة الزواج للأشخاص من نفس الجنس المؤرخ في 17 مايو 2013، حيث أصبح الزواج مفتوحاً للأزواج من نفس الجنس صراحة في بموجب المادة 143 من ق.م.ف التي تنص على أنه "يبرم الزواج بين شخصين من جنس مختلف أو من نفس الجنس"².
تم أخذ هذا التغيير في الاعتبار أيضاً في القانون الدولي الخاص. تنص المادة 202- الفقرة 2 من ق.م.ف على أن "يمكن لشخصين من نفس الجنس عقد الزواج عندما، يسمح بذلك القانون الشخصي لواحد منهما على الأقل أو قانون الدولة التي يتخذ من إقليمها موطناً أو محل إقامة"³، وقد كان لهذا التساهل في شروط الزواج الأثر البالغ في تعديل مفهومه.

أما بخصوص زواج المتحولين جنسياً: فقد نشأت هذه الظاهرة في النصف الثاني من القرن العشرين ، بعدما أصبح من الممكن للمتحولين جنسياً تغيير جنسهم في الحالة مدني، بعدما قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية "جودوين" ضد المملكة المتحدة⁴ بتاريخ 11 يوليو 2002 بحق المتحولين جنسياً في الزواج .

كما قررت في ذلك الوقت المحاكم منع المتحولين جنسياً المتزوجين من تغيير الجنس في وثائق الأحوال المدنية⁵ لأن القانون لم يكن قد تم اعتراف بزواج المثليين.

¹ ميشال غريب، الزواج المدني، مطبعة سيما، بيروت 1965م، ص 41.

² l'article 143 du code civil « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

³ l'article 202-1 alinéa 2 du code civil dispose que « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

⁴ قضية Goodwin ضد المملكة المتحدة، وهي قضية رجل متحول "أصبح امرأة" كان يرغب في الزواج من رجل. فأدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بريطانيا العظمى لرفضها الاحتفال بهذا الاتحاد. أنظر على الرابط:

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65153%22%7D>

⁵ Tribunal de grande instance de Brest, 15 décembre 2011, n° 11/00975

وعليه، يمكن القول أن الزواج كان العقد الوحيدة الذي يتضمن شرطاً يتعلق بجنس المتعاقدين، ومنذ عام 2013، أصبح الزواج عقداً مثل أي عقد مدني آخر لا يعبر أهمية لجنس المتعاقدين، بل وإنه في الوقت الحاضر يتم تسوية أوضاع المتحول جنسياً، إذ أصبح بإمكانه طلب تصحيح وثائق الحالة المدنية وهذا حتى لو كان متزوجاً عندما قام بتغيير جنسه¹.

4 / الزواج المدني زواج أحادي (La monogamie)²: يقول الأستاذ "جان كربونيه" في معرض حديثه عن مشكلة تعدد الزوجات في القانون الفرنسي ما نصه: "لقد انتقل مبدأ وحدة الزوجة إلى القانون المدني بامتداد متصل يبدأ من أعماق القانون الروماني العتيق عابراً من خلال القانون الكنسي إلى قانوننا الحديث الذي اصططنعته الثورة الفرنسية"، فالزواج الأحادي هو مبدأ أكده القانون الفرنسي بنص المادة 147 من القانون المدني على أنه "لا يمكنك عقد زواج ثان قبل فسخ الزواج الأول". وهذه المادة نابعة من الالتزام القانوني بالإخلاص الذي يمنع الأزواج من ارتكاب الزنا، كما يترتب على هذا الالتزام حرمان الزوجين من عقد زواج ثان قبل فسخ الزواج الأول³.

ولا ينظر القانون الفرنسي إلى مسألة تعدد الزوجات باعتبارها مانعا من موانع الزواج فقط، ولكنه جريمة وصل بها القانون الجنائي الفرنسي في بداياته إلى مستوى الجنائية، كما ذهب في عقابها إلى درجه الأشغال الشاقة ثم اضطر لخفضها إلى مستوى الجرح، ثم جاءت المادة 188 ق م ف فأهدرت الزواج الثاني بالبطان المطلق، واعتبر تعدد الزوجات مانعا غير قابل للإعفاء أو للتصحيح بأي وسيلة من الوسائل على الإطلاق، ورغم استقرار القانون على مبدأ شخصيه القوانين في مجال الأحوال الشخصية إلا انه فيما

¹ Amandine Stehlin, op. cit, p6.

² Monogamie : nom féminin (bas latin monogamia, du grec monogamia). Système dans lequel l'homme ne peut être simultanément l'époux de plus d'une femme et la femme l'épouse de plus d'un homme. (La monogamie s'oppose à la fois à la polygynie et à la polyandrie, l'un et l'autre étant les deux systèmes qui réalisent la polygamie.)

CONTRAIRES : polygamie Système social admettant légalement le mariage d'un homme avec plusieurs femmes (polygynie) ou d'une femme avec plusieurs hommes (polyandrie).

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/monogamie/52309>.

³ La monogamie est un principe affirmé par l'article 147 du code civil dispose que l' « on ne peut pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Le code prévoit une obligation légale de fidélité qui interdit aux époux de commettre un adultère. Il découle également de cette obligation, une interdiction pour les époux de s'engager dans un second mariage avant la dissolution du premier. Amandine Stehlin. op. cit,p5

يخص تعدد الزوجات فقد اخضع الأجانب أيضا لهذا التحريم حتى ولو كانت تعدد الزوجات مباحا لديهم.¹

5/ الزواج نظام يستهدف اتحاد شخصين من اجل خيارهما المشترك ويضمنه الالتزام

التعاقدية: يذهب القانون المدني إلى صحة الزواج ولو لم يقصد منه ذلك الاجتماع المادي بين الزوجين، لان القانون المدني لا يعتبر العلاقة الجنسية من الأمور التي لا غنى عنها في الزواج، فقد تكون هناك أغراضا أخرى يحققها ارتباط الرجل بالمرأة غير الجنس ومن هذا: الألفة والصحة بما يجنب الإنسان ألم الوحدة، وهي بالنسبة لبعض الناس أو بعض مراحل العمر اشد ألما من الحرمان الجنسي، فالزواج ينعقد صحيحا وإن قصد به مجرد الإشباع النفسي في اجتماع روحي.²

وحدد القانون المدني الفرنسي بعد ذلك الآثار التي تنشأ عن العلاقة الزوجية وأنها تنقسم بين التزامات شخصية وأخرى مالية، فالالتزامات الشخصية الجوهرية للزوجين تولد واجبات متبادلة بالمعاشرة كواجب المساكنة في سكن واحد وقبول العلاقات الجنسية، والالتزام بواجب الوفاء والإخلاص كالامتناع عن الزنا ومقدماته، والمساعدة بين الزوجين كالمساعدة عند الشيخوخة أو المرض.

6/ حق الزوجين في فك الرابطة الزوجية بالطلاق: وجدير بالتنبيه ، إلى أن القانون أجاز

الطلاق ونظم في مواده 229 – 232، وربطه بحكم المحكمة وحدد حالته في المادة 229: "يمكن للزوجين الموافقة المتبادلة على طلاقهما بموجب صك بموجب توقيع خاص موقعة من قبل المحامين ، المودعين في رتبة محضر كاتب عدل. يمكن النطق بالطلاق في حالة:

التراضي، في الحالة المنصوص عليها في البند 1 من المادة 2/229؛ أو قبول مبدأ فك الزواج؛ أو التغيير النهائي للرابطة الزوجية؛ أو خطأ"³.

¹ عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 93 وما بعدها

² ومن امثلته عقد الزواج عندما يكون احد الخطيبين أو كلاهما على وشك الموت ويريدان الارتباط بالزواج قبل إن ينتقل إلى الحياة الأخرى ويسمى الزواج في اللحظة الأخيرة. عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 97 ؛ كما يمكن إبرام الزواج بعد وفاة أحد الخطيبين .

Article 149 Modifié par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 – art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994 : « Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. »

³ Article 229 Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 50 : « Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. Le divorce peut être prononcé en cas : –soit

وقد ينتهي أمر الزواج إلى الانفصال الجسماني؛ وهو أسلوب تجمد فيه الحياة الزوجية، إلى حين الاتفاق على استئنافها، أو على فصم عراها¹.

المبحث الرابع: مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الزواج المدني

أضحت مبادئ الحرية والمساواة التي تقوم عليها حقوق الإنسان هي ما يوجه التطور المستمر في مفهوم الزواج من مؤسسة اجتماعية إلى ما هو عليه اليوم، لينتقل مركز ثقل الزواج، من ساحة حرية الإرادة بمعناها التقليدي القائم على التراضي² - باعتبارها ثمرة من ثمار نظرية سلطان الإرادة وفلسفة التنوير - إلى ساحة الحقوق والحرية الأساسية³.

ويمكن القول أن الزواج بمفهومه المعاصر: يمثل التعبير الحر عن الإرادة في إنشاء علاقة قانونية تعاقدية بين شخصين متساويين في الحقوق والواجبات؛ علاقة تبتعد بها القوانين المدنية الحديثة وموثيق حقوق الإنسان يوماً بعد يوم عن تدخل الدولة والمجتمع، لتتجه بها نحو الخصخصة الليبرالية للروابط الأسرية، فتجعل من الزواج علاقة شخصية بحتة متحررة من أي التزام أخلاقي أو ديني، حتى أنه لا يرى فيه الزوجين إلا الإطار التعاقدي الحر الذي يسهل عليهما فكها والتنصل من التزاماته متى تعذر عليهما من خلاله تحقيق الذات الأنانية.

ورغم هذا التطور الحاصل في مفهوم الزواج، فإنه في الواقع لم يخرج بتصوره المعاصر عن الإطار الحقوقي العام الذي لا طالما رسم معالمه فلاسفة النهضة وأرباب عصر التنوير عندما جعلوا من نظرية سلطان الإرادة المبدأ الأساسي والمصدر الأصيل للقاعدة القانونية.

de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2 ; -soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ; -soit d'altération définitive du lien conjugal ; -soit de faute. »

¹ محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 24.

² التراضي أكدت عليه المادة 146 من ق.م.ف.

³ في هذا السياق يقول الفقيه " Fulchiron ":

«Du coup, le mariage, comme bien d'autres institutions familiales, devient le noeud de droits et libertés individuels qui heurtent la conception institutionnelle traditionnelle... : le centre de gravité du mariage se déplace, de la volonté, ou plus exactement du consentement (cf. art. 146 C. civ., dans la perspective des Lumières, magnifiée par les théories de l'autonomie de la volonté), aux droits fondamentaux » V. H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu... », op.cit, p. 398.

فمفهوم الزواج اليوم يتميز بخاصيتين رئيسيتين توجهان التطور الذي تشهده تشريعات الأسرة والأحوال الشخصية في عديد الدول، وهي نفسها الأسس التي بني عليها مبدأ سلطان الإرادة والغاية التي يسعى لتحقيقها:

- **الخاصية الأولى هي الحرية**؛ ذلك أن الزواج عقد رضائي لا إجبار ولا إكراه فيه، ويستلزم ذلك أن يكون الزوجان حرّان في أن يتعاقدا وفق مشيئتهما وإرادتهما¹، ومن أجل رضائته يجب أن يكون الزواج هو التعبير الصريح عن حرّية الإنسان في اختيار شريك الحياة، وحرّيته في الارتباط به أو رفضه أو الانفصال عنه بعد الزواج به. (المطلب الأول)
- **أما الخاصية الثانية فهي المساواة**؛ ومقتضاها أن يقوم الزواج على مبدأ المساواة في المراكز القانونية بين الزوجين سواء في الحقوق أم الواجبات، دون تمييز أو اعتبار للفوارق البيولوجية أو الثقافية أو الدينية. (المطلب الثاني).

وهاتين الخاصيتين تعودان بنا إلى مستهل هذه الرسالة وما أوردناه في ثنايا الفصل التمهيدي عند بحثنا لأسس مبدأ سلطان الإرادة، وقد ذكرنا أنه مبدأ يجد أساسه في فكرة الحرّية الطبيعية للإنسان التي نادى بها أنصار القانون الطبيعي، ومفادها أن الناس يولدون أحراراً متساوين في الحقوق التي تقتضيها طبيعتهم وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحمايتها، لذا ينبغي للمجتمع أن يعترف للإنسان بأكثر قدر ممكن من الحقوق، وأن يكفل تمتعه بالحرّية والمساواة.

ولهذا نجد مبدأ سلطان الإرادة في نظر أنصاره هو المبدأ الوحيد المشترك بين كل القوانين وما تمليه من واجبات وتضمنه من حقوق، فالقانون الوضعي السليم هو الذي يستلهم قواعده من قواعد القانون الطبيعي، فهو أساسه وأصله، ومن مبادئ القانون الطبيعي وقواعده: احترام الحرّية والملكية، والمساواة في الكرامة والسلامة الإنسانية، واحترام العهود والمواثيق والوفاء بها، والحكم بتعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها شخص بآخر من دون وجه حق، فهذه الأمور تعدّ طبيعية لأن العقل يرشدنا إليها حتى ولو لم تنص عليها القواعد القانونية الوضعية.²

¹ إعدام هجيرة، حرّية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة-دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد-تلمسان، 2018/2017، ص 34.

² ويمكن فهم حقوق الإنسان عن طريق تحديد معيارين أساسيين: الأول: ضرورة تأمين الكرامة الإنسانية، كما وتأتي علمية هذه الحقوق من الثاني: حقيقة أن كل البشر متساوون، كما يمكن اشتقاق قيم أخرى كثيرة من هاتين القيمتين الأساسيتين؛ على سبيل المثال: الحرّية : لأن إرادة الإنسان جزء هام من الكرامة الإنسانية، فالإكراه على القيام بأمر ضد إرادتنا يحط من الروح الإنسانية.

المطلب الأول: تكريس حرية الإرادة في عقد الزواج

إنّ الحق في الزواج وتأسيس أسرة حق تعترف به الشريعة الإسلامية، والاتفاقيات الدولية، وكذا التشريعات الأسرية كحرية لا تتحقق إلا بالتراضي، والموافقة الصريحة الدالة على طيب النفس وسكونها، والاطمئنان لاختيارها الإرادي، فحرية الزواج تليها بداهة الأمور باعتبارها تتصل بأعمق ما في الإنسان من مشاعر كالأنس والمحبة، وبأخص مقومات حياته الشخصية، وهي من المسلمات التي تفرضها طبيعته الإنسانية، وتقتضيها غايات الزواج كوسيلة لاستمرار النسل وعمارة الأرض.

الفرع الأول: الزواج حق طبيعي وحرية إنسانية

تحتل الحريات الأساسية حيزاً هاماً في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد أولتها دساتير الدول أهمية قصوى، فأرست القواعد والأحكام الخاصة بضمائها وكفالتها، ولم تسمح بالتعرض لها إلا لضرورة قانونية مشروعة تختمها دواعي العدالة وأمن المجتمع وسلامته وذلك في نطاق محدود ودون المساس بجوهرها. وذكرت الحقوق والحريات دون تمييزها للترايب الوثيق بينها، ذلك أن ممارسة الحقوق لا تتم من دون الحرية، وإنّ الحرية لا معنى لها دون الحقوق، فالحق يعدّ ثمرة الحرية، والحرية هي الوعاء الذي نشأ فيه مصطلح الحق، الأمر الذي جعل قسم من الفقهاء يعبر عن الحقوق بالحريات وعن الحريات بالحقوق أحياناً كأنهما مترادفان يعبران عن معنى مشترك¹.

إلا إن مدلول الحق يختلف عن الحرية من حيث أن الحق مصلحة مشروعة يحميها القانون، ومركز قانوني يخول للشخص الاختصاص بمنفعة مادية أو معنوية قد يستعملها أولاً يستعملها، ولهذا لا يتمتع كل الناس بنفس الحقوق، أما الحرية فهي تلك الرابطة النفسية بين إرادة الإنسان للتصرف وقدرته على القيام به²، ولذلك فهي رخصة مكفولة للجميع على قدم المساواة يقرّها الإنسان بنفسه من حيث له حق الاختيار بين الإقدام والإحجام، بينما الحق ليس فيه مجال الاختيار بحكم أن الشخص لا يمكنه أن يقرّر بنفسه اختصاصه بمنفعة معينة، إنّما يقرّر ذلك النظام أو المجتمع.

التسامح وعدم التمييز: لأن التعصب يدل على عدم احترام الاختلاف، كما أن المساواة لا تعني بالضرورة التطابق، لأن المساواة في الكرامة الإنسانية تعني أنه لا ينبغي علينا الحكم على حقوق الناس وفرصهم على أساس مقوماتهم. العدالة: لأن الناس المتساوين في إنسانيتهم يستحقون المعاملة العادلة. أنظر:

Council of Europe, Manual for Human Rights: <http://www.coe.int/>

¹ اخدام هجيرة، المرجع السابق، ص 2، 3.

² هيثم مناع، الإمعان في حقوق الإنسان، موسوعة عاثة مختصرة، الأهالي، سورية، ط01، 2000، ص 160.

كما أنّ الحق مركز قانوني يرد على محل محدّد أو قابل للتحديد يمكن تقديره بمال ولذلك يمكن التنازل عليه، ويكون الاعتداء على الحقوق عملاً مخالفاً للقانون يترتب عليه جزاء مادي، أمّا الحرّية فتمثل أوضاعاً عامّة غير منضبطة ولا واضحة الحدود، والاعتداء عليها بالإكراه والإرغام والجبر يتبعه استنكار معنوي¹.

وبناءً على ما سبق بيانه يمكن القول أن الزواج يحتمل المعنيين ويجمع بينهما، فحرّية الزواج: تعني حرّية الإنسان في اختيار شريكه من غير جنسه بكامل رضاه، من أجل الزواج بعقد يحل له حق الاستمتاع والمعاشرة، فيقترب من شاء ومتى أراد، فالاختيار الحر للزوج يمثل إحدى المظاهر الأساسية لحرّية الإرادة الإنسانية وتكريس لسلطانها، ولهذا يقتضي تأمين حق الإنسان في أن يتمتع بحرّية التعاقد، ويتاح له الخيار للارتباط بتلك العلاقة أو الامتناع عنها، وضمان ممارسة ذلك الخيار وفقاً لمشيئته الحرّة وبمطلق رضاه وإعطاء رأيه بكل حرّية في من يريد الارتباط به سواء بالقبول أو الرفض.

كما أن الزواج حق طبيعي قائم على فكرة الكرامة الإنسانية والمساواة بين الجنسين؛ ذلك أن الزواج يجسد حق الإنسان الفطري في التكاثر، ويمثل الإطار الحصري والأنسب لبناء الأسرة وتنشئة الأطفال واستمرار النسل بما يتوافق مع القانون الطبيعي²، ولذلك يجب أن يعترف به حقاً أصيلاً للمرأة كما هو حق للرجل بناء على مبدأ المساواة في الكرامة الإنسانية وعدم التمييز بين الجنسين في نسج الروابط الأسرية.

ولئن كانت حرّية الزواج غير معلنة بنص قانوني صريح، إلّا أنّ تكريسها من قبل التشريعات الأسرية لا يثير أي شك باعتبار أنّ الحرص على مراعاتها هو ما دعا المُشرّعين إلى التأكيد على جعل الخطبة وعدا بالزواج غير لازم يجوز لكل من الطرفين العدول عنها، لكي لا يُضطر أحدٌ لإتمام إجراءات زواج لم يعد يرضاه، ونظراً لنفس الاعتبار ذهب قانون الأسرة الجزائري وعلى غرار جل التشريعات الأسرية إلى جعل الرضا ركناً في عقد الزواج، بحيث لا ينعقد إلا إذا عبر كل طرف عن موافقته الصريحة أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وهذا كلّ من أجل ضمان حرّية الإرادة في اختيار كل إنسان لشريك الحياة³.

والواقع أن حقوق الإنسان التي أقرتها واعترفت بها المواثيق الدولية والديساتير الوطنية ولاسيما حق الفرد وحرّيته في الزواج، ما هي إلا النتيجة المنطقية لنظرية سلطان الإرادة وفلسفتها الفردية التي تبنتها جل الأنظمة القانونية، وهي نفسها الفلسفة التي جعلت القوانين الوطنية تُقر بحرّية الفرد في إبرام زواجه من شاء وكيف يشاء، حقاً ذاتياً لا مرء فيه، وحرّية فردية غير قابل للتنازل، وأن رضاه واختياره هو الركن الجوهري الذي يقوم عليه عقده باعتبار أن الرضا واستقلالية الإرادة جوهر الشخصية وشعارها، خاصة إذا نظرنا إلى

¹ سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، موسوعة القانون الدولي، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2009، ص 135.

² إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 6.

³ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص ص 33، 34.

واجب المعاشرة الزوجية من زاوية الالتزام الطوعي الإرادي، أو من زاوية الحق الشخصي العاطفي الذي لا يمكن أن تطاله يد القانون أو تتدخل في ممارسته مؤسسة الأسرة، ولذلك فإن القهر الاجتماعي الذي يمثله القانون يجب ألا يكون إلا في أضيق الحدود حمايةً للنظام العام، ودون أن يتجاوز دوره في ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدية الذي ارتضاه الطرفان بإرادتهما الحرة، وهذا ما قد يتعارض في كثير من تفاصيله مع المفهوم المؤسسي للزواج التقليدي المبني على الأعراف الاجتماعية والتعاليم الدينية.

وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي حرية الزواج ضمن فئة الحريات الفردية والحقوق الأساسية المعترف بها كمقومات أساسية للشخصية، حيث جاء في أحد قراراته أن: "حرية الزواج هي أحد عناصر الحرية الفردية"¹، كما اعتبرها مبدأ أساسياً من مبادئ النظام العام؛ يمنع السلطات العامة من وضع إجراءات رقابة مسبقة من شأنها أن تؤدي إلى تقييد حرية الزواج، ولاسيما تلك الإجراءات التي تسبب للتضييق من حرية الأجانب في الزواج بالمواطنين، عن طريق إلغاء أو تقييد التعاقد لأسباب خارجة عن غاية الزواج، وهي ما يسمى بالزيجات "البيضاء"².

الفرع الثاني: إبرام عقد الزواج تعبيراً حرّاً عن الإرادة

إن نقطة الارتكاز بين الفلسفة الفردية ونطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج، هي اعتبار الإنسان في جوهره حر لا يخضع لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد لاسيما في أمر زواجه واختيار شريكه في الحياة، وفي سبيل تحقيق ذلك يجب الاعتراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وليس لغيره سلطة تجبره أو تملّي عليه قراراته، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرٌ منافي للأخلاق، ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لشرعيته الذاتية في تقرير مصير حياته الزوجية.

وعقد الزواج في نظر الفلسفة الفردية ونظريتها في الإرادة الحرة يقتضي أن الزواج يؤسس على توافق إرادتين حرتين بقصد العيش المشترك وإنشاء أسرة، فركن الزواج هو الرضا، والأثر القانوني المتولد عن عقد الزواج يُنشئ في ذمة كل من طرفيه التزاماتٍ وحقوقاً متبادلة، لأن إرادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الأثر الناشئ عن الإرادة الحرة، فالزوجان يلتزمان بما شاءا ومتى أرادا من أجل تحقيق مصلحتهما المشتركة، ففي نظر أنصار مبدأ سلطان الإرادة؛ الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام، وأن لها السلطان

¹ يوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2009/2008، ص 55.

² قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 93-325 المؤرخ 13 آب/ أغسطس 1993، المتعلق بقانون مراقبة الهجرة وشروط الدخول والاستقبال وإقامة الأجانب في فرنسا، الفقرة 107.

الأكبر في تكوين العقود - بما فيها عقد الزواج - وفي الآثار التي تترتب عليها، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية¹.

ويكمن تصور مضمون نظرية سلطان الإرادة في عقد الزواج، في القول بأن التراضي الحر هو الشرط اللازم والشرط الكافي لكي يلقي التعهد الزواجي - بما ينطوي عليه من حقوق والتزامات - حماية القانون باعتبار أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين سلطة خالقة للمراكز القانونية²، وتتجلى هذه السلطة قبل كل شيء في اختيار الشريك والرضا به زوجاً، ثم تكوين العقد وربط ميثاقه بين الزوجين إيجاباً وقبولاً، ثم اختصاص الإرادة بقدرتها على تحديد آثار العقد بكل حرية واختيار، كما يمكن للإرادة أن تخلق أوضاعاً قانونية جديدة وتحدد القانون الذي يجب أن يحكمها؛ وفي ذلك تكمن استقلاليتها³.

الفرع الثالث: حرية الزواج في الفلسفة الليبرالية

أدت "الثورة الهادئة" التي عرفها مفهوم الزواج على مدى القرنين الماضيين في أوروبا إلى اضطرابات عميقة في البنية الهيكلية والوظيفية للأسرة، عكست مدى تأثير تلك المجتمعات بمبادئ الحرية والمساواة والكرامة الإنسانية، فأضحت هذه المبادئ أُسساً تُنظم المراكز القانونية للزوجين وتؤطر شتى أنماط الاتحادات الأسرية في معظم الديمقراطيات الغربية، وهو ما يُعد تقاطعاً بين النظرة الحديثة لعقد الزواج المبنية على الأيديولوجية الليبرالية والأسس الفلسفية التي بني عليها مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي ومدرسة القانون الطبيعي، ومن مظاهر وآثار هذا التقاطع الأيديولوجي الفلسفي نجد:

أولاً - غلو الحضارة الغربية في مبدأ سلطان الإرادة جرد الزواج من طابعه المؤسسي:

في ظل زخم الأيديولوجية الفردية، وفي سياق التطور التشريعي المرتبط بتغليب حرية الفرد وحقوقه على مصلحة الجماعة، تشهد أوروبا اليوم "سلب الزواج طابعه المؤسسي" (La désinstitutionalisation du mariage) وتمييع نظامه القانوني ليتسع لمختلف الشراكات الأسرية، إذ لم تعد الرابطة الزوجية بالنسبة لزوجي المستقبل مسألة تَمَسُّكُ بالمثل العليا أو تحقيق غايات النظام الزوجي، ولا الخضوع إلى القواعد القانونية التي وضعها المشرع تحقيقاً للنظام العام، بقدر ما هي في نظرها مجرد اختيار لإطار قانوني تعاقدية، يعتبرانه

¹ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 141.

² أنظر: السيد عبد الحميد على فودة، المرجع السابق، ص 20.

³ "se manifeste dans la formation de l'acte juridique et dans la détermination de ses effets qui ne sont que ceux qu'elle veut. La volonté peut créer des situations juridiques nouvelles et déterminer le droit qui devra les régir ; en cela consiste son autonomie ",E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, op. cit., p. 5.

الأكثر ملائمة لتنمية شخصيتهما ومشاعرهما، كما يُنظر إلى الزواج على أنه أداة من بين أدوات تحقيق الذات، ميزته القانونية الوحيدة تكمن في "قوة الالتزام التعاقدية"¹، وقدرته على حماية الحقوق و ضمان الحريات الشخصية، وما وصول بعض التشريعات إلى الاعتراف بـ"الزواج المثلي" إلا دليل صارخ عن سعيٍ ممنهج نحو تفويض الطابع النظامي لمؤسسة الزواج.²

ثانياً- عولمة الأسرة: من الواضح أن التشريعات الوطنية تسعى بخطّ حثيث نحو ما أصبح يعرف اليوم بالعولمة القانونية الناتجة عن تغوّل الفلسفة الفردية التي تنظر للإنسان ككيان منعزل عن محيطه الاجتماعي، ومتجرد عن قيمه الأخلاقية ومقومات شخصيته الوطنية، ولذلك تضغط الليبرالية العالمية وعُصبتها المُعدّية للأسرة على الدول من أجل تسويق النموذج الاجتماعي الغربي وفرض مبادئه على العالم- بعد أن نجحت في فرض نموذجها السياسي والاقتصادي- مستهدفةً منظومة حقوق الإنسان لكونها الطريقُ المباشرُ للنفوذ نحو تحجيم حرّية الشعوب واستقلالها، وفق مقارنة تعتبر الزواج علاقة شخصية وحرّية فردية محضة تقوم على "الحب"³ كقيمة إنسانية تتجاوز التمييز العرقي والجنسي، وذلك حتى تجعل المجتمعات تتقبل نمط "الأسرة" المكونة من الجنس الواحد والمفتقرة لرابطة الرحم، بما يتوافق والاتجاه الفقهي الذي لا يعترف بعقد الزواج الديني القائم على أساس التناسل وحفظ النوع الإنساني.⁴

فالمنظومة الأُمّية لحقوق الإنسان تسعى لتفكيك الأسرة المبنية على أساس عقد الزواج التقليدي، وضرب أواصر القرى والرحم من أجل إعادة تشكيل أنماط بديلة للأسرة الطبيعية، ولا أدل على هذا التفكيك الممنهج من تأكيد لجنة سيداو مراراً أنه إذا تصادم رأيا حول الحرّية والمساواة مع الدين والثقافة فعلى الدين والثقافة التنحي عن الطريق، بل إن اللجنة طالبت علناً الدول الإسلامية بإعادة تفسير القرآن

¹ H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p.415

² R. Libchaber, op.cit, p. 341.

³ تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012، ع12، ص09.

⁴ ومن هؤلاء الفقهاء "بودان" و"بول هيرفيو" "Paul Hervieu"، عضو اللجنة التي تأسست عام 1904 لمراجعة ق.م.ف، الذي اقترح تضمين الإخلاص والرعاية والمساعدة والحب الى واجبات الزوجية انظر:

S. Melchior-Bonnet et C. Salles (dir.), Histoire du mariage, Robert Laffont, Paris, octobre 2009, p. 874.

بطرق تكون مقبولة للجنة¹، خاصة وأن مبادئ الدولة العلمانية ونظامها اللائكي لا يرى الإنجاب هدفا رئيسيا في الزواج، ولا يستهدف من الزواج سوى قيام الرابطة الزوجية في ولاية القانون².

ثالثا- مظاهر تكريس حرية الزواج في التشريعات الغربية: ويبقى الوجه الأكثر تكريسا للزواج

كحق أساسي أو كتعبير عن الحرية من منظور مبدأ سلطان الإرادة، يظهر قبل كل شيء من خلال:

1- الحرية المطلقة للجميع في إبرام عقد الزواج: ويتجلى التأكيد المتزايد على الحرية المطلقة

للجميع في إبرام عقد الزواج والاختيار الحر لشريك الحياة، في ما يجب أن توفره الدول من حماية قانونية لحرية الاختيار والتعبير عن الإرادة بعيداً عن جميع صور الإكراه، وتعتبر الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان (CEDH) الحق في الزواج وتأسيس أسرة حقاً أساسياً، وهذا ما نصت عليه هذه الاتفاقية في المادة 12 التي جاء فيها: "ابتداءً من سن البلوغ، للرجل والمرأة الحق في الزواج وتأسيس أسرة وفقاً للقوانين الوطنية التي تحكم ممارسة هذا الحق."³

كما يتم تكريس حرية الزواج في التشريعات الغربية من خلال فتح الزواج لأشخاص من نفس الجنس في عدد متزايد من الدول الأوروبية.

وفي الواقع، منذ عام 2013 يمكن عقد الزواج في فرنسا من قبل شخصين من نفس الجنس أو جنس مختلف فالمادة 143 من ق.م.ف تنص على أنه: "يبرم الزواج بين شخصين من جنس مختلف أو من نفس الجنس"⁴، وتنص المادة 202 الفقرة 2 من ق.م.ف على أن "يمكن لشخصين من نفس الجنس عقد الزواج عندما، يسمح بذلك القانون الشخصي لواحد منهما على الأقل أو قانون الدولة التي يتخذ من إقليمها موطناً أو محل إقامة"⁵.

2- احترام حرية الإرادة التعاقدية للزوجين: يقتضي أن ينفذ اتفاق الطرفان كما هو وبالصورة

التي أرادها فلا يجوز أن يعدل أو يوقف تنفيذ الالتزام إلا باتفاق جديد بينهما، ومن ثم لا يجوز للقانون ولا للقاضي أن يتدخل في حياة الزوجين أو الشريكين بتعديل العقد أو إيقاف تنفيذه. وهذا يعني أن الأفراد

¹ ابن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 321

² عبد الفتاح كجارة، المرجع السابق، ص ص 83، 84.

³ l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Amandine Stehlin. op. cit,p11 .

⁴ L'article 143 du code civil « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

⁵ l'article 202-1 alinéa 2 du code civil dispose que « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

أحرار في أن ينشئوا ما شاءوا من أنواع الزيجات والاتحادات المدنية وأن يُضْمِنَها الشروط التي يرتضونها، فلا يجوز للقانون أن يفرض قيوداً على حرية التعاقد إلا استثناءً لحماية النظام العام والآداب.

3- الاعتراف بوجود وضع قانوني للأسرة خارج إطار الزواج: إن الاعتراف المتزايد بوجود

وضع قانوني للأسرة خارج إطار الزواج بمفهومه التقليدي، شجع فئات معينة من المجتمع على رفض فكرة الزواج من أصلها والاتجاه نحو إبرام اتحادات مدنية بديلة يروج لها نشطاء حقوق الشواذ، والأثويات المتطرفات، ودعاة تحديد النسل، بكل الوسائل والأساليب التي يمكنهم من خلالها فرض إرادتهم على الشعوب التي تدعم الأسرة الطبيعية وإضعاف الزواج كمؤسسة اجتماعية.

إن الإقرار القانوني بوجود الأسرة خارج إطار الزواج نابع عن الاعتراف الرسمي في عدد من البلدان الأوروبية بحرية المعاشرة وإنشاء اتفاقات مدنية وشراكات أسرية تضاهاي مؤسسة الزواج في آثارها والحقوق التي يضمنها القانون لأفرادها، فعلى سبيل المثال: أ- **التعايش الأسري**: تُعرّفه المادة 515-8 من ق.م.ف بأنه: "اتحاد بحكم الواقع، يتميز بحياة مشتركة تقدم طابع الاستقرار والاستمرارية، بين شخصين من جنس مختلف أو من نفس الجنس، ويعيشان كزوجين"¹.

ب- **ميثاق التضامن المدني**: هو عقد مبرم لتنظيم حياة مشتركة بين بالغين إلى أجل غير مسمى، وتعرفه المادة 515 فقرة 1 من ق.م.ف المعدل بالقانون رقم 99-944 والمتعلق بميثاق التضامن المدني بأنه: "عقد يبرمه شخصين بالغين، من جنس مختلف أو من نفس الجنس، لتنظيم حياتهما معاً."²

¹ l'article 515-8 du code civil (introduit par la loi 944-99 du 15 novembre 1999) définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

² Selon l'article 515-1 du code civil, Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. ».

- جاء في المادة 515-4 من القانون المدني: "يلتزم الشركاء المرتبطون باتفاق تضامن مدني بحياة مشتركة، فضلاً عن المساعدة المادية والمساعدة المتبادلة. إذا لم يكن لدى الشركاء خلاف في ذلك، فإن المساعدة المادية تتناسب مع قدرات كل منهم. / يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن والتكافل تجاه الأطراف الأخرى عن الديون التي تعاقدها أحدهم لتلبية احتياجات الحياة اليومية...".

art 515-4 du code civil: « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives./ Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante... ».

ت-الشراكة المدنية: أما الشراكة المدنية فقد قننت في عام 2004 في المملكة المتحدة¹، وفي عام 2008 أصبح هناك أشكال للشراكة المدنية في ستة عشر دولة عضو في الاتحاد أوروبي. وكانت نتيجة هذه التطورات ولادة نظام قانوني موازي يحكم العلاقات الأسرية بما يضاها نظام الزواج التقليدي.

المطلب الثاني: تكريس مبدأ المساواة في عقد الزواج

الزواج كما تم بناؤه تاريخيًا وكما نظمه القانون المدني الفرنسي وعبر عنه، يظهر من نواح عديدة كترجمة لنظام اجتماعي متميز، أساسه الشرعية الحصرية بين الزوجين، والنظام الأبوي الخاضع في تفويض وظائفه وأدواره داخل الأسرة لتسلسل هرمي مستقر للغاية، وقد عبرت المادة 213 من ق.م.ف لعام 1804 بصدق عن هذا المفهوم، إذ كانت تنص على أن: "الزوج مدين بالحماية لزوجته، والزوجة بالطاعة لزوجها"²، فالقانون كان يرى في طاعة المرأة لزوجها تكريمًا للقوة التي تحميها، ونتيجة حتمية للمجتمع الزوجي الذي لا يمكن أن يستمر إذا لم يكن أحد الزوجين تابعًا للآخر³.

أما اليوم فالزواج في نظر التشريعات الغربية؛ يجب أن يخضع لأساس آخر وهو مبدأ المساواة؛ مساواة في نظر القانون والدولة والمجتمع، ولا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة في المراكز القانونية لأطراف الرابطة الزوجية سواء الفاعلين فيها أو المتأثرين بها، من حيث أنها جميعا مراكز جديرة بالحماية والاعتبار تحقيقًا للمصلحة العامة؛ لأن المصلحة الخاصة التي هي أساس المصلحة العامة، لن تتحقق إلا إذا اعتبر الأفراد متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم وممارسة حقوقهم⁴، بغض النظر عن أي اعتبار للفروق البيولوجية أو الانتماءات الدينية أو الميول الجنسية.

¹ L'objet de la loi de 2004 sur le partenariat civil (Civil Partnership Act 2004) était d'offrir aux couples dont les deux membres sont de même sexe un mécanisme formel permettant de reconnaître leur relation et d'y associer certains effets juridiques, et de conférer aux intéressés, dans toute la mesure du possible, des droits et obligations identiques à ceux découlant du mariage. Un couple peut former un partenariat civil si ses deux membres i. sont de même sexe ; ii. n'ont pas déjà contracté un mariage ou un partenariat civil ; iii. sont âgés de plus de seize ans ; iv. sont en dehors des degrés de parenté prohibés."

[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-86148%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-86148%22])

² L'article 213 du code civil français de 1804 : « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » Création Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803

³ «L'obéissance de la femme est alors considérée comme une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre ». J.-M.-E. Portalis, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Joubraire, libraire de la Cour de cassation, Paris, 1844, Motifs du projet de loi, p. 204.

⁴ بسام سليمان وأكرم حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء ادارة المخاطر والتشريعات القانونية)، العراق: جامعة الموصل، ص 95.

الفرع الأول: اعتراف القانون بالمساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات

إن أول ما يُعبر عن مبدأ المساواة في الزواج هو اعتراف القانون بالمساواة في الحقوق والواجبات الزوجية، ويبدو ذلك جلياً من خلال اعتراف التشريع الفرنسي بحرية أكبر للزوجة تضاهي حرية الزوج في إطار العلاقات الأسرية - وإن كان اعترافاً تدريجياً - مثل: حرية التصرف للزوجة في أجرها¹، وإلغاء واجب الطاعة تجاه زوجها²، ثم فكرة "السلطة الزوجية"³، وأخيراً إلغاء أي إشارة إلى مفهوم "رئيس الأسرة" بموجب القانونين اللذان تم اعتمادهما في 1970 و1975، ليحل محله مفهوم الحياة المشتركة كأساس قانوني لهذا الاتحاد⁴. وبذلك أُلغيت نهائياً جميع أشكال التمييز في الحقوق والواجبات بين الزوجين.

وقد كان اعتراف القانون بحق الزوجة في المعاملة بالمثل في الحقوق والواجبات أن أدى إلى مبدأ المساهمة المشتركة للزوجين في نفقات الزواج⁵، كنتيجة طبيعية للاعتراف بسلطتهما المتساوية في إدارة الأسرة. وهكذا تنص المادة 213 من ق.م.ف، بصيغتها الحالية، على ما يلي: "يكفل الزوجان معاً التوجيه المعنوي والمادي للأسرة ويوفران تعليم الأطفال وإعداد مستقبلهم"⁶، وكامتداد لمبدأ المساواة، أصبح التفاهم الزوجي والثقة والاحترام المتبادلين بين الزوجين⁷، وكذلك استقلالية كل منهما بعلاقاته الشخصية هي العناصر الحقيقية للزواج.

الفرع الثاني: الاعتراف بالحقوق الأسرية المتساوية خارج مؤسسة الزواج

إن تكريس مبدأ سلطان الإرادة وما يحمل في طياته من مظاهر المساواة الإنسانية كأساس للقانون أدى إلى الاعتراف بحقوق أسرية متساوية خارج المؤسسة الزوجية، في حين أن الزواج "تقليدياً"، وقبل كل

¹ Reconnue par la loi du 13 juillet 1907, issue d'une proposition de loi déposée par le député Léopold Goirand en 1894.

² Loi du 8 février 1938.

³ Loi du 22 septembre 1942.

⁴ Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale et loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

⁵ تم إدخال المبدأ في قانون الزواج بموجب القانون رقم 65-570 المؤرخ 13 يوليو 1965 المتضمن إصلاح أنظمة الزواج.

⁶ Article 213 Modifié par Loi n°70-459 du 4 juin 1970 - art. 2. JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1er janvier 1971. Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

⁷ أُدرج واجب الاحترام بين الزوجين في المادة 212 من القانون المدني بموجب القانون رقم 2006-399 المؤرخ 4 نيسان / أبريل 2006، الذي يعزز منع وقمع العنف بين الزوجين أو المرتكب ضد القصر.

l'article 212 du code civil par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

اعتبار كان له تأثير جعل البنية الناتجة عنه شرعية، ومنح الأطفال الحقوق الناشئة عنها، أما مبدأ المساواة في المراكز القانونية الأسرية بمفهومه المعاصر فقد أدى إلى توسيع نطاق الاعتراف بالحقوق الأسرية المتساوية في البنية، حتى خارج المؤسسة الزوجية.

1- المساواة في النسب والحقوق بين الأطفال الشرعيين والأطفال "الطبيعيين": وقد بدأ هذا التطور في فرنسا بقانون 3 يناير 1972، الذي أرسى مبدأ المساواة في الحقوق بين الأطفال الشرعيين والأطفال "الطبيعيين" (المولودين خارج إطار الزواج). وبلغ ذروته مع مطلع القرن الحادي والعشرين¹، مع القضاء على جميع أشكال التمييز الذي كان يؤثر سلبيًا على الأطفال الزنا²؛ فتم حذف أي إشارة في القانون المدني الفرنسي إلى فكرة الطفل الشرعي والطفل الطبيعي³؛ ولذلك فقد أصبح لجميع الأطفال الذين ثبت نسبهم قانونيًا نفس الحقوق الواجبات في علاقتهم بأبائهم وأمهاتهم⁴.

2- المساواة بين الأسرة التقليدية الناشئة عن الزواج والأسرة "الطبيعية": نتيجة لهذا التطور التشريعي الذي أرسى مبدأ المساواة أصبح هناك اليوم تمييز قانوني واضح وبشكل متزايد، أو نوع من الفصل بين الزواج ومفهوم الأسرة وهذا في جميع أنحاء أوروبا، وقد سبقته تطورات في السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وهكذا قضت هذه الأخيرة، في حكمها الصادر في 13 يونيو 1979 "ماركس ضد بلجيكا"، بأن الرغبة المشروعة في حماية الأسرة التقليدية لا يمكن أن تؤدي إلى تدابير تمييزية ضد الأسرة الطبيعية⁵.

¹ القانون رقم 1135 لسنة 2001 المؤرخ في 3 ديسمبر 2001 المتعلق بحقوق الزوج الباقي على قيد الحياة والأطفال الزنا وتحديث مختلف أحكام قانون الميراث والقانون رقم 305 لسنة 2002 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بالسلطة الأبوية.

² انظر: اتفاقية حقوق الطفل الصادرة في العام 1989 ولاسيما في المواد المتعلقة بالنتائج المنبثقة عن الزواج والإنجاب. م 2 الفقرة 2 حول حماية الطفل من جميع أشكال التمييز القائمة على أساس معتقدات والدي الطفل، والمادتين 7 و 8 حول جنسية الطفل، والمادة 21 حول التبني.

³ الأمر رقم 759-2005 المؤرخ 4 يوليو 2005 بشأن إصلاح النسب.

⁴ Article 313 du code civil : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

م 313 من القانون المدني: "جميع الأطفال الذين ثبت نسبهم قانونًا نفس الحقوق وعليهم نفس الواجبات في علاقتهم بأبيهم وأمههم. يصبحون جزءًا من عائلة كل منهما."

⁵ قاعدة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. 13 يونيو 1979، قضية ماركس ضد بلجيكا، Aff. رقم 74/6833، ولاسيما م 40: "تقر المحكمة بأنه من الشرعي، بل والجدارة، دعم الأسرة التقليدية وتشجيعها. ومن الضروري أيضًا عدم اللجوء من أجل

الفرع الثالث: انفتاح الزواج على التأثيرات المتبادلة للثقافات الوطنية

إن السمة التي تشهد على تطور الزواج هي انفتاحه على التأثيرات المتبادلة للثقافات الوطنية، إذ تعتبر مؤسسة الزواج مؤسسة فريدة من نوعها من حيث أنها مشتركة على نطاق واسع من قبل معظم إن لم يكن جميع المجتمعات البشرية، ولكن تنظيمها والأشكال القانونية التي تتخذها كثيرا ما تُحدِّدُها الأنماط الاجتماعية والثقافية التي يتبناها المجتمع من تقاليده الوطنية.

ويعتبر الزواج في القانون الدولي الخاص حالة شخصية يترتب عليها مراعاة تحفظات النظام العام، إلا أن الزواج المُبرم في دولة ما سينتج عنه على الفور بعض آثاره في النظام القانوني الداخلي لدولة أخرى، حقيقةً إنه في فرنسا، وفي العديد من الدول الأوروبية، يمكن أن يكون زواج الأجنبي من أحد الرعايا في ظل ظروف معينة، أساساً لقبول إقامة أو إعالة أجنبي في إقليم هذه الدول¹، ولكن أيضاً وسيلة للحصول على الجنسية²، وهو ما يفتح الباب لتدخل القضاء الأجنبي في إطار قواعد القانون الدولي الخاص.

هذه الغاية إلى تدابير مقصودة أو تؤدي إلى إيذاء الأسرة "الطبيعية"؛ يتمتع أعضاء المجموعة الثانية (الأسرة الطبيعية) بضمانات م 8 (م 8) على قدم المساواة مع ضمانات الأولى (الأسرة التقليدية).

CEDH plén. 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, aff. n°6833/74, notamment § 40 : « La Cour reconnaît qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille "naturelle"; les membres de la seconde jouissent des garanties de l'article 8 (art. 8) à l'égal de ceux de la première. »

¹ بخصوص شروط قبول الإقامة، انظر المادة 11-313 L. من (CESEDA): "ما لم يكن وجودهم يشكل تهديداً للنظام العام، فإن تصريح الإقامة المؤقت الذي يذكر فيه "الحياة الخاصة والعائلية" يصدر بكامل الحقوق:

⁴ - للأجنبي الذي لا يعيش في حالة تعدد الزوجات، متزوج من مواطن فرنسي الجنسية، بشرط أن مجتمع الحياة لم يتوقف منذ الزواج، وأن الزوج احتفظ بالجنسية الفرنسية، وعندما يتم الزواج في الخارج، يكون ذلك سبق تسجيله في سجلات الأحوال المدنية الفرنسية"؛

l'article L. 313-11 du CESEDA : « Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " est délivrée de plein droit : ... 4° A l'étranger ne vivant pas en état de polygamie, marié avec un ressortissant de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé depuis le mariage, que le conjoint ait conservé la nationalité française et, lorsque le mariage a été célébré à l'étranger, qu'il ait été transcrit préalablement sur les registres de l'état civil français ; »

² انظر في هذا المعنى المادة 21-2 من القانون المدني: "يجوز للأجنبي أو الشخص عديم الجنسية الذي يتزوج من زوج يحمل الجنسية الفرنسية، بعد فترة أربع سنوات من الزواج، أن يكتسب الجنسية الفرنسية بالإعلان بشرط أن في تاريخ هذا الإعلان، لم يتوقف مجتمع الحياة العاطفية والمادية بين الزوجين منذ الزواج وأن الزوج الفرنسي احتفظ بجنسيته."

وعلى الرغم من أن النظام العام يتنافى وإبرام أي اتحاد متعدد الزوجات، يجوز مع ذلك منح زوجة الأجنبي متعدد الزوجات الموجود في فرنسا تصريح إقامة أو تأشيرة بسبب زواجها، بشرط عدم السماح للزوج العيش في حالة تعدد الزوجات على التراب الفرنسي، أي أنه لن يتمكن من العيش في فرنسا إلا مع إحدى زوجاته.¹

والنتيجة هي أن النظام القانوني الوطني (الداخلي) قابل للتأثر والتأثير، وهو ما قد يخلق ديناميكية فقهيّة لفتح مفهوم الزواج.

وفي أوروبا، يُطرح السؤال في الوقت الحاضر عن الآثار التي قد تكون لعقود الزواج، في الدول التي لا تعترف بالزواج بين شخصين من نفس الجنس، بالنظر إلى المادة 9 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي والتي تنص صراحة على أن "الحق في الزواج والحق في تكوين أسرة مضمونان وفقاً للقوانين الوطنية التي تحكم ممارسته."

الفرع الرابع: الزواج مؤسسة أوروبية مشتركة في طور الانهيار.

نتيجة لانفتاح الزواج على العالم الخارجي ووجود صكوك قانونية أوروبية مشتركة، لم يعد الزواج أو بالأحرى الاتحاد الزوجي مجرد مؤسسة وطنية. فهو اليوم مؤسسة أوروبية مشتركة، يشهد على هذا قانون السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تركز تعريفاً للأسرة مفتوحاً للاعتراف بجميع الأشكال القانونية للاتحادات على أساس المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عندما تنص أن: "تعريف الأسرة كما هو مفهوم في هذه المادة لا يقتصر على العلاقات القائمة على الزواج."²

l'article 21-2 du code civil : « L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité. »

¹النظام العام لا يمنع المواطن الفرنسي المولود في الجزائر، والمتزوج في فرنسا من امرأة فرنسية، من التعاقد في الجزائر بزواج ثان من زوجة جزائرية الجنسية. انظر:

Civ 17 février 1982 n°80-17113, bull civ 1 N. 76.

² aff n° 25735/94. CEDH gr. Ch. 13 juillet 2000 Elsholz c. Allemagne, aff n° 25735/94"...La Cour rappelle que la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale." CEDH, Cour (Grande Chambre), 13 juill. 2000, n° 25735/94. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/GRANDCHAMBER/2000/CEDH001-63317>.

وهكذا ضعفت مؤسسة الزواج وأصابها الوهن بسبب الاعتراف بأنواع الاتحاد الأخرى. فقانون 17 مايو 2013 الذي فتح الزواج للأزواج من نفس الجنس وهو ما قد غيّر بعمق المعنى المتعارف عليه والموضوع للزواج، والذي كان سابقا يتصف بأنه العقد الحصري المؤسس للأسرة أو المؤسسة المنشئة للأسرة، فقد أصبح مجرد نوع من الاعتراف والتنظيم القانوني للحياة الزوجية، التي يربطها الأفراد باختيار حر للنمط الذي يريدونه، ولم تكن فرنسا الدولة الأوروبية الوحيدة التي فتحت الزواج للأزواج من نفس الجنس، فهناك أيضاً في الاتحاد الأوروبي: إسبانيا، بلجيكا، هولندا، بريطانيا العظمى¹.

وخير دليل على اهمية مؤسسة الزواج انه يولد اليوم في الغرب عدد كبير من الأطفال خارج إطار الزواج، يتمتعون جميعهم وعلى قدم المساواة بالحق في الانتساب إلى والديهم البيولوجيين وما يلحق هذا النسب من حقوق الرعاية والتربية والحضانة مثلهم مثل الأطفال المولودين من علاقة زواج قانونية تقليدية. في ختام هذا المطالب، يمكن القول أن جميع التطورات الحاصلة في القوانين الأوروبية المتعلقة بالزواج لأكثر من قرن أدت في آخر المطاف إلى ظهور تعريف مشترك للارتباط الزوجي يكرس مبدأ سلطان الإرادة العقدية ليشمل أشكالاً مختلفة من الاتحادات الأسرية، ويمكن أن يُلخص في التعريف الذي قدمته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بكونه: "التزام عام، يسير جنباً إلى جنب مع مجموعة من الحقوق والالتزامات التعاقدية." وهو في حقيقته تعريف متأثرة بالتعريف البريطاني للشراكة المدنية لعام 2004²، الذي كان الغرض منه تزويد الأزواج من نفس الجنس بألية رسمية للاعتراف بعلاقتهم وتمكينهم من بعض الآثار القانونية، التي تمنح الأطراف القدر الممكن من الحقوق والالتزامات المطابقة لتلك المشتقة من الزواج³.

¹ « Précédemment acte fondateur d'une famille, il est devenu une sorte de reconnaissance et d'organisation légale de la vie de couple. La France n'a pas été le seul pays européen à ouvrir le mariage aux couples homosexuels, il y a aussi eu : l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne. » Amandine Stehlin. op. cit, p10.

² « L'objet de la loi de 2004 sur le partenariat civil (Civil Partnership Act 2004) était d'offrir aux couples dont les deux membres sont de même sexe un mécanisme formel permettant de reconnaître leur relation et d'y associer certains effets juridiques, et de conférer aux intéressés, dans toute la mesure du possible, des droits et obligations identiques à ceux découlant du mariage... » .

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-86148%22%7D>

³ علاوة على ذلك، يجد الزواج نفسه "في منافسة" مع أنواع أخرى من الزيجات، ولا سيما الاتحاد الحر، وخاصة اتفاقية التضامن المدني الحر (PACS) التي تم إقرارها في 15 نوفمبر 1999، هذا الشكل من الاتحادات، كان المقصود منه في الأصل السماح بالاتحاد بين نفس الجنس، إلا انه كان لقي إقبالا واسعا للغاية مع المغايرين جنسياً، لأنه على عكس الزواج، يسمح في حالة الانفصال تجنب إجراءات طويلة ومكلفة. انظر: Amandine Stehlin. op. cit, p 10.

المطلب الثالث: مفهوم الحرية والمساواة في إبرام عقد الزواج في الفقه الإسلامية

من أكثر مظاهر التشويه الذي طال الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، هو اتكاء التيار الليبرالي على فكريّ الحرية والمساواة للطعن في كثير من أحكامهما، والحقيقة أن مثل هذا التشويه صادر عن عقلية سطحية متعجلة، إذ العقل الإنساني يميل بطبعه إلى جعل المساواة قيمة معيارية مطلقة لسهولة ذلك بخلاف إعمال الذهن وكده في دراسة التعقيدات التي توجب التفاوت في فرض الواجبات ومنح الحقوق. وفي هذا السياق وحتى يضع المذهب الليبرالي المرأة على قدم المساواة مع الرجل؛ حمل على الفطرة واعتبرها تزييف وعي، وقيوداً تاريخية يجب على المرأة التحرر منها، وعدم الالتفات إلى ما يزعمه الرجال حول "الرسالة الطبيعية" للمرأة، كما أن منهجهم هذا الذي تعج به كتاباتهم، يزعمون أنه أفرزته أفكارهم حول "حرية الإرادة الفردية واستقلاليتها" و"حق الاختيار"، وتترجمه مقترحات سياسية وقانونية حول إفساح المجال للمرأة وانعتاقها من سجن الزوجية، وأن عليها اقتحام المجال الذكوري، والنزول للعمل والمشاركة السياسية أسوة بالرجل.

الفرع الأول: العدل قيمة مركزية في الشريعة الإسلامية وليس ملازم بالضرورة للمساواة

الحقيقة أن التّخاثل على أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ناتج عن الخلط الذي يقع فيه بعض الناس بتوهم أن المساواة والعدل شيء واحد، فإذا جاءت الشريعة بالتفريق بين شيئين في حكم، وإلغاء التسوية بينهما، تُؤهم أن في هذا مخالفة للعدل، ككثير من الأحكام المتعلقة بالمؤمنين والكفار، أو الرجال والنساء، أو غير ذلك. والحق أن العدل إنما يكون في إعطاء كل ذي حق حقه، سواء اقتضى ذلك المساواة أو لا، فليس العدل ملازماً ضرورة للمساواة، فقد يوافقها وقد يفارقها، فإذا تأملنا واقع أحكام الشريعة وجدناها تتشوف في جميع مواردنا إلى تحقيق العدل كقيمة مركزية في الإسلام، فهو محل الثناء المطلق فيه، وبه تمدح الله تبارك وتعالى ووصف به نفسه، وألزم به خلقه، بل حرم على نفسه العلية وعلى خلقه تجاوزه بالظلم، فالعدل حق كله، ومحمود كله، أما المساواة فليست بهذا المقام، فلا يصح أن يثنى عليها بإطلاق، وليس معنى هذا أن المساواة ليست محمودة أو معتبرة، لكن المقصود أنها إنما تكون معتبرة وممدوحة إذا كانت محققة للعدل، أما إن خالفته فلا.¹

يؤكد هذا المعنى أن من طبيعة الشريعة التسوية بين المتماثلات، والمغايرة بين المختلفات، "فمن جَوَزَ [غير] ذلك على الشريعة فما عرفها حقَّ معرفتها؛ ولا قدرها حقَّ قدرها،... وقد فطر الله سبحانه عباده

¹ عبد الله بن صالح العجيري، فهد بن صالح العجلان، زخرف القول معالجة لأبرز المقولات المؤسسة للانحراف الفكري المعاصر، تكوين للدراسات والأبحاث، المملكة العربية السعودية، ط 2، 2019م، ص 147.

على أنّ حكم النظر حكم نظيره، وحكم الشيء حكم مثله، وعلى إنكار التفريق بين المتماثلين، وعلى إنكار الجمع بين المختلفين، والعقل والميزان الذي أنزله الله شرعاً وقدرًا يأبى ذلك¹.

فالشريعة تبنى أصول العدل وفق ثنائية التسوية والمغايرة، فالتسوية فيما كان متماثلاً هو العدل، أما ما كان فيه تغاير يقتضي تغايراً في الحكم، فمقتضى العدل عدم التسوية بينهما، بل العدل في إحكام المغايرة، وعليه؛ فليس من الصحيح إطلاق القول بأن كل مساواة ليست عدلاً أو العكس، بل منه ما يكون كذلك، ومنه ما ليس كذلك.

وبناء على ما سبق، فحين لا يكون ثمّ موجب معتبر للتفريق، فالأصل هو المساواة؛ لأن التفاضل بلا سبب، أو بسبب غير معتبر، ظلم مجانب لقاعدة العدل، فتأكدنا على أن المساواة ليست بالضرورة موافقة للعدل، لا يعني التزهيد فيها، إذ إلغاء وصف المساواة بين شيئين يجب أن يكون مبنياً على سبب معتبر ومؤثر، وهذا يعني أن قاعدة المساواة تكون واسعة جداً، إذ هي الأصل، فلا يجوز التمييز بلا سبب شرعي معتبر، وهو ما يضيّق مجال البحث في الأسباب الممكنة للتفاضل، لأن الأسباب الشرعية المؤثرة معروفة ومحددة².

فالاختلاف الذي يحصل بين أحكام الرجل والمرأة إنما يكون في الأحوال التي يتحقق فيها وجود اختلاف مؤثر بين الجنسين يفرض هذا التفاوت، وأما في حال غياب هذه الأوصاف فالأصل هو المساواة بينهما، ولهذا نجد أنهما سيان في تكاليف الشريعة، وفي الجزاءات المتعلقة بها، قال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [سورة النحل، الآية: 97]، وقال ﷺ: «إنما النساء شقائق الرجال»³، ويأتي التفاوت بينهما في حال وجود سبب معتبر يجب مراعاته ليتحقق العدل بينهما⁴، قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنْثَىٰ﴾ [آل عمران: الآية 36].

الفرع الثاني: الحرية والمساواة في الزواج بين عدل الشريعة الإسلامية

وشطط الخطاب العلماني.

إن ما يدعيه التيار الليبرالي العلماني والمنظمات النسوية من معرفتهم باختيارات النساء ورغباتهن الدفينة، وأنهن حين يرعين أطفالهن وأزواجهن مضطرات لذلك لحاجتهن الشديدة لمن ينفق عليهن، وأنه

¹ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تخريج: مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، ج 4، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1423هـ، ج 2، ص 330.

² عبد الله بن صالح العجيري، فهد بن صالح العجلان، المرجع السابق، ص 148.

³ أخرجه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وصححه الألباني.

⁴ عبد الله بن صالح العجيري، فهد بن صالح العجلان، المرجع السابق، ص 149.

قمع ومصادرة لحرّياتهن! ¹ فهذه الادعاءات ما هي في الحقيقة إلا محض تحرّصٍ وافتراءات تفتقر البيّنات، ومنهج منحرف يسلك سبيل التعميم والتعتيم، خاصة حين يصرف ناظره عن النساء اللواتي يؤدين نفس المهام رغم ثرائهن وعدم حاجتهن للمال.

ولهذا تجاهلت الحركات النسوية في خضم سعيها للتحرر المزعوم، وما خص الله به المرأة من خصائص نفسية وجسدية تؤهلها للقيام برسالتها الطبيعية من رعاية أطفالٍ، وحنوٍ على زوج، معتبرة هذه الرسالة تحيزاً ذكورياً، والواقع أن محاولة التشريعات العلمانية تجاهل الفروقات البيولوجية بين الرجل والمرأة، وما يترتب عليها من توزيع الأدوار والوظائف الأسرية والاجتماعية، يفتح الباب واسعاً أمام انحرافات خلقية وسلوكيات شاذة مخالفة للفطرة والعقل، نراها بوضوح في المجتمعات التي سمحت ببعض من ذلك.

فإنه جل وعلى خلق الكائنات الحية، وجعل الذكر والأنثى لتكاملهما في الحياة، وأناط كلاً منهما بوظائف تتناسب مع قدراته وإمكاناته وطبيعة خلقته، حتى يقوم كل نوع بوظيفته التي هيأ الله له وسائلها، وكل تحدٍ لهذا النظام الكوني الرباني، يؤدي لا محالة إلى اختلال ميزان العدالة الإلهية وظهور الفساد في الأرض ².

ومعلوم أن العمل الناجح هو الذي يقوم على التخصص، فعلى الرجل النفقة والكد والعمل لتحصيل الرزق، وعلى المرأة رعاية الأسرة، وتربية الأولاد، والقيام بواجب بيتها، وعمل كل منهما لا يقل أهمية عن الآخر، وكما تتفرغ المرأة لوظيفتها الطبيعية في بناء المجتمع وتنشئة الأجيال تنشئة اجتماعية ودينية صالحة؛ ينبغي أن يؤمن لها الزوج الجانب المادي تماماً، فلا تشغل نفسها به، وليس كما تقول الحركات النسوية بيع حرّيتها مقابل المال أو الطعام والمأوى ³.

ومكمن التناقض في منهجهم هذا هو عجز الليبراليين عن الإجابة بشكل واضح ومقنع عن إشكالية أفرزتها الممارسات النسوية حين يتساءل البعض فيقول: ⁴

¹ ويذكر ميل عن الحوار الذي دار بين امرأتين من أقطاب النسوية "حينما سئلت «سيمون دي بوفوار» في مقابلة مع «بيتي فريدان»: هل ينبغي أن يكون للمرأة الخيار في أن تبقى في بيتها لتنشئة أطفالها، أجابت: «ينبغي ألا يمنح هذا الخيار للمرأة؛ لأن ذلك لو حصل فإن كثيراً من النساء سوف يفضلن هذا الخيار!!"؛ انظر: جون استيوارت ميل، المرجع السابق، ص 68، 69.

² موقع اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، فتوى مجمع البحوث، الرابط: <http://cutt.us/xShLr>

³ وفي هذا الصدد يقول Marcel Morand: "في كل البلدان الإسلامية، ولاسيما في الجزائر، يعتبر الزواج بيعاً بكامل الملكية للمرأة لزوجها، والمهر ثمن هذا البيع."؛ مقتبس عن:

Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU., Alger, 2004, p. 13.

⁴ ليندا زيريللي، النقد النسوي لليبرالية، ترجمة سنية نمر ياسين، الرابط: <http://cutt.us/vFBZe>

لماذا تثور ثائرة الليبراليين عندما تختار المرأة بشكل حر البقاء في المنزل وإنشاء أسرة، وأن لا تمارس مهنة، وأن لا تشارك في العملية السياسية؟!

أليس "ميل" وسائر الليبراليين يُعرّف الحرية الفردية على أنها القدرة على صنع الخيارات الفردية، أو هو نفسه حق الاختيار، ويُعرّف القمع على أنه عدم القدرة على الاختيار؟
أليس ممارسة الاختيار الفردي يمتد عبر كامل نطاق الحرية؟

وكنتيجة لتلك المقدمات الليبرالية، وما دام يمكن للمرأة أن تقول أنها اختارت أمرًا - على سبيل المثال، الزواج ومكوّنها في البيت لرعاية أطفالها-، فإنه يمكن اعتبار تفضيل ربّات البيوت البقاء في المنزل والتكفل بتربية الأبناء من قبيل الخيار النسوي ليكون تعبيرًا عن تحررهن.

ويجب أحدهم مضطراً فيقول: "بما أن الاختيار هو المعيار الوحيد الذي يُحدد على أساسه إذا كانت المرأة حرة، فإنه يجب أن نمتنع [الليبراليون، والنسويّات] عن الحكم على مضمون الخيارات التي تقوم بها النساء، لأنه لا يمكن لامرأة أن تختار القمع بنفسها"¹.

إن الحركة النسوية ظلمت المرأة حين ظنت أنها تنصفها، فقد اتخذت في مطالباتها بالمساواة في الحقوق مع الرجال خطها التوجيهي، زاعمة أن المرأة بتمردّها على أدوارها الأنثوية والتحرر من الأسرة، وبمزاحمتها للرجال في الخارج سوف تبلغ "مكانة الرجل"، ومن ثم تتساوى معه، وهذا ما بات في حد ذاته عرضة للنقد، حتى من جانب بعض النسويات أنفسهن، اللواتي طالبت الكثيرات منهن بأحقيتهن في التمسك بمزايا التمايز بين الذكور والإناث.

تقول المؤرخة القانونية النسوية "يوت جيرهارد": «إن المساواة تبقى ضرورة كميّار للعدل والتمتع بحقوق متساوية، بالألا تفترض الاندماج في وضع الرجال ونمط حياتهم، إن افتراض أن مبدأ المساواة هو مركزية ذكورية لا ينظر إلى النساء إلا إذا أخفين وضعهن الخاص هو افتراض يقوم على سوء فهم لمعنى المساواة في الحقوق، إن المساواة «مفهوماً علائقياً»، يُعبر عن وجود علاقة بين كائنين، ويُفترض أن الكائنات المقارنة تختلف عن بعضها البعض، خلاف ذلك، قد يُعتبر مبدأ المساواة مُنافٍ للعقل، إن المساواة المطلقة قد تعني الهوية إذا كان للمرء أن يُثبت هذا رياضياً، قد تكون صيغة الهوية تعني $A = A$ ، في حين أن المساواة قد تعني $A = B$ »².

أما الشريعة الإسلامية فقد حرصت كل الحرص على ضمان حرية المرأة، ولم تميز بينها وبين الرجل من جهة أن تكون حرة في تفكيرها وما يصدر عنها من آراء سواء كانت توافق الآخرين أم تخالفهم، وليس

¹المرجع نفسه.

²ليندا زيريللي، المرجع السابق، الرابط: <http://cutt.us/vFBZe>

لأي إنسان الحق في منعها من التفكير أو إبداء رأيها في أي قضية من القضايا أو أي موقف من المواقف، سواء كان ذلك بالتأييد أم النقد أم المعارضة أم الامتناع.¹ وقيد الله سبحانه حرية الرجل والمرأة واختيارهما على حد سواء بقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا﴾ [سورة الأحزاب، الآية: 36]، والخيرة: الاختيار، والمعنى أن يريد غير ما أراد الله أو يمتنع مما أمر الله ورسوله به²، فهذه الآية عامة في جميع الأمور، وذلك أنه إذا حكم الله ورسوله بشيء، فليس لأحد مخالفته ولا اختيار لأحد هاهنا، ولا رأي ولا قول³.

فالمرأة في الإسلام تتمتع بحرية الرأي والدفاع عن حقوقها الأساسية كما يتمتع بها الرجل، والمجادلة فيها وإبداء ما تراه مثبتًا لحقوقها وذلك لأنها مكلفة ومأمورة بالقيام بالفرائض والواجبات الأساسية مثلها مثل الرجل⁴، والتاريخ الإسلامي شاهد على إعطاء المرأة نصيبها من الإرادة الحرة في الدفاع عن حقوقها، ومن ذلك:

أولاً- قصة خوله بنت ثعلبة والتي جاءت الرسول صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها أوس ابن الصامت، حيث كان هذا الزوج قد ظاهرها وكان مما قالت: "يا رسول الله أكل مالي، وأفنى شبابي، ونثرت له بطني حتى إذا كبرت سني، وانقطع ولدي، ظاهر مني، وإن لي منه صبية صغاراً، إن ضممتهم إليه ضاعوا، وإن ضممتهم إلي جاعوا، فما ترى...؟" فقال لها: «ما أراك إلا قد حرمت علي» وما زالت تكرر قولها وتراجع في أمرها حتى نزل قول الحق سبحانه: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ نَحْوَ رُكُومًا ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾ إلى قوله ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾ [سورة المجادلة، الآية: 1]، وواضح أن هذه الحادثة قاطعة الدلالة في حق وحرية المرأة في الدفاع عن حقوقها وتثبيت هذه الحقوق مثلها في ذلك مثل الرجل.

ثانياً- لقد كانت المرأة المسلمة تناقش الخلفاء والأمراء وتبدي رأيها وتدافع عن حقوقها وإن خالفت في ذلك رأي الخليفة ومثال ذلك ما قامت به امرأة عندما جادلت الخليفة عمر بن الخطاب عندما أمر

¹ محمد أبو فارس، حقوق المرأة المدنية والسياسية في الإسلام، عمان، دار الفرقان، د ط، 2000، ص 122.

² تفسير البغوي، موقع المصحف الإلكتروني، جامعة الملك سعود، الرابط:

<https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/baghawy/sura33-aya36.html#>

³ تفسير ابن كثير، موقع المصحف الإلكتروني، جامعة الملك سعود، الرابط:

<http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura33-aya36.html#>

⁴ عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة، بيروت، مؤسسة الرسالة، د ط، 1993، ص 333، 336.

بتحديد المهر في الزواج بما لا يزيد عن أربعمئة درهم، فقالت له: أما سمعت قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمَّ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾¹ وعندها تراجع أمير المؤمنين عن رأيه وألغى تحديد المهور.

ثالثاً - قصة زينب بنت جحش ومسألة زواجها من مولى الرسول ﷺ وهو زيد بن حارثة ففي هذه القصة أيضاً يتجلى حرص الإسلام على سلامة إرادة المرأة وحريتها في الدفاع عن حقوقها والتعبير عما في نفسها، "عن ابن عباس قال: خطب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زينب بنت جحش لزيد بن حارثة، فاستنكفت منه وقالت: أنا خير منه حسباً وكانت امرأة فيها حدة؛ فأنزل الله ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا"¹ فعندما رفضت هذه الصحابية الزواج من زيد بن حارثة بدعوى أنها خير منه نسباً، كان هذا الرفض موجهاً إلى أعلى وأعدل سلطة عرفها البشر، ومع ذلك جادلت هذه الصحابية هذه السلطة ممثلة بالرسول الكريم صلى الله عليه وسلم وسألته "أؤمر في نفسي...؟"² ولم ينكر صلى الله عليه وسلم هذا الجدل فهي حرة الإرادة في قبول هذا الأمر أو رفضه ولم يجبرها على هذا الزواج إلى أن تراجعت وبارادتها عن رفضها وقبلت بهذا الزواج وذلك عندما علمت بنزول الآية الكريمة: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا، «فقالت: قد رضيت لي يا رسول الله منكحاً؟ قال: "نعم" قالت: إذن لا أعصي رسول الله، قد أنكحت نفسي»³.

وبخلاف التصورات الكنسية المحرفة التي أفضت إلى ظلم المرأة واستبعادها كعضو فعال في المجتمع، فإن الشريعة الإسلامية نظمت العلاقة بين الزوجين بميزان العدل والإحسان، ونصت على ما يحقق التوازن بين الحقوق والواجبات وفق أصول محكمة وضوابط شرعية، فلكل من الزوجين حق يجب أن يصل إليه، وعليه واجب يلتزم آداءه، قال الله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [سورة البقرة، الآية: 228]، وإنما يرجع تشبيه العلاقة الزوجية بالعبودية إلى كونها هي الصورة الوحيدة المعروفة للزواج في أوروبا المسيحية ذلك الوقت، حيث كانت الزوجة تخضع لزوجها بكل ما لديها من متاع وأملاك مادية، وأنه على النقيض من ذلك تماماً في عهد الخلافة الإسلامية العثمانية وما قبلها، فقد كان البون شاسعاً بين الوضع الاجتماعي والقانوني للغربيات في عصر التنوير وما سبقه، وما تمتعت به نظيراتهن المسلمات من حرية التصرف في ممتلكاتهن وأنفسهن، بما حولهن لهن الشرع الحنيف من الشخصية القانونية والذمة المالية

¹ تفسير الطبري، موقع المصحف الإلكتروني، جامعة الملك سعود، الرابط:

<http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura33-aya36.html#>

² سيد قطب، في ظلال القرآن، مج 5، بيروت، دار الشروق، 1988، ص 2865.

³ تفسير الطبري، موقع المصحف الإلكتروني، جامعة الملك سعود، الرابط نفسه.

المستقلة، وكيف أنهن لم يعين عن الحياة، بل شاركن بقوة في بناء مجتمعاتهن ، وتشهد أوقاف النساء في الشام ومصر والعراق و بلاد المغرب الإسلامي بالمكانة التي حظيت بها المرأة ابنة وزوجة وأماً.¹ ويضاف إلى ما تقدم من شواهد على حرية الإرادة عند المرأة في الفقه الإسلامي، وأنه لما استقام معنى قداسة عقدة النكاح في نظر الشرع ، فإنه كما تولى ضمان حق المرأة الكامل في اختيار زوجها، نجده أمر الزوجين بحسن المعاشرة وبالقوامة على النساء، وجعل استحالة الحياة الزوجية أو الإضرار بهن ، سبباً مفضياً إلى فك عقدة النكاح، فحول لهن الحرية في إنهاء أخطر العقود في حياتهن، تطليقا بحكم القاضي إذا ثبت الضرر²، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾، وقال: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾. كما لم يجعل من الزوج الخصم والحكم في آن واحد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية:35]، وبالرغم من كون العصمة بيد الرجل إلا أن المرأة تستطيع إنهاء هذا العقد، وذلك من خلال الخلع أو طلب التطليق دون أن يتوقف هذا الإنهاء على قبول الرجل.

وكذلك وضعت أحكاماً تضمن حق المرأة في حضانة أطفالها حال الطلاق، والقيام على تنشئتهم، وتربيتهم، لأنها الأقدر والأصلح على تلبية حاجاتهم الحيوية والنفسية، وأن تأخذ من مُطلقها نفقة من تحضنهم من أولادها منه، بما يتناسب مع كسبه.

ونحن إذ نورد هذه الفروق والحجج، إنما نفعل ذلك لنبين كيف يكون التحامل على الإسلام ممن جهله، وحتى نوضح للنسويات في مجتمعنا من أي معين يستقين فكرهن³ ، ولا سيما أن الكثيرات منهن في

¹ كانت النساء تنصرف في أموالهن كما تشاء، بل كن توصين ببناء المدارس والمساجد والبيمارستانات (المستشفيات)، ويخصصن أوقافاً للإنفاق على هذه الأعمال، لمزيد من التفاصيل انظر: آمنة محمود سليمان الرواشدة، حيوات المرأة في الدولة المملوكية في مصر والشام (1250 - 1517م)، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 1997م، ص 77:75.

² محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 434

³ وتظهر حقيقة "جون ستيوارت ميل" رغم انجذابه الشديد لجذور الفكر الغربي اليوناني والإغريقي شأنه شأن كل فلاسفة عصر التنوير الأوروبي ومن تبعهم، حينما يغازل رجال الدين المسيحي ويتحامل بشدة على الإسلام، إذ يقول جاهلاً بالإسلام محتقراً له: "القول بأن المسيحية تتجه نحو المحافظة على الصورة القائمة للحكم والمجتمع وحمايتهما من التغيير، يعني الانحطاط بمستواها، وردّها إلى مستوى الإسلام والبرهية. مع أن المسيحية لم يقصد بها ذلك، ولهذا السبب وحده كانت ديانة الجزء التقدمي من البشر، في حين كانت البرهية والإسلام أديان الأجزاء الجامدة، أو بالأحرى الأجزاء المنهارة لأنه لا توجد مجتمعات جامدة. لقد كان هناك في جميع العصور المسيحية الكثير من الناس الذين حاولوا أن يجعلوا المسيحية على هذا القدر من الجمود، كما أرادوا تحويلنا إلى نوع

بلادنا يُعاني جيداً خطأ التيار الحدائثي فيما ذهب إليه في اتهامه الشريعة الإسلامية بالجمود العقلي، فالرسالة المحمدية تحديداً هي التي انتهت بها عهد الخوارق المادية وبدأ بها عهد المعجزات العقلية. كما أن تقدير الإسلام لحرية الفكر الإنساني بلغ حد اعتبار العلم فريضة والتفكير عبادة، وكثيرة هي الآيات التي تحرض الناس على التّفكّر، والتدبر وترشيد العقل، وعدم إذهابه بالمسكرات، والانسحاق وراء التقليد والسير على رأي عامة الناس، أو إتباع الآباء والأجداد. نستنتج مما تقدم أنه لا أساس في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة الذي يستقي منها أحكامه، لما تتعرض له المرأة في بعض المجتمعات من مصادرة لإرادتها واعتداء على حريتها في إبرام التصرفات القانونية عامة والزواج خاصة.

من المسلمين المسيحيين وتحويل الكتاب المقدس إلى قرآن، وبدلوا جهوداً مضنية لتحريم كل إصلاح. "جون استيوارت ميل، المرجع السابق، ص 20، 21.

الفصل الثاني:

الطبيعة القانونية لعقد الزواج بين حرية الإرادة العقدية وقيود النظام القانوني

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية بين حرية الإرادة العقدية وقيود النظام القانوني

لقد عرفت مسألة الطابع المدني لعقد الزواج والإشراف الرسمي للدولة على إبرامه جدلا كبيرا، نظرا لما لهذه المسألة من صلة وثيقة بعلمانية التشريع، ومساسها بقداصة الرابطة الزوجية لدى أكثر المجتمعات العربية، ولهذا فإن البحث في تحديد الطبيعة القانونية للزواج من حيث كونه عقدا مميزا ذو صبغة دينية أو عقدا مدنيا صرفا يقتضي كذلك البحث في مدى إمكانية اعتبار الزواج مؤسسة خاضعة لنظام قانوني يحدد أحكامها تحت إشراف السلطة التشريعية في الدولة، أو اعتباره التزاما تعاقديا خاصا تصنع قانونه إرادة الأطراف وتحدد آثاره ومقتضياته.

ولأن مفهوم العقد يتعارض مع مفهوم المؤسسة، من جهة أن العقد المدني يحكمه بشكل أساسي مبدأ سلطان الإرادة، في حين يبدو لدى البعض أن الزواج هو المؤسسة الأكثر قداسة وثباتا وتقيدا للإرادة، فإنه بالنسبة للبعض الآخر من الفقهاء، هو كلاهما؛ عقدٌ إذا أخذنا في الاعتبار العلاقة التي تم إنشاؤها بين الزوجين، وسيكون بمثابة مؤسسة إذا نظرنا إلى الوضع الذي يخلقه تجاه الآخرين والمجتمع¹.

وبناء على ما سبق من مقدمات فإنه يبدو أن الجدل الفلسفي والقانوني المتعلق بالطبيعة القانونية للرابطة الزوجية يمتد إلى ماهية الزواج أساسا، ومن هذا المنطلق سأحاول التوطأة لمسألة التكييف القانوني لهذا العقد من خلال تخصيص المبحث الأول من هذا الفصل لتبيان الأسس النظرية للرابطة الزوجية من منظور الفلسفة القانونية الغربية، باعتبارها توجه الجدالات الدائرة حاليًا حول مفهوم الزواج وتعريفاته وطبيعته القانونية، وما إذا كان ينبغي تعريف الزواج على أساس غايته المؤسساتية وإخضاع أحكامه للنظام القانوني في الدولة، أم تعريف الزواج تعاقدًا على أساس مظاهر الإرادة الحرة في إبرامه، باعتبار العقد قانون يصنعه الزوجين على وفق نظرية سلطان الإرادة، بحكم أن الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها²، وسنرى كيف أن هذه الأسس الفلسفية أصبحت تحدد أهم معالم التكييف القانوني المعاصر للزواج في المنظومة الغربية لحقوق الإنسان والدول العربية بالتبعية، وهي التي تقود مؤسسة الزواج في الغرب إلى الانهيار.

لنخلص في المبحث الثاني إلى دراسة التكييف القانوني لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري من خلال بحث مفهوم الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ونقاش إشكالية الخلاف الفقهي حول اعتبار

¹ Alain SERIAUX, « Une définition civile du mariage », Recueil Dalloz 2005, p.1966. Amandine Stehlin .Le mariage : un contrat ou une institution ?. Droit. 2017. dumas-02176290,p7.

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290>,

² art 1134:" Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"

الزواج نظام قانوني أم عقدا مدنيا كغيره من العقود وأثر هذا الخلاف على السياسة التشريعية المنتهجة في قانون الأسرة، كما سنحاول رفع الستار عن أهم مظاهر التوجه المدني في عقد الزواج ومدى تكريس المُشرِّع الأسري لمبدأ سلطان الإرادة المقرر في الفقه القانوني، وفي المقابل سنبيين مظاهر اعتبار المُشرِّع الزواج عقد ديني أو شرعيا بالتركيز على المسائل التي يستمد فيها عقد الزواج أحكامه وآثاره من الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

المبحث الأول: أسس الرابطة الزوجية في فلسفة القانون

يمكن القول أن الرابطة الزوجية تتمتع بخصوصية قانونية كونها عقد ومؤسسة مشتركة بين معظم المجتمعات البشرية، يختلف تنظيمها وشكلها القانوني بحسب المعتقدات الدينية والعادات والتقاليد المحلية في كل مجتمع، وفي هذا السياق تعددت صيغ الزواج في التاريخ البشري، بين عرف ودين، ونظريات مختلفة، وصلت إلى حد أن قامت نظريات تنادي بالمشاعية الجنسية (النظرة الشيوعية)، ومع تجذر الديمقراطية الغربية ظهرت تيارات تدعو إلى تبيح الشروط الحمائية للزواج كمؤسسة اجتماعية ونظام قانوني حتى أضحت شبه معدومة، وأخرى إلى إلغاء عقد الزواج ذاته لصالح الحرية الجنسية التي تعني الشذوذ والإباحية بشتى أنواعها، دون أي إطار يلحظ القيم والأخلاق أو الحقوق والواجبات، وفي خضم هذا اللغط والثورة الهادئة على مؤسسة الزواج، تم تمرير مشروع تقنين السفاح وإضفاء صفة الزواج على العلاقات السحاقية واللواطية¹ (المثلية) ضمن رؤية ليبرالية ومقاربة تعاقدية تضمن لهذا النوع من العلاقات الشاذة الصفة القانونية.

وسأعرض في هذا المبحث إلى أهم الأسس التي تقوم عليها الرابطة الزوجية في فلسفة القانون، وما إذا كان ينبغي تعريف الزواج على أساس غايته المؤسساتية كنظام قانوني، تخضع مفاعيله لسلطان الدولة وقانونها، وأبرز الانتقادات التي وجهتها الفلسفة النسوية وغيرها للزواج "المؤسسة" (المطلب الأول).

أم ينبغي تعريف الزواج تعاقدياً على أساس الإرادة الحرة لطرفيه باعتبار العقد قانون الزوجين وشريعتهما وفق نظرية سلطان الإرادة. (المطلب الثاني)، وهي في الحقيقة الرؤية التعاقدية الليبرالية التي ترى أنه يجب فسح المجال لسلطان إرادة الشركاء لترتيب التزامات العقد واختيار نوع الروابط الأسرية والأدوار الاجتماعية والجنسية باعتبارها حريات شخصية، وهو صيغة في طور الازدهار والتطور على حساب الزواج المؤسساتي الذي هو في طور الانكماش والضمور بفعل الأيديولوجية الفردية وعولمة النمط الليبرالي الغربي في الحياة.

¹ أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 9.

المطلب الأول: الرؤية المؤسساتية للرابطة الزوجية

إنّ الفكرة القائلة بأنّ الزواج مؤسسة اجتماعية خاضعة لنظام ذو مكانة خاصّة وأتّه يستدعي التزامات أخلاقية ثابتة تخضعه لسلطان القانون لا لسلطان إرادة الأفراد هي فكرة واسعة الانتشار لكنّها مثيرة للجدل فلسفيًا، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ قيمة مؤسسة الزواج تكمن حصراً في الآثار القانونية والقيود التي يضعها نظامه على الإرادة الفردية لطرفيه في سبيل خدمة الصالح العام، لأن هذه الحدود وتلك الآثار تُكوّن في مجموعها حالة الزوجية التي يرتب عليها القانون نتائج ذات صبغة مطلقة يحتج بها قبل الكافة من أولاد وأقارب وأجانب¹.

الفرع الأول: الأسس النظرية لمؤسسة الزواج

إنّ الرؤية المؤسساتية للرابطة الزوجية تؤكد على أنّ الزواج ليس عقداً عادياً كغيره من العقود، إنّما هو مؤسسة لها غايات مقدّمة على رغبات الأزواج، ولأنّ الإرادة المطلقة لا تكفي لترتيب كافة آثار هذا العقد التأسيسي الخطير، فإنه لا ينبغي لها أن تحدد طرقاً خاصة لانعقاده وفقاً لمشيئة الزوجين ولا أن تقرر أساليب انحلاله، ومن هنا تبرز في نظرهم القيمة الحقيقية للتوازن بين المراكز القانونية بما يكرس المساواة بين إرادتي الزوجين؛ إذ لو مارس كل فرد سلطته على النظام التعاقدى لانتهى الأمر بسيادة فرد على آخر، ولذلك يجب على الجميع الخضوع لنظم وقواعد موضوعية لا تدع مجالاً للتسلط والاستئثار، مشفوعة بالأمر والنهي عن إتيان بعض التصرفات والسلوكيات الأنانية، ثم تأتي بعد ذلك حرية الاختيار في أن يلتزم كل الفرد بتلك النظم والقواعد فينضوي تحتها أو يعزف عنها.

ولهذا سعى الفقه الفرنسي إلى إخضاع الزواج لفكرة النظام العام، وإلى وجوب تنظيمه بنصوص أمرة لتحديد آثاره وسبل انحلاله، دون أنّ يكون لإرادة الزوجين تغيير أحكامه، بحجة أن هناك جملة قواعد قانونية تسمى بنظام الزواج، وأن هذا النظام لا يفرض إلا على من انخرط فيه، شأنه شأن دور الإرادة في الانضمام إلى جمعية أو نقابه وهذا الانضمام يترتب عليه الخضوع لأحكامها دون أن يملك تغييرها، بشكل يشبه كثيراً الالتزامات المهنية والأخلاقية للطبيب؛ فإذا أراد أحد الناس أن يصير طبيباً يتوجّب عليه القبول طوعاً بدور الطبيب والتزاماته، دون أن يكون قادراً على التفاوض حول محتوى هذه الالتزامات²، وهذا الاتجاه يتلاقى من حيث المبدأ مع الاتجاه الكاثوليكي الذي يرى أن دور الرجل والمرأة يقتصر على التراضي دون أن

¹ انظر: حسن الاشموني ومحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 62

² إيزابيث بريك، المرجع السابق، ص 14، 15 .

يكون لهما تعديل شروط وأحكام الزواج لأنها من تنظيم القانون الكنسي الذي يلزم الزوجين بها بمجرد اتفاهما¹.

إلا أن أهم إشكالية تواجه الرؤية المؤسسية هي تبرير السبب الذي يجعل من مؤسسة الزواج لا تُحول لإرادة الزوجين الاتفاق تعاقديا على ترتيب الالتزامات والآثار القانونية المرافقة لهذه الرابطة أو تغيير مضمونها؟

الفرع الثاني: مبررات الرؤية المؤسسية

ترتكز الرؤية المؤسسية على مقارنة أساسية ترى بأن التناسل غاية وأمر جوهري في الزواج مقتضية في ذلك أثر توما الإكويني، حول منافع الزواج، كما تركز على التفسير المستند إلى القانون الطبيعي لا سيما تفسير كانط الذي يرى أن الحقوق الزوجية الخاصة ضرورية أخلاقياً للممارسة المباحة للخصائص الجنسية باعتبار الزواج مؤسسة لخدمة الأئحاد التناسلي، ويمكننا أن نحصر حجج هذه المقاربة في كون:

أولاً- الزواج مؤسسة يمكنها تحقيق المنافع الزوجية وتناسلية بشكل فريد: وتعتقد هذه الرؤية أن الزواج مؤسسة تأمن للوالدين إطارا تشاركيا وأئحاد مستمر له قدرة فريدة على الإنجاب وتنشئة الأطفال. وأن المنفعة الزوجية المميزة هي التناسل والعشرة، ولا يمكن تحقيق هذه المنفعة إلا من خلال الزواج؛ وليس من الواجب أن تنتهي العلاقات الجنسية بالحمل كي تكون مباحة، إذ يكفي فيها أن لا يحتوي على ما يعيق الحمل، وهذه الرؤية لا تستلزم تخطئة الاستمتاع الزوجي، لأن هذا الاستمتاع هو نفسه العشرة والمحبة الزوجية².

ولذلك فالعلاقات الجنسية خارج إطار الزواج من منظور أنصار التقاليد الأخلاقية للقانون الطبيعية الجديد لا يمكن اعتبارها موجهة نحو تحقيق المنفعة الزوجية؛ بل إن الممارسات الجنسية التي لا تنحو بهذا الاتجاه بما فيها: العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، والجنس المثلي، والجنس مع استخدام مانعات الحمل، ممارسات لا قيمة لها حتى وإن كانت في إطار الزواج؛ لأنها ممارسات تنتهك المنفعة الرئيسية للزواج وتقوضها باستبعادها للإنجاب وإهمالها لمعاني العشرة والمحبة والصدقة الزوجية³.

فبنية الزواج يمكن تفسيرها بشكل كامل عبر غايتي التناسل وتنشئة الأطفال في كنف الأمان والاستقرار؛ فالزواج يحصل بين رجل واحد وامرأة واحدة ولها وحدة قادرة على التناسل؛ وما يراد من

¹ عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 88.

² إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 15.

³ كما أن العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج تتعامل مع القدرات الجنسية كأدوات، فلا تستخدم إلا للمتعة (في هذه النقطة نجد تأثير كانط على الرؤية من خلال مفهومه للتشبيء)، بل إن مجرد الاستعداد النفسي للتعامل مع الجنس كأداة للهو والمتعة يقوض منافع الزواج ويجعل الالتزامات الزوجية أمرا مستبعداً. المرجع نفسه، ص 15.

استمرار الزواج إلا منح الأطفال الأمان والاستقرار في كنف أسرة تدوم مدى الحياة. ولهذا يجب أن يكون قانون الزواج أداة بيد الدولة لتحقيق المنافع البشرية الرئيسية: فينبغي على الدولة أن تنصح مواطنيها بالزواج، وتوجيه خياراتهم وأحكامهم نحو العلاقة التي يمكنها تحقيق المنافع الزوجية بشكل فريد، وتنفق جزءاً من مواردها في تثبيط الناس عن استخدام موانع الحمل والطلاق والجنس خارج إطار الزواج، كما أنه لا ينبغي للدولة أن تعترف بالعلاقات المثلية باعتبارها زواجاً. لأن كل أشكال الجنس خارج إطار الزواج تفشل في تقديم منفعة بشرية رئيسية¹.

ثانياً- نقد الرؤية التي تعتبر الزواج مؤسسة لخدمة الاتحاد التناسلي: إن الادعاء بأن العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج لا يمكنها أن تقدم أي منفعة بشرية رئيسية يتجاهل كثيراً من المنافع البشرية التي يقدمها هذا النوع من العلاقات كالمثلية، والتواصل، والنمو العاطفي، والاستقرار الشخصي، و يُخضع كل أشكال الجنس خارج إطار الزواج للقيمة نفسها التي تعزى للجنس الإباحي أو البغاء².

هذه الرؤية يبدو أنها تتضمن ازدواجاً بالمعايير لسماحها بالزواج لزوجين عقيمين مختلفي الجنس؛ وحرمان الزوجين المثليين إذ كيف يمكن للأزواج الذين يعلمون بعقمهم ممارسة الجنس في سبيل التناسل، ولقد ردّ أنصار القانون الطبيعي الجديد بأنّ الزواج وحدة حياتين وعقليين وجسديين. والاتحاد العضوي المتمثل في الجنس بين الذكر والانثى اتحاد لغاية بيولوجية وعمل تناسلي في نوعه، حتى وإن لم يكن كذلك في تأثيره، بينما لا يمكن للنشاط الجنسي المثلي أن يكون تناسلياً في نوعه على الإطلاق، كما أن مؤسسة الزواج تمتلك في حالات فشل الإنجاب القدرة على الازدهار الاجتماعي والاقتصادي للزوجين، إلا أن هذا التفسير يسمح أيضاً بتوسيع المفهوم ليشمل الزواج المثلي.

المطلب الثاني: الرؤية التعاقدية للرابطة الزوجية

يرى جانب من الفقه أن اعتناق القانون المدني الفرنسي منذ تقنين نابليون لنظرية سلطان الإرادة، جعله يتجه في تطوره نحو تبني فكرة العقد لتنظيم الزواج باعتباره ينشأ نتيجة اتفاق إرادتين تحت ولاية القانون ويستهدف ترتيب آثار قانونية³.

¹ إيزابيث بريك، المرجع السابق، ص 16.

² المرجع نفسه، ص 16 وما بعدها.

³ وفقاً للفقهاء غستين Ghestin "العقد هو اتفاق إرادتين، يتم التعبير عنهما، بهدف إحداث آثار قانونية"

« Le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées, en vue de produire des effets de droit ». M. Ghestin, Droit civil, Les Obligations, Le Contrat, L.G.D.J. 1980, no 5, p. 3

فالرؤية التعاقدية للزواج كعقد يبرم بمطلق الرضا هي في حقيقتها مقارنة ليبرالية تركز لمبدأ سلطان الإرادة الفردية في ميدان الأحوال الشخصية. وترافع من أجل الاختيار الحر، من خلال آليات تفاوضية رضائية بين الزوجين لترسيم ما قد يتعاهدا عليه من شروط، كما أنها تعكس قدرة الإرادة الواعية على ترتيب آثار عقد الزواج ورسم نطاق الالتزامات الزوجية بما يتناسب ومصالح الزوجين في طار احترام النظام العام.

الفرع الأول: الأسس النظرية لعقد الزواج

يرى أنصار الرؤية التعاقدية أنه لا يمكن أن يتم الزواج إلا برضا طرفيه ولا ينشأ إلا بتوافق إرادتيهما بقصد ترتيب الآثار القانونية والالتزامات الاتفاقية، ومن أجل ذلك هو عقد¹، فهذا الاعتبار الرضا هو جوهر سائر العقود، ويستوي الزواج في هذا المقام مع غيره من العقود المدنية الأخرى².

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الفرنسي المتعلق بالزواج نجد أن الزواج يثبت بإبراز عقد الزواج وفق المادة 194، ويتم استبعاد أي وسيلة أخرى للإثبات، وغدا الزواج كأى عقد من العقود، ليس فيه إلا إيجاباً وقبولاً تكتنفهما مظاهر الرضا بين الزوجين³، مع اشتراط بلوغهما سن الثامنة عشر، وانتفاء الغش حول شخصية أحدهما وعدم قيام زواج آخر، وأن لا تكون بينهما رابطة مانعة.

وفيما يتعلق بالطبيعة الشخصية للزواج فإن الزوجين هما الوحيدان المعنيان بإبرامه ونتائجه⁴، وعليه يجب خصصته بأن يجعل أكثر ملائمةً للنموذج التعاقدية؛ ولهذا السبب لم يعد يشترط القانون المدني الفرنسي في الزوجين اختلاف الجنس أو إجراء الفحص الطبي، كما لا يشترط انقضاء عدة الزوجة بعد طلاق أو وفاة.

وبعض الليبراليين، و التحرريين⁵، يفترضون مسبقاً بأن الفرد البالغ الكفاء يجب أن يسمح له القانون باختيار شروط تعاملاته لاسيما الزواج، وإذا كانت الدولة تحترم حرية التعاقد فإن فرض القيود على الدخول

¹ وتنص المادة 1101 من ق.م.ف على أن "العقد هو اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها"

² أحمد سلامة، الوسيط في الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، دارالفكر، ط1، 1968م، ص328.

³ Article 146 (Création Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803) : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

⁴ رغم أنهما ليسا "حرين" تماماً؛ لأنه في الواقع هناك تأثيرات عائلية واجتماعية واقتصادية توجه إرادة المقبلين على الزواج بطريقة أو بأخرى. انظر: Amandine Stehlin. op. cit, p 6.

⁵ الليبرتارية أو التحررية libertarianism : هي المذهب السياسي الفلسفي الذي من أولوياته الحفاظ على الحرية الفردية، ويدعو إلى التحرر وإزالة القيود المفروضة على الفرد من قبل الدولة والمجتمع كالعادات والتقاليد وتقليص حجمها قدر المستطاع. يؤمن التحرريون بأن الفرد يملك نفسه تماماً وبالتالي فإن لديه الحرية في التصرف فيها وفي ممتلكاته وفي عقائده كما يشاء شرط ألا يكون

في الزواج أو الخروج منه، أو على محتوى الالتزامات القانونية للزواج، سيبدو حينها شذوذاً عن الليبرالية وتَنكُّب من الدولة للالتزامات.

وعليه فإنّ الالتزام الكامل بالحرية التعاقدية وما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة من أحكام يعني ضمناً ألا يكون هنالك أيّ قانون للزواج على الإطلاق، إلا ما إنفق عليه الزوجين من شروط والالتزامات، طالما أنها لا تتعارض مع النظام العام والآداب، ويبقى على الدولة مهمة إنفاذ عقد الزواج الخاصّ باعتبار شريعة المتعاقدين وقانونهما الذي صاغته إرادتهما دون أن تتدخل في ما عدا ذلك¹.

ومما سبق يمكن القول أن الشروط والالتزامات الأخلاقية للزواج، تعهّدات متبادلة بين الزوجين، تستمدّ محتواها من الممارسات الاجتماعية والقانونية المحيطة، لكنّ طبيعتها التعاقدية تقتضي ضمناً أنّ طرفي العقد يمكنهما التفاوض بكل حرية على الشروط قبل إبرامه أو في عقد لاحق وإمكانية أن يعفي أحدهما الآخر من الالتزامات الزوجية دون تدخل القانون الذي تسنه الدولة، مادام تلك الالتزامات لا تتعارض مع النظام العام والآداب.

الفرع الثاني: مبررات الرؤية التعاقدية للزواج

يؤسس الليبراليون تمسكهم بخصخصة الالتزامات التعاقدية للزواج وضرورة تحرير الأفراد في إبرامه؛ على الحجج التالية²:

أولاً-الالتزامات الزوجية تعهّدات اتفافية رضائية: وفقاً للرؤية التعاقدية تُفسر كلّ الالتزامات الزوجية على أنّها تعهّدات خاصّة نتيجة لإقدمات رضائية طوعية؛ خلافاً للواجبات العامّة نحو المجتمع، وعلى هذا الأساس، فمهما كانت الالتزامات الخاصّة التي يدين بها الأزواج بعضهم لبعض فلا بدّ لها أن تنشأ عن اختيار حر يجسده اتّفاق رضائي، يقدمه الزوجين على شكل تعهّد يُؤطره عقد الزواج.

وفقاً للرؤية التعاقدية تُفسر كلّ الالتزامات الزوجية على أنّها تعهّدات خاصّة نتيجة لإقدمات رضائية طوعية؛ خلافاً للواجبات العامّة نحو المجتمع، وعلى هذا الأساس، فمهما كانت الالتزامات الخاصّة التي يدين بها الأزواج بعضهم لبعض فلا بدّ لها أن تنشأ عن اختيار حر يجسده اتّفاق رضائي، يقدمه الزوجين على شكل تعهّد يُؤطره عقد الزواج.

هذه في التصرفات تعد على حريات الآخرين وممتلكاتهم. انظر: ديفيد بوز، مفاهيم التحررية وروادها: التشكيك في السلطة، ترجمة

صلاح عبد الحق، ج1، ط1، رياض الريس للكتب والنشر، لبنان، 2008، ص ص 61، 15.

¹ إيلزابيث بريك، المرجع السابق، ص 20، 21.

² إيلزابيث بريك، المرجع السابق، ص ص 12، 13.

ثانياً-العلاقات الزوجية أحوال شخصية: الأصل في الزواج أنه عقد ذو طبيعة شخصية فينبغي ألا يكون للدولة أي دور في تحديد شروط عقد يبرمه الأفراد فيما بينهم لترتيب علاقاتهم الشخصية، بغض النظر عن التوجه الجنسي لأطرافه¹، وهي وجهة نظر تقتضي أن لا يكون للدولة أي دور في تحديد محتوى عقود الزواج التي ينشئها الأفراد بأنفسهم أو أن يكون دورها محدوداً في إطار إنفاذ تلك العقود وحماتها، فلا تتدخل في الحياة الخاصة للأفراد بمنح حقوق إضافية للزوجين تتجاوز تلك الحقوق التعاقدية التي يمنحها المتعاقدين بعضهم البعض .

بل انه من الواجب على الدولة أن تتخلى عن التدخل في الخيارات الخاصة للأفراد لاسيما الأحوال الشخصية، وترفع قيودها عن الإرادة وتفسح المجال لحرية الانخراط في علاقات زواجية تعاقدية يتفرد أطرافها بحرية ترتيب شروطها وأحكامها، وتحديد طرق وظروف إبرامها وإنهائها دون تأثيرات خارجية تفرضها المنافع والامتيازات التي تمنحها الدولة للمتزوجين أو خوف من عقوبات تشوش على حرية اختيارهم ورضائهم²، وتكتفي بالاعتراف بالزواج كحالة قانونية (تعاقدية)، فإنها بذلك تشجع الأفراد على الانخراط في علاقات رسمية.

ثالثاً-الالتزامات والممارسات الزوجية لا تخضع لأي سبب أخلاقي خاص:

يقتضي هذا الأساس، أن التفسير التعاقدية للزواج يعتمد على الافتراض بأنه ليس هنالك أي سبب أخلاقي خاص لبنية الممارسات الزوجية الراهنة، ولذلك لا يمكن للقانون أن يفضل بشكل حاسم بنية زواجية معينة عن غيرها. وهذا راجع لوجود عقائد وأشكال اجتماعية متنوعة لفهم الزواج، تبعد عن القانون

¹ وتلجأ الدولة أحياناً إلى التدخل في الخيار الخاص كشكل من أشكال تقييد الإرادة الحرة للأزواج من خلال المنظومة القانونية المتعلقة بالأسرة كالمعونات الاجتماعية، ونظام الإرث، والضرائب، وما شابه لتوجيه الخيارات والسلوكيات العامة لمواطنيها، وقد يعتبر البعض الزواج أساساً للتمييز القانوني في عدد من السياقات؛ وهذا التمييز يتطلب تبريراً، كما هو الحال مع تخصيص الموارد الذي تتضمنه عملية تقديم المعونات الاجتماعية للمتزوجين، وغياب هذا التبرير يعني أنّ تقديم المعونات الاجتماعية عبر الزواج ينطوي على معاملة ظالمة لغير المتزوجين، لأنّ استبعادهم من هذه المعونات سيكون اعتبارياً حينها، وعلى هذا يجب على الدولة تحمّل عبء تقديم الأساس العقلاني الذي يبرّر هذا التخصيص للموارد وهذا التمييز القانوني على أساس الزواج، بالإضافة إلى تبرير تقييد الزواج بقيود لا تخضع لها العقود الأخرى.

² لا يجلب الزواج منافع وحسب، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يمكن للزواج أن يستجلب "عقوبة" ضريبية للزوجين ذوي الدخل المزدوج اللذين يتشابه دخلهما، وأن يستجلب "إعانة" ضريبية للزوجين ذوي الدخل المنخفضين. ولمن يريد خلاصات وافية حول التأثيرات الكثيرة للزواج في القانون الفيدرالي الأمريكي يمكن الرجوع إلى التقرير الذي صدر في العام (1997) عن المكتب العام للمحاسبة) حول الزواج، انظر: إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 21.

http://www.gao.gov/archiv/1997/og79016.pdf.2003 update، 1997 report Implications of Marriage in U.S. Federal Law، U.S. General Accounting Office:

بنفس المسافة فليس هنالك سبب أخلاقي معتبر قانوناً يدفع الأزواج لتبني مجموعة محدّدة دون غيرها من الالتزامات الزوجية، فيترك الأمر للأزواج في اختيار شروطهم، وترتيب زيجاتهم.

رابعا-التعهدات الزوجية خاضعة لممارسات اجتماعية وقانونية مفترضة¹:

ووفقاً للتفسير التعاقدية للزواج فإنّ التعهدات الزوجية خاضعة لممارسات اجتماعية وقانونية ذات محتوى افتراضي (من بينها: التعهد بالحصرية الجنسية، والتعهد باستمرار الزواج والمحبة وغيرها) ، لكنّ هذا الافتراض لا ينسجم مع ضرورة التعبير الصريح عن الإرادة في الشروط التعاقدية.

1-الحصرية الجنسية: إنّ الحصرية الجنسية يفترض فيها أن تكون مشروطة بدوام المحبة أو الإشباع الجنسي باعتبارها خاضعة للممارسات اجتماعية وقانونية مقتضاها أن يتعهد الأزواج بالامتناع عن الممارسات الجنسية خارج إطار الزواج وأن خرق هذا التعهد يفسّر في كثير من الحالات على أنّه أمر خاطئ أخلاقياً دون الحاجة إلى أيّ جدل إضافي. أمّا إذا كانت الالتزامات الزوجية مجردة عن محتواها الاجتماعي الذي يفرضه القانون(النظام العام)، فعندها يمكن للفريقين أن يعفي أحدهما الآخر منها، ممّا يجعل الجنس التوافقي خارج إطار الزواج من المباحات.

2-التعهد باستمرارية الزواج ومسألة الطلاق: وفي بعض الحالات ينظر إلى الزواج باعتباره ينطوي على تعهد باستمراره، وهذا الأمر يبدو أنّه يجعل الطلاق من جانب واحد ينطوي على إشكالية من الناحية الأخلاقية، فمن يقطع تعهداً لا يمكنه أن يعفي نفسه من الالتزامات المترتبة على تعهده لكنّ الشروط المعيارية لتجاوز الالتزامات التعهدية، كالتضارب بين الواجبات الأخلاقية الأكثر صرامة أو العجز أو التخلف عن تنفيذ تعهد متبادل من شأنه أن يسمح على الأقل ببعض حالات الطلاق الأحادي. وإنّ الإعفاء من التعهد الزوجي ليس الشرط الوحيد للسماح بالطلاق في الرؤية التعاقدية؛ فالزوجان قد لا يكونان ملزمين التزاماً متبادلاً بالإبقاء على الزواج، لكنهما قد يكونان ملزمين بواجبات والدية أكثر منها زوجية تفرض عليهما الاستمرار بالزواج لحماية لأطفالهما من أضرار الطلاق، ومع ذلك قد يكون الطلاق هو الحل الأنسب في الحالات التي يكون فيها الأطفال عرضة للعنف وسوء المعاملة.

3-التعهد بالمحبة: وتعبّر عنه الصيغة التي تُتلى في مراسم الزواج: «أن يحب ويرعى»، لكنّ هذا التعهد يصطدم بالانتقادات؛ فإذا لم يكن المرء قادراً على التحكّم في محبته للآخرين، فهذا أمر يستلزم عجز المرء عن قطعه تعهداً بالمحبة. إلا أنه يمكن الرد على هذا الانتقاد بأنّ الزواج يتضمّن تعهداً لا بالشعور على نحو معيّن، بل بالتعهد بتصرفات سلوكية على نحو يبرّح استدامة العلاقة².

¹إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

²إليزابيث بريك، المرجع السابق، ص 13.

نقد الرؤية التعاقدية للزواج: وعلى الرغم من أنّ الزواج ليس مجرد تبادل للحقوق، فإنّ تحديد حقوق الزوجين وواجباتهما يحمي مصالحهما عندما تفشل المودّة في ذلك، خاصة إذا أخذنا بالحسبان ما قد يطرأ على الزواج من الإساءة في العشرة واللامساواة الاقتصادية، فهذا التحديد للالتزامات يتمّ بأهمية خاصة في حماية الأفراد خلال الزواج وبعده، ألا أن هناك اشكالات تعترض الرؤية التعاقدية للزواج أنّها¹:

أولاً- الالتزامات الزوجية الاتفاقية تستنزف أخلاقية الزواج: لأن الاتفاقيات الإرادية التعاقدية للزواج تتضارب مع الالتزامات الخاصة الواجبة التي تطبعها المودة والرحمة بين أعضاء الأسرة، كواجبات الابن تجاه أبيه، وأن المنظور القائم على المشاحّة في الحقوق من شأنه أن يدمر المودّة، الأعلى شأنًا من الناحية الأخلاقية بين أفراد الأسرة، وأن يستجلب أسباب التفكك الأسري و يقصي ما كان من ائتلاف غير أناني بين الوالدين والأولاد.

ثانياً- التفسير التعاقدي لا يمكنه أن يشرح مغزى الزواج وغايته: إذ يحتوي على احتمالات مرتفعة جدًّا لحدوث زواج خالٍ من المحبّة، ولقد ردّ المدافعون عن عقلانية الزواج بأنّ: الالتزامات الزوجية تتّصف بالعقلانية لأنّها تساعد الكيانات الفاعلة على تأمين مصالحها على المدى البعيد في وجه الشهوات العابرة.

ثالثاً- الرؤية التعاقدية للزواج تكرسان سلطة الرجل على المرأة: استخدم منتقدو نموذج العقد الاجتماعي للدولة وحرية التعاقد عقد الزواج كمثال ضدّ المبادئ التعاقدية، إذ حاجج الماركسيون بأنّ حرية التعاقد تتوافق مع الاستغلال والاضطهاد، ولقد كان للربط الماركسي بين الأبوية والرأسمالية تأثير خاص على الفكر النسوي، واعتبر أنصار النسوية الماركسية أنّ الزواج مثال خاص على ذلك، فحاججوا ضدّ جعله تعاقدًا على هذا الأساس.

إذ يرون أن الوجه الآخر للعقد الاجتماعي، الذي يحكي قصة إستبعاد المرأة من المعادلة السياسية في الحرية والمساواة، شكّل المبرر الأساسي لسلطة الرجال على النساء، وأن العقد الاجتماعي يعيد تشريع السلطة الأبوية كحق جنسي ذكوري للأزواج على زوجاتهم. وكان هوبز قد أكد ودعم منح حق الأمومة للطفل في الحالة الطبيعية أو التمسك بعدم وجود هيمنة طبيعية للرجال على النساء. إلا أنه رغم ذلك الموقف الجذري، يبرر حق الزوجية، بأنه حق سلطة الرجال على زوجاتهم وتملكهم².

ترى الكاتبة النسوية "بايثمان"، أن مفهوم الأبوية عند هوبز يتخذ شكلا تعاقديا، ينشأ من خلال حق الزوجية، أو بعبارة أدق، من خلال حق الرجال بالتواصل الجنسي مع النساء، في شكله المؤسسي الغالب في

¹ أنظر: المرجع نفسه، ص 14، ص 21، 22.

² ليندا زيبرللي، النقد النسوي لليبرالية، ترجمة: د. سنية نمر ياسين، <http://cutt.us/vFBZe>

المجتمع الحديث (الزواج). كما أن جون لوك رفض صراحة السلطة الأبوية كأساس للحق السياسي، ولم يكن لديه مشكلة بالتمسك بسلطة الأزواج على الزوجات، وبهذا المعنى قد وُضعت السلطة الأبوية جانباً عند إعادة النظر في أساس السلطة السياسية، كما كشفت "بايتمان" أن حالة العقد الاجتماعي كمفهوم حيادي بين الجنسين لفهم الأشكال الحديثة من السلطة السياسية هو مفهوم مخادع، واعتبرت أن العقد الاجتماعي هو وسيلة لتبرير الحكم السياسي أعاد تأكيد العلاقة بين الذكر والأنثى كإحدى علاقات الهيمنة والتبعية، بل لقد ظهرت النساء في بعض الحالات بأنهن يمتلكن أجسادهن وأن لهن حرية التعاقد على بعض أنواع العقود كعقود الدعارة، والأمومة البديلة، والزواج، لكن في الواقع فإنهن يخضعن لأشكال السلطة التي تحافظ على العلاقة الأساسية بين الذكر والأنثى بصفتها علاقة السيد بالتابع، لذا، يبقى العقد حيلة لإخفاء النموذج الأصلي للتبعية، واقتُرحت أن تجري علاقة تعاقدية من خلال وسيلة تضمن وضماً حرّاً للمرء، سواء كان في فعل "الدخول في التعاقد" أو في ممارسة شروط العقد نفسه¹.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد الزواج بين حرية الإرادة العقدية وقيود النظام القانوني

إن الناظر في تاريخ القانون المدني الفرنسي يجد أن الجدل حول التكييف القانوني لعقد الزواج انبثق في وقت كان فيه النقاش قائماً خاصة لدى بعض رجال القانون الفرنسيين حول قبول أو عدم قبول مبدأ الطلاق، فهناك من كان يرى أنه لا يمكن قبول الطلاق لأن الزواج ليس بعقد بل هو مؤسسة، وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن للزوجين سواء بإرادة أحدهما أو بإرادتهما المشتركة فك الرابطة الزواج². وعلى هذا الأساس من الفقهاء من كان يرى الزواج عقد والبعض الآخر رأى أنه مؤسسة خاضعة لنظام قانوني (المطلب الأول)، ذلك أنه عندما تكون الرابطة القانونية عقدًا، فإنه يرجع إلى طرفيه حرية تحديد الالتزامات التي توحدتهما، مع مراعاة احترام النظام العام، وعلى العكس من ذلك، عندما تكون مؤسسة، فإن الأطراف بشكل عام تعتمد أو ترفض مجموعة من القواعد، دون أن تكون قادرة على تعديلها³.

¹ المرجع نفسه.

² ساسي بن حليلة، قانون الأحوال الشخصية، جامعة المنار، تونس، د ط، د ن، د س ن، ص ص 19، 20. موقع المكتبة القانونية العربية، تاريخ التحميل 2021/07/01، الرابط:

<https://www.bibliotdroit.com>

³ « Lorsqu'il y a contrat, les parties déterminent librement les obligations qui les unissent, sous réserve du respect de l'ordre public... Au contraire, lorsqu'il y a institution, les parties adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier ». Guyon, Droit des Affaires, Droit Commercial Général et Sociétés, 2e éd., Economica, no 96.

ثم ظهر هذا الخلاف الفقهي في المؤلفات قوانين الأحوال الشخصية العربية، وبعد ذلك امتد ليشمل النقاش مدى اعتبار الزواج عقدا مدنيا يخضع في أحكامه إلى نظرية العقد ومبدأ سلطان الإرادة التي أقرها القانون المدني، أم هو عقد ديني يجب أن يستمد أحكامه وآثاره من الشريعة الإسلامية ومقاصدها. (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التكييف القانوني للرابطة الزوجية بين العقد والنظام

لا يمكن إنكار أن الزواج مؤسسة اجتماعية خاضعة لنظام قانوني (الفرع الأول)، حيث أن مجرد تبادل الإيجاب والقبول لا يكفي لإنشاء عقد زواج صحيح، بل يجب إن تتوفر فيه شروط موضوعية وأخرى شكلية حتى يتمكن ضابط الحالة المدنية من إعلان الزواج باسم القانون. وفي المقابل، لا يمكن تجاهل الجانب عقدي الذي تلعب في إبرامه حرية الإرادة الدور الأهم (الفرع الثاني)، وما الطلاق بالتراضي إلا مظهر من مظاهر الطبيعة التعاقدية للزواج خاصة أن الطلاق كان في ظل القانون الكنسي من المحرمات. الأمر الذي دفع بعض فقهاء إلى القول بأنه عقد و نظام في آن واحد (الفرع الثالث). وللتكييف التعاقدية للزواج الأثر القانوني الواضح في قانون الأسرة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الزواج نظام قانوني

النظام القانوني هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع أو هو المجموعة المنظمة من القوانين والمعايير والقواعد واللوائح التي تحكم نطاق معين، وصالحة لزمان ما من أجل تعزيز التعايش ووضع مبادئ توجيهية لتنظيم سلوك الناس¹.

¹ النظام القانوني للمجتمع: المفهوم والهيكل، تاريخ التحميل: 2020/05/15، سا 19: 12، الرابط:

[/https://ar.infoaboutlawyers.com/state-and-law](https://ar.infoaboutlawyers.com/state-and-law)

كما أن النظام هو طريقة مقننة للسلوك الاجتماعي أو للعمل المشترك. وهو يتضمن القواعد التي تحكم السلوك والعلاقات والمفاهيم والجزاءات. وقد تنشأ النظم بشكل تلقائي أو مقصود، وقد يكون مصدرها وضعيا بشريا، أو دينيا إلهيا، من خلال تشريع سماوي - كما في حالة النظم الإسلامية. والنظم تتفاعل وتتساند وظيفيا بشكل يحيلها إلى أنساق معيارية تتضمن السلوك المتوقع والهدف ونماذج العلاقات بالإضافة إلى الغايات القيمة والضوابط والجزاءات، ويمكن القول: إن هناك شبه اتفاق بين المشتغلين بعلوم الاجتماع والإنسان، على أن النظم هي الأنساق ذات الأبنية المنظمة والثابتة نسبيا من السلوك والاتجاهات والأهداف ومن خصائص النظم الاجتماعية: أولا: لكل نظام وظيفة أو مجموعة من الوظائف يؤديها داخل المجتمع لأنها أساليب مقننة وجماعية لمواجهة الحاجات الإنسانية الأساسية، وقد ذهب بعض الباحثين إلى حد القول بأن كل النظم مثل نظام الأسرة أو النظام السياسي أو الاقتصادي، هي نوع من السلوك المقصود أو الهادف.

ثانيا: يرتبط النظام بفكرة المعايير أو القواعد الضابطة للسلوك، فهو ليس مجرد نماذج سلوكية، فهو إلى جانب ذلك نماذج مقننة، أي تخضع لقواعد معينة متفق عليها، ويجب على الناس الالتزام بها.

وقد ذكرت في ما سبق أن القانون الفرنسي في بداياته ذهب إلى تغليب فكرة النظام على فكرة العقد في الزواج لأنه هو الذي يتولى بنصوصه الأمرة قيامه، ويحدد آثاره وأسباب انتهائه، ويرجع ذلك لقرب عهده بالقانون الكنسي من جهة، ولأن المؤسسة حالة قانونية يتم تحديد قواعدها مسبقاً بموجب القانون ولا يمكن للإرادة تعديلها، إذ يرى العميد روبيه أنه "يجب فهم المؤسسة ككل عضوي يحتوي على تنظيم متماسك واقعي ودائم للحياة الاجتماعية يتكون من عقدة من القواعد القانونية نحو هدف مشترك"¹. وبحكم الأسس النظرية للرؤية المؤسساتية التي ترى بأن الالتزامات الزوجية تحدّد عبر مغزى الزواج وغايته من تناسل ومحبة ورعاية، وهو الأمر الذي يُخضع الخيار الفردي لشكل نظامي أكثر أخلاقية وانضباطاً.

أولاً- حجج التكييف القانوني للزواج كنظام مؤسسي: لقد برر أصحاب الرؤية المؤسساتية السبب الذي يجعل من الزواج نظاماً قانونياً لا يُنحّل للزوجين الاتفاق تعاقدياً على ترتيب الالتزامات والآثار القانونية بالحجج التالية:

1- ومؤسسة قانونية يُوطرها اتفاق منظم يخرج عن دائرة المعاملات المالية: ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الأسرة الشرعية مؤسسة تجمّد أصلها وأساسها في الزواج، ولذلك يمكننا القول أن الزواج مؤسسة اجتماعية ومؤسسة قانونية²، يُوطرها اتفاق منظم بين رجل وامرأة يهدف إلى إنشاء أسرة، وأن هذا النوع من الاتفاقات لا يسمى عقداً وإن وقع في نطاق القانون الخاص، لأنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية من جهة، وأنه من غير المقبول أن يكون إنشاء الأسرة موضوعاً للتعاقد من جهة أخرى. وفي هذا الصدد يذهب الفقيه ديجيه "Duguit" إلى التفرقة بين العقد والاتفاق المنظم (النظام القانوني)، حيث يرى أن هذا

ثالثاً: إن الالتزام بالناس بهذه القواعد يترتب بفكرة الجزاءات الاجتماعية

رابعاً: إن النظام هو السلوك الاجتماعي الذي يعترف به أبناء المجتمع،

خامساً: الترابط الوظيفي بين النظم الاجتماعية داخل المجتمع، ويقصد بهذا الترابط أن النظم ليست مستقلة بعضها عن بعض، ولكنها تمثل أجزاء مترابطة متساندة متداخلة متكاملة. فنظام الخطبة يسبق ويمهد لنظام الزواج، وهذا الأخير يمهد لنظام الأسرة، ونظام الأسرة يرتبط بالنظام الديني الذي يبين لنا المباحات والمحرمات، كذلك يرتبط نظام الأسرة بالنظام الاقتصادي والسياسي والقانوني. نبيل السمالوطي، بناء المجتمع الإسلامي، دار الشروق، ط3، 1418هـ-1998م، ص 56 وما بعدها.

¹Selon le Doyen ROUBIER «l'institution doit être entendue comme un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale qui est constitué par un noeud de règles juridiques vers un but commun ». Amandine Stehlin. op. cit, p 6.

²"La famille conçue comme institution. -La famille légitime est celle qui a source et fondement dans le mariage. C'est donc à la fois une institution sociale et une institution juridique " .P.RAYNAUD, Droit civil, Les personnes, Sirey, 3ème édition, Paris 1976. pp.62-63.

الأخير ليس من فصيلة العقود، وإن كان يرجع في تكوينه إلى توافق إرادتين أو أكثر، لأنه يتميز باتحاد الغاية والاشتراك في الغرض بين طرفيه، فلا تعارض بين مصالحهما، مثل الشركة فلا تناقض فيها بين مصالح الشركاء كالتناقض الحاصل بين البائع والمشتري في عقد البيع، ومثل ذلك عقد الزواج فلا يوجد تناقض بين مصلحة الزوجين، كما يري أن الاتفاق المنظم يشكل مركزاً قانونياً منظماً ثابتاً هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد، فيسري على الغير كما يسري على الطرفين¹.

وإذا كان الأصل في العقود أن تستقل إرادة الطرفين بتحديد آثار العقود من جهة الحقوق والالتزامات وتعيين أوصافها وطرق انتهائها، فإنه في الزواج يكون القانون هو الذي يتولى بيان آثاره كلها بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولذلك فإنه إذا ثارت منازعة في الزواج فإن القاضي لا يرجع إلى بنود العقد وإنما يرجع لأحكام القانون، وإذا كان الأمر كذلك فإن هذا العقد يختلف عن غيره من العقود التي تتعلق بالأموال لأن الإرادة في العقد المالي لا تقتصر على إنشاءه بل تتعدى إلى تحديد أوصافه وآثاره وطرق انتهائه.

2- تدخل السلطة القضائية لإنهائه: إن سمات العقود التأسيسية، ويصح لأطرافها الاتفاق على فسخها، كما يجوز لواحد منهما في بعض الأحوال أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، أما الزواج فمن جوهره أن يدوم ولا يكفي لإنهائه في النظم القانونية الوضعية مجرد تراضي الزوجين، وبالأولى لا يصح ذلك لطرف واحد وإنما يجب في ذلك أن تتدخل السلطة القضائية وأن تتوافر أسباب معينه². وقد رد أصحاب هذا الاتجاه على الشبهة القائلة: بأن الزواج عقد لأنه لا يمكن أن يتم إلا برضا الطرفين، والرضا جوهر سائر العقود بمقاربة تقتضي أن:

3- الزواج مجموعة من القواعد القانونية المفروضة من قبل المشرع: هذه القواعد تشكل في مجملها نظاماً قانونياً يرمي إلى إنشاء جماعة تتمثل في الأسرة وتهدف إلى غاية مشتركة مستقلة عن المصالح الخاصة للأفراد³، وأن هذا النظام لا يفرض إلا على من يريده، وأن الشأن فيه شأن الإرادة في الانضمام إلى جمعية أو نقابه وهذا الانضمام يترتب عليه الخضوع لأحكامها دون أن يملك تغييرها، وما على الطرفين إلا

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها

² وهو شأن الطلاق في القوانين الغربية والقانون التونسي.

³ موحى أسيد أعمار، خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة- من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2014/2015، ص 88.

الإذعان لهاته القواعد وتطبيقها من غير تدخلٍ للإرادة في تغيير أركانه وشروطه أو تعديل آثاره¹، ومن أجل هذا " الزواج مؤسسة وليس عقد"².

4-التعبير عن الإرادة في الزواج هو من قبيل الانضمام لنظام قانوني وليس إنشاء لعقد من

العقود: وإذا كان الزواج مؤسسة قانونية، فإن إرادة الزوجين لا تنشئ عقدا بقدر ما تحق الانضمام إلى نظام قانوني يضاهاي الانضمام إلى مؤسسة أو جمعية أو شركة من حيث أنه يعني القبول البسيط وغير المشروط بأحكام قانونها الأساسي، والأمر ذاته بالنسبة للزوجين، فهما ينضمان إلى مؤسسة الزواج و يقبلان بنظام قانوني دون إمكانية التعديل أو التغيير في أحكامه، وإنما يقتصر دور الإرادة في إبرام الزواج على حرية الزوجين في الإقدام أو الإحجام، لأن الشرع والقانون هما اللذان يحددان أركان الزواج وشروطه والآثار والحقوق والواجبات المترتبة عليه، أما إذا أحجم الإنسان عن الزواج فإنه يتجنب سريان هذا النظام عليه لأنه لا يسري إلا على الأزواج³.

وبناء على ما سبق من حجج يمكننا القول أن الاتجاه المؤسسي يرى أن التصور العقدي للزواج بحاجة إلى إعادة النظر، لأن آثار العقود من حيث المبدأ تحددها الإرادة الحرة للطرفين في حين أن الزواج نظام إلهي، تولى القرآن والسنة تنظيم أحكامه، ووضع أركانه وشروطه، بدءاً من التفكير فيه حتى نشأته وقيامته إلى انقضائه بالموت أو الطلاق. فالبناء الشرعي لهذه الرابطة وما يترتب عليها من آثار وحقوق وواجبات، وما ينتج عنها من مقاصد وضعها الشارع الحكيم لأنه سبحانه هو الذي جعل الزواج سبباً لحل المعاشرة الزوجية بألفاظ شرعية مخصوصة.

فالانضمام إلى نظام قانوني معين يختلف اختلافاً جوهرياً عن إبرام العقد بالرغم من أن إرادة الأطراف تلعب دوراً مهماً في الحالتين، فالشخص الذي ينضم إلى مؤسسة لا بد من طبيعة الحال أن يتم انضمامه بناء على إرادته، إلا أن عليه القبول دون مناقشة القواعد التي تنظم تلك المؤسسة التي انضم إليها⁴.

ولهذا فنظام الزواج يختلف عن العقد من حيث أن إرادة الزوجين تقتصر على قبول الانضمام إلى نظام الزواج بالصورة التي ينظمها المشرع، دون أن يستطيع إدخال أي تعديل على آثاره ودون مناقشة ما

¹تشوار جيلالي، خواطر حول بعض جوانب في العلاقات الزوجية، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ع2، ص213.

²المرجع نفسه، ص214.

³عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص ص 87، 88.

⁴موحي أسيد أعمار، المرجع السابق، ص89

يتضمنه من قيود على حريتهم من أجل تحقيق مصلحة النظام، أما في العقد فإن الإرادة يجب أن يكون لها دور أكثر وخاصة في تحديد آثار العقد وهو الأمر الذي يكاد ينعدم بالنسبة للزواج.¹ وبهذا فرض الله سبحانه وتعالى للزوجة حقوقاً على زوجها تصان لها في بيت الزوجية من أي اعتداء مقابل حقوق للزوج أيضاً وفق تعاليم دينية تصون هذه الحقوق لكلا الطرفين. وفي هذا الإطار نجد الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور - رحمه الله تعالى - في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية، قد اعتبر الزواج نظاماً، عندما قال: " فمن نظام الزواج، ونظام النسب، ونظام المصاهرة، تكون أسرة العائلة ... فمن نظام النكاح تكون الأمومة والأبوة والبنوة"².

ثانياً - نقد التكييف القانوني للزواج كنظام قانوني: وعلى الرغم من اعتبار الاتجاه الفقهي الذي ينفي صفة العقد عن الزواج و يكيّفه على أساس أنه نظام قانوني، اتجاه يتلاءم إلى حد بعيد مع موقف الفقه الإسلامي من عقد الزواج، حيث تخضع آثار العقد في الفقه الإسلامي لمبدأ جعلية الآثار، بمعنى أن الآثار تترتب على العقد من جعل الشارع وحده، بحيث يخصص الشارع لكل عقد آثاراً خاصة، ويجعل من العقد سبباً موصلاً إلى هذه الآثار³، إلا أنه قد واجه انتقادات وملاحظات تقوض مبرراته، التاريخية والقانونية والفقهية⁴.

فبالرجوع إلى التاريخ نجد أن أصل هذا الجدل انبثق في وقت كان فيه النقاش قائماً خاصة لدى بعض رجال القانون الفرنسيين حول قبول أو عدم قبول مبدأ الطلاق؛ فهناك من كان يرى أنه لا يمكن قبول الطلاق لأن الزواج ليس بعقد بل هو مؤسسة، وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن للزوجين سواء بإرادة أحدهما أو بإرادتهما المشتركة وضع حد للزواج، لكن هذه الحجة لم تبتد قاطعة لدى البعض الآخر مثل الفقيه "كربونيه" CARBONNIER الذي كان يرى على فرض أن الزواج مؤسسة فإنه لا يمكن الإبقاء عليها إلى الأبد، فإذا ثبت أن تلك المؤسسة فاشلة فإنه يكون من الأحسن وضع حد لها وذلك بقبول مبدأ الطلاق⁵. وبناء على هذه المقدمة التاريخية يمكننا القول أن:

¹ محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1996م، ص62. موحى أسيد أعمر، المرجع السابق، ص89.

² محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج3، ص421.

³ خالد عبد الله عيد، مبادئ التشريع الإسلامي، المطبعة العربية للطباعة والنشر - الرباط، ط1، 1986، ص445.

⁴ عمار عبد الواحد عمار الداودي، لعلاقات بين الزوجين: جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، 2007، ص112.

⁵ ساسي بن حليمه، قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، د ط، د ن، ص 19، 20؛ موقع المكتبة القانونية العربية، الرابط: <https://www.bibliodroit.com/>، تاريخ التحميل: 2021/07/01.

1- الزواج مؤسسة في الدين المسيحي لأنه رباط أبدي تنشأه الإرادة الإلهية، فهو غير قابل للإنفصام بإرادة الزوجين، ولا يمكن فصله إلا بالموت أي وفاة أحد الزوجين، طبقاً لما هو سائد عند المسيحيين: " إذ ليس بعدُ اثنين بل جسد واحد. فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان"¹. وعليه يرى البعض أن التيار الفقهي الذي اعتبر الزواج نظام قانوني أو مؤسسة هو تيار مسيحي النشأة، وقد تأسس كرد فعل على المطالبين بإقرار الطلاق².

2- إن المرأة في القانون الكنسي كانت تفقد شخصيتها القانونية (وخاصة الأهلية و الذمة المالية) بمجرد زواجها، و بالتالي تدخل تحت وصاية زوجها، لأن الرجل و المرأة بزواجهما يؤسسان مؤسسة هي الأسرة، والتي لها ذمة مالية خاصة عن الذمة المالية لكل من الزوجين³، أي أن الأمر يصبح عبارة عن مؤسسة قانونية لها ذمه مالية ولها ممثل أو نائب قانوني يعبر عن إرادتها هو الزوج.

3- يتوقف انعقاد الزواج في المسيحية على شرط شكلي يعطى لمؤسسة الزواج قُدسيتها، وهو أن تعقده الكنيسة وإلا فهو زني، في حين لا تشترط الشريعة الإسلامية أن يتم انعقاد العقد على يد شيخ أو في المسجد، بل يكفي أن تجتمع فيه الشروط الشخصية والموضوعية للزوجين حتى يقوم صحيحاً وملزماً، ويجب فيه التزام كافة قوانين الشريعة الإسلامية حتى لو تم العقد في الصين أو الغرب أو أي بلد من العالم⁴.

كما أن جعل الزواج نظاماً قانونياً وإن كان يؤيده موقف الفقه الإسلامي من آثار العقود المرتكز على مبدأ جعلية الآثار، فإن الزواج في الشريعة الإسلامية يجوز حله بالطلاق، والمرأة لا تفقد شخصيتها القانونية بمجرد زواجها بل تبقى محافظة على أهليتها ولديها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج. كما أن هذا البناء النظري لا يؤيده موقف كثير من الفقهاء من تحديد آثار عقد الزواج لاسيما الحنابلة في إطلاقهم لحرية الإرادة في الاشتراط، مما يجعل للإرادة دخلاً في ترتيب آثار اتفاقية لا تتعارض مع مقتضى العقد ومقاصده. وعليه فإن الفقه القانوني الذي يكرس الطابع المؤسساتي للزواج هو في الحقيقة فقه يوافق نظام القانون الكنسي، ويعكس إلى حد بعيد النظرة المسيحية لمفهوم الزواج، بخلاف الفقه الإسلامي الذي يذهب إلى تكريس الطبيعة التعاقدية للزواج، الأمر الذي سأعالجه في الفرع الثاني.

¹ إنجيل متى، 19: 6.

² بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في غرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص 90.

³ P.RAYNAUD, OP.cit.p.72.

⁴ أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 13

الفرع الثاني: الزواج عقد قانوني

قبل الخوض في عناصر الطبيعة العقدية للزواج يجدر بنا تعريف العقد لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف العقد:

1- لغة: يطلق العقد في اللغة على معان ثلاثة:

- **الربط:** إذ يطلق في لغة العرب على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، والعقد: نقيض الحل، فهو بمعنى الربط والشد، فيقال: عقدت الحبل فانعقد؛ أي ربطت بين طرفيه وشددتهما¹.

- **العهد والالتزام:** يطلق العقد على ما يفيد عهداً والتزاماً، سواء كان من جانب واحد أو من جانبين، يقال: عقد البيع والعهد فانعقد، وعاقده عقداً: مثل عاهدته عهداً².

- **التوثيق والإحكام:** يطلق العقد على ما يراد به التوثيق والإحكام، سواء كان لتوثيق الكلام الصادر من جهة واحدة؛ فيقال: عقدت اليمين و عقدتها بالتشديد؛ أي أكدتها توكيداً، ومنه وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ﴾³، وقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ [سورة المائدة من الآية 89]، فالعقد هنا بمعنى التوثيق والتوكيد⁴، ويقال: عقدت البيع أي: أبرمته ووثقته، وعقد النكاح و عقدته، إحكامه وإبرامه⁵، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا

¹ الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج1، دار الفكر، بيروت، 1978م، ص327 وما بعدها. العقد على معنيين: أحدهما حسي؛ كعقد الحبل، والآخر معنوي أو حكمي؛ كعقد النكاح، وعقد البيع؛ إذ هو ربط بين كلامين، أو ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به؛ انظر: الشوكاني، فتح القدير، ج2، ص7؛ القرطبي محمد بن احمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق محمد ابراهيم الحفناوي، ج6، دار الحديث، القاهرة، ط2، 1996م، ص266.

² ابن ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، ج3، دار صادر، بيروت، ط1، 1300 هـ، ص296.

³ سورة النساء من الآية 33، أي: والذين تحالفتم بالأيمان المؤكدة - أنتم وهم - فآتوهم نصيبهم من الميراث، كما وعدتموهم في الأيمان المغلظة، إن الله شاهد بينكم في تلك العهود والمعاهدات، وقد كان هذا في ابتداء الإسلام، ثم نسخ بعد ذلك، وأمروا أن يوفوا لمن عاقدوا، ولا ينشئوا بعد نزول هذه الآية معاهدة؛ موقع القرآن الكريم بجامعة الملك سعود؛ تفسير ابن كثير، ص83،

الرابط: <http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura4-aya33.html>

⁴ الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج1، ص250؛ الفيروز أبادي، المرجع السابق، ج1، ص327 وما بعدها. "عقدتكم": بتشديد القاف، بمعنى: وكدم الأيمان ورددموها؛ وقرأ الكوفيين: بما عقدتم الأيمان "بتخفيف القاف، بمعنى: أوجبتموها على أنفسكم، وعزمت عليها قلوبكم. وأولى القراءتين بالصواب في ذلك قراءة من قرأ بتخفيف القاف، وذلك أن العرب لا تكاد تستعمل فعلت في الكلام، إلا فيما يكون فيه تردد مرة بعد مرة؛ موقع القرآن الكريم بجامعة الملك سعود؛ تفسير الطبري،

ص122. الرابط: <http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura5-aya89.html>

⁵ الفيومي، المرجع السابق، ص250؛ ابن ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص298.

عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴿ [سورة البقرة من الآية: 235] ، يعني: ولا تعقدوا العقد بالنكاح حتى تنقضي العدة¹.

2- العقد في الاصطلاح: إن المتبع لكتب الفقه لا يجد تعريفا للعقد كمصطلح مستقل بذاته، إنما يذكر الفقهاء ذلك عند كلامهم عن أي عقد من العقود؛ كعقد البيع، والنكاح، والإجارة، وسائر عقود المعاوضات؛ وعليه يمكن استنتاج تعريفاتهم للعقد من خلال نظرهم العامة للعقود، على النحو التالي:

أ- العقد بالمعنى العام: إن العقد بمعناه العام يقصد به كل التزام ينشأ عن ارتباط إرادتين؛ كالبيع، والشراء، والنكاح، أو ما ينشأ بإرادة منفردة؛ كالهبة، والوصية، والطلاق، والنذر، فيصدق عليه مسمى العقد، وإلى ذلك أشار الجصاص بقوله: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقده وعلى غيره فعله، على وجه إزماءه إياه"².

وهذا الإطلاق العام للعقد؛ ذكره كثير من العلماء في تفاسيرهم لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة من الآية: 1]؛ حيث ذهبوا إلى أن مراد الآية عام في جميع ما ألزم الله عباده، وما عقده المرء على نفسه من التكليف، والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات، والمعاملات، ونحوهما، مما يجب الوفاء به من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، ومنهم من يرى أنها عامة في كل ما يعقده المرء على نفسه لله من الطاعات، كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام، وأما نذر المباح فلا يلزم بإجماع من الأمة، وما يعقده مع غيره من بيع ونحوه، وقد سماها عقود؛ لأنه تعالى ربط بها عباده، كما يربط الشيء بالشيء بالحبل الموثق³.

قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ " ... قال ابن عباس ومجاهد وغير واحد: يعني بالعقود: العهود ... و يعني بالعهود: ما أحل الله وما حرم، وما فرض وما حد في القرآن كله، فلا تغدروا ولا تنكثوا، ... وقال الضحاك: ﴿أوفوا بالعقود﴾ قال: ما أحل الله وما حرم وما أخذ الله من الميثاق على من أقر بالإيمان بالنبي صلى الله عليه وسلم والكتاب أن يوفوا بما أخذ الله عليهم

¹ موقع القرآن الكريم بجامعة الملك سعود؛ تفسير ابن كثير، ص 38، الرابط:

<http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura2-aya235.html>

² الجصاص احمد بن علي، أحكام القرآن، مراجعة صدقي جميل، ج2، دار الفكر، بيروت، ط 1، 2001، ص 294.

³ موقع القرآن الكريم بجامعة الملك سعود، تفسير القرطبي، ص 106، الرابط:

<https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/qortobi/sura5-aya1.html>

من الفرائض من الحلال والحرام، وقال زيد بن أسلم: ﴿أوفوا بالعقود﴾ قال: هي ستة: عهد الله، وعقد الحلف، وعقد الشركة، وعقد البيع، وعقد النكاح، وعقد اليمين...¹

ب- العقد بالمعنى الخاص: العقد بمعناه الخاص يطلق على كل ارتباط بين كلامين أو إرادتين من طرفين، بحيث ينشأ عنه آثاره، وتترتب عليه حقوق متبادلة وفي هذا يقول الباقر: "هو تعلق كلام أحد العقادين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل"².

وعبر عنه ابن عابدين في حاشيته بقوله: "العقد هو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما"³، ووقال أيضا: "هو ربط أجزاء التصرف؛ أي الإيجاب والقبول شرعا"⁴. ويذكر هنا أن كثيرا من العلماء قد اعتمدوا التعريف الأخير في كتبهم⁵، وتبنت الموسوعة الفقهية هذه النظرة للعقد، فجاء فيها أن العقد: "يطلق على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل"⁶، وعرفه الزحيلي بأنه "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"⁷، وهذا هو التعريف الشائع بين الفقهاء.

ومن التعريف الخاص للعقد يتبين أنه يتوقف على الرضا، لقولهم: الإيجاب والقبول، وأنه لا بد من اجتماع شرعي لإرادتين ليتكون العقد، أما الإرادة المنفردة فلا وجود معها للعقد، وإن كان عامة الفقهاء مع هذا يطلقون كلمة العقد على ما يتم بالإرادة المنفردة. ورغم تنوع عبارة الفقهاء في تعريف العقد؛ إلا أنها تعود في جملتها إلى معنى واحد، وهو ارتباط الإيجاب والقبول على وجه مشروع تترتب عليه آثاره الشرعية، وهذا التعريف هو المقصود في هذا البحث.

¹ موقع القرآن الكريم بجامعة الملك سعود، تفسير ابن كثير، ص106، الرابط:

<https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura5-aya1.html>

² الباقر محمد بن محمد، العناية شرح الهداية بمأمش شرح فتح القدير، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1340، ص456.

³ ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج4، دار الفكر، ط2، 1966م، ص524.

⁴ المرجع نفسه، ج3، ص9.

⁵ ابن قدامة، محمد بن قدامة، الكافي، خرج أحاديثه سليم يوسف، تحقيق سعيد اللحام، راجعه صدقي جميل، ج1، دار الفكر، بيروت، ط1، 1988، ص402؛ ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1340هـ كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1340هـ، ص456؛ الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، إشراف أحمد مطلوب، 1986م، ص77.

⁶ وزارة الأوقاف بالكويت، الموسوعة الفقهية، ج30، ص198.

⁷ الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج4، ص81؛ الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج1، دار الفكر دمشق، ط9، 1968م، ص291.

3- تعريف العقد عند القانونيين: تتجه نظرة رجال القانون في تعريفهم للعقد إلى ما يتم بتوافق إرادتين ينشأ عنها أثر قانوني، فقد جاء في الوسيط قوله: "العقد هو توافق إرادتين على إنشاء حق أو نقله أو إنهائه"¹، أو هو "اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له"².

والخلاصة: إن المقصود من التعريفين الفقهي بمعناه الخاص، والتعريف القانوني للعقد متقارب، وذلك أن العقد توافق إرادتين على وجه ينشأ أثره في المحل، إلا أن التعريف الفقهي أحكم منطقاً وأدق تصوراً، لأن العقد في حقيقته الشرعية ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فالقانونيون بتعريفهم العقد يدخلون فيه العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه، ولا يترتب عليه أثره³.

كما أن تعريف القانونيين يقتضي أن مجرد توافق إرادتين دون التعبير عنهما بكلام أو إشارة أو فعل ليس بعقد؛ فكان التعريف الفقهي بمعناه الخاص أدق تصوراً؛ لأنه كشف عن الحقيقة العقدية؛ وذلك ببيان الأداة الأساسية المكونة للعقد في نظر الشرع، وهي الإيجاب والقبول؛ لأن الإرادة أمر خفي غير معروف ولأن مجرد اتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف به وجوده، وإنما يعرف بالإيجاب والقبول والتعريف يجب أن

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 137؛ هذا ولقد عمد المشرع الفرنسي مؤخراً إلى تعديل القانون المدني بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 والذي دخل حيز التنفيذ في 1 أكتوبر 2016، هذا القانون الذي يعتبر على رأس القوانين في المجال الخاص كما أن أهميته تبرز من خلال كونه أوسع من القوانين العربية لأنه يتناول مواد الأحوال الشخصية و الميراث فضلاً عن العقود والالتزامات و الإثبات و غيرها من المواضيع. ومن خلال المرسوم الجديد تبنى المشرع الفرنسي تعريفاً متطوراً للعقد بناءً على ما نادى به الفقه المعاصر، وهو ما يتضح من خلال المقارنة بين نصي المادة 1101 القديم و الجديد:- النص القديم:

“Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.”

- النص الجديد:

’Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.’”

و بالتالي أضحي العقد هو توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء، تعديل، نقل أو انهاء الالتزامات.

² أحمد زغلول، شرح القانون المدني، دار الثقافة، دار المعارف، مصر، 1980، ص 127.

³ انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر دمشق، ط9، 1968م، ص 292/1.

يكون جامعا مانعا، وعليه فالتعريف القانوني غير مانع، وإن كان أوضح تصويرا وتعبيرا، وأسهل في طريق التعلم¹.

5- التعريف المختار: بناء على ما سبق يمكن اختيار التعريف الشائع عند الفقهاء للعقد بقولهم: "هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"²

ثانيا- حجج التكييف القانوني للزواج كعقد: وقد ذهب البعض من الفقه إلى تكييف الزواج على أساس انه عقد قانوني وليس نظام أو مؤسسة، ويشير الأستاذ وهبة الزحيلي إلى أن كل المصنفات الفقهية الإسلامية تعتبر الزواج عقدا في تكوينه وقيامه وانقضائه³، ولعل اعظم ما يزيكي الطابع العقدي لعقد الزواج قوله عز وجل: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح متى يبلغ الكتاب اجله﴾ [سورة البقرة الآية 233] وقوله عز وجل أيضا: ﴿وإن طلقتموهن من قول أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [سورة البقرة الآية 235].

كما أنه عقد طبقا لما جاء به قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري في تنظيمه للعقد من حيث التكوين أو من حيث الآثار⁴، ولقد استند الفقه في ذلك على الدور الهام و الفعال الذي تلعبه الإرادة في إنشاء أو تعديل أو إنهاء عقد الزواج⁵.

إلا أن عقد الزواج يختلف عن العقود الأخرى في الفقه الإسلامي من حيث استلزام الألفاظ الصريحة في إنشائه، وتعين إرادة الإنشاء في الحال⁶، إضافة إلى كونه عقد لا بد أن يبرم على وجه الدوام، حيث حرم

¹ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص294؛ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989، ص82.

² مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص291؛ الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج4، ص81.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص20 و ما بعدها.

⁴ المواد من 54 إلى 123 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين أخرها القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005. ، ولذلك تم استبعاد الجدل القائم حول ما إذا كان الزواج عقدا أم اتفاقا لأن التشريعات الحديثة يعتبرانها مترادفان، كما أنه في الفقه الإسلامي العقد ما هو إلا اتفاق إرادتين على إنشاء عقد معين، فتيحة الشافعي، المرجع السابق، ص134.

⁵ محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص32 وما بعدها. كما ذهب جانب من الفقه الكنسي إلى اعتبار الزواج بأنه عقد وليس مؤسسة من منطلق الطلاق، ذلك أن عقد الزواج تنشأه الإرادة و تنهيه الإرادة فهو يؤسس على ركن الرضا كغيره من العقود، انظر:

Y.GAUDEMENT, Le mariage, un contrat ,Rev.Se. des sciences sociales et politique 1995.p.161.

نقلا عن، نشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المرجع السابق، ص210.

⁶ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت، د ط، د ت ن، ص81.

الإسلام الزيجات المؤقتة كزواج المتعة وزواج التحليل، لأنه يشكل مساساً لحكمة التشريع في الزواج وينافي مقاصده¹. وبشكلية الإشهاد تمييزاً للنكاح عن السفاح، فاشتراط الشارع الحكيم الشهود إعلاناً وإشهاراً لصحته ليبعد الجماع والمعاشرة بين الرجل والمرأة عن الريبة².

ثالثاً- نقد تكييف الزواج كعقد قانوني: إن عجز نظرية العقد عن الإحاطة بخصوصية آثار عقد الزواج في القوانين الوضعية، دفع الفقه إلى بحث إمكانية جعله نظاماً قانونياً، خاصة بعد تعرض اعتبار الزواج عقداً قانونياً للانتقادات مبناها على عدة مآخذ نذكر منها:

ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري من كون الزواج ليس بعقد، وإنما هو مجرد اتفاق بين الزوجين مثله مثل التبني، إذ لا يمكن القول أن محل العقد هو الأدمي (الطفل مثلاً في حالة التبني)، حيث قال: "...يجدر أن لا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية"³، فالمعيار الذي اعتمده الأستاذ السنهوري في تصنيفه للعقود هو تحديد منطقة العقد إذ يرى أنه ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، فإن كانت للعقد صبغة مالية صحت تسميته بذلك وإلا فلا.

والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين المتبني والولد المتبني، هذه الاتفاقات لا تدعى عقوداً وإن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية. أما إذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والإيجار والقرض والعارية، هذا بالإضافة إلى أن إسقاط مفهوم العقد بالمعنى القانوني على الرابطة الزوجية فيه حط من سمو هذه الرابطة، لأن العقد بالمعنى الحقوقي هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ذي قيمة مالية، أما الزواج فهو أسمى أن يعلق موضوعه على تبادل منافع مالية، وإلا فإن المرأة حينئذ إنما تدخل في الرابطة من أجل المقابل المادي المدفوع لها نظير المتعة والشهوة⁴.

ويجدر بنا في هذا المقام الإشارة إلى أن بعض الفقه الغربي اتجه نحو تكييف عقد الزواج الإسلامي على أنه عقد بيع، لا بد أن يكون فيه محل وعوض، المحل هو المرأة وبضعها، والعوض هو الصداق والنفقة،

¹ عطية محمد سالم " نكاح المتعة عبر التاريخ وفيه إلزام الشيعة بتحريمها في الشريعة " مطبعة المدني مصر، ط 1396هـ، ص 14.

² مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج 1، ص 298.

³ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 129.

⁴ الحسن رحو، نظام الزواج بين التاريخ والقانون الإسلامي - محاولة للتأصيل - " أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، 2002/2001، ص 151.

وفي هذا يقول مارسيل موران بأن الزواج في الجزائر ما هو إلا عقد بيع يمتلك بمقتضاه الزوج زوجته ملكية تامة، وأن الصداق هو ثمن البيع¹.

والحقيقة أن هذا الفقه ينم عن خلفية حاقدة، وتوصيف يتنافى مع الشريعة الإسلامية التي من أهم مقاصدها في الزواج: السكن النفسي والأسري وتحقق المودة والرحمة، فلا القرآن ولا السنة الشريفة و صفت الزواج بأنه عقد بيع، بل كل ما في الأمر أن المقارنة التي جاء بها الفقه الإسلامي بين الزواج والبيع مردها إلى رضائية عقد الزواج خاصة أن عقد البيع يعد العقد النموذجي لدى الفقه الإسلامي².

وفي هذا السياق نجد العلامة الطاهر بن عاشور يرى أن الزواج وضع في منزلة أسمى من منازل العقود، فقد اشتهر عند الفقهاء أن "النكاح مبني على المكارمة، والبيع مبني على المكايسة"³ فليس المهر في الإسلام عوضاً عن البضع كما يجري على ألسنة الفقهاء على معنى التقريب، إذ لو كان عوضاً لروعي فيه مقدار المنفعة المعوض عنها، ولوجب تجدد مقدار المال كلما تحقق أن المقدار المبذول قد استغرقت المنافع الحاصلة للرجل في مدة من مدد بقاء الزوجة في عصمته، مثل عوض الإجارة، ولو كان ثمن المرأة لوجب عليها إرجاعه للزوج عند الطلاق، فهو عطية محضة، كيف وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [سورة النساء، الآية:20]، كما أن انتفاع المرأة بالصداق وموآهبها التي تسوق إليها المال شيء غير ملغى في نظر الشريعة، لأنه لو ألغى لكان إغاؤه إضراراً بالمرأة⁴، فليس المهر عوض البضع كعوض الثمن عن الإيجار والبيع، وليست المرأة محلاً للعقد ولكنها طرف أصيل في عقد الزواج، لا يتم إلا برضاها وموافقتها من غير إجبار ولا إكراه في جميع الشرائع والأديان والقوانين، فالزواج ارتباط رجل بامرأة على وجه مشروع يفيد حل المعاشرة الزوجية.

¹ D.TCHOUR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O.P.U,2004.p12

²تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المرجع السابق، ص.212
³فلذلك جاز في النكاح ما لم يجز في البيع، وعلى هذا يقال: كل ما صح أن يكون ثمنًا أو مضمونًا في البيع صح أن يكون صداقًا. وقد يجوز الصداق بما لا يجوز في البيع، وهو جوازه على الوصف كشورة البيت [الشورة: المتاع وما يحتاج إليه البيت] أو عدد من الإبل أو الغنم أو صداق المثل، ويكون الوسط من جميع ذلك، وإليه أشار بقوله: (من شؤرة مثلها) فإن كانت حضرية فلها الوسط من شورة مثلها في الحاضرة، وإن كانت بدوية فالوسط من أهل البادية... ومعناه وسط ما يتناكح به الناس". خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج4، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 2008م، ص157.

⁴محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج3، ص ص 429، 430

وبعد هذا الاختلاف الفقهي حول التكييف القانوني لعقد الزواج بين مؤيد لنظرية النظام أو المؤسسة ومساند لنظرية العقد، ذهب بعض الفقه في اتجاه حديث توفيقى إلى اعتبار عقد الزواج بأنه ذو طبيعة مزدوجة تجمع بين طابع التعاقدى من جهة و الطابع التنظيمى من جهة أخرى.

الفرع الثالث: الزواج عقد ونظام قانوني

بعد النقد الموجهة لكلا الاتجاهين، سواء الفقه المؤيد لنظرية العقد، أو المؤيد لنظرية النظام، تبين قصور كل اتجاه في تكييف الزواج فيما ذهب إليه، وبقطع النظر عن النقاش الذي عرفه الفقه الفرنسى قديما حول قبول أو عدم قبول مبدأ الطلاق، فإنه من الممكن القول بأن معظم المؤلفين قد اعتمد مفهوماً مختلطاً للزواج، فيرون فيه تصرف ذو طبيعة معقدة، سواء كان عقداً أو مؤسسة، فالزواج هو عقد بالنسبة لكيفية إبرامه إذ لا بد أن تتوفر فيه شروط العقد وخاصة الرضا، فعلى اعتبار أن إرادة كل من الزوجين تساهم في إنشاء و إنهائه يكيف على أساس انه عقد، لكن الزواج يصبح مؤسسة إذا نظرنا إلى آثاره التي يحددها القانون وبالنسبة لكيفية انحلاله إذ أنه لا ينحل إلا لدى المحكمة¹، كما أنه لا يمكن لإرادة الزوجين أن تعدل أو تغيير في المراكز القانونية الناشئة عنه على اعتبار أنهما ينتميان لأسرة يحكمها النظام العام بقواعد آمرة².

وعليه فإننا إذا استحضرننا الطابع الشرعي لعقد الزواج فإننا نجد أغلب القوانين العربية تكاد تكون متفقة مع الشريعة على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع وعمله لا من عمل العاقد، والفارق بينها يكمن في مدى تفويض الشارع إلى العاقدين من السلطان على تعديل الأحكام والآثار التي قررتها الشريعة مبدئياً في كل عقد³، كما أن جزاء الإخلال يرتبه الشارع في حالة ما إذا لم يوف أحد الطرفين بالتزاماته الزوجية كتنظيم الفسخ والطلاق والخلع، والتعويض عن الإكراه والتدليس عند إبرام عقد الزواج. كما يظهر اثر الطابع الشرعي التعاقدى للزواج من خلال تكريس المشرع الأسري لحرية الاشتراط وتقييدها بنظرية مقتضى العقد ومقاصد الشريعة الإسلامية، باعتبار أن حرية الاشتراط هي التعبير الصريح

¹ ساسي بن حليمة، قانون الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص 20

² « En réalité, le mariage participe à la fois du contrat et de l'institution. Le mariage se rapproche naturellement du contrat en ce qu'il nécessite l'accord de volonté d'un homme et d'une femme Mais , une fois conclu, le mariage produit des effets qui échappent largement à la volonté des époux : le mariage apparait alors comme une institution qui les dépasse et sur laquelle ils n'ont plus de prise »

نقلاً عن: تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المرجع السابق، ص 214.

³ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 475.

عن مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في الفقه القانوني إلا أنها تبقى مقيدة بالحدود الشرعية للعلاقة الزوجية.

وقد سارت جل التشريعات العربية في اعتبار الزواج عقدا واتفقا شرعيا بين طرفيه، وهكذا يعرف المُشرِّع الجزائري الزواج في المادة الرابعة من ق.أ.ج بأنه "عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹ وتجدد الإشارة إلى أن الانتقادات التي وجهت لتعاقدية الزواج دفعت بالبعض إلى القول بأن الإسلام عظم الرابطة الزوجية وأعلى شأنها من خلال الرفع بها إلى مستوى أعلى واعتبرها وسيلة لتحقيق أهداف تشمل ميادين عبادية وخلقية وروحية واجتماعية²، فجعلت الشريعة الزواج ميثاقا غليظا لقوله تعالى: ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾ [سورة النساء الآية 21]، وهذا الاعتبار هو الذي أخذ به المُشرِّع المغربي في مدونة الأسرة من خلال المادة الرابعة التي تنص على أن: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة" وهو الأمر الذي يبرز أهمية عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.³

رغم أن اصطلاح ميثاق في اللغة القانونية لا يتلاءم ولا يقوم أي مرتكز قانوني، وأن اعتبار الزواج ميثاق من الناحية التطبيقية لا يولد أي مركز قانوني إضافي عن كونه عقد، إلا أنه يُبرز الأهمية الشرعية لهذه الرابطة ولذلك سماها الله سبحانه وتعالى ميثاقا غليظا⁴.

¹ كما تعرفه م الثانية من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأن الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا التكوين أسرة مستقرة، وهو نفس الموقف الذي تبناه المُشرِّع الموريتاني في المادة الأولى من مدونة الأحوال الشخصية التي جاء فيها أن الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة. وما تبناه أيضا قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان إذ نص في المادة الرابعة على أن الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة.

² طارق كافي، الزواج الإسلامي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر، جدة، ط2، 1986م، ص 17.

³ وكذا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصل الأول منها والذي جاء فيه: "الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواء الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام".

⁴ وهو الموقف الذي تبناه القضاء المغربي في إحدى قراراته، حيث جاء في حيثيات قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن: "... اعتباراً لخصوصية رابطة الزوجية التي اعتبرتها المدونة ميثاقا وليس مجرد عقد أساسه المودة والعشرة الحسنة" قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 1353 في الملف رقم 1409 2000 بتاريخ 27 ماي 2002 منشور بمجلة الندوة ع 17 ص 140. مقتبس عن: موحى أسيد عمر، المرجع السابق، ص 105.

ومن ثم فإن الزواج يبقى رابطةً عقديةً تتميز عن باقي الروابط بحكم أنها تخضع من حيث التكوين لشروط خاصة مستقاة من الشريعة الإسلامية وأوجبها قانون الأسرة، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى مراعاة خصوصية أحكام هذا العقد وآثاره عند محاولة إسقاط القواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني عليها. وقد ظهر من جميع ما تقدّم أنّ الصورة التعاقدية في تكوين عقد النكاح على الوجه الأكمل في الشريعة الإسلامية، صورة عارضة غير مقصودة بذاتها؛ لأن المقصود هو حلّ المعاشرة بين الزوجين والسكن النفسي وبقاء النسل، وتحقيق مرضاة الله تعالى بالسعي لتحقيق نصف الدين، وفيه طلب محبة رسول الله صلى الله عليه وسلم في تكثير الأمة وما به مباحاته للأمم¹، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية. وما اصطباغ الزواج بصفة العقد في صورته الشرعية إلا من أجل الإيجاب والقبول تحقيقاً لركن الرضا²، ودفع المهر، وما خصائص التعاقد فيه إلا دليلٌ على حرص الشريعة في تحقيق معاني حرية الإرادة ورضا المرأة ووليها بذلك الاجتماع، وتحقيق حسن نية الرجل وقصده دوام المعاشرة وإخلاص المحبة لزوجته³، ولا أدل على سمو منزلة الزواج وتفضيله على بقية العقود من تقرير الفقهاء أن "النكاح مبني على المكارمة، والبيع مبني على المكايسة".

وبهذا، فالزواج هو عقد ونظام شرعي، عقد في نشأته ونظام في أحكامه وآثاره، كما يمكن وصفه بأنه عقد من نوع خاص، تسري عليه أحكام خاصة. ولكن في ضوء التحولات الأخيرة التي تعرفها تشريعات الزواج والأسرة، يبدو أن بعض المؤلفين يميلون مرة أخرى نحو التحليل التعاقدية المدني للزواج، والأمر المؤكد أن النقاش الفقهي حول طبيعته لم ينته بعد.

الفرع الرابع: مظاهر التكييف التعاقدية للرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري

عرّف المُشرّع الجزائري الزواج في المادة 04 ق.أ.ج المعدلة بالأمر 05-02 تعريفاً شاملاً من حيث ماهيته وغايته جاء فيها أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، فلم يجعل الزواج مجرد عقد يحصل منه كل طرف على متعة آنية، بل سما به إلى مرتبة الترابط المعنوي الذي غايته بناء أسرة يراعها الشرع على أساس من المودة والرحمة، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب والتعاون على تحمل أعبائها لا الظلم والاستبداد مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا

¹ ابن قدامة المقدسي، مختصر منہاج القاصدين، مكتبة دار البيان، دمشق، 1978م، ص 76.

² لأن العقد بالمعنى الخاص: هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أما المعنى العام: فهو ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة أم بإرادتين وهو بهذا المعنى يتناول الالتزام. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 4، ص 81.

³ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج 3، ص 426.

إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴿ [سورة الروم، الآية: 21]، كما أن في إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب تأكيد على منع كل زواج مبني على التأقيت كزواج المتعة وغيرها من الأنكحة التي أبطلها الإسلام، وفي قوله على وجه شرعي رفض لكل علاقة جنسية خارج إطار عقد الزواج الشرعي .

أما من جهة جعله الزواج عقداً رضائياً بين رجل وامرأة، فلكونه يبني على توافق إرادتيهما المعبر عنها باقتران الإيجاب والقبول، وصرح بالطرفين المتعاقدين فجعله بين رجل وامرأة ليخرج عن تعريف الزواج ما يعرف في بعض المجتمعات المتفسخة "بزواج المثليين".

لقد ذهب المشرع الجزائري إلى التمييز بين الجانبين التعاقدية والتنظيمية للزواج، حيث ترك في بعض الجوانب من هذا العقد حرية الزوجين مطلقة كالحق في الإقدام على الزواج وإنشاءه وإنهائه، لكنه تدخل في عدة جوانب ونظم هذا العقد بقواعد لا يجوز للزوجين مخالفتها، كاختلاف جنس طرفي عقد الزواج، وتحريم زواج المسلمة بغير المسلم، وإلزامية دفع الصداق للزوجة، وإلزامية اعتداد الزوجة بعد حل الرابطة الزوجية وغيرها من المراكز القانونية التي حددها المشرع بقواعد آمرة.¹

وأمام التعديل الأخير لأحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري خاصة وأنه جاء بضمانات جديدة لحرية الإرادة في الاختيار بما يكرس الحرية والمساواة بين الزوجين في إبرام عقد الزواج وأثنائه وعند انحلاله، وهذا سعيًا من المشرع لتكييف نصوص قانون الأسرة مع أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة²، وهو الأمر الذي يمكن اعتباره خطوة نحو إضفاء الطابع المدني على عقد الزواج وجعله كباقي العقود المدنية الأخرى ليكون ذلك مبرراً قانونياً يدعو لانتظامه تحت نظرية العقد في القانون المدني، وإخضاعه كليةً لمبدأ سلطان الإرادة.

- نلّمح هذا الاتجاه جلياً في الطابع الحمائي الذي أحاط به المشرع الأسري طرفي العلاقة الزوجية عندما ضيق من سلطة الولي في تزويج المرأة وألغى الوكالة في إبرام العقد؛ ليضمن خلو إرادتهما من أي عيب قد يشوبها، خاصة وأنه قد جعل رضا الزوجين ركن العقد الأساسي.

- ويظهر كذلك من خلال فسحه المجال واسعاً أمام الزوجين للتراضي حول إدارة شؤونهما الأسرية والاتفاق على النظام المالي الذي يرضيانه.

¹ بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 94.

² المرجع نفسه، ص 94.

هذا، وإنه يمكننا أن نلتبس الطابع التعاقدي للرابطة الزوجية، الذي أصبح يُظهر هذه العلاقة بمثابة امتداد للرضا الذي أنشأها¹، ومن بين أهم المواضيع التي أخضعها المشرع للنظام التعاقدي في ظل تفعيل مظاهر التمكين لسلطان الإرادة وما يقتضيه من حرية ومساواة بين الجنسين نجد :

1-المصطلحات المستعملة في قانون الأسرة: إن المصطلحات المستعملة من قبل المشرع تدل أنه يتبنى الطابع التعاقدي للزواج، حيث تنص المادة 4 ق.أ: "الزواج هو عقد رضائي..."، وهذا التعريف يركز على كون الزواج عقدا رضائيا ليستبعد كل أشكال الإكراه والإكراه، كما يؤكد على شرعية العلاقة ومقاصدها المتمثلة في تكوين الأسرة وإحصان الزوجين ومنع اختلاط الأنساب المفضي إلى ضياعها، والمادة 7 فقرة 2 ق.أ: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، والمادة 09: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وتنص المادة 12 ق.م: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

2-إن الأركان والشروط المستوجبة لقيام الزواج من رضا وأهلية وغيرها تدل على أن الزواج عند نشأته عقد²، حيث تنص المادة 09 ق.أ: "ينعقد الزواج برضا الزوجين" فجعل الرضا ركن الزواج وأساسه.

3-تراجع المشرع عن اعتبار الولي ركن في عقد الزواج، فالمرأة عند إبرامها لعقد الزواج تحضر معها أي شخص تختاره مهما كانت علاقتها به، وهو ما يعتبر إتجاه تشريعي يهدف لإطلاق حرية المرأة في الاختيار بما يكرس مبدأ سلطان الإرادة في ميدان الاحوال الشخصية وتجسيدا له في إبرام عقد الزواج على وجه الخصوص.

4-المساواة في تحديد السن القانوني للزواج.

5-أغلب الحقوق والالتزامات في العقد تكون متبادلة بين الزوجين، في حين نجد أن الحقوق والالتزامات في ظل نظام المؤسسة لا تكون متبادلة بين الشركاء أو الأعضاء، بل تكون بين كل شريك على حدى والمؤسسة كشخص اعتباري مستقل عن شخصية الشركاء وهو ما لا يتماشى مع الالتزامات الزوجية، فالزوج مثلا يلتزم بالنفقة تجاه الزوجة والأبناء وليس تجاه الأسرة، حيث لا يمكن لمؤسسة الأسرة مقاضاته

¹ وهو تكريس لعولمة النموذج الاجتماعي الغربي عن طريق فرض اتفاقية سيداو على الدول العربية والإسلامية، تكملة للنجاح في فرض النموذج السياسي والاقتصادي وهذه النماذج لا تراعي في تشريعاتها القانونية العوامل الثقافية والدينية المتباينة بين المجتمعات، ف هي تسعى لفرض نموذج أسري موحد على العالم تلتزم به كل الدول. وهو ما يسمى بالعولمة القانونية. انظر: تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك ، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012 ، ع 12، ص 7 وما بعدها .

²المواد 9،9 مكرر، 10 من القانون 84/11 المعدل و المتمم.

ومطالبته بدفع النفقة، ونفس الأمر بالنسبة لباقي الالتزامات كتوفير مسكن الزوجية أو واجب المعاشرة الزوجية، فهي التزامات بين الزوجين لا دخل لمؤسسة الأسرة فيها، وما يركي هذا الطرح أن المشرع الجزائري حدد في نص المادتين 36 و37 الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين التي لا يجوز مخالفتها.

6- تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات الأسرية، وسع المشرع من نطاق حرية الزوجين في ترتيب الشروط والالتزامات الناشئة عن عقد الزواج بما يؤكد طبيعته العقدية ولذلك أجاز المشرع للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول تحديد طبيعة النظام المالي لهما، نظام الأموال المشتركة، أم نظام استقلالية الذمة المالية لهما¹. وقد أحسن المشرع فيما ذهب إليه من ذلك لتفادي النزاعات بين الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما².

كما أجاز المشرع للزوجين إدراج الشروط الاتفاقية التي يريانها ضرورية³ عند إبرام عقد الزواج أو بموجب عقد لاحق، كما رتب المشرع على مخالفة احد الزوجين لهاته الشروط الحق للطرف الآخر في طلب فك الرابطة الزوجية من غير اعتباره متعسفا في استعمال الحق و هذا طبقا للمادتين 8 مكرر و 53 من قانون الأسرة⁴.

إلا أن المشرع قيد مبدأ سلطان الإرادة الذي يجد بعض أسسه وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية التي تؤكد على رضائية العقود، وحرية الإرادة في تحديد آثارها، بعدم مخالفتها لأحكام القواعد الأمرة في قانون الأسرة ومقتضيات العقد ومقاصده الشرعية، وهو ما يؤكد أن الزواج رغم كونه عقدا إلا أنه في بعض آثاره يظل خاضعا لنظام قانوني.

¹ تنص م 37/2 ق أ: "غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما". حيث جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي لقانون الأسرة أن هذه المواد تؤكد على استقلالية الذمة المالية للزوجين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

² ولقد كان المشرع التونسي أكثر تنظيما لهاته المسألة من نظيره الجزائري، و الذي بدوره اخذ هاته الأنظمة من المشرع الفرنسي حيث أصدر المشرع التونسي القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 يتضمن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، إذ تنص المادة الأولى منه: "نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق...". بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص ص 95،96.

³ المادة 19 ق أ: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية..."، والمادة 106 ق.م التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين".

⁴ حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها دراسة شرعية اجتماعية، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2005، ص 29 وما بعدها؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص ص 74،75؛ رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، ج2، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 177 وما بعدها.

7- أخضع المشرع جريمة الزنا بالنسبة للزجين لنظام خاص، حيث اعتبرها إخلالا بالتزام تعاقدي إذ أعطى المشرع للزوج المتضرر الحرية في إثارة المتابعة القضائية من عدمها¹.

8- تعريف المشرع للطلاق بأنه حل عقد الزواج، إذ تنص المادة 48ق.أ: "...يحل عقد الزواج بالطلاق...". فالمشرع من خلال هذا النص يؤكد على اعتبار الزواج بأنه عقد²، فلو كان مؤسسة أو نظام لتطرق المشرع إلى وصف انسحاب احد المتعاقدين من عضوية المؤسسة، التي تبقى في غالب الحالات قائمة قانونيا حتى في حالة انسحاب بعض أعضائها³.

9- حل الرابطة الزوجية بالتراضي طبقا لنص المادة 48ق. أ: "...أو بتراضي الزوجين...". و هذا تأكيداً على الطابع التعاقدي للزواج، فهو بذلك عقد يخضع ابتداءً وانتهاءً لإرادة الزوجين الحرة وغير المقيدة بما يكرس مبدأ سلطان الإرادة في نشأة العقد وإنحلاله وحماية للرضا المطلوب في المعاشرة الزوجية، ويحقق مبدأ المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية، فالطلاق بالتراضي من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معاً، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين، ولم يتمكن من الإنسجام مع بعضهما، بعد إستنفاد جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين و اتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي فلهما ذلك⁴.

10- اقرار المشرع إمكانية إبطال عقد الزواج مما يجعلنا على نظرية البطلان في العقد⁵، حيث تنص م32ق.أ: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

وفي هذا المقام يجدر بنا التنبيه لقضية مهمة هي أن مبدأ سلطان الإرادة في الفقه القانوني، وإن كان يكرس حرية الاختيار ويجعل من عقد الزواج قانونا وشريعة للمتعاقدین تصنعه إرادتهما بالتراضي والاتفاق على ترتيب شروطه وآثاره في إطار احترام النظام العام والآداب العامة، فإنه من جهة أخرى يقوض خصوصية الرابطة الزوجية ويُخضع الزواج لمقتضيات أنانية الإرادة الفردية، فيسخر كل زوج العقد لخدمة

¹ نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص (شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 09/11)، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 305 وما بعدها.

² تشوار الجليلي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المرجع السابق، ص 225 وما بعدها
H. DENNOUNI, Les conventions entre époux en droit algérien, pourquoi les conventions et pas contrat? Revue semestrielle, Editée par le laboratoire de droit privé fondamental, Université Tlemcen, Faculté de droit, 2007, pp.24 et s.

³ بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 92.

⁴ المرجع نفسه، ص 97.

⁵ المواد من 99 وما بعدها من الأمر 75/58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

مصالحه الشخصية وتحصين حقوقه التعاقدية على حساب روابط القرى وأواصر المودة والرحمة ومتطلبات المصلحة العامة للمجتمع.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية بين العقد المدني والديني

إن إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لعقد الزواج أثارت جدلا فقهيًا واسعًا خاصة من حيث كونه عقدا دينيا أم عقدا مدنيا، فجعل الزواج عقدا دينيا بحيث لا ينعقد إلا تحت إشراف ديني، يصطدم بخلو الزواج في الشريعة الإسلامية من أية طقوس أو مراسيم دينية، كما أن إكسائه بالصيغة المدنية قد يجرده من بعده الروحي وأهميته الدينية، وعليه سنحاول التعرض لهذا الجدل بشيء من التفصيل من أجل الإجابة عن إشكالية هل الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخرى؟ وما هي انعكاسات هذا التكييف على حرية الإرادة في عقد الزواج؟

الفرع الأول: عقد الزواج بين الحرية المدنية وقيود الاحكام الشرعية

اختلفت آراء الفقهاء وتباينت أقوالهم حول تكييف عقد الزواج إلى:

أولاً- الزواج عقد مدني: لقد ذهبت طائفة من رجال الفقه والقانون¹ إلى القول بأن الزواج في الشريعة الإسلامية عقد مدني صرف ذو طابع لفظي وعلمي²، يتم بين رجل وامرأة بالغين راشدين يحفظان به عفافهما وصلاحيهما ثم تنشأ منه الأسرة³، كما أنه عقد ينظمه قانون الأحوال الشخصية الذي يعتبر فرعاً من فروع القانون المدني، غير أن مدنيته لا تنفي عنه مرجعيته الدينية التي تتجلى في غالبية أحكامه المستمدة من الشريعة الإسلامية كالموانع الشرعية والميراث والطلاق والعدة وغيرها.

واعتبار الزواج عقدا مدنيا صرفا يبعد عنه طابع القداسة، ويجعله ينتظم تحت أحكام وقواعد نظرية العقد في القانون المدني، بمعنى أنه مثل غيره من العقود يتم بتطابق إيجاب وقبول من المتعاقدين وحضور شاهدين، ولا دور فيه لرجل الدين ولا ينفرد بأي شكلية تميزه إلا ما يخضع له مثل باقي العقود المدنية الأخرى من أحكام شرعية تنظم الأركان والشروط التي يقوم عليها⁴، كما أنه بموجب نص المادة 222 ق.أ.ج يخضع لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص خاص.

¹ قال صبحي الصالح في مناظرة الزواج المدني في الندوة اللبنانية 1966: "الزواج في الإسلام عقد مدني محاط بمحاطة من القدسية تجعله مطبوعة بطابع ديني" مقتبس عن: محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 46.

² أنظر: زهدي يكن، الزواج ومقارنته بقوانين العالم المكتبة العصرية، بيروت، ط2، د س ن ، ص 41.

³ Ghaouti Ben Melha ,Le Droit Algerien De La Famille, O P U,1993 ,p 48.

⁴ محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 80.

فإبرام عقد الزواج ليس فيه ما يميزه عن بقية العقود أو يضيف عليه قداسة معينة، لأن القداسة التي يمكن أن تتصف بها عقود الزواج تختص بها الديانات التي تجعل انعقادها متوقفا على طقوس تؤدي أمام رجل الدين، ويمكن اعتبار مفهوم القداسة في الشريعة صحيحا إذا قصد به الأهمية التي يتميز بها والمسؤوليات الناتجة عنه¹ بوصفه ميثاقا غليظا بين الزوجين.

ولتأكيد الطابع المدني لعقد الزواج يرد البعض على ما يثار من اعتراض حول الأوضاع القانونية والدينية التي تؤثر على صحة الزواج وتضيف عليه الطابع الديني، كمسألة الموانع الشرعية سواء الزواج بين المحارم أو اختلاف الدين وغيرها، بكون هذه الأمور لا يمكن الاستناد إليها لاستبعاد الطابع المدني من أصله، لأنها من قبيل القيود الواردة على التصرف والمتعلقة بالنظام العام والتي يوجد مثلها أو غيرها في تصرفات أخرى، دون أن يذهب ذلك بطابعها المدني مثل بيع أنواع من العقارات إلى الأجانب، والشروط المطلوبة في محل كل عقد مدني، ووجوب كونه مشروعاً.²

ولأن المقصود بالعقد المدني هو ذلك العقد الذي لا يخضع في تنظيمه وأحكامه إلى أية مرجعية دينية، وبما أن الزواج عقد ينظمه القانون الوضعي ويتطلب لصحته شروطا وأركاناً حددها القانون³، فإن هذا الرأي خلص إلى اعتباره عقدا مدنيا ذو طبيعة خاصة يستمدّها من مرجعيته الشرعية، واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى الحجج التالية:⁴

1- الزواج عقد مدني لأنه لا يبرم بالإرادة الإلهية ولا ينحل بها، بل يبرم وينحل بإرادة طرفيه، ويشترط فيه ما يشترط في العقود المدنية من أهلية ورضى وغيرها.

2- ينظم عقد الزواج علاقة البشر فيما بينهم، ولا ينظم علاقة الإنسان بربه.

3- عقد الزواج عقد مدني لأنه يصح من المسلم و من غير المسلم، ولو كان عقدا دينيا لكان إسلام طرفيه شرطا لصحته كأصل عام.

4- هو عقد مدني لأنه لا يبرم لدى هيئة دينية كما هو الأمر في الديانة المسيحية⁵.

5- كما تظهر غلبة توجه المشرع الأسري نحو الطابع المدني في عقد الزواج من خلال ابتعاده عن استعمال بعض المفاهيم الشرعية كقوامة الزوج على زوجته وتحمله نفقاتها وحده، وإغائه لمفهوم رئاسة الزوج

¹ أحمد الخليلي، وضعية المرأة وعقدة تفسير النصوص، ج1، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط1، 1988، ص158.

² موحى أسيد أعمار، المرجع السابق، ص 95.

³ فتيحة الشافعي، المرجع السابق، ص 125.

⁴ عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين: جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن، مركز النشر

الجامعي، 2007، ص103.

⁵ P.RAYNAUD, Droit civil: Les personnes, 3ème édition, SIREY, 1976.p.68.

للأسرة، واستعاضته بمفهوم الرعاية المشتركة للزوجين وجعله إدارة شؤون الأسرة مسؤولة خاضعة للاتفاق بينهما وفق مبدأ سلطان الإرادة.

وبناء على ما سبق، يتبين أن الطابع المدني لعقد الزواج قد يسقطنا في تجاوزات لنصوص شرعية أمرت بحكم الزواج في الشريعة الإسلامية كمنع تعدد الزوجات أو تقييده، إضافة إلى كون الزواج بمنظوره المدني لا يميز عادة بين المتعاقدين ويفتح المجال واسعاً أمام حرية الإرادة في ترتيب آثار الزواج ويكرس المساواة المطلقة بين الزوجين دون اعتبار أو تمييز من حيث الدين أو الجنس، فيمكن للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم، كما هو الحال في الدول الغربية، حيث تلجأ المسلمات للزواج المدني بحرية مطلقة مع من يشأن وفق التصور القانوني السائد في بعض الدول الأوروبية، إلا أن هذا الزواج يظل غير معترف به في البلدان الإسلامية، ولكي يكون زواجهن معتبراً في بلدنهن وتترتب عليه جميع آثاره شرعاً، فعليهن أن يعقدن من جديد على الطريقة الشرعية التي تقرها قوانين الأسرة الوطنية.¹

ثانياً- الزواج عقد ديني: تعتبر أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية أقدم صيغة للزواج وأكبر منظومة تشريعية للأحوال الشخصية لم يطرأ عليها التغيير والتبديل، رغم التحولات التي طرأت على المنظومة القانونية لأكثر الدول التي تدين شعوبها بالإسلام، خاصة بعد تبني الزواج المدني سواءً بصيغة الاختيار بينه وبين الزواج الشرعي، أو بصيغة الإلزام، وحتى في الدول التي منعت الزواج الديني، يلجأ الزوجان إلى الزواج المدني فقط كطريقة صورية لتأمين الضمانات القانونية والرعاية الاجتماعية التي توفرها الدولة للزوجين والأولاد.²

ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار عقد الزواج في الإسلام عقداً دينياً تنظم الشريعة أحكامه وآثاره، وتصبغه بطابع القداسة والتعظيم، نعم، في الإسلام لا يخضع الزواج لشرط شكلي تأسيسي مفاده أن المسجد أو الشيخ هو شرط قيام الزواج، بل هو عقد رضائي كفي فيه تبادل الإيجاب والقبول، ولا يحتاج في أصل قيامه إلى شيخ مؤسس أو معلن، وبالتالي إذا تم العقد بين رجل وامرأة، وتوفرت أركانه وشروطه الشرعية، فهو تام وصحيح، حتى وإن كان أمام كيان مدني، إلا أنه لا يجوز الالتزام بالحقوق والواجبات المدنية المخالفة للشريعة الإسلامية كنظام النسب والإرث، بل لا يجوز تمكين السلطة المدنية ونظامها من مخالفة الإطار الحقوقي الذي يعنى الزواج الشرعي ولا بسط سلطانها على العلاقة الزوجية بما يقوض مقاصد الشريعة الإسلامية من هذا العقد، وإذا وقع ذلك، فإنه على المسلم أن يلتزم بالإطار الحقوقي الإسلامي.³

¹ موحى أسيد أعمار، المرجع السابق، ص 94.

² أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.

³ المرجع نفسه، ص 18.

وعليه يمكن القول أن الطبيعة الدينية للزواج تتجلى في خصوصية إبرامه من حيث انفراده بعدة قيود تميزه عن غيره من العقود التي نظمتها الشريعة، نذكر منها:

1- تقييد رضا المتعاقدين بشكلية لفظية يجب مراعاتها عند تبادل الإيجاب والقبول.

2- اشتراط الولي حماية لرضا الزوجة بإشراكه في مجلس العقد.

3- كما أن اشتراط شكلية الإشهاد على عناصر العقد وإعلان الدخول بالزوجة وشهره بالدف والوليمة هي أيضا شروط تطلبتها الشريعة في الزواج لم تشترطها في غيره من صور التعاقد.

كما استدلوا بكون القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط أما عقد الزواج فيخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن أجل هذا ذهبوا إلى اعتبار قانون الأسرة فرعا من فروع القانون الخاص، له ذاتية مستقلة اكتسبها من ارتباطه بالأحكام الشرعية، وبقواعد الأعراف والعادات والتقاليد والأخلاق، وهي كلها دلالات هامة تميزه عن باقي فروع القانون المختلفة، كما أنه قانون يأخذ من القسمين :

القانون الخاص: من حيث أن العلاقات الأسرية ذات طابع شخصي تنظمها أحكام الشريعة.

والقانون العام: من حيث تدخل الدولة في العلاقات الأسرية من اجل حمايتها، وعلى هذا فإن اغلب القواعد المتضمنة في قانون الأسرة هي قواعد أسرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها تتصل بالنظام العام.

فأحكام الشريعة الإسلامية ماضية ولازمة في الذمة التكليفية للمسلمين، إلا أنها لم تنفي الوجود الحقوقي للمنظومات الأخرى عند غير المسلمين، فالأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مبنية على أن لكل قوم نكاح، يلزمهم بما ألزموا به أنفسهم، وتترتب عليه آثاره الحقوقية، في حين أن نظام الزواج المدني أكد إلغاء القيمة التأسيسية للزواج الديني، بل وعاقب عليه كما في القانون المدني الفرنسي، واعتبر عقد الزواج أمام رجل الدين جريمة، وهذا بخلاف القيمة المعلنة في الشريعة الإسلامية التي أقرت أن لكل قوم نكاحاً، ومدت سلطان النظر في الأحوال الشخصية لاسيما إبرام الزواج وانحلاله ليكون من صلاحيات القانون والقضاء المللي.¹

فالسلطان الحقوقي على المسلمين هو الشريعة الإسلامية التي لا يصح للإرادة الاتفاق على مخالفة أحكامها إلا في إطار ضيق بينه الفقهاء عند تعرضهم لحرية الاشتراط، وقد قرر القانون الوضعي مبدأ موازي لما جاءت به الشريعة مفاده أن كل اتفاق يخالف النظام العام أو أحكام القانون الآمرة أو الآداب الملزمة يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهو يشير فيما يشير إليه بأن قانون الزوجية قانون أمر في الإسلام وبالتالي هو صيغة ملزمة للمسلمين، لا يصح لهم تخطيه.²

¹المرجع نفسه، ص 18.

²المرجع نفسه، ص ص 17، 18.

ثالثاً- الزواج عقد مختلط مدني ديني: لقد أثار بحث الطبيعة القانونية لعقد الزواج جدلاً فقهيًا كبيراً، خاصة من حيث كونه عقداً دينياً أم عقداً مدنياً، فجعل الزواج عقداً دينياً بحيث لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين، فإذا عقد خارج ذلك لم يكن معترفاً به ولا تترتب عليه آثاره¹، يصطدم بخلو الزواج في الشريعة الإسلامية من أية طقوس أو مراسيم دينية، كما أن إكسائه بالصبغة المدنية قد يجرده من بعده الروحي وأهميته الدينية، الأمر الذي دفع بعض الفقه الحديث إلى محاولة التوفيق بين الطابعين المدني والديني لعقد الزواج والخروج بنظرية مختلطة تعتبره عقداً مدنياً ودينياً في آن واحد، وفي هذا السياق يقول مصطفى السباعي: "ينظر الإسلام إلى عقد الزواج كعقد من العقود المدنية محاطة بمحالة من القدسية تجعله مطبوعاً بطابع ديني"².

فهذا الفقه يرى أن عقد الزواج ارتباط يؤسس لبناء أسرة بموجب عقد مختلط مدني ديني يهدف إلى إقامة نظام مدني للحياة المشتركة بين الرجل والمرأة، ضمن إطار قائم على التكافل والتعاون وتقاسم الأعمال والمسؤوليات بالتساوي، ويخلص الناس من أتعاب الرسوم والطقوس التي كانت تلزم بها أوربا قبل عهد الثورة الفرنسية، ويحتفظ في الوقت ذاته بقدسية الزواج الديني في نفس الزوجين بما يحقق سعادتهما الزوجية و سعادة المجتمع.

ويرى أن موقف الفقه الإسلامي من عقد الزواج، جاء وسطاً بين اتجاهين متعارضين، فاعتباره عقد مدني لأنه يشترط فيه ما يشترط في كل عقد من الرضا الذي يدل على الإيجاب والقبول، بما يتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الحديث، وهو بذلك لا يتميز عن أي عقد من العقود المدنية الأخرى، بالإضافة إلى اشتراط شكلية الإشهاد احتياطاً من إنكار آثاره الشرعية في المستقبل.³

وهذا الرأي يعتقد أن الطابع المدني للزواج يتجلى في تكوينه من حيث أنه لا يرتبط بأية طقوس دينية، ووجته في ذلك ما جرى به العمل في التاريخ الإسلامي منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة إلى يومنا هذا، إذ نجده عرفاً وفتوى وقضاء قد درج على استبعاد أية شكلية دينية للزواج، بل إن المسلمين الذين تزوجوا قبل الإسلام استمروا في زواجهم دون تجديد لهذا الزواج، مما يعني أنه لا فرق بين الشكل الجاهلي المدني للزواج والشكل المدني كما أقره الإسلام، ذلك أن الزواج كجميع المعاملات والعقود الرضائية كان ينعقد بتبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العلاقة أو من يقوم مقامها دون أية مراسيم شكلية أو

¹ وهذا الموقف الذي قرره الشرائع الوثنية قاطبة وقرره الديانة المسيحية فيما بعد؛ انظر: موحى أسيد أعمر، المرجع السابق، ص 96.

² انظر: مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، ص 31.

³ موحى أسيد أعمر، المرجع السابق، ص 94

إجراءات أخرى عدى شكليتي الإشهاد والإعلان، وهو ما اعترفت به قوانين الأحوال الشخصية بكون الشكلية في الزواج هي وسيلة إثبات وليس شرط صحة¹.

أما من حيث الآثار والموانع الشرعية وغيرها من القيود، فيظل عقدا دينيا خاضعا لمجموعة من القواعد الآمرة المستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهذا ما يجعله يقترب من فكرة النظام القانوني وفق التصور المعمول به في الفقه والقانون الوضعيين. كما أن عقد الزواج وإن كان يختلف عن غيره من العقود من حيث قدسيته فلا يخرج عن كونه رابطة قانونية تخضع في شروطها وأحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية المدنية، والتي تعتبر في كافة البلدان مقتبسة من التعاليم الدينية التي تشكل أساسها التاريخي والجوهري ولا شيء يمنع من أن تكون القوانين المدنية منسجمة مع المبادئ الدينية على قدر المستطاع².

الفرع الثاني: الزواج عقد شرعي

بادئ ذي بدء لا بد من الإشارة إلى أن استعمال عبارة (الزواج في الإسلام عقد مدني) التي درج عليها بعض الكتاب المسلمين فيها كثير من الغلط والتحريف، لا لكون عقد الزواج في الإسلام يخضع لشكليات وطقوس دينية - الأمر غير الموجود مطلقا - وإنما لكون عبارة العقد المدني دخيلة على الإسلام فلفظ الأحوال المدنية كما هو معلوم قد ظهر في عهد جوستينيان تمييزاً لمجموعة قوانينه عن مجموعة قوانين الكنيسة، ثم شق طريقه ليطلع مختلف تنظيمات الدولة في حقول الموجبات والعقود والأحوال الشخصية، حتى كانت الثورة الفرنسية فأعطت لفظ (الزواج مدني) مدلولاً خاصاً يشير إلى فصل ذلك الزواج عن أسسه الدينية وإخضاعه إلى معطيات علمانية³.

فلا يستقيم القول بأن الزواج في الإسلام عقد مدني، لأن الأصل في العقد المدني أنه يستمد مرجعيته ومفهومه التاريخي من القانون المدني النابليوني المستمد في أصله من القانون الروماني، و القانون المدني كما أسلفنا يعتبر الزواج عقدا مدنيا تمييزاً له عن العقد الديني وبعدها له عن ولاية الكنيسة.

غير أن بعض الكتاب المسلمين قد لحظوا هذا المعنى، فاستدركوا - مذهبهم - بقولهم "محاط بهالة من قدسية تجعله مطبوعاً بطابع ديني" في محاولة لكسب مؤيدي الزواج المدني، أو للإشارة إلى أن عقد الزواج من حيث أسسه العامة هو كسائر العقود والمعاملات التي شرعها الإسلام، ويبدو أن وصف جزئيات

¹ المرجع نفسه، ص 96

² المرجع نفسه، ص 94.

³ محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص ص 46، 47.

إسلامية بأسماء مثيلاتها في أنظمة الدول، أمر خاطئ وشنيع ، إذ أن الإسلام يصبح في اقتصاده مثلاً ، رأسمالياً أو شيوعياً أو اشتراكياً (وفق أهواء الكاتب) وفي وحدته قومياً أو شعوبياً. وفي سياسته، ديمقراطياً أو ملكياً، والحقيقة أن الشريعة نظام رباني فريد لا يصح وصفه إلا بالإسلام، وكل وصف آخر يحط من خصوصيته، هو في الحقيقة محاولة لجعله مسخاً تابعاً لاهننا وراء التصنيفات الإيديولوجية التي تتطاحن في هذا العصر وفي كل عصر¹.

ومن هنا، لا يصح وصف أي عقد من العقود التي جاءت بها الشريعة الإسلامية إلا بأنها معاملات شرعية، كما لا يجوز حصره في تصنيفات لا علاقة للشريعة بها وهي غير مسؤول عنها. فالبيع والزواج والطلاق، كلها عقود وردت فيها نصوص شرعية واضحة محددة؛ ومن أجل ذلك كان الفقهاء يجعلون مختلف تلك العقود، ومنها الزواج و فرقه، في أبواب فقهية متلاصقة، وعليه فالزواج عقد ذو طابع شرعي لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه بعيداً عن الطقوس والمراسيم التي ميزت الزواج المسيحي كحضور رجل الدين.

إن أصل انعقاد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يقوم على الرضائية، ويعتمد ركني الإيجاب والقبول، كأرضية رئيسية تتركب عليها كافة الشروط الموضوعية والشكلية، لأن الزواج في الإسلام ليس مجرد اتفاق إرادتي رجل وامرأة، بل هو إطار حقوقي تحكمه أركان وشروط ملزمة وأرضية للالتزامات الأخلاقية والمالية والاجتماعية والأسرية ترعى حقوق الزوجية والعلاقة الجنسية وتنظم سلطة الزوجين، وهذا الإطار الحقوقي جعلته الشريعة الإسلامية لازماً في ذمة المكلفين، وواجب النفاذ، ولا يجوز أن يستبدل بغيره من الأطر الحقوقية المستحدثة في القوانين الوضعية².

لكن لو خالف البعض فعقد زواجه مدنياً، واستكمل شرط الرضائية في الإيجاب والقبول، ولم يخالف الشروط الشرعية للزوجين، فهو صحيح وفق الضوابط الشرعية، لكن يجب أن يحتكم الزوجان في باقي المنظومة الحقوقية وموجباتها للزواج الشرعي وأحكامه. بمعنى أن الضابط في الشريعة الإسلامية هو وجوب التزام الأركان والشروط الشرعية للزواج دون أي بدل آخر، وهذا الجانب يختلف عن الموقف الكنسي، فانعقاد العقد في المسيحية يتوقف على شرط شكلي، وهو أن تعقد الكنيسة وإلا فهو زنا، في حين لا تشترط الشريعة الإسلامية أن يتم انعقاد العقد على يد شيخ أو في المسجد، بل يكفي أن تجتمع فيه

¹ المرجع نفسه ، ص 47.

² انظر: أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 13.

الشروط وتلتزم كافة أحكام الشريعة الإسلامية الشخصية والموضوعية المتعلقة بعقد الزواج حتى يقوم صحيحاً وملزماً، ولا يهم بعد ذلك في أي مكان تم إبرامه¹.

كما أن الزواج الشرعي وصفٌ نصت عليه م 04 من ق.أ.ج التي عرّفت عقد الزواج وحددت طبيعته بأنه عقد رضائي شرعي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وإذا كانت جل التشريعات الحديثة قد اهتمت بنظام الزواج باعتباره الإطار السليم الذي ينظم العلاقة بين الرجل والمرأة، فإن التشريعات الغربية قد آثرت أن تضم عقد الزواج إلى قوانينها المدنية باعتباره عقد مدني صرف، بخلاف أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية التي نجدتها قد استوحت أحكام الأسرة وما ينضوي تحتها من زواج وطلاق ونفقة وحضانة وميراث وغيرها من أحوال من أحكام الشريعة الإسلامية، وتعرضت في أغلبها إلى تعريف الزواج على أساس أنه عقد شرعي له شروطه ومواصفاته وآدابه². ويجدر بنا في هذا المقام كباحثين في هذا الشأن أن نؤيد ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في مسعاه حين عرف عقد الزواج في مادته الرابعة بكونه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

لان صياغة المادة 04 من ق.أ.ج تضيضي علي الرابطة الزوجية القانونية الصبغة الشرعية، وما تأكيد المُشرّع على البعد الشرعي للزواج إلى ليستحضر الزوجين قدسية هذه الرابطة التي تسمو فوق كل الروابط البشرية، ودعوتهما لتقدير مقاصد الشارع منه وفهم غايته النبيلة، لأنها وحدها مناط التمييز بين الشرعي وغير الشرعي في العلاقات بين الجنسين³، "ولذلك كان عقد الزواج عند أكثر الأمم تحت ظل الأديان لتكتسب آثاره قدسيته فيخضع الزوجان عن طيب نفس ورضا لحكم الأديان"⁴.

¹المرجع نفسه، ص 13.

²عرف المشرع المغربي الزواج في م 04 من مدونة الأسرة المغربية بأنه: "الزواج ميثاق تراضي وترايط شرعي رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والفعال وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة".

وعرفه القانون السوري بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل وعرفه قانون الأصول الشخصية الكويتي بأنه: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته السكن والإحصان وقوة الأمة".

³موحى أسيد أعمر، المرجع السابق، ص 88.

⁴محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 18.

المبحث الثالث: عقد الزواج بين شمولية الشريعة وظرفية القاعدة القانونية

إن الليبرالية حين تركز على الفردانية وتعلي من شأنها فإنها تفضي إلى التهوين من شأن القيم العامة، لتجعلها متروكة إلى رغبات الناس وأهوائهم، فمن شاء أن يتحرك في نصرتها فله ذلك، ومن شاء أن يترك الأمر وينصرف إلى همومه الفردية الخاصة فله ذلك أيضاً، فليس في أجندتها السعي إلى إشاعة الفضيلة والخير بين الناس، بل لا ترى مشروعية الإلزام بشيء من هذا أصلاً فالحرية الجنسية مثلاً هي خيار شخصي ما دام قائماً على التراضي بين الطرفين، ولا يشتمل على أي اعتداء على أحد، وبناء عليه فلا يحق منع أحد منه¹.

من هنا، يمكننا القول أن أي قانون أسري يسعى مستقلاً أو متعارضاً مع أحكام الشريعة الإسلامية لتسويق نظرية حقوقية في نظام الزواج، سيكلف الجماعة البشرية خسائر لا تحصى، ومن يبسط نظره اليوم إلى نتائج الانحيار الذي أصاب النظرية المدنية الناظمة لعقد الزواج والشراكة الأسرية في الغرب يدرك خطورة الخطأ التاريخي الذي اقترفته أوروبا في حق شعوبها عندما أعدمت الزواج المسيحي بدل إصلاحه، وتخلت عن القيم والمعنويات من فصول منظومتها التشريعية، وهو ما فتح المجال واسعاً ودون حدود أما حرية الإرادة الفردية وأنانيتها، فسلبت الزواج صميم مقاصده ومعانيه وأفرغته من أهم أهدافها وغاياته.

المطلب الأول: الاتجاه نحو مدنية التشريع الأسري

إن الزواج المدني كيان حقوقي له مصدره وفلسفته وتشريعه، وهو يختلف في جملة من عناوينه وضوابطه عن الزواج التقليدي سواء كان إسلامياً أو كنسياً، وأحياناً ما يطلق عليه الزواج العلماني، وهو زواج يتم إبرامه وتسجيله في المحكمة أو البلدية بين شخصين مسجلين في سجلات الحالة المدنية أو من المقيمين فيها، وفق ما يقره دستور الدولة من حقوق والقانون المدني من أحكام.

وأساس الزواج المدني ومقتضاه إلغاء الفروقات الدينية والمذهبية والعرقية والجنسية بين طرفي العقد، فلا مانع من ارتباط أتباع الدين الإسلامي بأتباع الدين المسيحي أو اليهودي أو العكس، بل لا مانع من ارتباط شخصين من جنس واحد، ويتم بقبول الطرفين وبحضور الشهود وضابط الحالة المدنية أو الموثق، ويحصل المتزوجون مدنيًا على كامل حقوقهم المدنية والاجتماعية والسياسية والخدمية ولا يجوز لأحد مخالفة أحكامه، وإلا اعتبر مخالفاً لقانون الدولة التي أتاحت هذا النوع من الزواج².

¹ عبد الله بن صالح العجيري، فهد بن صالح العجلان، المرجع السابق، ص 170.

² منة الرفاعي، قراءة في الزواج المدني في العالم العربي، نشر بتاريخ: 04/12/2018 الرابط:

الفرع الأول: مآلات تقنين الزواج المدني

لقد استهدى الزواج المدني بكثير من الأركان والشروط التي شرعتها الأديان السماوية، بل نسخ جملة من أصل الهيكل الحقوقي الأولي عن منظومة الزواج في القانون الكنسي¹، ليظهر كنظرية قانونية ثورية تلقفها التحريريون وأنصار القانون الطبيعي، فأدخلوا عليها منذ الوهلة الأولى مبدأ سلطان الإرادة كإطار يفسح للإفراد حرية الاختيار والتراضي في جل الأحكام والعلاقات الأسرية في محاولة منهم لحماية الطرف الأضعف في العلاقة الزوجية تحقيقاً لمبدأ المساواة وعدم التمييز بين البشر، فكان أن تبنت التشريعات الحديثة "مبادئ المدنية" بمفهومها العلماني منهجا حقوقيا يدعي حماية المرأة ويقدم الفردانية تحت شعار الحرية والمساواة، مما تسبب في فوضى عارمة وأزمات عنيفة طالت أركان الرابطة الأسرية وحرمة العلاقة الحميمة وأطر التكاثر البشري ورعاية الأطفال وكل ما يتصل بهذه الغايات من معاني السلطة الأخلاقية والتربوية والاجتماعية وما إلى ذلك .

ثم بعد تحولات متتالية تصدع الزواج المدني بشكل ظاهر لينهار بميكله التقليدي، ما أدى إلى تشوهات وتغييرات جذرية في مفهوم الزواج، قوضت هيكله الطبيعي تحت وطأة الإيديولوجية العلمانية وفلسفتها المادية التي تصبو في أسمى غايتها إلى ربط العلاقات العدمية التي تقطع النسل وتهوي بالإنسانية إلى دركات ما دون البهيمية، وتسعى من وراءها إلى إشباع الشهوة وتلهث خلف الغريزة، كيف لا؟! وما هي في حقيقتها إلا أفكار شنيعة عرّت حصون الأسرة والمجتمع أمام هجمات الثقافة الإباحية وهوس أنصار السحاق واللواط والشذوذ.

وفي سياق تقنين هذه الفلسفة أصبحت بعض الدول تُعد استمرار تلك العلاقات الجنسية الشاذة قرينة قانونية وإطاراً حقوقياً يُحوّل لأطرافها الدخول تحت الحماية القانونية التي يضمنها الزواج المدني، فأضحى نظام الاتحاد المدني والشراكة المنزلية والزواج المثلي قيمة قانونية تتماشى جنباً إلى جنب مع الإطار الحقوقي للزواج المدني في أغلب الديمقراطيات الغربية مع إصرارها على التشدد بخصوص الزواج الإسلامي خاصة في فرنسا.

ليجد الزواج المدني التقليدي نفسه "في منافسة" مع أنواع أخرى من الزيجات، ولا سيما الاتحاد الحر، واتفاقية التضامن المدني الحر (PACS) التي تم تقنينها في فرنسا بتاريخ 15 نوفمبر 1999، والأصل أن هذا الشكل من الاتحادات كان المقصود منه السماح بالاتحاد بين المتماثلين جنسياً، إلا أنه لقي إقبالا واسعا

¹عبد الفتاح كبتارة، المرجع السابق، ص 80، 81.

للاغاية مع المغايرين جنسياً، لأنه على عكس الزواج ، يسمح في حالة الانفصال تجنب الإجراءات القانونية الطويلة والمكلفة¹.

وعلى الرغم من كل هذه التحولات استطاعت أحكام الزواج الشرعي أن تقفز فوق حواجز التشريعات الوضعية التي أصرت على صيغة الزواج المدني، وذلك أن الزواج الإسلامي يلي حاجات الزوجين بمعان حقوقية من جهة، ومعان لها ارتباطات بالقيم الدينية من جهة أخرى، في حين كشفت التجربة عن أزمات بنوية طالت قابلية الزواج المدني للحياة، بل كان هو نفسه من جملة الأسباب التي دفعت الشباب في الغرب إلى اللجوء للعلاقات الجنسية خارج إطار الزواج بشكل أقض طابعه النظامي، فصيغة الزواج المدني التي أسستها الرؤية الفرنسية لم تستطع أن تنتج مساحة جمهور يكافئ الزخم الذي أحيطت به كنظرية ناظمة للحقوق الزوجية، وذلك لأسباب كثيرة، من أهمها²:

طبيعة النشأة التاريخية للزواج المدني، وقصوره عن تحقيق معنى العدالة الزوجية وفعاليتها، إذ يكفي مطالعة نسب الزواج في مهد المدنية في الغرب، حتى تعين حقيقة الإجهاض الذي طال هذه النظرية وعزوف الجمهور عنها، خاصة بعد أن قوّضت النظم القانونية التي تبيح الانفصال الجسماني قيمة الزواج المدني كإطار حقوقي؛ فبدلاً من أن يتنامى الزواج حصل العكس، فزادت نسبة العلاقات الجنسية غير الملتزمة لإطار الزواج، وراجت الاتحادات المدنية والشراكات الأسرية، فضلاً عن نسب الطلاق التي شكلت صدمة حقيقية للقيم الفكرية والاجتماعية في القوانين التي أقرت الحق في الطلاق، بخلاف الزواج الشرعي الذي استمر نظامه بشكل ثابت لدى المسلمين.

والسر في ثبات وترسخ منظومة الأحوال الشخصية في الإسلام راجع لطبيعة التركيبة الحقوقية والتربوية والدينية والاجتماعية التي ترعى هذه صيغة الزواج الشرعي، ويكمن أيضاً في طبيعة الأركان والشروط التي شرعها الله تعالى لرعاية هذه الرابطة الزوجية، ومرونتها في قبول ما يمكن أن يدخل عليها من اعتبارات عرفية أو عادات اجتماعية أو حتى من باب حرية الإرادة الفردية في ترتيب بعض آثار عقد الزواج عن طريق اشتراط كل ما يمكن أن يحقق المصلحة الشخصية للزوجين أو الأسرة دون الإخلال بالمقتضيات والمقاصد الشرعية للعقد.

وعليه: فإن أي محاكمة فكرية أو إحصائية للزواج الشرعي، ستؤكد القيمة المركزية للإطار الحقوقي الذي توفره الشريعة الإسلامية، وهي التي ما زالت إلى يوم الناس هذا، الأثبت في أحكامها وغاياتها بعيداً عن أي تعديل أو تبديل، والأقدر على الإمساك بزمام الحياة الأسرية السعيدة في كنف المودة والرحمة، في

¹ Amandine Stehlin. op. cit, p 10.

² أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

حين أن الأطر الأخرى كالزواج المدني، وبعض الزيجات الدينية، عانت من عيوب فكرية وتحفيزية وبنوية، أعجزتها عن تبرير غاياتها، ومنعتها من توفير شروط الحياة وخلق التوازنات الضرورية للشراكة الزوجية العادلة.

الفرع الثاني: مدى اعتبار تقنين الزواج المدني ضرورة

يستدعيها النظام القانوني والاجتماعي

من المعروف أن أشد المجتمعات مطالبة بتقنين الزواج المدني هي تلك المجتمعات ذات البنية الطائفية المتنوعة كالمجتمع المصري والمجتمع اللبناني، وذلك راجع للانقسام العقائدي الواضح بين المكون المسيحي والمكون المسلم وما ينجر عنه من اختلاف في مسائل الأحوال الشخصية، لهذا فقضية الزواج المدني تثير الجدل والشكوك في شرعيتها في الإسلام والمسيحية، لأن شعوب الوطن العربي متدينة بطبعها وأديانها السماوية تحكم قراراتها المصيرية وتتدخل في شتى شؤون الحياة، فالزواج المدني من منظور الأديان السماوية يخالف شرعيتها، فما هو ممنوع في الأديان السماوية الثلاث (اليهودية والمسيحية والإسلامية) مشروع في الزواج المدني، إذًا من الطبيعي أن نجد كل ذلك الجدل بشأن قانون الزواج المدني في الوطن العربي.¹

ففي مصر مثلاً، نجد المطالبة بالزواج المدني مرتبطة بشكل أساسي مع ما يعانيه الأقباط من قضية الطلاق والزواج مرة ثانية، وكانت وزارة العدالة الانتقالية قد وضعت مسودة لمشروع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين تضمن فقرة تتعلق بالزواج المدني وهذا ما أثار جدلاً كبيراً بين الكنائس توصلت بموجبه إلى الإجماع على رفضه، علماً بأن الكنيسة الإنجيلية لم تعترض عليه في السابق.²

أما في لبنان فالوضع معقد أكثر بسبب كثرة الطوائف والمذاهب الدينية وغياب قانون مدني للأحوال الشخصية، فالزواج والطلاق في لبنان يحكمه الأديان والمذاهب الدينية والطوائف المتعددة التي تبلغ ثماني عشرة طائفة، ومطالبات اللبنانيون بالزواج المدني وصلت حد المظاهرات بالشارع، إلا أن القانون

¹ منة الرفاعي، قراءة في الزواج المدني في العالم العربي، نشر بتاريخ: 04/12/2018 الرابط:

<https://www.noonpost.com/author/25747>

² "وترفض الجمعيات والحركات الوصاية التي تمارسها الكنيسة على الأقباط، مصادرة بذلك حريتهم في تقرير مصائرهم، فلقد دعت إحدى الحركات (رابطة "صرخة") إلى تفويض الرئيس عبد الفتاح السيسي للعمل على وضع قانون مدني للأحوال الشخصية خاص بالأقباط وإبعادهم عن سطوة الكنيسة، في المقابل اعترضت رابطة "حملة الإيمان" على الزواج المدني وصرح الناطق باسمها... أنه مخالف لتعاليم المسيحية، مؤكداً... على حذف البند المتعلق بالزواج المدني، بالإضافة إلى إنه تم إلغاء اللائحة التي كانت تضم نحو ثمانية أسباب للطلاق، ولكن رفضت باعتبارها مخالفة لتعاليم الإنجيل ومن وضعها "علمانيون" واشترط البابا شنودة للتصريح بالزواج الثاني سببين: إما في حالة الزنا أم تغيير الديانة". منة الرفاعي، قراءة في الزواج المدني في العالم العربي، نشر بتاريخ:

04/12/2018 الرابط: <https://www.noonpost.com/author/25747>

اللبناني يعترف بالزواج المدني المنعقد في البلاد المجاورة، أما الزواج المدني بين مسلمة ومسيحي فيعتبره القانون زواج غير شرعي ووجودهما معاً يعتبر "مساكنة"، وفي حالة الخلاف سيلجأ الثنائي إلى المحكمة المدنية لكن لا يمكنها القول إن ما يجمعهما "زواج".¹

فالتوائف المسيحية مرجعيتها في مسائل الزواج القانون الكنسي الذي هو مجموعة عادات وأعراف كنسية منسقة وفق أبواب قانونية ليس للكتاب المقدس وخاصة عهده الجديد يدا في إخراجها، وإنما الفضل في ذلك، يعود إلى المجامع الكنسية ومؤتمراتها، وخاصة مؤتمر "ترنت"، كما أن التنظيمات القضائية التي جاء بها هي تاريخية أكثر منها قانونية²، ولهذا يمكن القول أن القضاء الروحي مستقل عن النظام القضائي للدولة، ولا يخضع إلى قوانينها، وأن في كثير من قوانين القضاء الكنسي مخالفت للنظام العام، فالكنيسة هي التي تسمي قضاتها، وهي التي تحدد صلاحياتهم، وهي التي تراقبهم، وليس للدولة أدنى إشراف عليه، ولا يحق لها التدخل في شؤونه، كما لا تجبي منه أية رسوم قضائية سواء على المعاملات أو الدعاوى أو الأحكام.³ وبناء على ما سبق، لا يشعر المسيحيون بارتياح إلى تلك القوانين، ولا باطمئنان إلى تلك المحاكم، وبذلك يتوفر عند بعضهم القناعة بوجود الدعوة إلى زواج مدني يراعاه قانون المدني تسنه الدولة، بيد أن الزواج في الإسلام لم يكن أبداً سرا من الأسرار، وإنما هو عقد من العقود نظمته الشرع وترعاه السلطة الحاكمة في الدولة وقضاؤها، له شروطه ومقدماته ونتائجه، والطلاق وإن يكن أبغض الحلال، إلا أنه جائز يمكن اللجوء إليه عندما تتعذر العشرة.⁴

إن المجتمع الجزائري بغالبية المسلمة، ورغم الهجمات العلمانية في شتى المجالات الاجتماعية والسياسية التي تغذيها الاتفاقيات الدولية في ميادين التشريع الأسري والتربية والتعليم والإعلام وغيرها. لا تصدق فيه، أسباب الدعوة إلى الزواج مدني، فأحكام الأحوال الشخصية قد وردت بوجه عام في قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها، فضلاً على ما يميز الأمة الجزائري من اتفاق في الهوية الوطنية التي تنأى به عن الطائفية وتحافظ على ارتباطه بالقرآن الكريم والسنة النبوية والفقهاء الإسلامي⁵.

¹ منة الرفاعي، المرجع نفسه.

² فليس من الطبيعي مثلاً أن تكون المراجعة ضد الأحكام التي تصدر عن بيروت أو طرابلس مثلاً تكون في دمشق أو روما.

³ محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 34، 35.

⁴ المرجع نفسه، ص 36.

⁵ ورد في عرض أسباب المشروع التمهيدي لقانون الأسرة في سنة 1981م: "إن المسائل التي جمعت اللجنة المكلفة بإعداد قانون الأحوال الشخصية ووضع أحكامها تعتبر مسائل معلومة في الشريعة الإسلامية وعند فقهاء القانون الوضعي، ولا تبتعد أصلاً عن تصرفات أفراد المجتمع الجزائري في حياتهم اليومية." وقد حمل تطور المجتمع اللجنة على الأخذ بالاجتهاد الذي لا يتعارض مع النص

الفرع الثالث: الموانع الشرعية التي تحول دون تقنين الزواج المدني

من الموانع الأكيدة التي تحول دون تقنين الزواج المدني بمفهومه العلماني؛ أن الشريعة الإسلامية نظام كامل ومنهج حياة، يشمل التوجيه والتشريع، وشؤون الدنيا والدين - وهذه قضية اعتقادية بحثة - وأنه في هذا الأمر الخطير لا يقبل الترفيع ولا الدمج ولا الاستيراد ولا الاقتباس، فهو ليس بحاجة قط، ولا يرضى بحال، أن يستورد قانون أجنبي لشؤون الزواج؛ بل لا يرضى أيضا - مهما ضعف المسلمون سياسيا - أن يقتبس مجرد اقتباس من أي قانون مدني وضعي في هذه الشؤون. لأنني أعتقد جازما - كما يعتقد علماء المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها - أن الإنسان المتحضر لم يعرف حتى اليوم قانونا أفضل من قانون الإسلام لإسعاد الحياة الزوجية.¹

فَعقد الزواج في الشريعة الإسلامية يشبه العبادات²، ولذلك يستحب عقده في المسجد، بخلاف العقود الأخرى. واشترط له بعض الفقهاء اللغة العربية إلحاقا بالأذكار الشرعية، فالقول بأن الزواج عقد أشبه بالعقود المدنية، أو أنه عقد مدني تشبيها لما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي قول فيه نظر. فالزواج في الإسلام مميز عن بقية العقود المدنية لأهميته وخطورته وقديسيته، ولأنه يتعلق بالبضع والنسب، ولورود النصوص الشرعية الدالة على أركانه وشروطه والمحددة لأحكامه وآثاره، لذلك اشترط فيه ما لم يشترط في غيره.

وقوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية أغلبها مستوحاة من الشريعة الإسلامية، ومعظمها تُعرّف الزواج بأنه عقد شرعي أي هو عقد يستمد مرجعيته من الدين الإسلامي ويرتبط ارتباطا وثيقا بالعقيدة الإسلامية، والمقصود بعقد الزواج في الإسلام إنما هو ارتباط رجل بامرأة ارتباطا يفيد حل المعاشرة على الوجه المشروع، ويخضع في أركانه وشروطه وأحكامه وآثاره للنصوص الشرعية. ولا شك أنه يمكننا استيضاح مخالفة صورة عقد الزواج الشرعي وخصائصه لبقية صور العقود المدنية وغيرها من صور العلاقات المذمومة لاقتران الرجل بالمرأة، من خلال استقراء أحكام النكاح وما يمكن أن يُستخلص

الصريح في القرآن وعدم التقيد بالمذهب، كلما وجدت إلى ذلك سبيلا، حرصا منها على إطار القيم العربية الإسلامية، طبقا لما ورد في الميثاق الوطني. انظر: سعادي لعلي، المرجع السابق، ص4.

¹ محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص ص 48، 49.

² وأجاب النووي رحمه الله عن مسألة: هل الزواج من أعمال الآخرة أم من أعمال الدنيا وحظوظ النفوس؟ فقال "إن قصد به شيئا من الطاعات، بأن قصد الاقتداء برسول الله ﷺ، أو تحصيل ولد صالح، أو إعفاف نفسه، وصيانة فرجه، وعينه، وقلبه، ونحو ذلك، فهو من أعمال الآخرة ويُثاب عليه، وإن لم يقصد به شيئا من ذلك فهو مباح من أعمال الدنيا وحظوظ النفس، ولا ثواب فيه، ولا إثم". انظر: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، فتاوى الإمام النووي المسماة: "بالمسائل المنتهزة"، تحقيق وتعليق: محمد الحجّار، دارُ البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط6، 1996م، ص179.

منها من مقاصد شرعية؛ خاصة وأن الشريعة قد راعت في مقاصدها من عقد الزواج التفرقة بين النكاح والسفاح وقوام ذلك يُحصّل أموراً هي:

1- الولي: فأول الفروق بين النكاح وبين الزنا والمخادنة والبغاء؛ أن يتولّى عقد المرأة وليّ لها خاصٌّ إن كان أو عامًّا، ليظهر أن المرأة لم تتولّى الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، لأن ذلك لا يرضى به الأولياء في عرف الناس الغالب عليهم، ولأن تولّى الوليّ عقد مولاته يهيئه إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها، وأن تكون عشيرته وغاشيته عوناً له في الذبّ عن ذلك، والوليّ العام القاضي إن لم يكن للمرأة وليّ من العصبه¹. وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تُزوّج المرأة ولا تُزوّج المرأة نفسها فإنّ الزانية هي التي تُزوّج نفسها"².

2- الصداق: المهر شعار النكاح وفارق بينه وبين الزنا والمخادنة ومن أجل هذا حرم نكاح الشغار لخلوّه من المهر، فلا يكون الزواج إلا بصداق يبذله الزوج للزوجة إكراماً لها ولذلك سماه الله تعالى نحلة، فقال: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾، والمهر واجب ولو لم يشرط ولم يسم مقداره كما هو معلوم وهذا المهر الذي ما يدفعه الزوج إلى زوجته إلا تكريماً لها ورمزاً للرغبة في الإقتران بها، وصيانة لكرامتها أن تمتهن في سبيل جمع المال، فهل يكون في الزواج المدني مهراً تقدمه هي للرجل بدعوى المساواة³.

3- الإعلان والشهرة: ويستحب إعلان النكاح، والضرب عليه بالدف حتى يشتهر ويعرف⁴ لأن الإسرار به يقرّبه من الزنا، ويعرّض النسل إلى اشتباه أمره، وينقص من معنى حصانة المرأة، قال النبي عليه وسلم: "فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح"⁵ وقال: "أعلنوا النكاح"⁶ فالشهرة بالنكاح تُحصّل

¹ واشترط الولي في عقد النكاح هو قول جمهور فقهاء الأمصار. وقال أبو حنيفة: هو شرط في نكاح الصغير والمجنون. محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج3، ص427

² رواه ابن ماجه، باب: لا نكاح إلا بوليّ. انظر: الملا علي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج5، دار الفكر- لبنان، ط1، 1422 هـ - 2002 م، ص2064؛ وهو في صحيح الجامع برقم: 7298، حكم الألباني بصحته وعبارة (فإنّ الزانية هي التي تُزوّج نفسها) ضعيفة عند الألباني، انظر ضعيف الجامع رقم: 6214. أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة المجددة والمزيدة والمنقحة، ص897. وروى الخطيب عن مُعَاذِ مَرْفُوعًا: "أُتِيَ امْرَأَةٌ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ وَلِيٍّ فَهِيَ زَانِيَةٌ". رواه ابن ماجه. وهو حديث موضوع. انظر ضعيف الجامع الحديث رقم 2223. محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، ص327.

³ أنظر: محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص50.

⁴ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد ابن سعيد النابلسي الحنبلي، المسائل المهمة فيما يحتاج إليه العاقد عند الخطوب المدلّمة، المحقق: عبد الكريم بن صنتان العمري، دار المدني المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، ط1، 1990م، ص103.

⁵ رواه الترمذي في باب ما جاء في إعلان النكاح، حديث رقم 1094

⁶ الحديث ورد من طريق عبد الله بن الزبير وعائشة.

معنيين: أحدهما: أنها تحث الزوج على مزيد الحصانة للمرأة لاختصاصه بها فهو يتعيّر بكل ما يمس حصانتها أو يرببها.

الثاني: أنها تبعث الناس على مزيد احترام للمرأة وانتفاء الطمع فيها إذ صارت محصنة.¹ أما التوثيق بتسجيل عقد النكاح والإشهاد عليه تسجيلاً يقطع إنكاره أو الشك فيه فذلك مجال للاجتهاد. الغاية من الشهادة في عقد الزواج التوثق والإعلان، وإثبات الواقعة والشهادة عليها عند الجحود والإنكار. والإسلام طلب الشهود العدول على عقد الزواج، والعدالة في الشهود شرعا لا تكون إلا في مسلم، فهل يمكن أن ينص قانون الزواج المدني مثلا: (يشترط في عقد زواج المسلم أن يكون الشاهدان مسلمين؟؟)، وأيضا كيف يمكن أن يعالج قانون الزواج المدني مسألة دين الموظف الرسمي المكلف بعقود الزواج؟²

4- الديمومة: "فإن الدخول في عقدة النكاح على التوقيت والتأجيل يقربّه من عقود الإجازات والأكرية، ويخلع عنه ذلك المعنى المقدس الذي ينبعث في نفس الزوجين من نية كليهما أن يكون قرينًا للآخر ما صلح الحال بينهما، فلا يتطلب إلا ما يعين على دوامه إلى أمد مقدور."³

كما أن تأقيت عقد الزواج بأجل يبعث في النفس انتظار حلول أجله، وتهيئة ما يخلفه بعد انتهائه، فتطلع نفس الزوجة إلى رجال تمنينهم، أو التعسف في مال الزوج بالنفقة الزائدة. وفي ذلك تهديد لكيان الأسرة، ومدعاة لانصراف كل من الزوجين عن إخلاص الود للآخر. وهذا يفضي لا محالة إلى ضعف الحصانة الزوجية وترهل أواصر المودة والرحمة.

إن على الإنسان أن يدخل على الزواج بعزيمة بعد تفكير عميق وروية ثم ينفذ العزم على عقد. ولذلك فإن الزواج القائم على غير رويّة، والمعلق على أسباب مؤقتة كقضاء الشهوة لا يستمر ولا ينجح. ومثل ذلك زواج المتعة؛ فالعلة في تحريم زواج المتعة أن المقدم عليه لا يريد به الاستمرار في الحياة الزوجية، وما دام لا يقصد منه الديمومة فمعناه أنه هدف للمتعة الطارئة وأطماع شهوانية زائلة.⁴

5- الطلاق: فإلحاح آصرة النكاح بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة، وبالتطليق القضائي، وبالفسخ. والمقصد الشرعي فيه ارتكاب أخف الضرر عند تعسّر استقامة المعاشرة، وخوف ارتباك حالة الزوجين، وتسرب ذلك إلى ارتباك حالة العائلة. فكان شرع الطلاق لحل آصرة النكاح. وقد أشار إلى ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة، الآية: 229]، وجعل سبحانه أمر الطلاق بيد الرجل لأنه في غالب

¹ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج3، ص 430، 431.

² محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 51

³ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص 432/3

⁴ محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي - الخواطر، ج2، مطابع أخبار اليوم، د ط، 1997م، ص 1015

الأحوال أحرص على استبقاء زوجته وأعلق بها وأنفذ نظرًا في مصلحة العائلة. على أنه قد جعل للمرأة الوصول إلى الطلاق بطريق الخلع، أو بطريق الرفع إلى القضاء إن حصل إضرار. كما جعل للمرأة أيضًا مخلصًا مما عسى أن يكون في بعض الرجال، أو في عرف بعض القبائل أو العصور من حماقة أو غلظة جلالة، أو تسرع إلى الطلاق اتباعًا لعارض الشهوات، بأن تشترط أن يكون أمر طلاقها بيدها، أو أمر الداخلة عليها بيدها، أو إن أضرت بها فأمرها بيدها، أو نحو ذلك¹.

فالإسلام حدد الطلاق تحديدا واضحا ، فمنه ما هو رجعي ، ومنه ما هو بائن يحل للمطلقين فيه الرجوع إلى بعضهم بعقد جديد ، ومنه ما هو بائن بينونة كبرى ، لا تحل بعدها الرجعة إلا بشروط ، كما حرم الطلاق في أوقات محددة كفترة الحيض²، فأين سيكون مقام هذه النصوص في شرعة الزواج المدني ؟

6- اختلاف الجنس: إن الله قدر بقاء البشرية إلى قيام الساعة، ولا يكون هذا البقاء إلا بالتناسل، ووجرت سنة الله في خلقه أن التناسل لا يكون إلا بين الذكور والإناث³، ولا يحصل ذلك بينهما إلا بالوطء، فجعل الشرع طريق ذلك الوطء النكاح؛ لأن في التغالب فساد، وفي الإقدام بغير ملك اشتباه الأنساب وهو سبب لضيع النسل⁴، فهي خاصية الزواج في جميع الأديان السماوية والقوانين الوضعية إلا ما شذ عنها في زماننا في بعض الدول الغربية.

7- المحرمات: حددت الشريعة الإسلامية المحرمات من النساء، ومنها محرمات الرضاع فهل سيعترف قانون الزواج المدني بالمحرمات وفقا للتشريع الإسلامي وبمحرمات الرضاع؟⁵

8- تحريم المسلمة على غير المسلم وتحريم غير الكتابية على المسلم وفي نفس الوقت يجوز للمسلم الزواج من الكتابية.

والإسلام يحرم المرأة المسلمة على غير المسلم ، والدليل على هاته الحرمة قوله تعالى ﴿ ولا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [سورة البقرة، الآية 221] ، وقد أجمعت الأمة على أن المشرك لا يوطأ المؤمنة بوجه، لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام⁶. وذهب الأئمة¹ إلى القول بلا ولاية لكافر على مسلم سواء كان ذمياً

¹ محمد الطاهر بن عاشور ، المرجع السابق، ج3 ، ص ص 445 ، 446

² محمد علي ضناوي، المرجع السابق ، ص 50

³ أسامة بن سعيد القحطاني، علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضير وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1433، 1هـ-2012م، ص 90.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج4 ، دار المعرفة ، بيروت، د ط، 1993م، ص 193.

⁵ محمد علي ضناوي، المرجع السابق ، ص 51

⁶ القرطبي، المرجع السابق، ص 72 .

أو حربياً أو مرتداً، لقوله تعالى ﴿ وَلَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾²، وذلك أن علة تحريم نكاح الكافر للمؤمنة هو درأ لمفسدة وقوع المؤمنة في الكفر، فالزوج يدعوها إلى دينه، والنساء عادة يتبعن الرجال ويُقلدنهم في الدين³، وإنما أجاز الإسلام للرجل ما لم يجز للمرأة لأن المرأة الكتابية تتزوج رجلاً يؤمن بالأديان السماوية كلها في ينوعها الأول، ولا يفرق بين الأنبياء والمرسلين، ويعتبر عيسى ابن مريم وأمه آية للعالمين، بينما المسيحي مثلاً الذي سيكون زوجاً للمسلمة لا يؤمن بالقرآن، ولا يشهد أن محمداً رسول الله وخاتم النبيين⁴. كما أن العائلة في الإسلام أبوية تثبت فيها نسب الأولاد من الزوج لا من الزوجة كما هي الحال في كثير من القوانين الوضعية، وأن أولاد المسلم من زوجته الكتابية يجب أن ينسبوا إلى الإسلام مراعاة لدين الأب.

فانطلاقاً من الخصوصية الشرعية لقانون الأسرة، وبموجب المادة 30 ق.أ.ج لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج بغير المسلم (كتابي أو مشرك)⁵، ويُعتبر هذا قيد على الحرية في الزواج بسبب الدين، في مقابل الحفاظ على عقيدة الزوجين المسلمين واعتباراً لهيمنة الإسلام على سائر الشرائع، ومراعاة لواجب صيانة الأسرة من الانحلال، بسبب الاختلاف في الدين، فقد لا يحترم الزوج غير المسلم لمقدسات زوجته، مما يُنفر الزوجة المسلمة من زوجها، ومن ثمة تتعرض الأسرة للخصام الذي ينتهي بوضع حد لهاته الأسرة⁶.

وفي هذا إطار، انتقدت اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁷ الجزائر، حيث لاحظت أنه على الرغم من تعديل قانون الأسرة، إلا أنه يمنع المرأة من حرية اختيار زوجها بسبب الدين، حيث تنص المادة 30 أ: "يحرم من النساء مؤقتاً... زواج المسلمة مع غير المسلم"، الأمر الذي يتعارض مع المادة 16

¹الكساني، المرجع السابق، ص 271 عبد الرحمن بن حسن النفيسه، مسائل في الفقه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية متخصصة في الفقه الإسلامي، مارس، أبريل، مايو، 2006، ع 70، مطابع دار البحوث، الرياض، ص 290 وما بعدها.

²الآية 141 من سورة النساء.

³تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر، المرجع السابق، ص 17.

⁴محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 49.

⁵وإذا كان المشرع المغربي قد وافق نظيره الجزائري في المادة 4/39 من المدونة: "موانع الزواج المؤقتة هي: ... 4- زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية"، فإن المشرع التونسي قد سكت عن هاته المسألة، اعتماداً على كفالة الدستور التونسي لحرية الدين والمعتقد، فالإشارة الوحيدة لمجلة الأحوال الشخصية للمعتقد جاءت في الفصل 59 الذي ينص: "إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها..."، فالنص يُقر بطريقة غير مباشرة حق الاختلاف في الدين بين الزوجين. أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المغرب، مطبعة السلام، الربا، 2010، ع 43، ص 10 وما بعدها.

⁶بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 317.

⁷تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، الدورة 44، جنيف 21 مايو 2010، E/C.12/DZA/CO/4.

1/ - ب من سيداو: "1 - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: أ) ... ؛ ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل"، ونصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "للرجل والمرأة... حق تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين."

9- تعدد الزوجات: إن نظام التعدد في الإسلام نظام أخلاقي إنساني، أباحه الشرع للحاجة والمصلحة الاجتماعية المترتبة عليه، ووضع حدود هذا التصور وأسبابه باعتبارات اجتماعية وإنسانية.¹ أما إنه أخلاقي فلأنه لا يسمح للرجل بأي حال من الأحوال أن يتصل بأكثر من أربع نساء، وهذا الاتصال لا يكون سرًا بأي واحدة منهن، بل لا بد أن يكون عن طريق إجراء عقد وإعلان هذا العقد، ولا بد من أن يعلم أولياء المرأة بهذا الاتصال الشرعي ويوافقون عليه، ويسجل هذا العقد طبقًا للتنظيم القانوني في سجلات مخصصة لعقود الزواج، وأن يشهر هذا الاتصال وسط جمع من الناس بكل فرح وإكرام فخلق المسلم يحتم عليه ذلك.

وأما أنه نظام إنساني فلأن الرجل يقوم بدور فعال في المجتمع عن طريق تخفيفه من أعباء المجتمع؛ بأن يتحمل مسؤولية امرأة ويكون زوجًا يحصنها ويتكفل بحاجاتها؛ ويؤسس بناء خلية اجتماعية تنتج للأمة نسلًا عاملاً، وينفق على زوجته أثناء حملها وولادتها، وينسب له الأولاد الذين أنجبهم منها، ويعتز بهم، وتعزز بهم أمتهم في المستقبل. إن نظام التعدد يُنظم الإنسان فيه شهوته إلى قدر محدود، ولكنه يضاعف أعباءه ومسؤولياته عن أسرته إلى قدر غير محدود، فهو لا جرم نظام أخلاقي يحفظ الأخلاق، إنساني يشرف الإنسان.²

والسؤال هنا أيضا كيف سيواجه الزواج المدني هذه القضية الهامة؟

إن القوانين المدنية عند الغرب والمعاهدات الدولية ذات الشأن تحرم التعدد بنص صريح، والقرآن يبيحه بنص صريح أيضا فهل يقبل المسلمون بتحريم ما أباحه الله؟

10 - النفقة والسكن وشرعة المواريث: أوجب الإسلام على الرجل في عقد زواجه، النفقة والسكن، ويمتلك الإسلام شرعة منسقة في الميراث وهو يمنع التوارث في حالة اختلاف الدينين، فكيف يمكن أن

¹ محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص 49.

² أحمد بن سليمان أيوب ونخبة من الباحثين، موسوعة محاسن الإسلام ورد شبهات اللغام، فكرة وإشراف: د. سليمان الدريع، ج 11، دار إيلاف الدولية للنشر والتوزيع، ط 1، 2015 م، ص 231.

تعالج هذه المسألة الواجبة ومدنية القانون تقتضي المساواة في الحقوق والواجبات وماذا تفعل بالنصوص القرآنية المحكمة؟¹

ويجدر بنا في هذا المقام الإشارة إلى الانتقادات التي وجهتها اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية² لبعض الخصائص التي تميز عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، كالولي و تعدد الزوجات وحظر زواج المرأة المسلمة من غير المسلم حيث جاء في تقريرها "... وتلاحظ اللجنة بقلق أنه رغم التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة في عام 2005، لا يزال يسمح بتعدد الزوجات، وأن الشرط القانوني المتمثل في ولي المرأة في الزواج لم يلغ، وأن المادة 30 من قانون الأسرة تحظر زواج المرأة المسلمة من غير المسلم... توصي اللجنة الدولة الطرف بإجراء مراجعة إضافية لقانون الأسرة لتضمن إلغاء تعدد الزوجات، وإلغاء شرط ولي المرأة في الزواج، وأن يُعترف بالزواج الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم اعترافاً قانونياً كاملاً وبدون استثناء."³

كما انتقدت هذه اللجنة نظام الميراث والسلطة الأبوية في تقريرها قائلة: "وتلاحظ اللجنة بقلق أنه رغم التعديلات على الدستور، التي استدعتها المادة 31 مكرراً من القانون رقم 08-19 المؤرخ 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2008، وعلى قانون الأسرة وقانون الجنسية، لا تزال أوجه التفاوت من حيث القانون والممارسة قائمة فيما بين الرجال والنساء، ولا سيما استمرار القوالب النمطية والمواقف والتقاليد التي تكرس السلطة الأبوية بشأن أدوار الرجال والنساء داخل الأسرة والمجتمع. وتشعر اللجنة بالقلق أيضاً إزاء التمييز الواقع على المرأة (لا سيما فيما يتعلق بحقوق الإرث)،... كما توصي اللجنة الدولة الطرف ببذل المزيد من الجهود لتعزيز المساواة بين النساء والرجال على جميع مستويات المجتمع، بما في ذلك الجهود الرامية إلى القضاء على التصرفات النمطية والمعايير التقليدية إزاء مسؤوليات وأدوار النساء والرجال داخل الأسرة والمجتمع. وتلفت انتباه الدولة الطرف إلى التعليق العام رقم 16 بشأن المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"⁴.

¹ المرجع نفسه ، ص ص 50، 51.

² تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، الدورة 44، جنيف، مايو 2010، E/C.12/DZA/CO/4

³ التقرير نفسه.

⁴ التقرير نفسه .

المطلب الثاني: تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية

عاد في الفترة الأخيرة، النقاش والجدل في أوساط السياسية وبعض المنظمات النسوية حول قانون الأسرة بين من يطالب بالإلغاء التام للقانون وبين من يكتفي بطلب تعديله، وصاحب هذا النقاش رؤى متعددة تنظر إلى بعض الجزئيات والثوابت من زاوية حقوقية أو شرعية أو حتى مجتمعية.

إذ تعرب بعض المناضلات النسويات عن تأييدهن لإلغاء قانون الأسرة الحالي الذي اعتبرته مكرسا لدونية المركز القانوني للمرأة اضطهادها، بما يتنافى ومبادئ الدستور الذي ينص على المساواة بين المواطنين، وأنّ منع العنف هو العلاقة المبنية على الهيمنة الذكورية عندما تعطي القوانين والإجراءات السلاح للذكور للسيطرة أكثر، كما يدافع عن خيار العمل بقوانين مدنية حديثة، مع سنّ بعض الإجراءات الجديدة التي تنصف المرأة وتحمي الأسرة وتضمن لها كرامتها¹.

في حين يرد التيار الإسلامي والمحافظ على التيار القائل بأن تحديات ورهانات الأسرة تغيرت واختلفت عما كانت عليه أيام صدور قانون الأسرة، برد مقتضاه أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، معتبرين الإلغاء التام لقانون الأسرة والاحتكام إلى القوانين التي لاتستمد أحكامها من الشريعة خطر كبير على استقرار المجتمع وتهديد محقق بكيان الأسرة، أمّا المطالبة بالتعديل في جزئيات أحكام الأسرة وصياغتها القانونية، فهذا أمر لا بأس به ما لم يتعارض مع ثوابت الشريعة الإسلامية .

وفي خضم هذا السجال تجدر الاجابة عن شبهات مفادها أنه إذا سلّمنا أن الشريعة قد أدّت دورها إبان البعثة، وفيما تلا ذلك من القرون الأولى في صيانة أركان الأسرة والمجتمع، والوفاء بحاجتهما البسيطة يَوْمئِذٍ، فهل تصلح اليوم للوفاء بحاجات مجتمعنا المعاصر على تنوع مطالبه وتشابك قضاياها ونوازله، وبلوغها الغاية في التعقيد والتطور؟!

وإذا كان جوهر الإنسان هو التغيّر، وجوهر الشريعة هو الثبات، فكيف للقوالب التشريعية الثابتة التي لبّثت حاجات القرون الأولى أن تليّ حاجات هذا القرن الذي تتصارع فيه الإيديولوجيات والمذاهب؟! وإذا كانت النصوص التشريعية محدودةً وتوقيفية، وحاجات الإنسان متجدّدةً وغير متناهية، فأنتى للمحدود المتناهي أن يفيّ بحاجات اللامحدود وأن يليّ متطلباته؟!

أليس من الأحفظ للشريعة أن نصوصها تراثاً مقدّساً نذكره بكل الإكبار والإجلال؛ كظاهرة تاريخية فذة، ثم نطلق نحو بناء تشريعي معاصر من وحي الحضارة المدنية الحديثة، بعيداً عن التقيّد بهذه الظاهرة التاريخية؛ فنصون بذلك تراثنا من العَبَث، ونحرّر مسيرة تقدّمنا من الجُمُود؟! ألا تزال مَقولُهُ صلاحية

¹ كريمة خلاص، موقع جريدة الشروق، مقال صحفي، قانون الأسرة يعيد الجدل بين المطالبين بالإلغاء والمكتفين بالتعديل،

الشرعية لكل زمان ومكان تفرض وصايتها على عقولنا المعاصرة، وتُحوّل بيننا وبين الانعتاق التشريعيّ، والانطلاقة الحرة نحو ما نصبو إليه من منجزات وطموحات؟! ¹

الفرع الأول: قانون الأسرة يستمد سلطانه وغاياته من الشرعية ومقاصدها.

إن خضوع المجتمع لسلطان القانون وغاياته لاسيما قانون الأسرة يجب أن يستمد أساسه من سلطان الشرعية الإسلامية وربانية مقاصدها، إذ هي التي تدفع إرادة الزوجين إلى تنفيذ الالتزامات الشرعية على نحو من الوثام النفسي والعاطفي والأخلاقي، قال تعالى: ﴿وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [سورة الروم: الآية 21]، لأن حقيقة الخضوع لقوانين الأحوال الشخصية واحترام إطارها الحقوقي في تنظيم الروابط الأسرية والعلاقات الحميمية يتوقف إلى حد بعيد على مدى تقدير المكلف للقيمة الإلزامية في القاعدة القانونية، ومدى قداسة مصدرها في نظره، وقوة سلطانها على مواطن اعتقاده الديني والفكري والنفسي والعاطفي.

الحقيقة أن الصبغة الشرعية لعقد الزواج قد كرسها قانون الأسرة الجزائري 11/84 بعد سلسلة من المشاريع والمحاولات التشريعية الهادفة لتقنين أحكام الشرعية الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية²، لتتوافق أحكام الزواج مع ما جاء به الأمر رقم 75/58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن للقانون المدني الجزائري³، والذي يجعل في مادته الأولى الشرعية الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي الجزائري⁴، وقد جاءت المادة 02 من دستور 1996/11/28، المعدل في الأول من نوفمبر 2020، لتنص صراحة على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام⁵. وجاء في المادة 139 منه: "يُشرع البرلمان في الميادين التي يختصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: 2... - القواعد العامة المتعلقة بالأحوال الشخصية والأسرة، لا سيما منها الزواج والطلاق والنسب والأهلية والتَرَكات،..."

¹ صلاح الصاوي، مقالة: صلاحية الشرعية لكل زمان ومكان - من كتاب "شبهات حول تطبيق الشرعية الإسلامية"، موقع الألوكة الشرعية، تاريخ التحميل: 2021/08/23. رابط الموضوع: <https://www.alukah.net/sharia/0/1819>

² ونذكر منها مشروع 1966، و مشروع 1973، و مشروع سبتمبر 1981 و الذي قدم للمجلس الوطني الشعبي في جانفي 1982. راجع: إسحاق إبراهيم منصور. الثورة التشريعية الجزائرية وأنجازاتها الضخمة. مجلة الشرطة، عدد 34، 1987، ص 37 وما بعدها.

³ المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005.

⁴ تأتي أحكام الشرعية الإسلامية بعد النصوص التشريعية مباشرة (م 2/1 ق.م.ج).

⁵ دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل في 10/04/2002، وهو ما جاء في م 4، من دستور 1963ء و م 2 من دستور 1976ء و م 2 أيضا من دستور سنة 1989.

كما أكد المُشرِّع الجزائري هذا التوجه في المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص بكل وضوح على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما أن م 223 تعلن بكل قوة بأنه " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"، ومنه يمكن اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية.

أما قضاء شؤون الأسرة في بلادنا فأحكامه تصدر باسم الشعب (م166 من الدستور)، ومحامه جزء من التنظيم القضائي للدولة وتطبق القوانين التي صدرت عن نواب الشعب سواء قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويُعين قضاؤها بموجب مراسيم ، ويتقاضون رواتبهم من خزينة الدولة ، أسوة بسائر قضاة الجمهورية.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه من المقرر فقها و قضاء أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي لا غير¹، وأشارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها المشهورة إلى مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية بدون منازع² ، وأنه لا يصح تطبيق الأعراف المحلية في مادة الأحوال الشخصية بين المسلمين إذا كانت هذه الأعراف مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية³، غير أنه يجب الإشارة إلى أن القاضي يبقى مقيدا عند تطبيقه للمادة 222 من ق.أ.ج بالقدر الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الوضعي في جملته، وذلك حتى يبقى للتشريع الوضعي تجانسه في الأحكام الواردة فيه.

ولا يزال المواطنون إلى يومنا هذا مرتبطين بجهاز الدولة القضائي في مسائل الزواج مذ وجد التنظيم القضائي للدولة. وتؤكد هذا الارتباط بالقوانين التي صدرت لتنظيم الأحوال الشخصية، وهذا دليل كبير على رغبة المواطنين باستمرار ترابطهم مع الدولة، على صعيدي التشريع والقضاء، وبإعطاء عقود زواجهم وأحكامهم الصفة القانونية الشاملة⁴.

وعلى هذا فالمجتمع الجزائري لا يشعر بضرورة الزواج المدني، فزواج المواطنين الجزائريين يجري بعقد قانوني، ومحامهم تسير وفق إجراءات قانونية.

¹ المحكمة العليا، غ، ق، خ، 12 /05/ 1968 ، ج، 1969 ع 2، ص545؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6 ، 2010 ، ص20.

² المحكمة العليا، غ، ق، خ، 21/06/1967، م.ج، 1968، ع 4، ص1193. مقتبس عن: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج ، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6 ، 2010 ، ص19.

³ المحكمة العليا، غ، ق، خ، 1971 /2403/ ن، ق، 1972، ع 2، ص 72.

⁴ محمد علي ضناوي، المرجع السابق، ص46

أما العيوب والأخطاء التي تعترى قضاء الأحوال الشخصية فهي لا تبرر إلغاء قانون الأسرة أو إخضاعه لأحكام القانون المدني؛ وهل يسوغ لعاقل طلب إلغاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلا لمجرد تراكم الأخطاء والتجاوزات؟ أم أن العيوب والتجاوزات هي من خصائص التشريع الوضعي بصفته عمل بشريا يعتريه الخلل، والذي يجب أن نفسح له مجال الإصلاح والتقويم لا الإلغاء الشامل، خاصة وأنا نرى المُشرِّع الجزائري يحدّ في السير نحو استقلالية القضاء وإصلاح المنظومة القضائية والتشريعية، وهذا بذاته يجعل القضاء في حركة نحو الأفضل والأكمل، ولذلك نرى بعض دعاة إصلاح قانون الأسرة يقفون في وجه التيار العلماني الاستقصالي، وينشطون في سبيل الوصول به إلى أرقى مستوى تنظيمي وعلما وعدلا وخدمة للمجتمع.

هذا؛ وإنّ التمسك بالمرجعية الإسلامية لتشريع قانون الأسرة اليوم ما هو في الحقيقة إلا استلام لمشعل السياسة التشريعية الوطنية التي انتهجتها الدولة بعد الاستقلال مباشرة عندما جعلت الفقه الإسلامي أساسا لقوانينها وتشريعاتها، تحقيقا للاستقلال القانوني، وبعثا للنهضة التشريعية، بهدف التخلص من عيوب التبعية القانونية، واستكمال مقومات الشخصية الوطنية، بإحلال القوانين الوطنية محل القوانين الأجنبية التي تمجد الأفكار الاستعمارية¹ وهذا اتجاه أصيل وعقلاني لسد الفراغ القانوني والتشريعي وخلق نهضة حقوقية شاملة، بتطوير المنظومة التشريعية وإرساء دعائم استقلالية القضاء وسيادة دولة القانون².

ولقد أحسن المُشرِّع الجزائري صنعا عندما اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً للقاعدة القانونية، ومصدراً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية، واحتياطياً في غير المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالمعاملات المالية (م 2/1 من ق.م.ج).

غير أن هذا لا يعني مطلقاً أن للسلطة التشريعية حق التشريع بما يخالف الشريعة الإسلامية في كليتها وجزئياتها، وإنما الواجب على الدولة بحكم دستورها الذي ينصّ بها عن التوجه اللائكي، بعد أن تبنت الإسلام ديناً لها، وهو أمر يجب أن يجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً وحيداً للتشريع في قضايا المسلمين الشخصية، وهذا المفهوم يتعارض تماما مع إمكان تقنين الزواج المدني بمفهومه العلماني في الجزائر، لأن الشريعة الإسلامية لا تقبل بحال أن تسلب الشرعية من زواج المسلمين أو أن يقف القانون على الحياد من تنظيم أحوالهم الشخصية، ومن أجل هذا يجب أن يرفض الجزائريون الزواج العلماني.

¹ حليلة أيت حمودي، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، م، ج، 2001، ع 3، ص 123 وما يليها.

² الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر، دار القصة الجزائر، 2008، ص 46 وما يليها.

ولأن مسؤولية الحفاظ على الانسجام الاجتماعي والأمن القانوني تقع على عاتق الدولة لاسيما السلطة التشريعية، فإنه يجب عليها مراعاة المرجعية التشريعية الملائمة لعقيدة المجتمع خصوصا في مسائل الأحوال الشخصية، وتظهر خطورة هذه القضية بعد سيادة المنظومة الأممية لحقوق الإنسان على التشريعات الوطنية ودفعها نحو عوامة قوانين الزواج، وغلوها في الانفتاح على مبدأ سلطان الإرادة كعنصر مؤسس لمفهوم الزواج؛ إذ جعلت للفرد حرية تقرير شروط العقد وترتيب آثاره دون مراعاة لقيود الدين، ولا اعتبار للخصوصية الاجتماعية والثقافية، والأدهى من ذلك أن النظم الديمقراطية المعاصرة أعطت القاضي حق التشريع الوصفي للعلاقات الأسرية، فهو من خلال مبدئي الحرية والمساواة يملك صلاحيات واسعة في تكييف الروابط الأسرية وتقرير حق الزواج للجميع دون تمييز بين الأفراد على أساس الجنس أو الدين، ما أدى إلى انهيار عنيف للزواج المدني التقليدي الذي كان في يوم من الأيام انتصار باهراً للثورة الفرنسية.

والحاصل أن القانون المدني الذي بدا وكأنه الصيغة الثورية التي قدر لها نظرياً أن تحتاح العالم وتنظم روابط الحالة الشخصي والعلاقات الأسرية سقط في مواطنه التاريخية بشكل مدهش، ليتأكد بذلك أن الوزن القانوني للعلاقة الزوجية أكبر من أن ينظمه إطار حقوقي للالتزامات المادية أو الإشباعات جنسية، خاصة بعد انهيار الهيكل الحقوقي لمفهوم الزواج التقليدي على إثر إقرار بعض التشريعات للزواج المثلي، فالاختلاف بين جنس الزوجين، لم يعد شرطاً للزوجية في الإطار الحقوقي الجديد للزواج المدني، كما أن العلاقة الجنسية خارج إطار الزواج المدني لم تعد جريمة تبرر للشريك الآخر طلب الطلاق وإلزام القاضي بذلك، بل أضحت العلاقات الجنسية الحرة وجه لحرية الحياة الخاصة وموضوعاً للاتفاق التعاقدية بين الزوجين بما يقتضيه سلطان الإرادة من حرية لطرفي العقد وجزءاً من ماهية المفهوم الجديد للزواج المدني¹.

وهذا أكبر هدم قانوني طال أصل الرؤية التي تحكم هذا الإطار التاريخي الذي تنتظم على أساسه نظرية الجماعة الأسرية وعملية التكاثر، ذلك أن الزواج - تقليدياً - كان له تأثير جعل البنوة شرعية ومنح الأطفال الحقوق الناشئة عنها، فإن تكريس الحرية والمساواة كأساس للزواج قد أدى إلى:

1. الاعتراف بالحقوق الأسرية المتساوية، كالمساواة في النسب والحقوق بين الأطفال الشرعيين والأطفال الطبيعيين المولودين خارج المؤسسة الزوجية.

2. كما نال الإطار الحقوقي لسلطان الإرادة حق الجنين، فقننت التشريعات المعاصرة في الغرب حرية الإجهاض كحق ثابت للزوجين يجوز لهما اللجوء إليه متى دعت إليه الحاجة، كما أنه أصبح حق لتلك الأم العازبة التي لم تعد ترغب في حمل نتج عن إرادتها الحرة ورضاها الكامل بعلاقة جنسية عابرة.

¹ أحمد قبلان، المرجع السابق، ص 19

3. وتم تشريع التلقيح الاصطناعي دون ضوابط تحفظ النسب سواء كان ذلك عن طريق بنوك المني أو بنوك الأجنة، واخضع الحمل والأمومة لعقود استئجار الأرحام والرضاعة لبنوك اللبن الآدمي، وهي في الحقيقة مظاهر كشفت الستار عن عمق الأزمة الأخلاقية التي طالت أصل نظرية الزواج المدني في الغرب.

الفرع الثاني: الخصائص التشريعية والحقوقية للزواج الشرعي

يكفي أن نستقرأ المنظومة الحقوقية للزواج في الإسلام ومضامينها الشرعية، وطبيعة أركان العقد وقابليته للاشتراط، بالإضافة إلى السلطة الزوجية، ومعنى الولاية الاجتماعية ومساحتها، والفرز التفصيلي على مستوى الحقوق والواجبات بين الزوجين، حتى يثبت المعنى الرفيع للتكامل الزوجي والتوازن العاطفي الذي امتازت به الشريعة الإسلامية عن غيرها من الأنظمة، ما أعطها القدرة على الإمساك بشروط البقاء رغم التحولات الكثيرة، والانقلابات الجذرية في المفاهيم والثوابت، بل رغم انفلات العلمنة بشكل لا سابق له¹، و يمكننا أن نشير إلى بعض المميزات التشريعية للزواج في الإسلام:

1- المسؤولية الأخلاقية والاجتماعية والمالية وغيرها، هي أصل مستقل لكل من الزوج والزوجة، تتحدد بمقدار الواجبات الزوجية ومعانيها الحقوقية، لذا هي تختلف من الزوج إلى الزوجة بمقدار التزامات كل منهما، فالتزامات الزوج المالية أكبر من التزامات الزوجة، على اعتبار أن الشرع يقرر أن الإنفاق ورعاية شؤون الزوجة المالية واجب في ذمة الزوج، وهكذا حسب الموجب الحقوقي اللازم بين الطرفين².

2- الجانب القيمي للزواج كشعيرة دينية يعني تمكين هذه الرابطة وتفاعلاتها من الغايات والمقاصد الشرعية التي يراها الإسلام، ما يعطي العقد بعده التعبدي مع ما لهذا المعنى من ثقل في تحفيز المعاشرة الزوجية السوية، أما الزواج كقيمة قانونية فيجب أن يكون جزءاً من إطار التشريع العام المرتكز على فقه المقاصد والغايات، لا على فقه الضرورة النظامية وفق أسس المادية وحرية إشباعها، فالعلاقة الزوجية لا تسلب الهوية الفردية لطرفي الزواج وتوابعها الحقوقية، بل تؤكدتها وتأخذ من طرفيها مقدار ما يلزم لقيام الانسجام الواجب في الشراكة الزوجية من أجل تحمل المسؤوليات الواجبة عليهما كوالدين .

ومن نتائج ربط الشعائر والشرائع بمقاصد مادية محضة، أن كتب بعضهم يقول: أن المقصد الشرعي من تحريم المعاشرة خارج مؤسسة الزواج إنما هو حفظ النسب والنسل، وعليه فإنه لما تطورت تقنيات التحليل الطبي الحديثة لكشف النسب وتطورت نظم الرعاية الاجتماعية للطفل، فإن مقتضى ذلك مشروعية العلاقات غير المشروعة بين الجنسين، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمياً، ولن تتحقق مفسدة اختلاط

¹ المرجع نفسه ، ص 17

² المرجع نفسه ، ص 19

النسب وضياع النسل! وهذا النموذج وإن كان نموذجاً متطرفاً ولم يكتب له الانتشار بسبب بشاعة صورتها النهائية، إلا أنه مما يكشف المآلات الخطرة التي يؤول إليها ربط الشعائر والشرائع بمجرد مقاصد مادية أو اجتماعية أو مدنية ونحوها، والغفلة عن المقاصد الأولية التي نبه إليها الوحي، وأساس هذه الانحرافات كلها هو الضلال في فهم مقصود الشارع بالشعائر والشرائع، واختزال تلك المقاصد كلها في المصلحة الاجتماعية والمدنية والمادية، حتى إذا تحققت بعض تلك المقاصد الاجتماعية من غير طريق الشريعة لم يعد أولئك يعقلون معنى للعبادات والتشريعات الإلهية¹.

3- الزواج في الشريعة الإسلامية يؤكد الطابع الأخلاقي للالتزامات المشتركة بين الزوجين:

فهو يمكن للإرادة سلطان الاختيار بين التعهدات التي تتأصل كشرط لازم للوفاء حيناً، ومستحب الوفاء أحياناً أخرى، فالشريعة تؤكد مشروعية الاشتراط في عقد الزواج كأداة لتحقيق المصلحة المعتمدة شرعاً ليس في أصل الشرط بين الزوجين أو أحدهما فحسب، بل كجزء من الضمانات اللازمة على عاتق الزوجين تجاه الأولاد والمجتمع كآلية توفر جو من الانسجام والتفاهم الأسري، وهذا أمر غريب عن الزواج المدني الذي لا يهتم إلا بمشكلة الأنا المادية والاستجابة لحرية الإرادة الفردية بغض النظر عن مصلحة المجتمع.

4- حصر الشريعة الإسلامية للعلاقات الجنسية في عقد الزواج وملك اليمين: فالزواج مرها

وأصل إباحتها، وبالتالي فكل أنواع الشراكات الأسرية والاتحادات المدنية والصدقات الجنسية سفاح محرم ومجرم في الشرع، فضلاً عن المنظومة القانونية الوطنية التي تمنع أي نوع من الزنا والإباحية وما يثير الغرائز من سفور يمس النظام العام والآداب العامة، وهذا ما يضمن قيام حصانة اجتماعية وقانونية تكفل رعاية الجانب الغريزي والمظهر الأخلاقي والقيمي بين الزوجين ويدفع أي مؤثر قد يمس حميمية العلاقة بينهما ومحفظاتها الجنسية والأخلاقية وغاياتها في التكاثر والاستخلاف، أو يمس توازن العلاقة الزوجية وتكاملها وعدالة تفاعلها².

الفرع الثالث: صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

من المعلوم في الدين بالضرورة صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، وقد انعقد عليها إجماع السابقين واللاحقين من المسلمين، ومقتضاها أن هذه الشريعة هي الشريعة الخاتمة، التي نسخ الله بها ما قبلها من الشرائع، وأوجب الحكم بها والتحاكم إليها إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وتوجه الخطاب بها إلى

¹ إبراهيم بن عمر السكران، مآلات الخطاب المدني، دار الوعي للنشر والتوزيع، ط1، 1435هـ، ص ص 199، 200.

² أحمد قبلان، المرجع السابق، ص20.

الناس كافةً، فلا بد إذاً أن تكون من الصلاحية بحيث تُلبي حاجات البشرية في مختلف أعصارها وأمصارها، وتُحقق مصالحها في كل زمان ومكان.

وأوجب الله الحكم بشريعته، وحدّر من العُدُول عنها أو التحاكم إلى غيرها فقال: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [سورة المائدة، الآية: 49]، ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سورة الجاثية، الآية: 18]، ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية: 65]، ﴿وَيَقُولُونَ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالرَّسُولِ وَأَطَعْنَا ثُمَّ يَتَوَلَّىٰ فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مِّنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَٰئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾ [سورة النور، الآية: 47].

وقد أكمل الله لنا الدين، وأتم علينا النعمة، وأحكم آياته، وتعبّدنا بها إلى قيام الساعة، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [سورة المائدة، الآية: 3] ولم تنسخ هذه الأحكام في زمن البعثة قال صلى الله عليه وسلم: ((تركتم فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدي أبداً؛ كتاب الله وسنتي)). و يجزم به كل من عرف ربه، وهدي إلى تدبر آياته، وفقه عن الله قوله: ﴿فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُمْ مِنِّي هُدًى فَمَنِ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَى﴾ [سورة طه، الآية: 123] فإذا استقر ذلك كله، فقد استقرّ حُلُود الشريعة وصلاحتها لكل زمان ومكان، وأن الإيمان بهذه الحقيقة من جنس الإيمان بالله ورسله.

وما يذكر من أن الشريعة جوهرها الثبات، والإنسان جوهره التغير، يُعدّ في الواقع تغافلاً عن حقيقة الشريعة وحقيقة الإنسان؛ فلا الشريعة ثابتة في كل أحوالها، ولا الإنسان متغيّر في كل شؤونه، فالشريعة منها ما هو ثابت محكم، وهو القطعيات ومواضع الإجماع، ومنها ما هو متغيّر نسبيّ، مدرج في موارد الاجتهاد؛ بل إن منها ما هو من العفو التي أحيل فيها إلى التجربة والمصلحة، في إطار من قواعد الشرع الكلية ومقاصده العامة.¹

¹ وإنّ ممّا يُؤسّف أن يتواصى العُلَمَائِيُّونَ بضرب هذه الثوابت الإسلامية من أجل التأثير فيما سمّوه بالأغلبية الصامتة، وأهم أساليبهم في ذلك هو ضرب المرتكزات الأساسية، وصرّح بعضهم في الندوة بعنوان (التطرّف السياسي الدينيّ)، بقولهم: أن هناك نصوصاً ثابتة، صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، فإذا ألقينا الضوء على هذه النصوص، وبينا أنّها متغيّرة، تتغير باختلاف الزمان والمكان؛ سنكون قد خطونا خطوة كبيرة نحو إزالة حاجز الخوف، الذي لا يجعل العُلَمَائِينَ يفصحون بوضوح عن مواقفهم بكاملها تجاه دعاء تحكيم الشريعة، وأن نكتب بوضوح مثلاً؛ إنه ليس هناك في أمور البشر قاعدة تقتضي أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان. انظر: صلاح الصاوي، مقالة: صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان - من كتاب "شبهات حول تطبيق الشريعة الإسلامية" -، موقع الألوكة الشرعية، تاريخ التحميل: 2021/08/23. رابط الموضوع:

ولقد كان منهجُ الشريعة في ذلك كله إجمالاً ما يتغيّر وتفصيل ما لا يتغير، ولهذا فصّلت القول في باب العقائد، وباب العبادات، وأحكام الأسرة وغيرها، وأجملت القول في كثير من المعاملات التي تتجدد فيها الحاجات، وتكثر فيها المتغيرات، واكتفت فيها بإيراد المبادئ العامة والأطر الكلية، تاركةً للخبرة البشرية أن تتصرف في حدود هذه الأطر بما يحقق المصلحة ويدفع الحاجة، ولهذا جعلت الأصل في العقود والشروط هو الإباحة إلا أن يأتي نصٌ بالتحريم، في الوقت الذي قررت فيه أن العبادات توقيفية، وجعلت الأصل فيها هو المنع، حتى يأتي دليلٌ يدل على المشروعية.

أما ما ذُكر من تغيّر الإنسان، فإن ذلك ليس على إطلاقه؛ لأن من شؤون الإنسان ما هو ثابت، ومنها ما هو متغيّر متجدّد؛ فالغرائز الفطرية والحاجات الأساسية للإنسان ثابتة مُحكّمة، وسيظلُّ الإنسان ما بقي الليل والنهار، ومهما تغيّر الزمان والمكان في حاجة إلى عقيدة يعرف بها سرّ وجوده واتصاله بخالقه، وإلى عبادات تُركّز رُوحه وتُطهّر قلبه، وإلى أخلاق تُقوّم سلوكه وتُهدّب نفسه، وإلى شرائع تُقيم موازين القسط بينه وبين غيره؛ فالذي يتغيّر من الإنسان هو العَرَض لا الجوهر، الصورة لا الحقيقة، ولقد تعاملت نصوص الشريعة مع الإنسان على هذا الأساس؛ فصصّلت له القول في الثابت الذي لا يتغير من حياته، وسكنت أو أجملت فيما من شأنه التغيّر والتجدّد، صنّع الله الذي أتقن كلَّ شيءٍ، ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير؟!¹

ولقد تفرّدت هذه الشريعة بعلم أصول الفقه الذي دَوّن قواعده الشافعي رحمه الله وأنضجته الأئمة من بعده، وهو علم يضبط عملية استنباط الأحكام من الأدلة، ويحول بين الأمة وبين الجمود من ناحية، كما يحول بينها وبين التحلّل من ناحية أخرى، ومن الأصول المقرّرة في هذا العلم وقواعده، والتي تمثل عوامل السعة والمرونة في هذه الشريعة، وتكفّل وفاءها بمختلف الحاجات المتجدّدة - ما ذكره أهل العلم من:

- أدلة التشريع فيما لا نصّ فيه؛ كالاتحسان، والاستصحاب والعرف ونحوه.
- ورعاية الضرورات والأعذار والظروف الاستثنائية، وتغيّر الفتوى بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والأعراف إلى غير ذلك من قواعد الرُّشد والحَيَوِيَّة في هذه الشريعة الخالدة، على أن يتمّ ذلك في إطار

¹ وبين أيدينا شهادة الواقع العمليّ ناطقة بصلاحيّة الشريعة لكل زمان ومكان، ألم تطبق هذه الشريعة زهاء أربعة عشر قرناً من الزمان، وحققت لهذه الأمة في ظلّها أقصى ما تصبو إليه أمة من الأمم في هذه الدنيا من العزة والتمكين؟! ألم تصبح الدولة العثمانية وفي ظل الخلافة الإسلام وتطبيق الشريعة هي الدولة التي تملأ عين الدنيا وتنعّمها، ثم تنكّرت للإسلام وابتغت العلمانية والمدنية الأوروبية فأصبحت تركيا تعيش في أقلّ من 1% من حدودها التاريخية. صلاح الصاوي، مقالة: صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان - من كتاب "شبهات حول تطبيق الشريعة الإسلامية"، موقع الألوكة الشرعية، تاريخ التحميل: 2021/08/23. رابط

مُنضَبَطٌ مِنَ الاجْتِهَادِ الشَّرْعِيِّ الْمَعْتَبَرِ، وَلَيْسَ بِإِطْلَاقِ الْعِنَانِ لِلْأَهْوَاءِ، وَالِاسْتِرْسَالِ مَعَ دَعَوَاتِ التَّغْرِيبِ تَحْتَ
شِعَارِ التَّقَدُّمِ وَالتَّجْدِيدِ وَالِاسْتِنَارَةِ؛ حَتَّى لَا يُسْتَبَاحَ حَرَمُ الشَّرِيعَةِ أَمَامَ كُلِّ دَعِيٍّ جَهُولٍ!

الباب الثاني:

مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج وتحديد آثاره

الباب الثاني: مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج وتحديد آثاره

إن الرضائية في العقود وحرية الاشتراط في الشريعة الإسلامية تقابل إلى حد بعيد بعض المفاهيم التي قام عليها مبدأ سلطان الإرادة في تعديل آثار العقد المقرر في الفقه القانوني، إذ نجد أن أغلب القوانين العربية تكاد تكون متفقة مع الشريعة على أن تقرير آثار العقود وأحكامها هو من إرادة الشارع وعمله لا من عمل العاقد، والفارق بينهما في مدى تفويض الشارع إلى العاقد من السلطان على تعديل الأحكام والآثار التي قررتها الشريعة مبدئياً في كل عقد¹.

كما أن الخلاف حول حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها، ومدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود، وما يترتب عليها من آثار، فحرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد لأن علاقة الشروط بالعقود علاقة تبعية²، فالعقد هو القالب الذي تفرغ فيه الشروط بمختلف أنواعها، فإذا كانت العقود مقيدة بما نص عليه الشارع، فإن الشروط المتعلقة بهذه العقود تكون هي الأخرى مقيدة بما نص عليه الشارع، وعلى العكس من ذلك، فإن كانت العقود مطلقة من قيد الشارع ومتحررة من مبدأ شرعية الآثار، بحيث يستطيع العاقد إبرام ما يشاء من العقود، فإن هذا يؤدي إلى القول بحرية الاشتراط.

وتكريساً لسلطان الإرادة في مجال الأحوال الشخصية أقرت القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية حرية الإنسان في إبرام عقد الزواج والتعبير عن رضاه به رضاً حراً كاملاً، خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة، وأنه لكل من الرجل والمرأة الحرية في اختيار شريك حياته على بصيرة واقتناع دون تمييز يخل بمبدأ المساواة في المراكز القانونية بين الجنسين.

وأقرت كذلك حرية التعاقد والاشتراط التي ترجمتها من خلال مبدأ الرضائية، حتى تتحقق في عقد الزواج الرغبة المتبادلة بين الرجل والمرأة، والاختيار الحر، والرضا الكامل بالزواج وآثاره، وحتى يأنس كل زوج إلى شريك حياته ويفي له بحقوقه؛ لأنه لن يكون من المنطق في شيء أن تعقد العقود وتشتت الشروط وتقوم الالتزامات وتتولد الحقوق على غير ما انصرفت إليه الإرادة، وما انعقد عليه التراضي وطابت به النفس وانسابت إليه النوايا والمقاصد.

¹ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 475.

² رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص 92.

الفصل الأول:

مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج والقيود الواردة عليها.

(مظاهر تكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج)

الفصل الأول: مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج والقيود الواردة عليها

(مظاهر تكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج)

الزواج في قانون الأسرة عقد رضائي بنص المادة 4 من ق.أ.ج¹، إلا أنه لا يمكن اعتباره عقداً كسائر العقود، فهو ميثاق غليظ ورابطة مقدّسة؛ فإذا كانت مسألة حرية الإنسان في إبرام عقد الزواج تستند إلى مبررات منطقية ثابتة، وإقرارها أمر واجب، وإن كان التراضي وطيب النفس هما قاعدة القواعد في العقود، فإن ذلك لا يعني امتناع الدولة عن التدخل في سن أحكامه بإخضاعه للشروط والقيود الشرعية، أو بفرض إجراءات تنظيمية خاصة بإبرامه وتسجيله عن طريق أجهزتها التشريعية، وبما يتوافق مع الشريعة الإسلامية التي أحاطت الزواج لخطورته بأحكام وقائية تتعلق بالخطبة والولي وبالإشهاد عليه وبشكلية الإعلان بالدف والصوت والوليمة تنزيهاً له عن ما شابحه من صور السفاح².

ولهذا فإن قانون الأسرة ورغم اعتراف بحرية الإنسان في الزواج إلا أنه فرض قيوداً عديدة على هذه الحرية، ورسم حدودها باسم النظام العام العائلي، لم تفرض الاتفاقيات الدولية منها إلا قيد الأهلية، فمنع المشرع الزواج من نفس الجنس وزواج المسلمة بغير المسلم، وضيق من حق الرجل في تعدد الزوجات، ونص على شرط الولي.

وعليه، نتطرق في المبحث الأول إلى رضائية عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وننظر مدى ضمان قانون الأسرة لحرية الإرادة في إبرام هذا العقد، لنتعرض في المبحث الثاني إلى دراسة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في قانون الأسرة ومدى نجاح المشرع في تحقيق الانسجام بين مبادئ الحرية والمساواة في الزواج كما تفرضها الاتفاقيات الدولية من جهة، وضرورات التمسك بالثوابت الشرعية التي تحمي كيان الأسرة وتحافظ على خصوصية أحكام الزواج ومفهومه في المجتمع العربي المسلم من جهة أخرى.

ثم نتعرض بالدراسة والتحليل لركن الولي ومدى اعتباره قيوداً على حرية إرادة المرأة في إبرام عقد الزواج في ضوء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

¹ تنص المادة 04 معدلة من قانون الأسرة رقم 84-11 الصادر بتاريخ 09/06/1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية ع 15، الصادرة في 27/02/2005 على أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والحفاظة على الأنساب." وكان التعريف السابق للزواج الذي جاءت به المادة 04 قبل التعديل بأن: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."

² هشام عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2002، ص 91، 92.

المبحث الأول: الرضاية في إبرام عقد الزواج تجسيد لحرية الإرادة

الإرادة أمر خفي محلها قلب الإنسان وضميره، فلا يمكن الوقوف على حقيقتها والتحقق من وجودها، ولما كانت طبيعة العلاقات الاجتماعية وما ينبنى عليها من حقوق وواجبات، وما يترتب عليها من آثار وتبعات تقتضي وتستلزم ضرورة التعبير عنها في ميادين التعامل بين الناس في تصرفاتهم القولية عقوداً كانت أم إرادة منفردة؛ فالإرادة إذا بقيت حبيسة النفس مستكنة في ضمير صاحبها، ولم تخرج إلى حيز الوجود، وتظهر للهيئة الاجتماعية بفعل مادي يدل عليها، فإن هذه الإرادة لا قيمة لها ولا أثر من حيث الأحكام الدنيوية ودليل ذلك قول رسول الله ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم يتكلموا، أو يعملوا به»¹ فالحديث الشريف بين أن البواعث والنيات، لا أثر لها إلا إذا ترجمت إلى أفعال أو أقوال، عندها يكون الثواب والعقاب والصحة والفساد².

ولهذا يعتبر التراضي في إبرام عقد الزواج من أهم مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة التي سعى قانون الأسرة الجزائري إلى تعزيزها في العلاقات الأسرية بصفة عاقمة، والزواج بصفة خاصة، من أجل خلق نظام أسري يقوم على فكرة الاختيار الحر، والذي بمقتضاه يتم منح الأفراد حق التقرير بإرادتهم في مسائل أحوالهم الشخصية.

ولذا سنحاول بحث مدى حماية قانون الأسرة لركن الرضا تجسيدا لحرية الإرادة في إبرام عقد الزواج وضرورة التعبير عنها.

المطلب الأول: مفهوم ركن الرضا في عقد الزواج

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الأصل في العقود الرضا؛ وأن التراضي ركن أساسي في عقد الزواج وهو العامل الرئيسي في تكوينه (الفرع الأول)، ولما كان الرضا في العقود من الأمور الكامنة وخفية، ومن العسير أو المستحيل الوقوف عليه ما لم يصدر عن صاحب الإرادة لفظ أو ما يقوم مقامه معبرا عن هذه الإرادة وكاشفا لها، يظهرها إلى العلن، فجعل الشرع الإيجاب والقبول دليل الرضا، وقائماً مقامه³،

¹ رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب صدق الإيمان وإخلاصه، حديث رقم 127.

² أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، محمد علي العمري، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني الدراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، بحث مقدم ل: دراسات، علوم الشريعة والقانون، مج 43، ملحق 1، كلية الشريعة، جامعة آل البيت، الأردن، 2016، ص 472.

³ إعمالاً للقاعدة الفقهية "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه" محمد مصطفى الزحيلي القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق ط: الأولى، 1427 هـ - 2006 م، الجزء 1، ص ص 576، 577.

واختلفوا فيما يعتبر من الرضا هل الرضا الظاهر المعبر عنه بالإيجاب والقبول (الفرع الثاني)، أم لا بد من الرضا النفسي الباطني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الرضا

إن العقد من منظور مبدأ سلطان الإرادة كما تقدم هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره القانوني، وهو الالتزام المقصود للمتعاقدين فالإرادة هي القوة المولدة له، و التعبير هو ترجمان الإرادة، فينبغي أن يكون الإيجاب والقبول معبراً عن الإرادة ومطابقاً لها. والإرادة نوعان:

إرادة الباطنة: وهي النية أو القصد وتحقق بالرضا والاختيار.

والإرادة الظاهرة: هي الصيغة التي تعبر عن الإرادة الباطنة، أو ما يقوم مقامها كالتعاطي، فإذا تطابقت الإرادتان وجد العقد. وإذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها كالتعبير الصادر من الطفل غير المميز أو النائم أو المجنون، لم تفتد شيئاً، كما أن التصرف لا يوجد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة، فمن نوى الطلاق لا يصبح بمجرد نيته مطلقاً.¹

أولاً- تعريف الرضا: أ- الرضا لغةً: مَصْدَرُ رَضِيَ يَرْضَى رِضًا بِكَسْرِ الرَّاءِ وَضَمِّهَا، وَرِضْوَانًا بِالْكَسْرِ وَالضَّمِّ. فيقال: رَضِيْتُ الشَّيْءَ، وَرَضِيْتُ عَنْهُ، وَعَلَيْهِ، وَبِهِ² عند سيبويه ويقال أرضيته إرضاءً، وراضيته مرضاةً، ورضاءً: مثل وافقته موافقةً، ووفقاً وزناً ومعنى؛ ورضيت الشيء، وارتضيته، فهو مرضي ويستعمل الرضا ومشتقاته متعدياً بنفسه، وبعن، وبالباء، وبعلى، فيقال: رَضِيْتَهُ، وَارْتَضَيْتَهُ، وَرَضِيْتُ عَنْهُ، وَعَلَيْهِ، وَبِهِ³. ومن آثار الرضا ودلائله سرور القلب، وهو ضد السخط، والكراهية⁴، وطيب النفس إلى الشيء، والارتياح إليه، هذا ومن معان الرضا وأشهرها: **الاختيار**، فيقال: رضيت الشيء، أي اخترته⁵، والرضوان: هو الرضا الكثير.⁶

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص3037.

² أصل ألف الرضا واو، وقيل: أصله ياء، بدليل قولهم في اسم المفعول مرضي ولذا تكتب الرضا بالألف، ويجوز كتابتها بالياء. الموسوعة الفقهية الكويتية، جماعة من العلماء، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ج22، دار السلاسل، الكويت، ط1427، 2هـ، ص227

³ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج4، دار الفكر، بيروت، 1978م، ص335. ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1300، 1هـ، 323/14

⁴ ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، المرجع السابق، ص323/14

⁵ الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج1، ص264 .

⁶ صالح المنجد، الرضا، ط1، مجموعة زاد للنشر، السعودية، 2009، ص09.

وعليه فإن التراضي يكون بين طرفين والرضا من جانب واحد لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 29]؛ وجاءت من التفاعل إذ التجارة من اثنين¹.

ب- الرضا في الاصطلاح: وأما تعريف الرضا عند علماء الأصول والفقهاء، فهم من ذلك فريقان:

1- **عند الحنفية:** الرضا هو "عبارة عن امتلاء الاختيار أي بلوغه نهايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها كما يفضي أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب"². وقال ابن عابدين: "الرضا إثارة الشيء واستحسانه"³.

2- **عند الجمهور:** وعرفه الجمهور بأنه قصد الفعل وإتيانه اختياراً دون أن يشوبه إكراه⁴، يدل عليه اللفظ، أو الإشارة، أو الكتابة.

3- **وعرفه من المعاصرين** الشيخ مصطفى الزرقا بقوله: "الرغبة في الفعل والارتياح إليه"⁵، وعرفه علي القرة داغي بأنه: هو أن يأتي الفعل اختياراً دون إكراه⁶.

ولم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفت فقط بتحديد قسميه واللفظ الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وإنما تناوله المشرع الجزائري في المادة 59 من ق م: "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما دون إخلال بالنصوص القانونية"، ويرى الكثير من الفقهاء أن المشرع الجزائري لم يوفق في اختيار المصطلح الملائم حين عنون القسم الثاني من شروط العقد بـ "الرضاء" والأولى هو التراضي لأن الرضاء يعبر عن رضا طرف واحد أما مصطلح التراضي فيعبر عن رضا الطرفين معا. فما المقصود بالتراضي؟

ثانياً- تعريف التراضي: ويعتبر التراضي أساس العقد وركنه الأهم، فالعقد يبدأ بوجود إرادتين ثم تطابقتها لإحداث الأثر القانوني أي إنشاء الالتزام⁷، وهو المقصود بركن الرضا.

¹ القرطبي محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ج، 06 ط، 1 مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988 ص 252.

² عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج، 4، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.س.ن، ص 382.

³ ابن عابدين محمد امين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط الثانية، 1966م، ج، 4، ص 507.

⁴ علي القرة داغي، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج، 1، دار البشائر، بيروت، ط 1، 1985، ص 194؛ بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د، ط، ص 394؛ الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، ج، 22، ص 228.

⁵ أحمد مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ج، 1، ص 451.

⁶ علي القرة داغي، المرجع السابق، ج، 1، ص 194؛ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 394.

⁷ المرجع نفسه، ج، 1، ص 172.

ولم تُعن التشريعات الحديثة بتعريف التراضي¹، أما الفقه فعرفه بكونه: التوافق بين طرفين أو بين إرادتين على إنشاء أثر قانوني مع تحمّل ما يترتب عنه²؛ أي أن تنصرف نية الشخص -وهي إرادة ذاتية كامنة يعتد بها القانون- إلى إحداث الأثر القانوني الذي من شأن المظهر الخارجي الذي صدر عنه سواء أكان إيجاباً أو قبولاً أن يحدثه³.

الفرع الثاني: مفهوم الرضا في الفقه الحنفي وأثره في إبرام عقد الزواج

ذهب الحنفية إلى أن التعبير عن الإرادة يكفي في عقد الزواج بحكم أنه الرضا الظاهر، وهذا الرأي مبني على قاعدتهم في التفريق بين الاختيار والرضا:

فالاختيار⁴ عند الحنفي هو قصد التعبير الذي يعد ركناً في العقود، أو هو قصد النطق بالعبارات التي ينشأ بها العقد⁵، فهو في حقيقته القصد إلى السبب⁶، دون قصد الأثر المترتب عليها سواء أكان ذلك عن رضا أم لا⁷.

أما الرضا الذي هو قصد العبارة والرغبة في أثر العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه. فليس ركناً في العقود عند الحنفية، بل هو شرط صحة في العقود المالية التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبله كالزواج فلا يشترط فيها الرضا أصلاً.

¹ يعرفه القانون الروماني على أنه: "قبول أو إجابة تامة إلى حكم أو طلب يتضمن حتى القتل، وقد استمر العمل بهذا المفهوم إلى غاية ظهور المسيحية." محمد نجم صبحي، رضا المحمي عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، 2000، ص21.
² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص366 علي القرعة داغي، المرجع السابق، ج1، ص239.

³ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص171، سوار محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص444؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964، ص56.

قوله ومنه شيفين؛ بين والإشارة والترجيح لغة: الاختيار مصدر من خار يخير خيراً وخيراً وخيراً، ولها معان عدة منها التفضيل والانتقاء والاصطفاء⁴، وتخييره، أنظر: الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس أحدهما فاختار الاختيار، إليه فوضت أي الشيعين، بين وخيرته فضلتها، إذا خيرة، جرت؛ ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، ج4، دار صادر، بيروت، ط1، 1300هـ، ص265 25 المحيط، ج2، دار الفكر، بيروت، 1978م، ص وما بعدها؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج22، ص229. الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج1، ص199.

⁵ الاختيار عند الأحناف هو "القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الأمرين على الآخر" عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، ط: دس ن، ج4، ص383. ولخصه ابن عابدين بقوله: "القصد إلى الشيء وإرادته" ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج4، دار الفكر، ط الثانية، 1966م، ص507؛ أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مصر، دار الفكر العربي، ص199.

⁶ سوار محمد وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص443، ص444.

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص3037، 3038.

فإذا وجد الرضا وجد الاختيار، وإذا وجد الاختيار فلا يلزم وجود الرضا، فهو شرط لصحة العقود المالية، وليس بشرط في العقود غير المالية إطلاقاً، وهذه العبارات والألفاظ الموضوعية للدلالة على ترتيب الآثار ركن في جميع التصرفات والعقود، أو شرط لانعقادها مثل: "بِعْتُ"، و"طَلَّقْتُ" على أن تكون صادرة ممن له الأهلية.¹

ولهذا يمكن القول أن الرضا عند فقهاء الحنفية أخص من الاختيار، فهم قسموا الاختيار إلى ثلاثة أقسام، صحيح وباطل وفساد، يوجد الرضا في أحدها، وينعدم في قسمين، وهذه الأقسام الثلاثة لها علاقة - كقاعدة عامة - بتقسيمهم العقود أيضاً إلى الصحيح، والباطل، والفساد.

1- اختيار صحيح: وهو ما يكون صاحبه مستقلاً في قصده متمتعاً بالأهلية الكاملة دون إكراه ملجئ²، ولا يتحقق الرضا إلا إذا لم يكن معه أي نوع من الإكراه، وأما إذا وجد إكراه غير ملجئ، فإن الاختيار صحيح، والرضا فاسد³.

2- اختيار باطل: وهو حينما يكون صاحبه مجنوناً، أو صبياً غير مميز، وحينئذ يكون الرضا معدوماً.

3- اختيار فاسد: وهو ما إذا كان الاختيار مبنيًا على إرادة شخص آخر، أي أن يتم في ظل إكراه ملجئ، وحينئذ يكون الرضا معدوماً.⁴

والحنفية يقررون أن الرضا والاختيار شيئان متغايران من حيث المعنى الاصطلاحي والآثار، ويرون أن العقد يتحقق بمجرد تحقق الاختيار، فهو أساس انعقاده، والرضا عندهم شرط لصحة لأكثر العقود؛ ومما يبررون به رأيهم في تصور حدوث العقد واختلاف الاختيار عن الرضا ما يلي:

إن إرادة الأثر (الرضا) عند فقهاء الحنفية هي أكثر عموماً من إرادة التعبير (الاختيار)، فكل إرادة للأثر تحمل في طياتها إرادة للتعبير، وليست كل إرادة للتعبير تعني وجود إرادة للأثر، فقد تتوافر إرادة التعبير وتتخلف إرادة الأثر كما في العقود الصورية، ويقول الأستاذ علي الخفيف في هذا المعنى: «ومن هذا يظهر أن الرغبة في حكم العقد [إرادة الأثر] تستلزم الرغبة في سببه، والقصد إليه [إرادة السبب]، لأن من يرغب في الزواج مثلاً يقصد إنشاءه بالعبارات الدالة عليه، ويرغب في ذلك، وإن القصد إلى سبب العقد، وهو العبارة [إرادة التعبير] لا يستلزم الرضا بحكمه لإرادة الأثر، وإن شئت قلت لا يستلزم الرغبة فيه، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر، كدفع أذي كما في المكره، أو لهو كما في الهزل، ولذا قال الفقهاء: وجود

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج22، ص232

² عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج4، ص382.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج22، ص229.

⁴ المرجع نفسه، ج22، ص230.

الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه، وفي سببه، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا، لأن مجرد القصد إلى شيء لا يلزم منه الرغبة فيه.¹ وفي نظر الحنفية هناك عقود غير المالية لا تقبل الفسخ كعقد الزواج²، تصح من الهازل، والمكروه، والمخطف³، والساهي، والسكران، فنكاح هؤلاء وطلاقهم ورجعتهم ونحوها صحيحة - كقاعدة عامة - اعتماداً على أصل القصد والاختيار، ووجود العبارة الصادرة منهم، لأن الرضا عندهم شرط لانعقاد العقود المالية، وليس شرطاً للعقود التي يستوي فيها الجد والهزل كالنكاح، والطلاق، والرجعة، والحلف بطلاق والعتاق والظهار، والإيلاء ونحوهما، فالرضا ليس شرطاً لصحتها ولا له أثر فيها، لأن حقيقة العقد تُعلق بالسبب الظاهر الدال عليه.⁴

فالإكراه في نظر الحنفية لا ينافي الاختيار، حيث قد يكون الاختيار صحيحاً مع الإكراه غير الملجئ، ويكون فاسداً مع الإكراه الملجئ، ولكن الإكراه بقسميه ينافي الرضا، لأن المكروه مختار لما فعله قاصداً إياه؛ لأنه عرف الشرين فاختر أهونهما عليه عن علمٍ وقصدٍ، إلا أنه قصدُ فاسدٍ؛ لأنه قصدَ العقد لا عن رضا به، بل لدفع الشر عن نفسه، ولهذا يرى الحنفية أن طلاق المكروه والهازل واقع؛ لأن الفئات بالإكراه ليس إلا الرضا، والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق⁵، ولأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرض بالأثر المترتب عليه، كالهازل⁶، ولهذا فإن طلاق الهازل واقع وليس براضٍ به طبعاً، وكذلك الرجل قد يطلق امرأته الفاتقة حسناً

¹ سوار محمد وحيد الدين، التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص 445 وما بعدها.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، ج22، ص233.

³ فلو أراد شخص أن يقول لزوجته مثلاً اسقني فجرى على لسانه أنت طالق طلقت، وعللوا رأيهم فقالوا: "القصد أمر باطن لا يوقف عليه فلا يتعلق الحكم بوجوده حقيقة بل يتعلق بالسبب الظاهر الدال عليه وهو أهلية القصد بالعقل والبلوغ نفيًا للخرج."؛ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، ب ط، ص 381، ج4، ص384.

⁴ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج4، ص354.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، ط2، 1986م، ص176.

⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، دار الفكر - سوربة - دمشق، ط4، ص6885.

وجملاً لخلل في دينها وإن كان لا يرضى به طبعاً¹، على أن الهزل في باب الطلاق ملحق بالجد شرعاً. لحديث: "ثلاث جدهن جدّ، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة"²

الفرع الثالث: مفهوم الرضا عند الجمهور وأثره في إبرام عقد الزواج

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط مطابقة الرضا الظاهر للرضا الباطن، إلا أنهم جعلوا الرضا الظاهر ركناً في الزواج والثاني شرطاً لصحته³، فالعمل إذا تعلق بالقصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والمجنون⁴، ولكن تصحيحاً لتصرف المكلف وإعمالاً لكلامه؛ يُعدل عن ظاهر اللفظ إلى المعنى المقصود من المكلف، ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ، وتأسيساً عليه نستنتج أن عقد الزواج ينعقد باللفظ دون الحاجة إلى بحث مقصوده متى كان بلفظ النكاح وما اشتق منه، لعدم احتمال معنى آخر منه، ولهذا استوى فيه الجد والهزل بنص الحديث: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد"⁵؛ فقد جعل النبي ﷺ الهزل بالنكاح والطلاق والرجعة كالجداد بها مع أنه لم يقصد حقائق هذه العقود⁶.

وفي هذا السياق نجد العلامة ابن القيم يقرر قاعدة شريعة مقتضاها أن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في النفوس من إرادات، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، كما لا تترتب

¹ بدر الدين العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ج 11، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر، ط 1، 2008م، ص 267.

² وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "ثلاث جدهن جدّ، وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة". رواه الأربعة إلا النسائي، وصحّحه الحاكم. وفي رواية لابن عديّ من وجه آخر ضعيف: "الطلاق، والعناق، والنكاح". هذا الحديث بروايتين والحديث الأخير في حكم طلاق الهازل يقول النبي ﷺ: "ثلاث جدهن وهزلهن جد" محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، ج 5، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، أم إسراء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، ط 1، 2006، ص 44.

³ رزق بخوش، عيوب الرضا في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2018 ص 16، 17.

⁴ الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج 3، ص 9.

⁵ رواه أبوداود، ح ر: 2194 وحسنه الألباني في الإرواء.

⁶ ابن القيم، مرجع سابق، ج 4، ص 513.

الأحكام على مجرد الألفاظ إن كان المتكلم بها لم يرد معانيها، فلا بد من اجتماع القصد والدلالة القولية أو الفعلية حتى يترتب الحكم الشرعي¹، لذلك لا بد من ظهور الإرادة والتعبير عنها بفعل مادي لترتب أثرها. ولذلك عرّف الجمهور الاختيار بقولهم: "هو القصد إلى الفعل وتفضيله على غيره بمحض إرادته"²؛ وعليه فهو عندهم نفسه الرضا المنافي للإكراه³، فالرضا والاختيار مترادفان وهما أصل و أساس العقود كلها، وأن الرضا أمر خفي لا يطلع عليه؛ لأنه ميل النفس فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة التي هي الإيجاب والقبول، فينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول أو فعل أو إشارة⁴.

فالعقل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد⁵، فلم يقصد التكلم بها كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء كما دل على ذلك الكتاب والسنة والميزان وأقوال الصحابة⁶.

ولم يعترف الجمهور بالتقسيم الثلاثي للاختيار عند الحنفية، حيث هو محصور عندهم في الصحيح والباطل، كما أن الإكراه عندهم ينافي الاختيار كما ينافي الرضا، واشتروا وجود الرضا - أي الاختيار - في جميع العقود، سواء أكان ذلك في العقود المالية أم غير المالية إلا إذا دل دليل خاص على عدم اعتباره في عقد خاص مثل الهزل في الطلاق والنكاح والرجعة، فجعلوا العبارة هي الوسيلة، وإنما الأساس هو القصد، وهو المقصود بالرضا والاختيار، ولذلك لا يقع عندهم طلاق المكره والمخطئ والساهي والغافل ونحوهم⁷.

¹ ابن قيم الجوزية، ج 4، مرجع سابق، ص 409.

² الخطاب محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، ط الثانية 1978، ص 245؛ المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 11، تحقيق وتصحيح عبد الله عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة، مصر، ط الأولى، 1980م، ص 16؛ البهوتي منصور بن يونس بن ادريس: كشاف القناع عن متن الاقناع، ج 2، مراجعة وتعليق هلال مصلحي هلال، دار الفكر بيروت، د ط، 1982م، ص 5؛ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج 4، ص 383؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 22، ص 229.

³ حاشية ابن عابدين، ج 4، ص 507؛ عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، المرجع السابق؛ ج 4، ص 383.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 22، ص 232.

⁵ الشاطبي، الموافقات، ج 3، ص 9.

⁶ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج 4، ص 535.

⁷ وأما الخلاف فيما بين الجمهور في طلاق السكران فيعود في الواقع إلى مدى النظرة إلى عقابه وردعه، ولذلك لا يقع طلاقه بالإجماع إذا كان غير متعد بسكره، وإنما الخلاف في السكران بتعد، حيث نظر الذين أوقعوا طلاقه إلى أن القول به رادع له عن ذلك، أو يكيف فقها بأن رضاه بتناول المسكر الذي يعلم بأن عقله سيغيب به رضا بالنتائج التي تترتب عليه، أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 22، ص 232.

وهذا المفهوم يحيلنا إلى مبدأ سلطان الإرادة، حيث يستوجب أن لا يقتصر دور الإرادة على إرادة التعبير فحسب؛ بل يمتد إلى إرادة إحداث الأثر القانوني، لأن إرادة التعبير عند القانونيين تعني "أن الشخص الذي تصدر منه عبارة معينة، أو فعل معين، أو يتخذ موقفاً معيناً من شأنه أن ينتج أثراً شرعياً، يجب أن يفعل ذلك، وهو يريد هذا المظهر المادي الذي يقوم به"¹.

المطلب الثاني: خصوصية الرضا في عقد الزواج

لقد كان للشريعة الإسلامية الفضل والأسبقية في تبني مبدأ الرضائية أساساً لقيام التصرفات الإرادية، وتقرر عند الفقهاء أن الأصل في صحة العقود هو الرضا²، فجعلوه ركناً معتبراً في مجال التعاقد والاشتراط على درجة من الشمولية لا يمكن تصور العقد من دونه، فلا تقوم الالتزامات وتولد الحقوق على غير ما انصرفت إليه الإرادة وما انعقد عليه التراضي وطابت به النفس وانسابت إليه النوايا والمقاصد، وعقد الزواج لا يخرج عن هذه القاعدة، بل هو أهم العقود التي ينبغي وجود التراضي فيها³.

الفرع الأول: ضرورة التراضي في إبرام عقد الزواج

تعدّ الشريعة الإسلامية سبّاقة في اعتبار عقد الزواج من العقود الرضائية، ولكي تتحقّق هذه الدعامة لا بد من أن يأنس كل زوج إلى شريك حياته ويوافق عليه، ولا بد من وجود الرغبة المتبادلة بين الرجل والمرأة، والاختيار الحر، والرضا الكامل بالزواج؛ ولهذا فقد قرر فقهاؤها عدم انعقاد الزواج إذا تخلف تطابق إرادتي طرفيه وتراضيهما سواء كانت المرأة ثيباً أم بكرًا، ومستندهم في ذلك حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن » قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: « أن تسكت ».

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صممتها »⁴، ولم يخالف قانون الأسرة الجزائري ما جاء في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية حيث جعل الرضا ركناً لانعقاد الزواج ورّتب على تخلفه البطلان.

ونظراً للأهمية البالغة للرضا، فقد أكّدت عديد المواثيق الدولية على أنّ الزواج لا ينعقد إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه، ومن هذه المواثيق ما جاء في المادة 16-2 من الإعلان العالمي لحقوق

¹ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 171 .

² ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 144.

³ شامي أحمد، بن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج ونخلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية مج: 57، ع: 4، السنة: 2020، ص 291.

⁴ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج 02، ص 397.

الإنسان، والمادة 01 من اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، والمادة 16/ب من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وأيضاً المادة 06(2-أ) من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة.¹

وتكريساً لحرية الإرادة في مجال العلاقات الأسرية وتماشياً مع ما صادقت عليه الجزائر من موثيق دولية في هذا الشأن، جعل المشرع الجزائري التراضي في إبرام عقد الزواج حق للرجل والمرأة معا من باب المساواة بين الجنسين²، فإذا كان للرجل الحق والحرية في اختيار شريكه حياته، فإنه من حق المرأة أن تبدي رأيها بكل حرية في موضوع يهتمها هي بالدرجة الأولى باعتبارها طرفاً أساسياً وأصيلاً في العقد، فلها الحرية في الموافقة كما لها حرية رفض من لا ترغب فيه ولا ترضاه³.

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

وقد أكد قانون الأسرة على الرضا كركن في عقد الزواج، بل وجعله الركن الوحيد فيه بنص المادة 9 من ق.أ.ج على التوالي أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»⁴، وجعل ما عداه يندرج تحت الشروط، بما فيها الولاية بنص المادة 9 مكرر من ق.أ.ج «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج».

وعمل المشرع الجزائري على تأكيداً ضرورة التراضي في إبرام عقد الزواج، فجعله بمقتضى نص المادة 04 من ق.أ.ج عقداً رضائياً⁵، يسمو بالزواج عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح

¹عباسية لعسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر 2006، ص 22 وما بعدها؛ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 92

²وهو ذات الموقف المتبني من قبل المشرع المغربي جاء في المادة 04 من م.أ.م. أن: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقلة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"، أما المشرع التونسي لم يستعمل مصطلح الرضائية وقد جاء في الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية النص على عدم انعقاد الزواج إلا برضا الزوجين.

³أنظر: خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 93

⁴وينص الفصل 03 من م.أ.ش.ت. على أنه: «لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين»، وخالفهم في ذلك المشرع المغربي الذي اكتفى بجعله شرطاً من شروط الصحة تنص المادة 13 ف 04. من مدونة الأسرة المغربية على أنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية -4: سماع العدلين، التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه»

⁵تنص المادة 04 معدلة من قانون الأسرة رقم 84-11 الصادر بتاريخ 09/06/1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية ع 15، الصادرة في 27/02/2005 على أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين

مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر، بل هو ترابط معنوي بين رجل وامرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة وتحمل أعبائها.

ومصطلح "عقد رضائي" لم يكن منصوصاً عليه قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة، وإنما تمت إضافته بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، بإضافة عبارة "رضائي" تأكيداً على الرضا كركن في الزواج من جهة، وتنويه إلى عدم اعتباره من العقود الشكلية من جهة ثانية¹. فالزواج من منظور قانون الأسرة من أسمى العقود الرضائية، وأعظمها شأنًا ومقصدًا، وأبلغها أثرًا في حياة الفرد والأسرة والمجتمع²، وتنبع رضائته من كونه عقد يكفي لإبرامه توافق إرادتي الرجل والمرأة، وينبني أساساً على اقتراح الإيجاب بالقبول الصريحين، ويكون هذا التعبير بمحض إرادة الطرفين، ودون إكراه أو تدليس.

الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

جرى الفقه الحديث على تعريف العقد عموماً بأنه تطابق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين، وعلى هذا فإنه لا يتم تطابق الإرادتين في عقد الزواج إلا بتعبير الزوجين عن إرادتهما بالطرق المتداولة في صدور الإيجاب والقبول؛ والإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء الارتباط، أما القبول فهو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته بما أوجب الأول، وهو ما أوضحته المادة 09 من ق.أ.ج: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

أولاً- أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج في الفقه الإسلامي: ينعقد النكاح بلفظ الزواج بأي لفظ أو عبارة أخرى تفيد معنى النكاح لغة أو شرعاً أو عرفاً في مجلس واحد، وبحضور شاهدين، وتسمية صداق للزوجة³؛ وإذا كان الشخص عاجزاً عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن إرادته بالوسائل أخرى

رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. "وكان التعريف السابق للزواج الذي جاءت به المادة 04 قبل التعديل بأن: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."

¹ هناك من الفقهاء من يرى الزواج عقداً شكلياً، أنظر: أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 57. خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990، ص 27، ولد خصال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص 20.

² بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 74، 75.

³ تنص المادة 10 من ق.أ.ج: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً. ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة."

العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، ط7، د م ج، الجزائر، 2017، ص 57.

كالكتابة أو الإشارة، فإذا تخلفت الصيغة (الإيجاب والقبول)، فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال ركانه الأساسية وهو الرضا.¹

ولهذا يرى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أن عقد الزواج يكون باطلا في حالة تخلف ركن الرضا في عقد الزواج، ولا يترتب عليه أي أثر، واتفقوا على وجوب التفرق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا، وذهبوا لإقامة حدّ الزنا عليهما إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم²، أما الحنفية فيرون أنه في حالة تخلف الرضا فالزواج باطل، ويترتب عليه عقوبة التعزير³.

ثانيا- أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري: لانعقاد الزواج لا بد أن

يكون صادرا من إرادة حرة واعية وجدية، وممحض اختيار الطرفين في تقبل العقد وآثاره، طبقا لأحكام المواد 09 و 09 مكرر والمادة 10 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ومن خلال النظر في نصي المادة 09 من ق.أ.ج التي تنص على أن: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين." والمادة 33 من ق.أ.ج: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" يمكن القول أنه بانعدام الرضا في الزواج، يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده، ويكون بالتالي باطلا بطلانا مطلقا حاله حال جميع العقود، والبطالان هنا من النظام العام. وهو ما أكدته عليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2008/03/12 بقولها: " يبطل الزواج بانعدام ركن الرضى، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج."⁴

إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم نصه صراحة على حكم الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول مشوبا بأحد عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه، وإن كانت القواعد العامة تقرر أنه

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 189، 190

² 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 هـ، 1997، ج 02، ص 33؛ ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان، ط 02، 2002م، ص 31؛ البري زكريا، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 119، 118.

³ السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1409 هـ، 1989، ج 09، ص 85، 86؛ ابن همام، فتح القدير، تعليق وتخرّيج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 2003م، ج 04، ص 147؛ الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005، ص 151، 152.

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

إذا كان العقد معيباً بإحدى هذه العيوب، كان العقد قابلاً للإبطال بطلب من الطرف الذي كانت إرادته معيبة.

ومما يؤكد أيضاً رضائية عقد الزواج نص المُشرِّع على تصحيح الزواج بصدّاق المثل إذا حصل الدخول مع توفر ركن الرضا وتخلّف أحد شروط العقد، كأن يبرم دون حضور شاهدين أو دون صدّاق أو دون ولي في حالة وجوبه بعد أن نص قانون الأسرة على عدم إلزامية الولي في زواج البالغة¹. بنص المادة 33 من ق.أ.ج: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّاق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل."

ومن أمارات رضائية عقد الزواج الحكم الوارد في نص المادة 22/1 ق.أ والذي يقضي بصحة العقد الذي لم يتم إبرامه أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانوناً كما نصت عليه²، ذلك أن الشكلية الواردة في المادتين 18 و 22 من ق.أ إنما اشترطها المُشرِّع لإثبات عقد الزواج لا لتكوينه، وبالتالي فلا تأثير لها على مبدأ رضائية الزواج³.

وعليه، إنّ التراضي في نظر قانون الأسرة هو ما الركن الوحيد في الزواج والذي يجعله تصرفاً قانونياً تترتب عليه آثاره، ولا يكون هذا الركن إلا بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر.

المطلب الثالث: رضائية الزواج بين خصوصية الصيغة وشكلية اللفظ

يتفق الفقهاء في الجملة على أن العقود لا تتقيد في إبرامها بصيغة معينة، فالأصل أن تصحّ بكل لفظ يدل على المقصود، وإن الرضا يمكن أن يعبر عنه بأية طريقة كانت ما دام إثباته ممكناً، فالتعبير عن الإرادة يكون بالإيجاب والقبول لفظاً أو بالكتابة أو بالإشارة شائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، فليس ثمة حاجة لأن يكتسي بشكل معين⁴.

وذهب اتجاه آخر في الفقه الإسلامي إلى استثناء بعض التصرفات التي لا يكفي لصحة انعقادها مجرد رضا صاحبها لخطورتها وعظم شأنها بل لا بد من تعزيزها وحمايتها بشروط إضافية، ومن هذه العقود عقد الزواج، لذا نجد بعض الفقهاء استلزام الشكلية اللفظية في التعبير عن الرضا بعقد الزواج وأتبعته الأنظمة القانونية في تقييد الرضائية باشتراط التعبير الصريح عن الإرادة.

¹ حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، د ط، 2014، ص ص 44،45.

² المادة 22/1 ق.أ.ج: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي."

³ عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2014، ص ص 77، 79.

⁴ فهو قد يتم بسند عادي أو رسمي يجري لدى الموثق أو أي موظف مخول قانوناً؛ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 9.

واضافة إلى ذلك اشترطت الشريعة انضمام شهادة الشاهدين أو الإعلان إلى هذا الرضا لكي يعتد به شرعاً كحد فاصل بينه وبين السفاح، أما القوانين المعاصرة فقد استلزمت التوثيق بورقة رسمية لحماية للإرادة الزوجين، وصيانة لرضاهما. وعليه يرى بعض المعاصرين أن عقد الزواج عقد شكلي¹، بخلافاً أغلب العقود المدنية والمالية، نظراً لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع لأجلها.² وتعرض فيما يلي لخصوصية الصيغة اللفظية في إبرام عقد الزواج بشيء من التفصيل لدى المذاهب الفقهية، ثم تتعرض للشكلية اللفظية في عقد الزواج عند الشافعية، وهو الرأي المضيق لحرية التعبير عن الإرادة.

الفرع الأول: خصوصية الصيغة في الفقه الإسلامي

من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولهذا لم يشترط الفقهاء لفظاً معيناً، فكل لفظ يظهر ما في نفس المتعاقدين من إرادة إنشاء العقد ويدلّ على هذا المعنى بدون احتمال معنى آخر ينعقد به العقد.³ والركن الحقيقي للزواج هو تراضي الطرفين، وتوافق إرادتهما على الارتباط، ولما كان الرضا وتوافق الإرادتين من الأمور النفسية التي لا يُطلع عليها، كان لابد من التعبير الدال على الرضا والارتباط وإنشاء الصلة الزوجية، وتتمثل الصيغة فيما يجري من العبارات الدالة على التراضي بين المتعاقدين، فما صدر أولاً من أحد المتعاقدين للتعبير عن ارادته ورغبته يسمى إيجاباً، وما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر من العبارات الدالة على الرضا والموافقة يسمى قبولاً.⁴

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 199.

² بلحاج العربي، الوجيز، مرجع السابق، ج 1، ص 59.

³ أنظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 01، 2006، ص 19.

⁴ سيد سابق، فقه السنة، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط 1977، م 3، ص 34؛ يقول الأستاذ مصطفى السباعي: "لا بد من الرضا والإرادة، ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قول أو فعل؛ فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين" مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، ط 9، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 2001، ص 7.

وقد انعقد إجماع فقهاء المسلمين على وجوب إبرام الزواج باللفظ دون غيره من وسائل التعبير، فشددوا على خصوصية اللفظ فيه، واتفقوا على اشتراط الصيغ حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة¹، لما لهذا العقد من خطورة ومركز خاص يمتاز به عن غيره من العقود².

وإنما اختلفوا في مضمون هذا اللفظ الذي أجمعوا على حتميته، هل ينعقد بغير لفظ التزويج والنكاح أو لا ينعقد إلا بخصوص لفظهما؟ فمنهم من مال إلى التوسيع على العاقد، وذلك بإخضاع عقد النكاح إلى القاعدة ذاتها التي تخضع لها بقية العقود، فجعل العبرة في عقد النكاح لمعنى اللفظ المستعمل في التعبير عن الإرادة لا لمبناه، وجوز انعقاد النكاح بكل لفظ يقتضي التملك على التأيد³.

إذ يرى الحنفية أنّ العقد ينعقد بكل لفظ يفيد معنى الزواج، وجوز أبو حنيفة النكاح بكل لفظ يقتضي التملك على التأيد فصح أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التزويج والنكاح والهبة والتمليك والصدقة والبيع شريطة أن تدل هذه الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، واستثنى لفظ: الإجارة والوصية والإحلال، وجوزه بالعجمية وإن قدر على العربية، وجوز الجواب من الزوج بقوله فعلت، وسندهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ وَهَبْتُ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ﴾ [سورة الأحزاب، الآية 50].⁴

ويرى المالكية أن النكاح ينعقد بكل لفظ يقتضي التملك على التأيد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ونحوها⁵، "وقال الثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة، وأصحابه، وأبو ثور، وأبو عبيد، وداود: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك. وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان. وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر"⁶

¹ قال القرائي: "الفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح) البيع توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهي الأفعال دون شيء من الأقوال، وزادوا على ذلك حتى قالوا: كل ما عده الناس بيعا فهو بيع؛ نعم، قال الشافعي لا تكفي المعاطاة دون قول." القرائي، الفروق، المرجع السابق، ج3، ص 180.

² محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 38.

³ المرجع نفسه، ص 38.

⁴ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، المرجع السابق، 03، ص 318. وما بعدها.

⁵ قال القرائي جوزة مالك بكل لفظ يفهم منه المتناكحان مقصدهما؛ القرائي، الذخيرة، ج4، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1994 م، ص 396، 397؛ وقال ابن رشد في المقدمات لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج دون غيرها من ألفاظ العقود وفي الهبة قولان؛ القرائي، الفروق، ج3، ص 180.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج7، مكتبة القاهرة، ب ط، 1968 م، ص 78.

أما الشافعية والحنابلة فلا ينعقد العقد عندهم إلا بلفظي التزويج والنكاح، قال ابن مفلح: "فأركانه: الإيجاب والقبول، ولا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنهما، أو بمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما، فإن قدر على تعلمهما بالعربية، لم يلزمه في أحد الوجهين، والقبول: قبلت هذا النكاح"¹.

وقال ابن قدامة في المغني: "وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج والجواب عنهما إجماعاً، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه: ﴿رَوِّجْنَاكُهَا﴾ [الأحزاب، الآية 37]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء، الآية 22]، وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا، مثل أن يقول: زوجتك بنتي هذه، فيقول: قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج. ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج. وبهذا قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهرري، وربيعه، والشافعي"²، واختار ابن تيمية صحة الإيجاب والقبول بأي لفظ يعتبره الناس إيجاباً وقبولاً في النكاح، قال رحمه الله: "وينعقد النكاح بما عدّه الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ كان ومثله كل عقد"³.

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي، كقول الولي للخطاب: "زوجتك ابنتي"، فيقول الخطاب: "قبلت أو رضيت"، وهذا هو الأصل في العقود، وإتّما اختيار لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، فصيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين، والمقصود بها إنشاء العقد في الحال من غير توقف على نية أو قرينة، ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل⁴.

وكذلك يتحقق الإيجاب والقبول إذا كانت صيغة العقد إحداها بالماضي والأخرى بصيغة المضارع، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد أتزوجك على مهر كذا، أو تزوجيني، فتقول قبلت، وذلك إذا كانت دلالة الحال على أنّ صيغة المضارع للإيجاب لا للوعد، أي أنهما يريدان التنجيز، وكذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي، والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له قبلت فالعقد صحيح⁵.

¹ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج6، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997م، ص94.

² ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص78.

³ أنظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1987، ص450.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص41.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، ج03، ص322.

وعند جمهور الفقهاء يصح العقد بغير العربية، لأنّ المتعاقد أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد باللفظ العربي، لأنّ العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، وأنّ الزواج ليس أمراً تعبدياً حتى يجب تعلّم أركانه باللغة العربية¹.

الفرع الثاني: الشكلية اللفظية في الفقه الإسلامي

يعتبر اللفظ في التعبير عن الإرادة الباطنية هو الأصل الأكثر استعمالاً وشيوعاً في جميع العقود بما في ذلك عقد الزواج لأن اللفظ هو الأقدر على الإفصاح عن الرغبة وإظهارها بكل حرية بما لا يدع مجالاً للشك²، على أن قلة من الفقهاء قد خرجوا عن هذه القاعدة وفي نطاق محدود جداً من العقود، فاستثنوا النكاح وجعلوا العبرة في عقده لمبنى التعبير لا لمعناه، وقيدوا إبرامه بصيغة خاصة لا يجوز العدول عنها: وهي النكاح والتزويج عند الشافعية وبعض الحنابلة إذ لا بد أن يكون الإيجاب والقبول من لفظهما ولم يشترط ذلك عند الحنفية والمالكية³، أما ابن حزم الظاهري فلا ينعقد الزواج عنده إلا بلفظ الزواج، أو الإنكاح، أو التمليك، أو الإمكان، ولا ينعقد بلفظ غيرها أو بلفظ أعجمي يعبر به عن الألفاظ التي ذكرنا⁴. فأعطوا الاعتبار الأول للفظ دون المعنى، وأبوا على العاقد استعمال لفظ مغاير للألفاظ التي خصها هؤلاء الفقهاء بهذا العقد حتى لو أدى اللفظ المعنى المقصود من التصرف الذي يرمي إليه العاقد، وهو ما اصطلح عليه بالشكلية اللفظية⁵.

¹ أنظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، ص 7؛ قال ابن القيم: "هذه العقود تقع من البر والفاجر والمسلم والكافر، ولم يتعبدنا الشارع فيها بألفاظ معينة، فلا فرق أصلاً بين لفظ الإنكاح والتزويج وبين كل لفظ يدل على معناهما. وأفسد من ذلك اشتراط العربية مع وقوع النكاح من العرب والعجم... ومن لا يعرف كلمة عربية، والعجب أنكم اشتراطتم تلفظه بلفظ لا يدري ما معناه البتة وإنما هو عنده بمنزلة صوت في الهواء فارغ لا معنى تحته..."؛ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج 3، ص 36.

² أنظر: عيسى حداد، عقد الزواج - دراسة مقارنة -، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص 37.

³ وزاد الشافعية في العقود التي تنقيد بصيغة معينة "عقد السلم"؛ فقالوا: ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا شيئين: النكاح والسلم؛ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، دار الكتب العلمية، ط 1، 1994م، ص 4؛ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط 1، 1990م، ص 280. انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 28، ص 154.

⁴ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج 7، دار الفكر - بيروت، ب ط، س ن، ص ص 232، 233.

⁵ أما الشكلية غير اللفظية فهي المراسم والأفعال التي لا بد من انضمامها إلى التراضي لكي يتم إبرام التصرف؛ عقداً كان كما هو الحال في النكاح؛ أو تصرفاً أحادياً كما هو الحال في الطلاق والرجعة؛ وهذا النوع من الشكلية يتصل؛ بعناصر منفصلة عن الصيغة نفسها كسماع الشاهدين في عقد النكاح، والقبض في العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم؛ أنظر: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص ص 37، 38.

ونعالج هذه المسألة من خلال دراسة خصوصية اللفظ في عقد الزواج عند الشافعية، ثم نعرض على أهم اعتراضات الجمهور على خصوصية اللفظ في عقد الزواج.

أولاً: خصوصية اللفظ في عقد الزواج عند الشافعية: قال الشافعي في الأم: "الكلام الذي ينعقد به النكاح وما لا ينعقد ... فسمى الله تبارك وتعالى النكاح اسمين: النكاح والتزويج، وقال ﷺ ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾¹ الآية فأبان جل ثناؤه أن الهبة لرسول الله ﷺ دون المؤمنين والهبة... وفي هذا دلالة على أن لا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج ولا يقع بكلام غيرهما وإن كانت معه نية التزويج ... وذلك أن المرأة قبل أن تزوج محرمة الفرج فلا تحل إلا بما سمى الله عز وجل أنها تحل به ... ولم يجز في الكتاب ولا السنة إحلال نكاح إلا باسم نكاح أو تزويج ... ولا نكاح أبداً إلا بأن ... يقول الخاطب زَوْجِنِيهَا أو أَنْكِحْنِيهَا فيقول الولي قد زَوَّجْتُكَهَا أو أَنْكِحْتُكَهَا ويسميها معها باسمها ونسبها ولو قال جئتكم خاطباً لفلانة فقال قد زوجتكها لم يكن نكاحاً حتى يقول قد قبلت تزويجها ... فإن قال زوجني فلانة فقال قد ملكتك نكاحها أو ملكتك بضعها أو ملكتك أمرها ... لم يكن نكاحاً حتى يتكلم بزواجتكها أو أنكحتكها ويتكلم الخاطب بأنكحنيها أو زوجنيها فإذا اجتمع هذا انعقد النكاح"².

ثانياً- مبررات خصوصية اللفظ في عقد الزواج والرد عليها: يستند أنصار الشكلية في ألفاظ عقد الزواج واعتباره عقداً خاصاً أي مختصاً بلفظ لا يثبت بدونه إلى:

أ- الاعتبارات العامة: هي الاعتبارات التي يستند إليها الفقهاء، لتسويغ جميع مميزات عقد النكاح، من اشتراط لوقوعه باللفظ، إلى اشتراط الأَشهاد والصدّاق والولي، وخصوص الألفاظ. وهذه الاعتبارات هي³:

- 1- خطورة عقد الزواج، وكونه سبباً لبقاء النوع الإنساني، والعفاف الحاسم للفساد، واختلاط الأنساب.
 - 2- إن عقد النكاح هو أداة لدخول باب التحليل، وهو باب شدد الشارع في شرائط الدخول فيه، وإن يسر شرائط الخروج منه.
 - 3- إن النكاح لا يكاد يجري في حياة الإنسان إلا مرة واحدة، فهو أمر لا تعم به البلوى.
- ب- الاعتبارات الخاصة:** وهي تلك التي يستند إليها من يختص عقد النكاح بلفظ معين:⁴

¹الأحزاب 50.

² الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج5، دار المعرفة - بيروت، ب ط، 1990م، ص40.

³محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص41.

⁴ المرجع نفسه، ص42.

- 1- إن القرآن قد خص عقد النكاح بألفاظ خاصة؛ قال الله عز وجل لنبيه ﷺ: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب، الآية: 37]، وقال ﴿وَأَمْرًا مِّنْهَا إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ [الأحزاب، الآية: 50]، وقال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [الأحزاب، الآية: 49].
- 2- النكاح سبب وحكم شرعي لإباحة المرأة لا يتلقى إلا بالسمع أي بنصوص الكتاب والسنة.
- 3- إن النكاح شرع لمقاصد جملة لا تحصى، والهبة، وسائر الألفاظ الموضوعية للتتمليك، لا تنبئ عن هذه المقاصد.

4- إن الشهادة في النكاح تقع على المسموع، لا على المقاصد والنيات، فلا يعمل بغير الفظي النكاح والتزويج، لأنهما صرائح، وغيرهما كنايات، لا يثبت حكمهما إلا بالنية، وهي أمر باطني، لا اطلاع للشهود عليه.

ج- اعتراضات الجمهور على خصوصية اللفظ في عقد الزواج: ويرد على الأدلة السابقة الاعتراضات التالية¹:

- 1- إن النكاح ورد بألفاظ مختلفة في الكتاب والسنة، والأصل فيها عدم اعتبار الخصوص، فيتعين العموم.
- 2- إن الشرع قد ينصب لفظاً مشتركاً بين أشياء، ويلغى خصوصاتها، فالأصل في الشرع، عدم اعتبار الخصوص.
- 3- إن النكاح شرع لأمر واحد هو ملك المتعة، أما المقاصد الأخرى فلا تصلح أن تكون مقصودة أصلية، ولما شرع الملك بلفظ النكاح، وهو لا يختص بالملك، فلأن يثبت بلفظ التملك، والبيع، والهبة، أولى.
- 4- ليس الصريح عند الشارع هو لفظ التزويج والنكاح فحسب، بل استعمال ﷺ لفظ التملك، في قوله: «ملكته بما معك من القرآن»، أضف إلى ذلك أن ثبات الصرائح والكنايات ليس مطلقاً بل هو نسبي، يختلف بحسب عرف الشارع وعرف المتعاقدين².

¹ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 42.

² قال العلامة ابن قيم رحمه الله: "والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود، انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود، فإن الشارع لم يجد لألفاظ العقود حداً، بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية، والتركية، والرومية، فانعقادها بما يدل عليها من الألفاظ العربية أولى وأحرى، ولا فرق بين نكاح وغيره... ومن أصول أحمد أن العقود تنعقد بما يدل على مقصودها، من قول، أو فعل، لا برأي اختصاصها بالصيغ،... والذين اشترطوا لفظ الإنكاح، والتزويج، قالوا: ما عداها كناية، فلا يثبت حكمها إلا بالنية، وهي أمر باطن، لا اطلاع للشاهد عليه، إذ الشهادة إنما تقع على المسموع، لا على المقاصد والنيات. وهذا إنما يستقيم، إذا كانت ألفاظ الصريح، والكناية ثابتة بعرف الشرع، وفي عرف المتعاقدين، والمقدمتان غير معلومتين.

الفرع الثالث: خصوصية الصيغة في القانون الوضعي

يقضي مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد في القوانين المدنية أن الأصل في العقود الرضائية وأن التراضي وحده كاف لوجود التصرف القانوني، على أن تكون الإرادة حرة في اختيار وسيلة التعبير عن ذاتها ولا تُقَيَّدُ حرمتها إلا بنص خاص يقضي به القانون على سبيل الاستثناء، فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين أي كانت طريقة التعبير، ولو جاءت عارية من الشكليات والأوضاع.

وما أقرت التشريعات المعاصرة مبدأ الرضائية في العقود إلا لمصلحة الأفراد، تأميناً لحرمتهم وتوفيراً لوقتهم، لا خدمة لمصلحة المجتمع، لأن الأصل في الأنظمة الاجتماعية أنها تتطلب نوعاً من الشكلية والتجسيد للعقد، ذلك أن انتفاء الشكلية يجعل العقد في منأى عن مراقبة المجتمع وذاكرته؛ من أجل ذلك، فقد أُلقت النُظم القانونية عدة استثناءات على مبدأ الرضائية، تتمثل في أوضاع وإجراءات معينة يجب توافرها لانعقاد العقد؛ وهذه هي الشكلية في القانون الحديث¹.

وإن كان مبدأ الرضائية يقتضي أن القاعدة عند الفقهاء تقول أن للتعبير الضمني عن الإرادة نفس قوة التعبير الصريح، إلا القوانين المدنية كثيراً ما تُميز في نطاق إبرام العقود بين الصريح والضمني²، ومن مظاهر

أما الأول: فإن الشارع استعمل لفظ التملك في النكاح فقال: ملكتها بما معك مع القرآن، وأعتق صفة، وجعل عتقها صداقها، ولم يأت معه بلفظ نكاح ولا تزويج، وأباح الله ورسوله النكاح. ورد فيه الأمة إلى ما نتعارفه نكاحاً بأي لفظ كان، ومعلوم أن تقسيم الألفاظ إلى صريح وكناية تقسيم شرعي، فإن لم يَقم عليه دليل شرعي كان باطلاً. فما هو الضابط لذلك؟ وأما المقدمة الثانية: فكون اللفظ صريحاً، أو كناية، أمر يختلف باختلاف عرف المتكلم، والمخاطب، والزمان، والمكان، فكم من لفظ صريح عند قوم، ليس بصريح عند آخرين، وفي مكان دون مكان، وزمان دون زمان، فلا يلزم من كونه صريحاً في خطاب الشارع، أن يكون صريحاً عند كل متكلم، وهذا ظاهر؟"، ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج3، ص200.

¹ ويلاحظ أن هذه شكلية القانون الحديث ليست كذلك التي قامت في القانون الروماني، فشكلية القانون الروماني شكلية فنية بحتة، أما شكلية القانون الحديث فهي شكلية حمائية أنظر: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص9 وما بعدها.

² يكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذهُ وُضع في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس، وهو ما يؤدي إلى فهم الإرادة مباشرة دون استنتاج أو تخمين، وله أربعة وسائل تناولها المشرع في المادة 60 من القانون المدني: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه"

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذهُ لم يوضع في ذاته للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة، فهو ظروف ايجابية تفسر كتعبير عن الإرادة، إذ لا يتم التعرف عن إرادة المتعاقد مباشرة وإنما عن طريق الاستنتاج، وقد تناولته المادة 2/60 ق.م: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"؛ انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص ص 176، 177؛ عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، د ت ن، ص ص 185، 187.

هذا التمييز أن يتطلب القانون أحياناً في بعض العقود أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، الأمر الذي أثار خلافاً فقهيًا حول مدى اعتبار استلزام التعبير الصريح قيداً على رضائية العقد؟ فمن قال أن اشتراط التعبير الصريح يعد قيداً على رضائية العقود، جعل هذا الاشتراط شكلاً قانونياً يتفق والمفهوم الحديث للشكلية التي تعمل على الحد من حرية إرادة وحمايتها. ومن لم يعده قيداً قال برضائية التصرف على الرغم من استلزام التعبير الصريح؛ إلا أن آخرين جاءوا بحل وسط فذهبوا إلى أن استلزام التعبير الصريح يعد منزلة وسطى بين الرضائية والشكلية، فلا يُسلب المتعاقد حريته في التعبير عن الإرادة لأنه يستعمل ما شاء من الوسائل الصريحة، كما لم تترك له حرية استعمال اللفظ الضمني، وهذا ما يعتبر قيداً موضوعياً على إرادته يحد بدوره من مبدأ الرضائية، إلا أن هذا الاتجاه تعرض للنقد من جانب أنه لا محل لمثل هذا التقسيم، فالتصرفات إما أن تكون شكلية أو رضائية، وإن مثل هذا التوجه يعود في الأساس إلى عدم وضوح مفهوم الشكل في القوانين الحديثة.¹ ومن هنا تعين أن نعرض هذه الآراء كما يلي:

الرأي الأول: اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة شكلية حديثة تُقيد رضائية العقد: ذهب

أنصار هذا الاتجاه إلى أن النصوص التي تستلزم تعبيراً صريحاً عن الإرادة إنما هي نصوص تفرض شكلاً لإبرام التصرف القانوني، فاستلزام التعبير الصريح يعد صورة من صور الشكلية الحديثة، أطلق عليها بعض الكتاب وصف "الشكلية المهذبة"، إلا أنهم اختلفوا في تبرير هذه الشكلية.²

ويرى الفقه الفرنسي أن اقتضاء التعبير الصريح يُعدُّ فرضاً لشكل قانوني في ذلك التصرف، فحيث يَحصر المشرع التعبير عن الإرادة بوسائل معينة فإنه يكون قد وضع قيداً أمام حرية الإرادة وحدد لها أسلوباً وشكلاً للتعبير عن ذاتها، ويرى هذا الاتجاه إمكانية أن يستلزم القانون على المتعاقدين استعمال كلمات محددة لا يجوز الحياد عنها، ولا ينشأ التصرف القانوني دونها، فالشكل في القانون الحديث لا يعني سلب الإرادة كل حُرِّيَّتِها في التعبير، إنما يعني تنظيم ممارسة هذه الحرية، ومن ثم لا يكون هناك تعارض في أن تتمتع الإرادة بقدر من الحرية في التعبير يختلف نطاقه من شكل إلى آخر بحسب درجة الشكل الذي فرضه المشرع، لأن التعبير الضمني قد يتضمن أكثر من دلالة، الأمر الذي يجعل من المتعذر على القاضي ترجيح إحدى الدلالات على غيرها، وقد يؤدي هذا إلى اعتماد دلالة لا تتفق مع إرادة المتعاقد.

¹ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 84.

² انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 178.

ومثل هذه الشكلية اللفظية نجدتها في تراثنا الفقهي، لا سيما المذاهب التي تمسكت بخصوصية اللفظ الذي ينعقد به الزواج، دون غيره من وسائل التعبير¹، وهي شكلية تهدف إلى ذات الغاية التي تهدف إليها الشكلية في القوانين الحديثة: وهي حماية الإرادة².

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، إذ قررت أن نصوص القانون يجب أن لا تسلب المتعاقد حريته في اختيار الكلمات التي يراها ما دامت تُعبر عن حقيقة قصده، فالمتعاقد في ظل النصوص التي تستوجب التعبير الصريح لا يقيد باستعمال كلمات محددة؛ وموقف القضاء الفرنسي هذا ينبع من تبني القانون المدني الفرنسي لمبدأ سلطان الإرادة³، وهو ما قرره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله من توسيع نطاق الحرية في التعبير عندما اختارا صحة الإيجاب والقبول بأي لغة ولفظ يعتبره الناس إيجاباً وقبولاً في النكاح، ومثله سائر العقود⁴، قال ابن القيم: "والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود، انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود"⁵.

وهناك من يرى أن وصف المادة 4 من ق.أ عقد الزواج بلفظ الرضائية ينأى به عن الشكلية، لأنه يبنني أساساً على توافق إرادتي الرجل والمرأة عن طريق الاقتراح اللفظيين الإيجاب والقبول، إلا أن بعض الفقه يصنف عقد الزواج في خانة العقود الشكلية⁶، إذ يرى الأستاذ بلحاج العربي أن الشكل في إنشاء عقد الزواج أمر معتبر شرعاً لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع من أجلها، ومعتبر قانوناً بحكم المادة 18 من

¹ إذ يرى الشافعية وبعض الحنابلة أن لا ينعقد الزواج إلا بلفظي التزويج والنكاح ولا يقع بكلام غيرها وإن كانت معه نية التزويج قال ابن مفلح: "فأركانه: الإيجاب والقبول، ولا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنهما، أو بمعناها الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما، فإن قدر على تعلمهما بالعربية، لم يلزمه في أحد الوجهين، والقبول: قبلت هذا النكاح" ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، ج6، ص94؛ الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج5، ص40

² محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص38

³ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص84.

⁴ أنظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1987، ص450.

⁵ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج3، ص200.

⁶ خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990، ص27، ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص20. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص57. التصرف الشكلية: هو ما تطلب انعقاده استيفاء ما يفرض القانون من شكل خاص إلى جانب التراضي، وهذا الشكل إما أن يكون الكتابة، وإما أن يكون التسجيل في سجلات رسمية، كما قد يكون شكلاً خاصاً كاستلزام اللفظ في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج، وينبغي التمييز بين ما إذا كان الشكل الخاص قد اشترط لانعقاد التصرف أو لإثباته وذلك لأن تخلف عناصر شكلية الانعقاد يترتب عنها عدم قيام التصرف وبطلان العقد إذا لم يكن مستوفياً للشكل الذي فرضه القانون، بينما تخلف عناصر شكلية الإثبات يعني انعقاد التصرف صحيحاً نافذاً وإمكان إثباته بالإقرار واليمين، أما إذا استلزمت النصوص القانونية شكلاً خاصاً ودون أن تعين الجزاء المترتب على عدم استيفاء الشكل فمعنى ذلك اشتراط الشكل لانعقاد لا للإثبات.

قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02-05، والمادة 3/3 من قانون الحالة المدنية¹، ولهذه الأسباب لا يصح الزواج إلا بالإشهاد وفقاً للمادة 9 مكرر والمادة 2/33 من قانون الأسرة بأن يشهد على عقد الزواج شاهدان رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، حفاظاً على حقوق الزوجين والأولاد أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً.

الرأي الثاني: استلزام المُشَرِّع للتعبير الصريح عن الإرادة ليس شكلاً يقيد رضائية العقد:

يذهب أنصار هذا الاتجاه أن الأصل في استلزام المُشَرِّع للتعبير الصريح لا يعني أنه يتطلب شكلاً في التصرف القانوني، لأن التعبير الصريح لا يوصف بالشكل الذي ينتقل بالتصرف من دائرة الرضائية إلى دائرة الشكلية، إذ أن الإرادة تكون صريحة ما دامت مؤكدة ولا عبرة بالطريقة التي تم التعبير بها، فاقضاء القانون للتعبير الصريح في بعض العقود يعني في جوهره أن يتم التعبير عن الرضا بشكل واضح ليس فيه فرض لأي صيغة معينة، وإنما يقبل أن يكون مستخلصاً من الظروف عندما تترجم الإرادة دون لبس²، فالأمر يتعلق بوجود الإرادة وتفسيرها لا بطريقة تنظيم التعبير عنها³.

وينبغي على هذا أنه لا يعد التعبير الصريح، كقاعدة عامة، شكلاً قانونياً ما لم يحدد المُشَرِّع وسيلة معينة لهذا التعبير، فكل شكل هو تعبير صريح عن الإرادة وليس كل تعبير صريح شكلاً قانونياً.

الفرع الرابع: خصوصية الصيغة في قانون الأسرة

لقد أكد المُشَرِّع على وجوب توفر التراضي بين الزوجين، ونص على ضرورة تطابق الإيجاب والقبول كركن لانعقاد الزواج، ذلك أن الإرادة أمر نفسي لا يعتد بها إلا إذا عُبر عنها وخرجت إلى الواقع في إحدى الصور التي عددها القانون⁴، بحيث جعل قانون الأسرة الجزائري عند تعرضه لطرق التعبير عن الإرادة الصيغة اللفظية هي الأصل والكتابة أو الإشارة الاستثناء، ولم يشترط قانون الأسرة بشأن هذه الصيغة ألفاظ معينة للإيجاب والقبول، إذ يجوز استخدام جميع الألفاظ التي تفيدها معنى النكاح شرعاً.

¹ الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

² انظر غستان: المرجع السابق، ص 393.

³ "وأياً كانت الوسيلة المستعملة في التعبير عن الإرادة، فإن هذا التعبير قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، بل إن كل منها تصلح لأن يكون التعبير بها صريحاً أو ضمناً". انظر: سليمان مرقس: شرح القانون المدني، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1966، ص 49.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المجمع الإسلامي، بيروت، 1980، ص 46.

ويمكن القوا أن المُشرِّع الأسري أستلزم التعبير الصريح في عقد الزواج لكونه قاطعاً في دلالاته على الإرادة الحقيقية للزوجين، ولأن التعبير الصريح يؤدي إلى تنبيه المتعاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه لاسيما إذا كان مقدما على إبرام عقد الزواج، فلا يبرمه إلا بعد تروٍّ وتفكير¹.

1- الشروط الصيغة في عقد الزواج: من خلال المادة 1/10 من ق.أ التي تنص: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"²، يمكن استنتاج بعض الشروط التي يجب توفرها في الصيغة، وهي :

- أن الأصل في الصيغة أن تكون لفظية شفوية عند من يستطيع النطق.
- أن تكون الصيغة بأي لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.
- موافقة القبول للإيجاب ومطابقته له في موضوع العقد يقينا، فإن وقع اختلاف في المرأة المقصودة أو في مقدار المهر لا ينعقد العقد.³
- وأن يكون الطرفين حاضرين معا في نفس المكان والزمان، إذ لا يجب أن يكون هناك فاصل أو عارض بينهما⁴.

وأناط المُشرِّع صحة الصيغة بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، وهي عبارة تحيلنا على المادة 222 من ق.أ⁵، خاصة وأن المذاهب الفقهية قد اختلفت في دلالة الألفاظ على معنى النكاح كما سبق بيانه، وجمهور الفقهاء جوزوا استعمال كل الألفاظ التي تدل دلالة واضحة على الرغبة في الزواج، بحكم أن النكاح ورد بألفاظ مختلفة في الكتاب والسنة، والأصل فيها عدم اعتبار الخصوص، فيتعين العموم.

وكان الأولى بالمُشرِّع أن يعتد بالألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة وعرفا، لأنها صياغة قانونية أشمل من استعمال عبارة الألفاظ التي تفيد معنى النكاح شرعا، كما أنها أقرب إلى واقع الناس من الناحية العملية

¹ انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص 176.

² وتقابلها الفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا». وقد اهتم المشرع المغربي بتفصيل الشروط التي لا بد من توافرها في الإيجاب والقبول، فنصت عليها المادة 11 من مدونة الأسرة بقولها: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة؛ متطابقين وفي مجلس واحد؛ باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ".

³ أنظر: أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص ص 94، 95.

⁴ المرجع نفسه، ص 93.

⁵ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 98.

ولا تخرج عن المعنى ولا عن الغاية من الزواج¹، تيسيرا على المتعاقدين، وتكريسا لحرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقد الزواج.

كما أن المُشَرِّع لم يحدّد زمن الفعل الذي يعبّر به عند الإيجاب والقبول، ولا اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج، خاصة وأنه من بين الشروط التي ذكرها الفقهاء في الصيغة: أن يكون الإيجاب والقبول في صيغة الماضي للدلالة على تحقّق المعنى وحصولهما فعلا، كما يمكن أن يكونا في صيغة الأمر أو المضارع شريطة أن تكون هناك قرائن تدل على أنّ المقصود إنشاء العقد في الحال، كدعوة الأصدقاء والشهود لحضور العقد، أمّا غير ذلك من الصيغ فلا ينعقد بها العقد لأنها صريحة في الوعد بالزواج لا في إنشائه².

2-التعبير عن الرضا بالكتابة أو الإشارة: إنّ النطق ليس الطريق الوحيد لظهور الإرادة العقدية، فحتى وإن كان الأصل إلا أنّه قد تقوم مقامه وسيلة أخرى ممّا يمكن أن يعبّر عن الإرادة الجازمة تعبيرا كافيا وصریحا، ومراعاة منها لمبدأ حق وحرية كل شخص في الزواج، وضعت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة استثناءا يخصّ العاجز عن الكلام، بحيث يمكنه إبرام عقد زواجه بالكتابة إن كان يحسنها، وإلا فبالإشارة شريطة أن تكون مفهومة من الطرف الآخر، ومن الشاهدين³.

وقد اتفق الفقهاء على أنّ إشارة الأخرس تقوم مقام النطق باللسان، إذا كان العاقد لا يعرف الكتابة في جميع تصرّفاته التعااملية القولية التي يكون له فيها إشارة مفهومة جرت عليها عادته كالبيع والشراء والنكاح، لأنّ الإشارة أقصى طرق التعبير بيانا عنده⁴. وإذا كان يحسن الكتابة، فإنّه لا يصح عقده بالإشارة، لأنّ الكتابة أبين دلالة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى، فلا يقبل منه العقد بالإشارة⁵. وتناول المُشَرِّع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 2/10 ق.أ.ج بقولها: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة"، هذه الفقرة تثير إشكالين، من جهة، عدم تناسقها مع الفقرة الأولى فتارة يستخدم المُشَرِّع عبارة بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، وتارة أخرى يستعمل عبارة بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، إذ كان عليه أن يستقر على عبارة واحدة تسري على الأشخاص القادرين عن الكلام وعلى الأشخاص العاجزين عنه، ومن جهة أخرى، جعل الكتابة والإشارة وسيلتين للتعاقد على سبيل المثال، وكأن هناك طرق أخرى يمكن للعاجز عن الكلام

¹ وهو اختيار المشرع المغربي حيث اعتمد الألفاظ التي تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 99.

² أنظر: نبيل صقر، قانون الأسرة نضا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، 2006، ص 136.

³ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 101.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 43.

⁵ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 102.

أن يستعملها لانعقاد عقد الزواج¹، زيادة على ذلك لم يوضح أيّهما أسبق في الترتيب وذلك لاستعمال حرف العطف (أو) بينهما وكأنّه ترك حرية الاختيار للعاقد، أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدّرتة على التعبير بالكتابة²، مع أنّ الفقه ذهب إلى القول أنّه إذا كان العاقدان أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنه يعبّر عن إرادته بواسطة الكتابة، لأنّها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة، ولأنّها أوضح وأدل على المراد وأبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى³.

وخلاصة القول أن النكاح ينعقد بلفظ الزواج أو بأي لفظ أو عبارة أخرى تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا أو شرعا في مجلس واحد، وبحضور شاهدين، وتسمية صداق للزوجة؛ وإذا كان الشخص عاجزا عن الكلام فيلجأ إلى التعبير عن إرادته بالكتابة فإن لم يستطع فالإشارة. أما إذا تخلف ركن الإيجاب والقبول، فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال أحد أركانه الأساسية⁴.

3- صلاحية السكوت في التعبير عن الإرادة: الأصل أن السكوت لا يعد تعبيراً عن الإرادة، لعلّة عدم بيان الرغبة، فهو موقف سلبي حيث لا يمكن أن يعتبر إيجاباً، ولا يعد قبولاً لأنه عدم - لا يدل عن وجود - وكما قال فقهاء الشريعة الإسلامية: "لا ينسب للسكوت قول"⁵، واستثناءا يكون قبولاً إذا صاحبه وقائع تلابسه ويسمى في هذه الحالات بالسكوت الملابس⁶.

وأجمع الفقهاء أنّ التعبير عن الإرادة في عقد الزواج إمّا أن يكون باللفظ أو السكوت، أمّا اللفظ فهو في حق الرجال والثيب من النساء، وأمّا السكوت فيعتد به تعبيراً عن القبول في حق الأوبكار، أمّا الرفض وعدم الموافقة، فلا يكون إلا باللفظ أو ما جرى مجراه إذا عجز عن التعبير به، واعتبر السكوت تعبيراً عن الإرادة في الزواج مراعاة لجلبية النساء عموماً والأوبكار على وجه الخصوص، وذلك لما طبعن عليه من الحياء

¹ جاء في المادة 10 / 2 من مدونة الأسرة المغربية: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 103.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 43.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 189، 190.

⁵ أنظر: السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1983، ص 142.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 48.

والحشمة، وسندهم في ذلك قوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمته»¹.

وفي الوقت الراهن، ومن الناحية العملية والقانونية، لا سيما مع الدور الإيجابي الذي يلعبه الموثق أو ضابط الحالة المدنية في مجلس العقد، حيث يتعيّن عليه التأكد من الموافقة الصريحة للمرأة بسماع قبولها، فإنه لم يعد قانون الأسرة يخول للولي مباشرة عقد الزواج وهو الذي كان في السنة يستأذن البكر في نفسها فتأذن له بصمتها وسكوتهما حياء وعفة.

وسيرا على ما درجت عليه القوانين المدنية من كون عقد الزواج مبني على الرضا الحر والكامل، وأن السكوت لا يُعدّ تعبيراً عن التراضي في إبرام عقد الزواج سواء كان قبولاً أو إيجاباً، فإنّ قانون الأسرة يتطلب أن تتجلى هذه الإرادة بصورة واضحة لا تدع مجالاً للشك أو التأويل، وهذا لا يتحقق بالسكوت.

4- استعمال الوسائل الحديثة للتعبير عن الإرادة: لم ينص قانون الأسرة على حكم انعقاد

الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، إلا أن المادة 18 منه قد اشترطت الحضور الشخصي للمتعاقدين أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق ممّا يرجح عدم اعتراف قانون الأسرة بهذه الوسائل في التعبير عن الإرادة أثناء إبرام عقد الزواج، ويؤكد على هذا المنع ما نص عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة، إذ جاء في القرار رقم 52 أن: " ولا يصح إجراء النكاح عن طريق البرق والفاكس والحاسب الآلي والهاتف اللاسلكي، وذلك لاشتراط الإشهاد فيه"².

وذلك أن عقد النكاح يحمل خطورة أكثر من العقود المالية، وفيه جانب تعبدية، ويشترط فيه الشاهدان، لذلك لا يعتد بمباشرة الإيجاب والقبول للنكاح على الإنترنت ومؤتمر الفيديو والهاتف، أما إذا استخدمت هذه الوسائل لتوكيل شخص للنكاح، ويقوم الوكيل من جانب موكله بالإيجاب والقبول أمام الشاهدين صح النكاح، ويلزم في هذه الصورة أن يكون الشاهدان يعرفان الموكل أو يذكر الموكل اسمه واسم أبيه عند الإيجاب والقبول³.

وبهذا يكون مجمع الفقه الإسلامي قد رأى تقييد حرية إرادة الزوجين في اختيار وسائل التعبير للتزويج بأن منع عقد الزواج عبر وسائل الاتصال التقليدية والحديثة كالإنترنت كتابة كانت أو مشافهة⁴، سداً

1 أنظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 01، دار ابن حزم، مصر، 1999، ص 03.

2 قرار رقم 52. مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 14 إلى 20 مارس 1990م، قرارات وتوصيات مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع 6، ج 2، ص 785.

3 قرار مجمع الفقه الإسلامي بالهند، الندوة الفقهية الثالثة عشرة في المدة: 18-21 محرم 1422 الموافق 13-16 إبريل 2001م بمديرية مليح آباد بولاية أترابرايش، قرار رقم: 54، 13/3.

4 خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 104.

لأبواب الفتنة ولما يترتب عنها من أضرار ومفاسد تخالف مقتضى عقد النكاح ومقاصده التي شرع من أجلها.

المبحث الثاني: الحماية القانونية لحرية التراضي في عقد الزواج

لقد حظي التراضي في عقد الزواج بتعظيم من الشارع لما له من أهمية بالغة، كما أنه كان محل تنصيب قانوني يعكس حرص المشرع على حرية الإرادة ودورها الأساسي في تكوين العقد التأسيسي للأسرة، فكان أن جعلت المادة 4 من ق.أ. الزواج عقداً رضائياً، يتم التعبير عن الرضا بإبرامه بتبادل الإيجاب والقبول مراعاة لمقتضيات المادة 9 من ق.أ.، والتي جاء فيها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وهذا ما يستوجب في كل من الرجل والمرأة تمتعهما بإرادة حرة وكاملة لإنشاء عقد الزواج، وذلك بأن يعبرا عنها وهما في كامل أهليتهما وأن لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة التي من شأنها أن تهدد العقد بالزوال. وعليه سنسلط الضوء في هذا المبحث على ضرورة صحة التراضي كشرط أساسي يتقدم جل الشروط التي يبني عليها إبرام الزواج، ودراسة مدى صحة الزواج الذي يختل فيه شرط الأهلية أو تعاب فيه إرادة أحد الزوجين؟

ونظراً لأن قانون الأسرة جاء دون الإحاطة الكاملة والشاملة بالأحكام المتعلقة بأهلية الزواج وبعيوب الإرادة التي تؤثر فيه، كان لزاماً علينا الرجوع إلى الأحكام الشرعية الإسلامية عملاً بالمادة 222 والتي جاءت بالنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" حتى نستخلص حكم الزواج الذي قد يختل فيه شرط الأهلية كشرط صحة لانعقاده قانوناً، بحيث نتناول في المطلب الأول وجوب الأهلية للتعبير عن رضا الزوجين، ثم ننظر في مصير العقد الذي اختلت إرادة أحد عاقديه بعيب من عيوب الرضا، ونبين ضرورة خلو إرادة الزوجين من عيوب الرضا، في المطلب الثاني.

المطلب الأول: وجوب الأهلية للاعتداد بالتعبير عن رضا الزوجين

أقرت جميع الشرائع حرية الإنسان وحقه الاختيار في الارتباط بالزواج غير أن الأفراد لا يتمتعون بهذه الحرية بلا قيد ولا شرط، ولذلك تقضي القواعد القانونية في التشريعات الأسرية أن يكون راغب الزواج أهلاً لتحمل الالتزامات والحقوق، ومن هنا تبرز أهمية هذا الشرط في الزواج إذ تعتبر أهلية الزواج من بين الموضوعات الوثيقة الصلة بحياة الأفراد والتي حددها الفقه الإسلامي بمعايير محكمة انفرد بها عن سائر التشريعات الوضعية الحديثة التي قيدتها بضرورة بلوغ سن الرشد القانونية.

ومن ثم يمكن أن نتساءل عن الأهلية التي يستطيع بمقتضاها الشخص أن يعقد زواجا، وكيف نظم قانون الأسرة الحالات الاستثنائية التي تخول لطالب الزواج رخصة إبرامه بمجرد بلوغه الطبيعي؟ وهل يشترط فيه توافر سنا معينة، وما حكم الزواج إذا تم بدون توافر السن المقررة قانوناً لإبرام عقد الزواج؟

الأهلية في اللغة: الصلاحية، وشرعا: هي صفة أو قابلية يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لأن يتعلق به الخطاب التشريعي¹، وفي اصطلاح الفقهاء: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه²، وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء أهلية الوجوب، وأهلية الأداء³.

فأهلية الوجوب هي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

وأهلية الأداء هي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا

وأما أهلية الزواج، فيراد بها: كفاءة الشخص لإبرام عقده وصلاحيته لأن يكون زوجا ذو قدرة على تحمل ما ينتج عن هذا العقد من آثار⁴، بحيث يعتد بها كشرط من جملة الشروط الواجبة التوافر لأن يكون الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره من الناحية القانونية والشرعية، الأمر الذي صرحت به المادة 9 مكرر من ق.أ. بنصها على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج،... وهذه الأخيرة إنما تقاس بمعيار السن المقررة للزواج كتصرف قانوني ذو خصوصية بالغة الأهمية (الفرع الأول)، كما أن لتخلف الأهلية أثر على عقد الزواج، الأمر الذي لم يكن محل تنصيب في قانون الأسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية حرية الإرادة باشتراط بلوغ السن القانونية للزواج

نصت المادة 7 من قانون الأسرة على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، ومنه يكون المشرع الجزائري قد اعتد ببلوغ السن القانونية للزواج كقاعدة عامة، وبالترخيص بالزواج قبل ذلك كاستثناء فرضته ضرورات اجتماعية وشرعية.

فبموجب نص المادة 7 من ق.أ. ج يفترض أنه ببلوغ الرجل والمرأة سن التاسعة عشرة، فإنه يجوز لهما الاقتران على الوجه الشرعي، وعليه يجب أن يكون المقبل على الزواج بالغاً سن الرشد التي يحددها القانون لا مجرد البلوغ الجنسي فقط، لأن المعاشرة الجنسية ليست الغرض الوحيد من الزواج، وهذا ما دفع بالمشرع إلى تحديد أهلية الزواج بالنسبة للمرأة والرجل على أساس تقديري يعتمد على معيار السن، ومن ثم لم تجعل أحكام الأهلية منوطة بحقيقة البلوغ البيولوجي بل أناطها المشرع بسن يفترض ببلوغها أن يكون الإنسان ذا قدرة وصلاحية لإبرام عقد الزواج وتحمل إلتزاماته وحقوقه.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج39، ص253.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2960

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7، ص151

⁴ دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج)، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص98.

الأمر الذي يعكس التكريس الصريح لمبدأ المساواة بين الجنسين في عقد الزواج لاسيما من حيث بلوغ سن الرشد المقررة قانونا لإبرامه والتي يفترض معها تمتع المقبلين على الزواج بالإرادة الصحيحة بما يعكس مدى النضج والوعي اللذان يمكنهما من تحمل أعباء الحياة الزوجية وما تمليه من واجبات ومسؤوليات¹.

كما أن بلوغ سن الرشد الذي اشترطه قانون الأسرة لأهلية الزواج يقتضي اكتمال التمييز لدى الرجل والمرأة، بحيث يصبح كلاهما كامل الأهلية لكن بقيد عدم سبق الحجر عليهما، الحكم الذي تناولته المادة 86 من قانون الأسرة بنصها على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا للأحكام المادة 40 من القانون المدني"، وهذه الاخيرة نصت في فقرتها الأولى على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية." وفي ذات السياق منح قانون الأسرة للمرأة الراشدة صلاحية إبرام عقد زواجها بموجب المادة 1/11، وذلك بأن نصت على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، والمرأة الراشدة هنا هي كل امرأة بلغت سن الرشد المدني، بحيث تصير أهلا لمباشرة التصرفات القانونية بوجه عام، وتحمل مسؤولية ما يترتب عنها من آثار قانونية.

الفرع الثاني: الترخيص القضائي للقصر كاستثناء على شرط بلوغ السن القانونية للزواج

إن تحديد قانون الأسرة لسن الزواج ببلوغ 19 سنة وإن كان يتماشى مع العرف ومصلحة الفرد والمجتمع في معظم الحالات، إلا أن هذا التحديد القانوني قد يخالف مصلحة محققة لا يمكن إهمالها في بعض الحالات استثنائية التي تفرضها الضرورة أحيانا وتتطلبها الحاجة الملحة أحيانا أخرى، الأمر الذي جعل المشرع يمنح المحاكم سلطة تقديرية في شأن هذه الاستثناءات الناتجة عن تنوع ظروف الناس وأحوالهم، فحول للقاضي منح الإذن بالزواج قبل اكتمال السن القانونية وهذا ما صرحت به المادة 2/7 من ق.أ.ج الأسرة بقولها: "... وللقاضي أن يرخص الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة."

وعليه يمكننا القول أن الإقدام على الزواج دون بلوغ سن 19 سنة أمر جائز قانونا كما قدمنا في ذلك²، إلا أنه مقيد بضرورة الحصول على ترخيص قضائي، ولأن تزويج القاصر في هذه الحالة مرهون بتوافر

¹ ولقد كانت حددت المادة 7 من ق.أ.ج قبل تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 سنة بالنسبة للرجل و18 سنة بالنسبة للمرأة.

² نشير إلى أن المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج المؤرخة في 1962/11/07 نصت على أن: "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية مصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

جملة من الشروط القانونية، فإنه يكون لزاما على القاضي الذي يرخص بالزواج أن يتأكد من وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي تزويج القاصر، وكذا التأكد من مدى قدرة الطرفين على الزواج، الشرط الذي يبدو فيه نوع غموض فيما إن كان مقصود المُشَرِّع من قدرة الطرفين على الزواج هو القدرة الفيزيولوجية والجنسية أم هو القدرة الاقتصادية على تحمل أعباء الزوجية¹، وفي هذا الصدد يرى الاستاذ بن شويخ ان المقصود من قدرة الطرفين على الزواج إنما يراد بها القدرة الجسدية والمادية بالإضافة إلى القدرة على تحمل أعباء المسؤولية².

1 - القاضي المختص بمنح الترخيص بزواج القاصر: إن الاعتراف للقاضي بمنح الترخيص في

المادة 2/7 ق.أ لا يثير في حد ذاته أي إشكال يذكر طالما نصت على مبدئه النصوص القانونية، فالإشكالية تنور في عدم تحديد القاضي المختص بذلك، وعليه يؤخذ على هذه الفقرة أنها نصت على سلطة القاضي في منح الترخيص للقاصر المقبل على الزواج دون أن تحدد صراحة القاضي المختص بمنح هذا الترخيص، هل هو قاضي الأحوال الشخصية أم رئيس المحكمة؟

وإجابة عن هذا الإشكال يقول الأستاذ تشوار جيلالي: "إن الواقع العملي يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الولائية ولكن المنطق يقضي بأن يوكل الأمر لقاضي الأحوال الشخصية لدرايته وخبرته في هذا المجال مستعينا في ذلك بأراء المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج وكذا قدرته على التصرف في الأمور... وبالإمكان القول أن القاضي الذي قصده المُشَرِّع في هذه المادة هو قاضي الأحوال الشخصية. وهذا ما نفهمه عند تصفحنا للمواد 49 و63 و79 من قانون الأسرة إذا قمنا تفسير النصوص بالنصوص"³.

2 - تحديد السن الأدنى لمنح الترخيص: الملاحظ في هذا السياق أن القاضي يتمتع بكامل

السلطة التقديرية في منح الترخيص بالزواج من عدمه ودون أن يتقيد في ذلك بسن دنيا معينة، ولهذا يعاب على المُشَرِّع كذلك أنه لم يسع إلى تحديد السن الأدنى لمنح الإذن. فقد أعطى بمقتضى المادة 7 سلطة تقديرية مطلقة للقاضي في شأن الإذن، الأمر الذي يجعل من حكمه المطلق هذا عاملا مساعدا في خلق حالة زواج الصغار وخاصة أن المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي، عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأن جمهور الفقهاء ومنهم أئمة المذاهب الأربعة، ذهب إلى القول بصحة زواج

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص60.

² بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص61.

³ تشوار الجليلي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج36، ع4، ص77.

الصغار ممن هم دون سن البلوغ بل ادعى ابن المنذر الإجماع على جواز تزويج الصغيرة من كفاء¹، واستدلوا عليه بقوله تعالى: ﴿اللَّائِي يَمْسُنْ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ ۗ﴾ [سورة الطلاق من الآية 4]، ويقصد هنا باللائية لم يحضن الفتاة الصغيرة التي لم تبلغ الحيض، وقد دخل بها زوجها²، و كان حريا بالشارع الجزائري تحديد السن الأدنى في حالة الترخيص بالزواج، ويرى بعض المختصين أنه لا ينبغي أن ينزل عن سن الخامسة عشرة سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، ولأن البلوغ في الفقه الإسلامي يرتبط بتكليف المرء بالواجبات الدينية والدينية كأصل عام، وعند البعض الآخر أن لا ينزل عن سن السادسة عشرة سنة حماية لصحة الزوجة وسلامتها ومصحة الزوجين معا³، إذ لا مصلحة للأطفال دون البلوغ في الزواج ولا رغبة. وهو قول عدد من الفقهاء منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم الذين قالوا بمنع زواج الصغار منعا مطلقا يترتب على مخالفته البطلان إذ أن الله تعالى جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى ﴿وَوَاتَّبَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۗ﴾ [سورة النساء، الآية 6] ولأنه لا حاجة بهما إلى النكاح. ورأى ابن حزم أنه يجوز تزويج الصغيرة عملاً بالآثار المروية في ذلك، أما تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ، وإذا وقع فهو مفسوخ⁴. ويتضح من هذا أن الله سبحانه وتعالى جعل بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر⁵.

وتكريسا لحرية الإرادة في إبرام عقد الزواج نجده المشرع أكد على مبدأ الرضائية بمقتضى المادة 13 من ق.أ.ج التي تنص صراحة على عدم جواز إجبار الولي للقاصرة التي في ولايته على الزواج ولا أن يزوجهها بغير موافقتها، ومن أجل تحقيق هذه الغاية إعتد قانون الأسرة الترخيص القضائي المسبق آلية رقابية لمراعاة تحقق المصلحة من تزويج القاصر للحيلولة دون تعسف الولي في تقدير المصلحة، وهي في الوقت ذاته آلية حمائية يحول استصدارها دون انفراد الولي بقرار التزويج⁶ أو استبداده في إجبار القاصر على الزواج. كما أن المشرع كرس مبدأ المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج فلم يميز بين الفُصر بسبب الجنس فكفل للجميع حق التمتع بنفس القدر من الضمانات التي يضمنها القانون لحماية الإرادة

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6682.

² قال الطبري في تفسيره لقوله تعالى: ﴿اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ ۗ﴾ "لم يبلغن الحيض، وقد مُسِسْنَ، عدتهن ثلاثة.".

<https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura65-aya4.html#>

³ أم الخير بوقرة، مبدأ التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر، مج1، ع2، 2021، ص 27.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6682

⁵ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون. المرجع السابق، ص 57-59 .

⁶ أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 27.

واستقلالها، واشترط أن يتم تزويج القاصر ذكراً كان أم أنثى بناءً على ترخيص مسبق من قبل القضاء المختص، وأن يعاملا على قدم المساواة في وجوب استصدار الترخيص¹.

3- معيار المصلحة أو الضرورة في منح الترخيص القضائي: إذا كان مناط الترخيص بالزواج

هو المصلحة أو الضرورة، وأن هذين المعيارين يخضعان لتقدير القاضي فإن استعمال مفهوم "المصلحة" معيار يفني بالغرض المنشود لأن دفع الضرورة أو الاستجابة لها ما هي إلا تحقيق لمصلحة من قامت هذه الضرورة في حقه لطلب الزواج وهو دون السن القانونية، كما أن الخلاف بين الضرورة والمصلحة ليس خلافاً في الجوهر بقدر ما هو في الدرجة. نشير إلى أن المادة 02 من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج المؤرخة في 1962/11/07 نصت على أن: "تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج ولا ينعقد قانوناً زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جديّة مصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

والسؤال الجدير بالطرح ما المقصود بالمصلحة أم الضرورة المنصوص عليهما في المادة 2/7 ق.أ.ج؟

إن مثال المصلحة والضرورة حالة الفتاة القاصر التي خيف عليها فساد يلحقها في دنياها كضياع مالها، أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، وكذلك الحال بالنسبة للقاصر التي يخشى عليها فساد في دينها كالوقوع في الفاحشة لو لم تتزوج وتقدم لها كفاء للزواج بها، فإن الأفضل لها، محافظةً على شرفها وعرضها، أن ترتبط برباط القرآن، وعلى القاضي أن يسمح لها بذلك وإلا كانت وبالأعلى المجتمع تُستغل لإشباع نزوات المنحرفين بدلا من أن تكون أم فاضلة ومربية كريمة وعليه، فالأولى بالفتاة القاصر الزواج بعد إذن القاضي، ليثبت عنده سنّها، ويتأكد من رضاها بالزوج، وأنه كفئها في الدين والحال، وأن المهر مهر مثلها، فيأذن لوليها في العقد، ولا يتولى العقد بنفسه مع وجود غيره من الأولياء، ولذلك ينبغي الإشارة إلى أنه يتعين على القاضي أن يكون حذرا في تقدير المصلحة مناط الترخيص وأن لا يعطي هذا الإذن إلا إذا توافرت الشروط المستلزمة، ولا يجدر به أن يتعنت أو يتعسف مادام لا يمس مصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم. كما يجب عليه أن لا يلجأ للترخيص مجرد تغطية فضيحة أخلاقية وهذا يعني أنه إذا كانت المادة 326 من قانون

¹ يرى الأستاذ تشوار الجليلي أنه لكي تتحقق حماية القصر ومصلحة المجتمع فعلى المشرع أن يجعل الحد الأدنى لسن الفتاة 16 سنة كاملة وللفتى 18 سنة ويمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة دون هذين الحدين. أنظر: تشوار الجليلي، المرجع السابق، ص 79.

العقوبات¹ ترفع تسليط العقوبة على الخاطف إذا تزوج القاصرة المخطوفة أو المبعدة، فإنه مع ذلك لا يمكن لهذه الأخيرة الزواج هنا إلا بعد حصولها على ترخيص قضائي.

ولذلك من بين الإشكاليات التي تعترضنا أثناء هذه المسألة هو التساؤل عن معرفة عما إذا كان يمكن للقاضي أن يرخص الزواج للفتاة القاصر ضحية الاغتصاب بناء على ما أسماه المشرع بالمصلحة أو الضرورة؟

واحتراما للمبادئ القانونية والأحكام الشرعية، فالإجابة لا تكون هنا إلا بالنفي، أي انه لا يمكن إعفاء الفتاة التي وقع عليها الاغتصاب من السن القانونية للزواج، وخاصة أن الواقع العملي يؤكد أن مثل هذا الزواج لن يكون الهدف منه إقامة حياة زوجية حقيقية وبناء أسرة أساسها المودة والرحمة وإحسان الزوجين. بقدر ما هو زواج صوري الهدف من وراءه تغطية الفضيحة بالنسبة للفتاة وإفلات الجاني من العقاب.

والحقيقة أن الترخيص بالزواج في هذه الحالة يقضي أن يتم إبرام عقد الزواج على فتاة تفتقد حرية الاختيار، إذ القاصر التي وقع عليها الاغتصاب لا يمكن أن تكون راضية حقيقة بالارتباط بمغتصبها، وذلك ما يتنافى مع رضائية الزواج وما تستلزمه حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج.

ويبقى الإشكال المطروح هو كيف يمكن تصور أن يقدم القاضي على منح ترخيص الزواج لفتاة قاصر قد تكون حاملا، وخلاصة القول أنه مهما يكن من أمر فإن تعديلا يجب أن يتم بالنسبة للمادة السابعة المذكورة. بل أصبح هذا التعديل أمرا ضروريا حتى في شأن الجزاء المترتب على مخالفة شرط سن.

الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج

يرجع تخلف شرط الأهلية إما لعدم بلوغ السن القانونية وإما لأن عارضا من عوارض الأهلية يكون قد طرأ على الشخص، مما يتعذر معه مباشرته للتصرفات القانونية وبخاصة مباشرته لعقد زواجه، فاعتبر لذلك إما فاقدًا لأهليته، لا يتصور منه الرضا أصلا وهم: المجنون والصغير غير المميز. أما ناقص الأهلية فلا يتصور منه الرضا الصحيح الذي يعتبر شرعا رضا وهو المعتوه المميز والصبي المميز، أو محجورا عليه للسفه أو الغفلة².

¹تنص المادة 326 من قانون العقوبات على أن "كل من خطف أو ابعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة أو خمس سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير الا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم سنة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله."

²عبد الوهاب خلاف، حكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية، ط2، 1938م، ص269.

فتصرفات كل واحد منهم غير صحيحة؛ لأنها صادرة من غير أهل لها؛ وبالرغم من الأهمية التي تحظى بها الأهلية واشتراطها في عقد الزواج إلا أنه يبدو واضحا إغفال قانون الأسرة النص على أثر تخلفها مقارنة بالشروط الأخرى المطلوبة في إبرام عقد الزواج، لاسيما تلك الواردة المادة 33 والمادة 34 من ق.أ.ج، وفي هذا المقام يجدر بنا التساؤل عن مدى صحة عقد الزواج في حالة تخلف شرط الأهلية عند إبرامه؟

أولا- أثر فقد الأهلية في إبرام عقد الزواج:

1- في الشريعة الإسلامية: يقصد بفاقد الأهلية في منظور الفقه الإسلامي العاجز عن النظر في مصالح نفسه وغير القادر عقليا على أن يدرك مصلحته في العقود التي يبرمها، ولما كان فاقد العقل وهو المجنون والصغير غير المميز ليس أهلا للقصد، ولا يتصور منه الرضا لعدم التمييز، وناقص العقل وهو المعتوه والصبي المميز ليس أهلا لتقدير المصلحة¹، أثبت عليه الشرع ولاية الإجماع على تفصيل عند الفقهاء، فيتولى عنه وليه النظر في مصالحه، وفي حالة ما إذا عقد زواجه بنفسه، فانه يقع باطلا نظرا لأن عباراته لا تنشئ العقود والتصرفات لعدم التمييز الذي يعد أصل الأهلية.

على أن جمهور الفقهاء يجيز للولي تزويج فاقد الأهلية من ذكر أو أنثى كالمجنون والمعتوه دون الرجوع إليهم لأخذ رأيهم²؛ لأن تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها ترجع إلى وليه اعتبارا لمصلحته وبشرط علم الطرف الآخر بحاله، كما يخص المجنون بشرط أن لا يكون جنونه مما يلحق الضرر بلغير، ومنهم أيضا من يشترط إذن القاضي، وأما القول بصحة تزويج الصغار فهو في الجملة القول المعروف عن أكثر أهل العلم، باستثناء ابن حزم الظاهري، وما ذكر عن ابن شبرمة وأبي بكر الأصبم، إلا أن القائلين بصحة تزويجه قد اختلفوا فيمن يحق له تزويجه من الأولياء³، ومن الشروط التي وضعها أهل العلم ثلاث: هي أن يتولى الزواج الأب دون سائر الأولياء، و أن يصلح الصغار للزواج، و أن يكون الزوج كفؤا غير معيب، ذلك لأنه لا مصلحة للصغير أو الصغيرة في الزواج مع عدم الكفاءة.

2- في قانون الأسرة الجزائري: إن المعتبر في أهلية العاقدين هو التمييز، فإذا كان أحد العاقدين فاقد الأهلية للعقد بفقد التمييز بأن كان مجنونا أو صغيرا غير مميز فلا ينعقد الزواج بعبارته كما لا ينعقد منه أي عقد أو تصرف؛ لأن فاقد التمييز لا إرادة له ولا يتصور منه رضا يعتد به، ولهذا السبب كان الأصل في القانون أن يكون لفاقد الأهلية من ينوب عنه في تصرفاته إذ تنصت المادة 81 من ق.أ.ج أنه: "من كان

¹ المرجع نفسه، ص 235.

² محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، موقع تراث: <https://app.turath.io/>

³ عوض بن رجاء بن فريخ العوفي، رسالة ماجستير - الجامعة الإسلامية، 1403 هـ، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2002، ج 1، ص 430.

فاقد الأهلية ... ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"، وذلك راجع لكونه فاقد للتمييز الذي يمنعه عموماً من مباشرة حقوقه المدنية كما قضت به المادة 42 من ق.م. ولقد خص المشرع الجزائري الصغير غير المميز الذي لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة بحكم صرح من خلاله يبطل تصرفاته ودون أن يميز في ذلك بين تصرف وأخر، وذلك بأن جاء في المادة 82 من قانون الأسرة أنه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة." إلا أنه لم يشمل بالنص تصرفات المجنون والمعتوه.

ثانياً- أثر نقص الأهلية في إبرام عقد الزواج:

1- في الشريعة الإسلامية: يأخذ ناقص الأهلية في نظر فقهاء الشريعة حكم فاقدها من حيث أنه عاجز عقلياً على أن يدرك مصلحته في العقود التي يبرمها كما أنه يفتقد القدرة على تدبير مصالح نفسه، ومن أجل هذه الأسباب تثبت عليه ولاية الإيجاب، فيتولى عنه وليه النظر في مصالحه، إلا أنه إذا أبرم عقد زواجه، فإن عقده يقع صحيحاً متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، ونظراً لأنه يتوقف على إجازة وليه، فلهذا الأخير إن شاء أن يجيزه و إن شاء أن يردده¹، و أما بالنسبة للسفيه، فإن كان محجوراً عليه بسفه رجوع أمره إلى وليه إما أن يزوجه أو يأذن له في أن يزوجه نفسه، فإذا زوج السفيه نفسه بإذن وليه جاز نكاحه على الصحيح، ذلك لأن موضوع الحجر عليه يخص التصرفات المالية وقيل: لا يجوز نكاحه قياساً على بطلان نكاح الصغير.²

2- في قانون الأسرة الجزائري: إن ناقص الأهلية في نظر القانون حكمه حكم فاقدها، فنقص أهليته يستلزم من ينوب عنه في تصرفاته، وذلك إما لأنه بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد أو لأنه بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة كما بينته المادة 81 من ق.م.أ، بحيث تخضع تصرفاته لحكم المادة 83 من ق.م.أ، والتي نصت على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من ق.م.ج تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر..."، ومنه جاء النص عاماً دون أن يخص بالذكر إبرام ناقص الأهلية لعقد زواجه.

فإن كانت هذه هي أحكام تصرفات ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي فهل يمكن تطبيقها بصدد عقد الزواج؟

¹ سيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1977 م، ص131.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص62.

إن الزواج الذي يبرمه ناقص الأهلية دون مراعاة الإذن المتطلب في المادة 7 من ق.أ لا يعد عقدا موقوف النفاذ على الإجازة، لأن العقد الموقوف هو عقد صحيح لم تترتب عليه آثاره بسبب نقص أهلية العاقد، فهو موقوف على رضی الولي الذي تعلق حقه به أو على إجازته، فإذا أجازته صار العقد نافذا تترتب عليه أحكام الزواج اللازم، أما إذا لم يجزه اعتبر العقد باطلا وعد كأن لم يكن ما لم يتبعه دخول حقيقي.

نفذ العقد الذي تخلف فيه شرط السن القانوني بمفهوم المادة 7 من ق.أ لا يمكن اعتباره عقدا موقوفا على إجازة صاحب الحق الذي هو الولي، بل إن الزواج في هذه الحالة موقوف الانعقاد لافتقاره إلى إذن مسبق من القاضي بموجب السلطة التي خولها له القانون، وليس في حاجة لإذن الولي الذي يكون في الغالب وراء تنظيم هذه الزواج.

وعليه يعتبر هذا العقد عقدا غير صحيح قانونا، لأنه موقوف الانعقاد وليس موقوف النفاذ إذ أن المُشَرِّع قرر وجوب الحصول على الإذن القضائي قبل إبرام الزواج، بمعنى آخر يجب أن يكون الإذن سابقا لإبرام عقد الزواج لا لاحقا له وعليه حتى ولو أجازته الولي لا يصير نافذا ولا تترتب عليه أحكام الزواج اللازم من وجهة نظر قانونية، لأن هذا الولي ليس له السلطة القانونية التي تخول له أن يأذن لناقص الأهلية في إبرام عقد زواجه ابتداءً ومن باب أولى لن يكون له أن يجيز العقد بعد إبرامه انتهاءً، إذا لم يكن هذا الولي قد استصدر ترخيصا قضائي مسبق.

وبناء على ما سبق فإنه لا يمكن تطبيق الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقد الموقوف النفاذ على حالة زواج ناقص الأهلية في التشريع الجزائري، فقواعد قانون الأسرة إنما ترمي إلى تقييد سلطة الولي في تزويج القصر باشتراط الترخيص القضائي المسبق.

كما أنه من الواضح أن زواج ناقص الأهلية كظاهرة اجتماعية لا يمكن استئصاله بصفة نهائية، ولذلك قرر المُشَرِّع بمقتضى النصوص التي جاء بها في هذا الشأن التضييق من نطاقه عن طريق الترخيص القضائي السابق، أما بالنسبة للزواج الموقوف الذي يبرمه ناقص الأهلية في غياب وليه، فهو أمر يصعب التصدي له خاصة بعد أن أقر المُشَرِّع صحة الزواج بعد الدخول إذا انتفى منه ركن الولي.

الفرع الرابع: جزاء مخالفة سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وتبعاً لما قلناه أعلاه يقتضي، يجدر بنا استعراض الآراء التي قيلت بشأن مسألة الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج المقرر قانونا قبل أن نبين موقفنا منها:

الآراء الفقهية: في الواقع لم يجمع الفقه الجزائري على حكم موحد لمسألة الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج ويمكننا من خلال هذه الدراسة التمييز بين اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول: أن المُشرِّع لقانون الأسرة لم يعطي لتحديد سن الزواج الوارد في المادة السابعة القيمة القانونية اللازمة له، ذلك أن قانون الأسرة لم ينص على أي جزاء بخصوص عدم احترام سن الزواج فلا يمكن قانونا فسخ أو إبطال عقد الزواج الذي تخلف فيه هذا الشرط، وأن النهي دون جزاء في الأصل قد لا يجدي نفعا وخاصة إذا علمنا أن المادة 22 من ق.أ.ج تنص على من إمكانية تسجيل عقد الزواج بحكم قضائي إذا اكتملت أركانه، فقد يتم العقد الشرعي قبل اكتمال السن التي حددها القانون وبعد مضي مدة من الزمن يقوم الزوجين بطلب تسجيل زواجهما قضائيا أمام المحكمة بعد بلوغ الفتى أو الفتاة سن الرشد القانوني¹.

الاتجاه الثاني: يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن عدم احترام شرط السن الأدنى للزواج يوجب تطبيق أحكام القانون رقم 224/63، المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج، وذلك راجع لكون المادة 7 من ق.أ.ج حددت سن الزواج بـ19 سنة للزوجين، وهي تكون بذلك قد نسخت أحكام المادة الأولى من قانون 1963 التي حددت أهلية الزواج بـ: 18 سنة للرجل و16 سنة للمرأة، مما يعني أن المادة 7 من ق.أ.ج تلغي ضمنا أحكام المادة الأولى من القانون رقم 224/63 المتعلقة بتحديد سن الزواج دون أن يمتد مفعولها للمواد التالية لها لكونها نصوص تتعلق بالجزاء المترتبة على مخالفة شرط السن الأدنى للزواج وهي قواعد لم يتطرق إليها قانون الأسرة.

وتطبيقا لهذا الاتجاه وبناءً على أحكام المادة 3 الفقرة 1 من قانون 29 يونيو 1963²: يكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو رضي به الزوجان وأذن به ولي الفتاة لكونه مخالفا للنظام العام ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة، أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا وفق المادة 3 فقرة 2 من قانون 29 يونيو 1963 ولا يمكن الطعن فيه إلا من طرف الزوجين فقط، ناهيك عن تعرض كل من ضابط الحالة المدنية أو القاضي والأزواج ومثليهم الشرعيين وشركاءهم الذين خالفوا شرط السن إلى عقوبة الحبس والغرامة أو العقوبتين معا عملا بالمادة الثانية.

إلا أنه وبالرغم من وجود هذا العيب وقت الزواج . فقد أقرت المادة 4 من قانون 1963 إجازة الزواج بعد زوال السبب الذي أدى إلى بطلانه، أي بعد بلوغ الزوجين القاصرين السن القانونية أو بعد أن أصبحت الزوجة حاملا.³

¹ تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 81، 82.

² القانون رقم 224/63، المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.

³ تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص 83.

والواقع أن أكثر حالات انعقاد الزواج دون مراعاة شرط أهلية الزوجين، يتم تثبيتها بأحكام قضائية بعد الدخول وإنجاب الأولاد، وذلك عملاً بمقتضيات المادة 1/22 من قانون الأسرة، والتي جاءت بالنص على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، لأن الزواج الذي يتم على الوجه الشرعي، بأن تحقق فيه ركن الرضا بالمقومات اللازمة لصحته وتوافرت شروطه المنصوص عليها في المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ.ج، ووقع فيه الدخول، يعتبر زواجا صحيحاً¹.

في حين يرى الأستاذ تشوار الجليلي² أنه يفترض استبعاد تطبيق أحكام القانون رقم 224/63 بموجب المادة 223 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون". إذ أننا لا نستطيع مجازة الاتجاه الثاني في النتيجة التي توصل إليها حينما يتمسك بأن النصوص التي جاء بها قانون 1963 والتي لم يعالجها قانون الأسرة تبقى سارية المفعول. وعند ذلك يجب على القاضي الجزائري أن يستند إليها في حكمه لعدم وجد ما يماثلها ولا ما يخالفها أو يتناقض معها في أحكام قانون الأسرة.

والحقيقة أنه لا يمكن إنكار الحل الذي عبر عنه هذا الاتجاه، لأنه يعتبر أعدل الحلول وأقلها عيباً من الناحية العملية، غير أنه من الناحية القانونية لا يمكن الاعتماد على مثل هذا التأويل، بل يجب على القاضي الاستناد على نص صريح يضع الأمور في نصابها لأن القواعد العامة تقضي بأنه بمجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظمه تشريع قديم. فإن هذا الأخير يلغي سابقه إلغاء كلياً حتى بالنسبة للأحكام غير المتعارضة، ومرد هذا الإلغاء الضمني والكلي سببه أن إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على العدول عن التشريع القديم بأكمله وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني بقولها "... وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمّن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوع سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

والأمر الذي يبرهن أتم البرهان على إلغاء القانون رقم 224/63 لسنة 1963 بأكمله، هو أن التعارض لم يقع بصدد حكم تفصيلي منه ولكنه وقع بصدد المبدأ الأساسي الذي بني عليه هذا القانون أحكامه، فالأسباب الأساسية التي حدثت بالمشرع الجزائري إلى تأييد قاعدة سن الزواج وارتفاعها في قانون الأسرة حينما قررها بـ 19 سنة كحد أدنى بالنسبة للمرأة والرجل، تكمن في نظرتهم لمعيار السن كطريقة ناجعة ووقائية تضمن الحد من حالات زواج القصر، ولتفادي التزويج الجبري للفتيات قبل بلوغهن الطبيعي

¹ أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 29.

² تشوار الجليلي، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

بالنظر إلى الأضرار المعنوية والجسمانية التي كانت تلحق بالفتيات من جراء الدخول بهن في سن مبكرة في بعض الأحيان، كما أنه أقرها وسيلة تشريعية لتخفيض نسبة النمو الديمغرافي.

كما أن الرأي الأول لا يوفر سنداً ثابتاً لخصائص القواعد التشريعية إذ أنه من خصائص القاعدة القانونية أن تكون قاعدة ملزمة تفرض على الأشخاص احترامها والانصياع لأحكامها بإيقاع الجزاء المادي على من يخالفها.

ويلاحظ في النهاية أن قانون الأسرة الجزائري لم يورد فعلاً نص خاص بشأن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي القضاء بإبطاله وفقاً للقواعد العامة المقررة فيه والتي تضمنتها المواد 9 و32 و33 منه إذ أنه لا يمكن تصور الأهلية الكاملة للزواج عند انتفاء السن 19 سنة المقررة في المادة السابعة¹ من الأمر رقم 02-05، كما لا يمكن تصور صحة الرضا قانوناً في غياب هذه السن.

وتعبير أدق، فإن وجود التراضي في تصرفات ناقصي الأهلية بالحد الذي جاءت به المادة 7 من ق.ا.ج يجعل من الإرادة التعاقدية عاجزة عن إنتاج أثرها القانوني، ولذلك لا بد أن يكون هذا التراضي صحيحاً معبراً عن إرادة واعية لشخص يتمتع بأهليته الكاملة، واللازمة قانوناً لإبرام الزواج أو أن يكون قد حاز ترخيصاً قضائياً يشهد بصلاحيته وأهليته للزواج، ومن ثم، فإنه يبلغ سن الرشد القانوني تكمل أهلية المرأة والرجل وأما إذا كان السن دون حده القانوني، فإن الإرادة في نظر القانون مختلفة وتصرف صاحبها يقع باطلاً لنقص أهليته ولو كان في الزواج نفعه له، بحكم أن المادة 32 من قانون الأسرة تنص على أن "يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه"، والمادة 9 من ذات القانون تعتبر رضا الزوجين ركناً للزواج، وهو ما قرره المحكمة العليا بقولها: "من المقرر شرعاً، أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، ومن المقرر أيضاً، أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي الشرعي للزوجة هو زواج باطل بطلاناً مطلقاً. ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه."²

كما أن المادة 33 من الأمر رقم 02-05 نصت على الحالات التي يثبت فيها الزواج بعد الدخول إذا تخلفت شروطه وهي شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه ولم تذكر ضمنها حالة وجود الخلل في الرضا، ومن هنا اعتبر المشرع الرضا الركن الأساسي للزواج بل ركن الانعقاد الذي إذا اختل بنقص أهلية

¹ المادة 7 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

² م.ع، غ.ق.خ، 1966/12/07، م.ج، عدد 1، ص 139. مقتبس عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 55.

المتعاقد أو لعيب من عيوب الإرادة فإنه سيؤثر حتما على الزواج ذاته الذي لا يمكن إجازته بعد الدخول، لان هذه الإجازة قد إقتصرها المشرع عند انتفاء الولاية أو الصداق أو الشهادة دون ركن الرضا. وبناء على ما جاء في هذه المواد فإنه يقع باطلا قانونا كل زواج تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة ولم يحصل على إذن قضائي مسبقا. وأن هذا التحليل القانوني يرتكز على تعليل منطقي ومعقول. إذ أن المشرع لما قيد زواج ناقص الأهلية بالإذن القضائي ولم يجعل انعقاده منوطا بإذن الولي أو على إجازته إنما يكون قد عبر في الوقت ذاته على أن أحكام الأهلية وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة إلا أنها تمس المجتمع في مجموعه، مما يقتضي القول بأن أحكام الأهلية في عقد الزواج تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام وعلى هذا فلا يجوز لناقص الأهلية أن يتزوج ما لم يكن قد تحصل مسبقا على إذن قضائي لذلك الغرض¹. ومما سلف بيانه، يمكن أن يقال بأنه لدواعي العدالة والمساواة بين المراكز القانونية لأطراف الرابطة الزوجية والانسجام الذي يجب أن يتحقق بين النصوص القانونية يدفع إلى القول بضرورة تعديل قانون الأسرة في مسألة تحديد السن الأدنى للزواج تعديلا يقضي بإضافة نص قانون ينص صراحة على بطلان الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه السن المحددة قانونا، مع إعطاء دور أكبر لولي القاصر في منح الترخيص القضائي لزواج ناقص الأهلية، وأن لا يستبد به القاضي، والحكمة في هذا أن الزواج عقد له خطره وشأنه لما يترتب عليه من حقوق وآثار. ووجه المصلحة فيه لا يدركها بحقها ناقص الأهلية، ولا يستقل بفهمها القاضي، وقد تدعو الحاجة إلى زواج ناقص الأهلية لجلب منفعة أو دفع مضرة، فدفعنا لما قد يطرأ من هذه الحاجات، وتلافيا لما قد يلحقه من مباشرته بنفسه زوجية لا مصلحة له فيها، جعلت الشريعة ولاية تزويجه للولي ليقدر برأيه ونظره وشفقته ما فيه المصلحة ويباشر ما يراه خيرا له، وتقوم إرادته ورضاه مقام إرادة المولى عليه ورضاه، وبهذا يجمع بين دفع الحاجة وتلافي الضرر²، ولا يعني هذا كله عن ضرورة تعليق منح الترخيص القضائي على شهادة طبية تثبت القدرة النفسية والبدنية للمقبل على الزواج، كما يستحب للقاضي أن يستعين بتقرير خبرة يصف الحالة الاجتماعية والاقتصادية لطالبي الزواج حتى يتسنى له تقدير مدى قدرتهما على تحمل تكاليفه الحياة الزوجية ومسئولياتها.

المطلب الثاني: مدى تأثير عيوب الرضا على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج

يتمتع الإنسان بالحرية الكاملة في التعبير عن رضاه في إبرام عقد الزواج وهذا ما هو إلا تأكيد لحرية الشخصية في الزواج التي تتمثل في حقه في الإقدام عليه والاختيار الحر لشريك حياته، وكذا في حقه في

¹ تشوار الجيلالي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 88.

² عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 58.

رفضه وعدم إجباره عليه، وتدعيما لهذه الحرية فيجب أن يصدر رضاه خاليا من أي عيب من عيوب الإرادة، ولهذا سار قانون الأسرة الجزائري على نهج الاتفاقيات الدولية الداعية إلى ضرورة انعقاد الزواج برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه¹، وهذا يعني أنّ الإرادة إن كانت مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه تعتبر إرادة معيبة تهدد مصير عقد الزواج².

الفرع الأول: مفهوم عيوب الرضا في الفقه الإسلامي والقانوني

عيوب الرضا مصطلح قانوني الأصل، ولم يستعمله فقهاء الشريعة القدامى، رغم أنهم عرّفوا آحاد تلك العيوب، كالإكراه والتغريب وغيرها؛ بل ووصفوها بأنها تفسد الرضا أو تخل به أو تفوته³.

أولاً- تعريف عيوب الرضا في الفقه الإسلامي: عرفها من المعاصرين وهبة الزحيلي بجارة للقانونيين بقوله: "عيوب الإرادة: هي الأمور التي تحدث خللاً في الإرادة أو تزيل الرضا الكامل في إجراء العقد، وتسمى قانوناً عيوب الرضا، وهي أربعة أنواع: الإكراه، الغلط، التدليس (أو التغريب)، الغبن مع التغريب. ويختلف تأثيرها على العقد، فقد تجعل العقد باطلاً، كالغلط في محل العقد، وقد تجعله فاسداً أو موقوفاً كالإكراه، وقد تجعله غير لازم كالغلط في الوصف، والتدليس، والغبن مع التغريب"⁴.

وعرفها مصطفى الزرقا بأنها: "حالات لا يحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية الحقيقية، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة؛ بل يوجد آفة أصابت إرادة العاقد، ولا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً"⁵.

ثانياً- تعريف عيوب الرضا عند القانونيين: يقصد بعيوب الرضا أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضاء دون أن تزيله⁶، وقد عرفها محمد سعيد جعفرور بأنها: "تلك العوامل التي تلابس إنشاء العقد، ويكون لها فيه بعض التأثير، وهي عوامل لا يحكم معها بانتفاء إرادة العقد، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة، ولا يستطيع اعتبار العقد صحيحاً كاملاً ملزماً؛ نظراً لوجود شائبة تعيب إرادة العاقد"⁷.

¹ المادة 36 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 109.

³ بخوش رزيق، المرجع السابق، ص 43.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 3063.

⁵ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج 1، ص 449.

⁶ صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 165.

⁷ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة-الجزائر، د.ط، 2009م، ص 6.

فهذه التعريفات متفقة في كون عيوب الرضا حالات أو عوامل تصيب إرادة الشخص عند إنشاء التصرف، فتحدث فيه خلافاً يمنع تحقق رضاه الكامل بالتصرف الشرعي أو القانوني؛ لكن هذا التأثير لا يصل إلى حد اعدام الرضا بالكلية، إذن فالرضا يكون موجوداً لكنه معيب فاسد¹.

ولذلك ينبغي التفريق بين الرضا المنعدم والرضا المعيب؛ فالرضا المنعدم هو مجرد مظهر خارجي لرضاً موهوم لا حقيقة له، مثل ما يصدر عن شخص فاقد للتمييز والقصد، كالمجنون والصبي غير المميز، أما الرضا المعيب فهو رضا موجود، وصادر عن شخص ذي أهلية، وله قصد وتمييز؛ ولكنه مشوب بخلل أفسده، بسبب إكراه أو غلط أو تدليس، وغيرها من الأمور التي تجعل الشخص غير حر في اختياره ورضاه، أو على غير بينة من حقيقة ما أقدم عليه².

وهناك توافق عام بين والقانون المدني والفقهاء الإسلامي والذي من جملة أحكامها ما يقتضي أن تكون إرادة المتعاقدين سليمة غير مشوبة بعيوب الرضا³، لاسيما ثلاثة عيوب عامة تسري على سائر العقود وهي: الإكراه، والتدليس، والغلط. أما الغين والاستغلال فهي محل اختلاف في الفقه الإسلامي والقانون المدني. أما قانون الأسرة فقد اكتفى المشرع الجزائري بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني، ما عدا ذكره لصورة التدليس وهو بصدد معالجة مسألة تعدد الزوجات في المادة 8 مكرر، وكذا حالة منع الولي من إجبار المرأة القاصر على الزواج ضمن قانون الأسرة.

ونظراً لأن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة تميّزه عن سائر العقود والتصرفات؛ وإنّ هذه الخصوصية تحتمّ عدم الأخذ بكل عيوب الرضا، فالغبن لا يلعب أي دور في مادّة الزواج، لأنّ مفهومه اقتصادي والضرر الحاصل جراءه له علاقة بالذمة المالية وليس بالحالة الشخصية، لذا يمكن الجزم بأنّ الغبن لا يعدّ عيباً من عيوب الإرادة في الزواج⁴.

بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقه الإسلامي يقسم هذه العيوب إلى قسمين: قسم يصاحب تكوين العقد، وهو يشمل العيوب الثلاثة من إكراه وغلط وتدليس، وقسم آخر يشمل عيب اختلال التنفيذ، وهو العيب الذي ينشأ بسبب طارئ بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضا السابق⁵، على أن نقتصر في هذه المقام على العيوب التي قد تصاحب

¹ بخوش رزيق، المرجع السابق، ص43.

² السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص70.

³ نص القانون المدني الجزائري على أربعة عيوب هي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال (م81-91).

⁴ نظّمه المشرع بالمادتين 90 و91 من ق. م. ج.

⁵ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص450.

تكوين عقد الزواج من إكراه، وتدليس، وغلط وهو ما يوجب قراءة معمقة في نصوص قانون الأسرة لاستخلاص مدى تأثير عيوب الرضا عليه.

فما مصير عقد زواج المرأة المشوب إما بعيب الإكراه (الفرع الأول)، أو عيب التدليس (الفرع الثاني)، أو عيب الغلط (الفرع الثالث)؟

الفرع الثاني: مدى تأثير الإكراه على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج

إن الأصل في إبرام عقد الزواج أن يبدأ الولي بأخذ رأي المرأة ويعرف رضاها قبل العقد، فالزواج معاشرة دائمة، وفي غياب رضا الزوجين يتعذر دوام الوثام وبقاء الانسجام والود بينهما، لذلك منع الشرع إكراه المرأة على الزواج بكراً كانت أو ثيباً، كما منع إجبارها على من لا رغبة لها فيه، ومنه اعتبر الإكراه من أهم عيوب الرضا في الفقه الإسلامي كونه يأسر الإرادة ويقسرهما مباشرة. من هذا المنطلق سنتناول الإكراه بالتعريف وتبيين الشروط الواجبة لتحقيقه، وكذا أثره على صحة عقد الزواج.

أولاً- تعريف الإكراه: الإكراه في اللغة: هو حمل الغير قهراً على أمر لا يرضاه، وفي اصطلاح الفقهاء: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه.¹ كما يُعرّف الإكراه على أنه ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الإنسان بوسيلة مؤذية أو بتهديد يقدر الحامل على تنفيذه، ويعجز المُكروه عن دفعه، لإجباره على فعل أو ترك، فيولد لديه حالة من الرهبة أو الخوف² تفسد الرضا، مما يدفعه إلى الإقرار والقبول بالمتعاقد الآخر، ما كان ليتعاقد معه لو عاد الأمر لاختياره.³

أما الإكراه في عقد الزواج فهو ضغط تتأثر به إرادة الشخص يحمله على عقد زواج لا يرغب فيه، بتهديد يقدر الحامل على تنفيذه، ويعجز الغير عن دفعه، فيصير خائفاً به فاسد الرضا.⁴

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3063

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص276؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص453. والاكراه " إما ملجئ: بأن يكون نفوت النفس أو العضو، وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار، وإما غير ملجئ: بأن يكون مجبس أو قيد أو ضرب، وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار. والحاصل كما في الدرر: أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه، وأصل الاختيار ثابت في جميع صور، ولكن في بعض الصور يفسد الاختيار، وفي بعضها لا يفسده." عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، الباب في شرح الكتاب، ج4، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ص107

³ أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص191.

⁴ بخوش رزيق، المرجع السابق، ص81.

ويلاحظ بأن الذي يعيب الإرادة والرضا ليس هو الوسائل المادية المستعملة في الإكراه أو الضغط وإنما هي الحالة النفسية التي أدت إليها هذه الوسائل سواء بالخوف أو الريبة التي يخلقها في نفس الشخص الذي يستعمل تجاهه الإكراه، وعليه فإن إبرام المُكْرَه لعقد زواجه إنما يكون نتيجة الرهبة التي تولدت لديه بسبب الضغط الذي مارسه عليه المتعاقد الآخر فدفعته إلى التعاقد¹، فإرادة المكره تكون على هذا النحو إرادة معيبة تعوزها حرية الاختيار²، وهذا دون النظر إلى الوسائل المستعملة في إكراهه على الزواج.

كما أن الإكراه قد يكون إكراها ماديا وذلك عندما تستعمل وسائل مادية تجبر الشخص على التعاقد لتفادي أذى جسماني كالضرب أو أي عنف مادي مؤلم، كما قد يكون معنويا بحيث يخلق في نفس المتعاقد حالة نفسية من الرعب، تحمله على إبرام العقد لدفع خطر عن نفسه أو عن شخص قريب منه.

ثانيا- شروط الإكراه: بغض النظر عن نوع الإكراه، فإنه لا يتحقق إلا إذا توافرت الشروط التالية:

أ- قدرة المكره على إيقاع تهديده: أن يكون في مقدور المكره تنفيذ تهديداته،

ب- أن يكون الإكراه دون وجه حق أي غير مشروع³، بحيث يترتب عنه تحقيق غاية غير مشروعة تتمثل في حمل المتعاقد الآخر على إبرام عقد زواج لم يكن ليبرمه لو انتفى الإكراه، ويخرج من دائرة الإكراه عند الفقهاء الإكراه بحق ولا يعتبر عندهم من عيوب الإرادة فهو أقرب لمعنى الإكراه لأن معناه عندهم هو إلحاق الحقوق بأصحابها وإلزام الأشخاص بأحكام الشرع⁴.

ت- أن يكون التهديد بخطر جسيم: يشترط أن يكون التهديد بخطر محقق يتعلّق بالشخص المتعاقد أو بأحد أفراد عائلته في الجسم أو النفس أو المال، ويجب أن يكون حالا في نفس المكره، ليس له القدرة على دفعه⁵، فيلتمس المستكره الخلاص منه بالاستجابة لما طلب منه رفعا للضرر، أو دفعا للضرر المتوقع.

ث- أن يولد الإكراه الرهبة لدى المتعاقد الآخر تدفع إلى التعاقد: ينبغي أن يولد الإكراه

رهبة في نفس المكره تدفعه على التعاقد، فتجده ينصاع لمن ضغط عليه دفعا للضرر وليس طوعا منه،

¹ أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 30.

² محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1994، ص 287.

³ المادة 1/88 من القانون المدني، والتي جاءت بالنص على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق."

⁴ بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري-دراسة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية-، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 5، ع 01 الرقم التسلسلي 09، جانفي 2019، ص 397.

⁵ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 110.

على أن الرهبة تعتبر قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.¹ وباعتبار هذا الشرط عنصر نفسي لا يمكن الإطلاع عليه فإن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذا الضغط ومدى تأثيره في نفس المتعاقد.²

ج- أن يكون الإكراه سابقاً لإبرام عقد الزواج.

ثالثاً- أثر الإكراه على عقد الزواج: نتعرض في ما يلي لأثر الإكراه على عقد الزواج في ثلاث

نقاط:

1- أثر الإكراه على عقد الزواج الفقه الإسلامي: لقد تطرق الفقه الإسلامي إلى الزواج

المشوب بإكراه ولكن تحت مصطلح الإكراه والإكراه، وقد اختلف الفقهاء في حكم الزواج المشوب بعيب الإكراه إلى فريقين:

الفريق الأول: ذهب الأحناف إلى أن الإكراه يفسد الزواج فقط ولا يبطله، والقاعدة عندهم تقتضي

أن إنعدام الرضا بسبب الإكراه لا يمنع صحة النكاح ولزومه، ومعنى الإكراه في النكاح هو الإكراه فتدل هذه القاعدة: أن عقد النكاح مع الإكراه عقد صحيح لازم، يترتب عليه ما يترتب على العقد المبرم بالرضا والاختيار، لأن الإكراه عند الحنفية وإن كان يعدم الرضا لكنه لا يعدم الاختيار، ويرون أن العقد يتحقق بمجرد تحقق الاختيار، فهو أساس انعقاده، والرضا عندهم شرط صحة لأكثر العقود.

واستدلوا لرأيهم هذا بعموم آيات النكاح، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم أن يكون فقراء يغنيهم الله من فضله والله واسع عليم﴾ ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»

وفي ذلك يقول الكسائي أن " مع أنا نقول بموجب الحديث أن كل مستكره عليه معفو عن هذه الأمة لكننا لا نسلم أن الطلاق والعناق وكل تصرف قولي مستكره عليه، وهذا لأن الإكراه لا يعمل على الأقوال كما يعمل على الاعتقادات؛ لأن أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقد به بقلبه جبراً فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث.³ فمن أكره رجلاً على الزواج بامرأة أو امرأة على الزواج برجل فالعقد عند الحنفية صحيح ولازم.

والإكراه ينقسم ندهم إلى :

¹ أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 31 .

² المادة 88 والمادة 89 من ق. م. ج؛ و من نفس القانون.

³ الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج 7، ص 182.

إكراه تام أو ملجئ: بأن يكون يفوت النفس أو العضو، وهذا معدوم للرضا مفسد للاختيار¹.
وإكراه ناقص غير ملجئ: معدوم للرضا غير مفسد للاختيار، بأن يكون مجس أو قيد أو ضرب.
هذا والحاصل: أن عدم الرضا معتبر في جميع صور الإكراه، وأصل الاختيار ثابت في جميع صورته،
ولكن في بعض الصور يفسد الاختيار، وفي بعضها لا يفسده².
الفريق الثاني: أما جمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل لا ينعقد النكاح إلا
بالرضا³.

فالإكراه عندهم يبطل العقود حتى لو تعلق الأمر بعقد الزواج، لأن الإكراه يعدم الرضا وإذا فقد كان
العقد باطلا، واستدل الجمهور على رأيهم بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [سورة النحل،
من الآية: 106]

وفي زواج المكره قال الجمهور أنه لا يجوز نكاح المكره ولا يصح، بل هو لغو مما يجعل تصرف المكره
باطلا فلا ينشأ عنه زواج ولا طلاق⁴، ودليلهم من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ
أَرَدْنَ مَخْصِنًا لَتَبْتَعُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [سورة النور، من
الآية 33]، أما السنة النبوية، فحديث الرسول ﷺ الذي جاء فيه: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما
استكرهوا عليه»،.

وقال الشافعية أنّ للأب تزويج ابنته البكر، ويقع نكاحها نافذا، حتى لو لم يستأذنها وزوجها من
كرهت⁵، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ سورة النور، الآية رقم
32، ما يدل على أنّ الله عزّ وجل أمر الأولياء بإنكاح من في ولايتهم ولم يشترط الحصول على رضاهم،
وأیضا عند الإمام مالك لا تجبر البنت على النكاح بغير رضاها إلا الأب في ابنته البكر وابنه الصغير وفي
أتمته وفي عبده، والولي في يتيمه⁶.

¹مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، صص 452،453.

²عبد الغني بن طالب الحنفي، الباب في شرح الكتاب، ج4، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، د.ي.ن، ص107.

³محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهيّة، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 2003م،
ص286.

⁴ابن أبي زيد القيرواني المالكي، التّوادر والزّيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمّهات، ج10، تحقيق عبد الفّتاح محمد
الخلو ومحمّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م، ص258

⁵أنظر: محمد بن ادريس الشافعي، الأم، ج 06، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 2001، ص47.

⁶أنظر: مالك بن أنس الأصبجي، المدونة الكبرى - رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي،
ج 04، دار سدار، بيروت، لبنان، د.س.ن.، ص155.

2- أثر الإكراه على عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري: إن الشارع الحكيم جعل الزواج مبنية

على أساس من المودة والرحمة لإنشاء أسرة متكاملة، فكان لزاماً أن تقوم هذه العلاقة على مبدأ التراضي وحرية الاختيار، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الرضا كاملاً خالياً من عيب الإكراه، فكيف عالج قانون الأسرة الجزائري؟

لم ينص المشرع الجزائري على عيب الإكراه كعيب من عيوب الإرادة ضمن قانون الأسرة، رغم أن المادتين 88، 89 من القانون المدني نظمت أحكامه، ومع ذلك يمكننا أن نستشفه من المادة 13 من قانون الأسرة التي منعت الولي من إجبار موليته القاصرة على الزواج دون رضاها ولا أن يزوجه دون موافقتها، فمن باب أولى أن يسري هذا المنع على الرشيدة، فلا يجوز قانوناً إكراه المرأة -بكرًا كانت أو ثيبًا- على الزواج أو إجبارها على من لا رغبة لها فيه، كما أن المادة 33 في فقرتها الأولى من نفس القانون رتبت البطلان على اختلال ركن الرضا، وأن العقد على المرأة قبل استئذانها يعتبر عقداً غير صحيح، بحيث يكون لها الحق في المطالبة بالفسخ إبطالاً لتصرفات الولي المستبد إذا عقد عليها.

إن إجبار القاصرة على الزواج أو حتى تزويجها بغير موافقتها أمر لا يجيزه قانون الأسرة، فالمادة 13 منه تكون قد نصت على أنه: "لا يجوز للولي، أباً كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، والذي يستفاد منه أن تزويج القاصرة يخضع لضوابط واجبة المراعاة، وهي: عدم إجبارها على الزواج ولا يكون ذلك إلا بالحصول على موافقتها الصريحة، من جهة، ومن جهة أخرى وجوب استصدار ترخيص قضائي مسبق وفقاً لما جاءت به المادة 7 من ق.أ.ج.

بقي أن نشير إلى مسألة النفوذ الأدبي والتي هي موجودة لا محال على أرض الواقع فاتخذنا بشأنها نفس الحكم، ومفادها أن النفوذ الأدبي لا يعيب الإرادة، اللهم إلا إذا أدخل في الاعتبار ظروف خاصة كالتهديد أو سوء المعاملة فيتحول من نفوذ أدبي إلى إكراه، وهنا تكون إرادة المرأة في اختيار شريك حياتها معيبة تماماً، مما يستدعي فسخ عقد زواجهما¹.

وعلى هذا يمكن القول أن ضابط التفريق بين الإكراه الشرعي والإكراه المعدم للرضا يكمن في أن الجبر والمصلحة وجهان لعملة واحدة، فالولي لا يجبر الفتاة على الزواج إلا إذا وجد فيه مصلحة لها، ولا يعتمد إلا جبرها إلا بما أوتي من سلطة أبوية أدبية عليها فقط، ولا يتجاوز هذا المعيار إلى استعمال غيره من الوسائل التي توقع في نفس الفتاة رهبة تحملها على الزواج من دون رضاها، وإنما قد يكون في نفسها عدم

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 198، 199.

ميل إلى الرجل، فيحملها اختيار وليها إلى ذلك حملا رحيفا لا بالإكراه والتعنيف الذي إن تحقق أبطل العقد لأنه ناتج عن إكراه ولا إكراه في الزواج.¹

ويمكن تصور معنى الإكراه بالمنظور القانوني في حالة الإجبار على الزواج في حالة إجبار الشخص الذي ارتكب جريمة هتك عرض قاصر على الزواج مع الضحية بقصد تخفيف العقوبة المسلطة عليه، ففي هذه الحالة ينعقد زواج كل من المرأة والرجل فاقتدا لحرية الاختيار، بحيث يقدم كلاهما على الزواج وهو مسلوب الإرادة نظرا لما تولد لديه من خوف ورهبة بينة .

3- موقف القضاء من عيب الإكراه: في هذا الصدد للقضاء الجزائري قرارات تمنع إجبار المرأة

غير الراضية بالزواج على إتمام إجراءاته، فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/07/18 ما يلي: " يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا؛ ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج؛ ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإنّ القبول يكون منعما، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلا للإبطال، ولما قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل وخالفوا بقضائهم القانون " 2

وفي قرار آخر صدر عنها بتاريخ 2001/02/21 ورد فيه: " إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون " 3
وفي أحدث قراراتها تمسكت بموقفها حيث جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 12 مارس 2008 ما يلي: " لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج، إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها " 4
وهذا اجتهاد سليم من القضاء الجزائري، حماية منه لعقد الزواج ولأطرافه من أي ممارسات أو سلوكيات تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية في الاختيار أعطى للمكره إمكانية طلب فسخ عقد الزواج قبل أو

¹ أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص 37.

² محكمة عليا، غ. أ. ش.، 18 / 07 / 2000 ملف رقم 249128 ، م. ق. 2003 ، ع 02 ، ص 267 .

³ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 21 / 02 / 2001، ملف رقم 255711 ، م. ق. 2002 ، ع 02، ص 424 .

⁴ جاء في حيثيات القرار: "حيث أنّ عقد الزواج بصفة عامة مبني أساسا على الرضا وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة ، إضافة على ذلك فالمادة 04 من نفس القانون تعرّف الزواج بأنه عقد رضائي ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون."، محكمة عليا، غ. أ. ش. 2008/03/12، ملف رقم 415123 ، م. م. ع. 2008، ع 01 ، ص 275 . وما بعدها ،

بعد البناء، أذ لا يمكن تصور قيام عقد زواج بإكراه المرأة على إتمام مراسيمه، فهنا يكون رضاها معييا لأنها لا تتمتع بإرادة مستقلة تجعلها تختار بكل حرية إبرام العقد أو عدم إبرامه¹.

والملاحظ أنّ القرارات رتبت على الإكراه في الزواج قابلية العقد للإبطال لا المطالبة بالتطليق، وهو نفس الأثر المترتب عن الإكراه في العقود المنصوص عليه في القانون المدني.

وخلاصة القول أن الإكراه على الزواج إن وقع باستعمال الوسائل التي من شأنها أن تولد الرهبة البينة والخوف لدى الرجل أو المرأة كالضرب والتعذيب، ما يدفعهما إلى الموافقة على الزواج من دون رضاها، فهو إكراه ممنوع شرعا وقانونا. لهذا وضمنا لسلامة الرضا من كل ضغط أو إكراه من أي طبيعة كانت، ولبقاء الرضا قائما إلى آخر لحظة وهي لحظة إبرام العقد تمّ التأكيد على الحضور الشخصي للزوجين يوم إبرام عقد الزواج، وإلزام ضابط الحالة المدنية من التأكد من تحقق الرضا رضاء حرا كاملا، وفي هذا الاجراء فرصة لطرفي العقد للتحرّر من الإكراه إن وجد.

اعتمادا على ما تقدّم، يتّضح أنّ قانون الأسرة اعتبر أنّ أساس الزواج هو الرضا والاختيار فلا ينعقد الزواج بالإكراه لما فيه من مساس بمبدأ الحرية الكاملة في التراضي، فالرهبة والخوف لا يتركان للمكره أي اختيار في التعاقد دفعا للضرر الذي قد يلحقه، وهو ما لا ينسجم مطلقا مع طبيعة عقد الزواج التي تقوم على الرضا الحر والكمال، فالإكراه يعيب الإرادة في أحد عناصرها ألا وهو حرية الاختيار.

الفرع الثالث: مدى تأثير التدليس على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج

للتدليس أيضا أثره على صحة عقد الزواج، فهو كسائر العيوب الأخرى يعيب إرادة المتعاقدين، وهو أيضا ذو خصوصية توجب منا العمل على تعريفه، وكذا تبيان أثره على عقد الزواج.

أولا- تعريف التدليس: التدليس لغة: الخديعة والكتمان والإخفاء فقد جاء في المصباح المنير " دلس البائع تدليسا كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه² .

يراد بالتدليس ذلك غلط المدبر باستعمال طرق الاحتيال³ والخديعة والغش والإخفاء قصد تضليل شخص وإيقاعه في وهم⁴ فيتصوّر الأمور على غير حقيقتها بحيث لو علم بها لما أقدم على التعاقد⁵، ولا

¹ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 113.

² الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ج 1، ص 198.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 318.

⁴ بوخاتم آسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج -دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 3، ع 2، ص ص 52، 53.

⁵ أنظر: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص 144 .

يعتبر عيبا للإرادة فحسب وإنما يعتبر أيضا عملا غير مشروع، وذلك لما يلجأ إليه المدلس من حيل وخداع بقصد التضليل¹

كما يستعمل مصطلح التغيرير مرادفا للتدليس في إطار إبرام عقد الزواج وهو كتمان الزوج عيبا خفيا وبالسكوت عمدا على ملابسة ما في الزوج أو الزوجة تدليسا² يخل بشرط صحة العقد ولزومه ، وهو بذلك ينطوي على سوء نية المتعاقد المدلس الذي يعمل على تضليل المتعاقد الآخر بغاية حمله على إبرام عقد زواج ما كان ليرضى به لو علم أنه كان ضحية تدليس.

ثانيا- أثر التدليس على عقد الزواج: لقد تقدم معنا أن عيوب الرضا في إطار إبرام عقد الزواج

لم تكن محل تنقيص في قانون الأسرة، غير أنه وفي إطار الإقدام على الزواج بثانية، نجد عيب التدليس قد حظي بعناية خاصة إذ نص المشرع الجزائري على عيب التدليس في المادة 8 مكرر من ق.أ.ج ، فإنه اعتبر حالة تعدد الزوجات دون الحصول على ترخيص بالزواج من قبل رئيس المحكمة تدليسا، يمكن الزوجة من رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق طبقا لقانون الأسرة والملفت للانتباه أنه رتب التطبيق على هذه الحالة رغم أن القواعد العامة المقررة في القانون المدني تعتبر التدليس عيبا مفسدا للإرادة مما يجعل العقد قابلا للإبطال³، وهنا نقول أن عدم تنظيم عيوب الإرادة في قانون الأسرة من شأنه أن يؤدي إلى تضارب في الأحكام، فتارة يترتب عنه الفسخ وتارة أخرى التطبيق⁴.

يمكن تبيان أثر التدليس على عقد الزواج بالنظر إلى صورته، والتي يمكن حصرها في ثلاث صور هي:⁵

1- التدليس بالفعل

فهو عدة أمثلة من بينها أن يقوم أحد الزوجين بإحداث تغييرات في جسده ليظهره بصورة مرغوب فيها وذلك باللجوء للعمليات التجميلية، كما يظهر بالفعل من خلال وصل المرأة

¹ خدام هجيرة، المرجع السابق ، ص116

² أشار المشرع الجزائري إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة 86 من ق.م.، والتي اقتضت بأن: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة."

³ تنص ف 01. من المادة 86 من ق.م.ج على أنه: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد؛" وجاء في المادة 87 من نفس القانون ما يلي: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس."

⁴ خدام هجيرة، المرجع السابق ، ص116

⁵ بو سعيد رويضة، المرجع السابق، ص404، 405.

شعرها بشعر الغير أو بشعر اصطناعي أو بتكيب عضو اصطناعي لتعويض أحد أعضائها المقطوعة ،أو بتزوير الوثائق الرسمية كتزوير شهادة ميلاد لتكبير سن فناة لتصبح أهلا لإبرام عقد الزواج¹.

2-التدليس بكتمان الحقيقة: وهي كتمان الحقيقة والتي تكون إما بإخفاء أحد الزوجين عيبا فيه للوصول لإبرام عقد الزواج ويعتبر هذا النوع من أخطر أنواع التدليس وأشدّها ضررا لأن فيها تعمد لكتمان العيب ومن صورته قيام أحد الزوجين بإخفاء عيب العجز أو البرود الجنسي أو الإدمان على المخدرات أو كتمان نتيجة الفحص الطبي الذي يظهر أمراض يستحيل معها الزواج، وبالرجوع لنص المادة 53 من قانون الأسرة نجد أن المشرّع الجزائري قد أعطى الحق للزوجة لطلب التطليق ولو بصفة غير مباشرة بالنسبة لحالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-التدليس بالقول: أما التدليس بالقول فمثاله أن يكذب أحد الزوجين على الآخر بإدعاء أمور غير موجودة بأن يدعي أحد الزوجين أنه ذو نسب ثم يتبين خلاف ذلك أو أنه غني ثم يتبين أنه فقير، أو بإدعاء صفات لا يتحلى بها كأن يدعي الزوج العزوبية وهو متزوج قبل ذلك لتقبل به الفتاة البكر وقد نص المشرّع عن هذا النوع من التدليس من خلال المواد 08، 08 مكرر، 08 مكرر 1.

يعتبر التدليس في إطار الزواج بثانية سببا من عامة أسباب التطليق، ربما لأنه يعد من أكثر العيوب التي قد تشوب الإرادة في إطار إبرام عقد الزواج، الأمر الذي دفع بالمشرّع الجزائري إلى أن يحتاط لهكذا عيب، وذلك بأن صرح بالنص في المادة 8 مكرر من قانون الأسرة على أنه: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بتطليق."

والملاحظ أن المشرّع كرس للزوجتين الحق في طلب التطليق نظرا لعدم حصول الزوج على موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي سيقدم على الزواج بها، وذلك دون تمييز بين الزوجة الأولى والزوجة الثانية، فكلتاها تعد في نظر القانون ضحية لتدليس الزوج، راجع لعدم إخبار الزوج زوجته السابقة بأنه مقدم على الزواج بثانية ولا المرأة التي سيقدم على الزواج بها بأن له زوجة أولى. غير أن ذلك يثير التساؤل حول مدى التدليس الواقع على الزوجة الأولى؟ علما بأن هذا العيب إنما يشوب إرادة المتعاقد أي الزوجة الثانية؟

الفرع الرابع: مدى تأثير عيب الغلط على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج

يعد الغلط من جملة عيوب الرضا التي قد تشوب إرادة الرجل أو المرأة في إبرام عقد الزواج، إلا أنه ذو خصوصية بالمقارنة مع العيوب الأخرى نظرا لأن من يقع في الغلط يجهل ذلك، وهو ما يستوجب تبيانه من خلال تعريف الغلط وتحديد صورته وكذا تبيان أثره على عقد الزواج.

¹ المرجع نفسه، ص 404، 405.

أولاً-تعريف الغلط: الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد غير الواقع، فيحمله على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه، وهو بذلك ينتج عن تأثير ذاتي يقع فيه المتعاقد تلقائياً من دون أن تستعمل الوسائل الاحتمالية ضده ، ويظهر الغلط بشخصية العاقد في إطار إبرام عقد الزواج من خلال توهم أحد الزوجين أمراً ما بالزوج الآخر، فيرضى بأن يقترن به على هذا الأساس. لأن شخصية العاقد محل اعتبار في العقد. وإن الغلط في الشخص أنواع ومراتب يمكن ردّها إلى:

1- الغلط في ذات الشخص: هو الغلط المتعلق بشخص الزوج ذاته، والذي يفضي إلى نشأة علاقة بين شخصين لم يتفقا على الزواج أصلاً، كأن يعتقد أنه تزوج من امرأة معينة فتزف إليه امرأة أخرى، أي أنّ الغلط هنا وقع في محل العقد فممنع تطابق الإرادتين، مع العلم أنّ هذا النوع من الغلط أصبح نادر الوقوع في وقتنا الحالي لحضور الزوجين مجلس العقد، ولتغيّر الأعراف الاجتماعية حيث أصبح بإمكان الرجل والمرأة التعرف على بعضهما، على خلاف السابق إذ كان الزوجين لا يتعرفان ولا يريان بعضهما إلا بعد إبرام عقد الزواج والدخول، وباعتبار أنّ الغلط في ذات الشخص يعدم الرضا فإنّه يقع الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً.

2- الغلط في الصفات الثانوية للشخص: المقصود به الغلط الذي يحدث في صفات عرضية، التي لا توضع عادة في المقام الأول عند اختيار الزوج أو عند التعبير عن الرضا. فهل هذا النوع يؤدي إلى إبطال عقد الزواج؟

في الحقيقة، للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى: يكون فيها الغلط غير مؤثر على سلامة الرضا بالزواج باعتباره غير محدد له، وهذا إذا تعلّق بعنصر أو أكثر من عناصر هويته المدنية دون أن يفضي إلى الغلط في الشخص ذاته، كأن يتعلّق الغلط باسم أحد الزوجين، أو يتعلّق بالنشاط المهني لأحدهما، هذا النوع من الغلط لا يعتد به ولا يؤثر على حرية إبرام عقد الزواج .

أما الحالة الثانية، يكون فيها الغلط محددًا للرضا، كأن يقع الغلط في هوية الشخص المتصلّة بالعائلة التي ينتمي إليها، أو بالجنسية التي يحملها.

3-الغلط في صفة جوهرية في الشخص: إنّ الحالة الجنسية للزوج تعدّ صفة جوهرية فيه، فإذا تزوجت امرأة رجلاً تعتقد أنّه مكتمل الهيئة والتكوين، فوجدته محبوباً ، أو خصياً، أو عنيماً مصاب بعجز جنسي، يحول دون قدرته على ممارسة أي علاقة جنسية، تكون قد وقعت في غلط.

أو تعتقد أنها تزوجت رجلاً فإذا به أنثى في الأصل، ليس لها من الذكورة إلا المظاهر الخارجية التي غيرت بالجراحة. فإن كان الغلط في صفة من صفات الزوج الجوهرية فإنه يفسد الإرادة مما يجعل عقد الزواج قابلاً للإبطال لما له من أهمية في تحديد الرضا بالزواج، وأن من وقع فيه ما كان ليرضى به لو علم بالحقيقة. فإذا وقع غلط في ذات الشخص نكون أمام إرادة منعدمة تبطل العقد بطلاناً مطلقاً، أما إن كان يتعلّق بصفة من صفات الشخص الجوهرية فالإرادة تكون معيبة، فتجعل العقد قابلاً للإبطال¹.

ثانياً- أثر الغلط على صحة عقد الزواج: كما سبق وأن ذكرنا أن الغلط هو وهم يقع في ذهن المتعاقد ويكون إما في جنس المعقود عليه أو في صفة من صفاته، وعليه ما هو حكم الغلط في كلتا الحالتين في عقد الزواج؟

يعتبر العقد المشوب بعيب الغلط في جنس المعقود عليه بالنسبة للفقهاء الإسلاميين باطلاً لأن اختلاف الجنس يجعل محل العقد معدوماً وقت التعاقد، فيكون العقد وقتها قد ولد باطلاً لأنه انعقد على شيء معدوم، أي أن العقد بدون محل لا يلحقه رضاه بعد ذلك.

أما بالنسبة للفقهاء القانونيين قد صنّفوا الغلط إلى أنواع متفاوتة، منها ما يؤثر على سلامة الرضا ومنها ما دون ذلك، فالغلط الذي يؤثر في رضا المتعاقدين نوعان: إما غلط معيب للرضا أو غلط مانع يحول دون تطابق الإيجاب مع القبول وبالتالي يمنع قيام العقد ومثاله: أن يتقدم رجل لخطبة امرأة دون ذكر اسمها أو مواصفاتها، فيعتقد أب البنت أنه يريد ابنته أخرى، فقبل بالزواج فيتضح فيما بعد أن الأب قد وقع في غلط لأنه وافق على زواج ابنته التي لا يريد الرجل زواجها، ففي هذه الحالة لم يتطابق الإيجاب مع القبول وبالتالي هذا غلط مانع ينتج عنه بطلان المطلق لتعلقه بالمحل العقد².

إن فوات الوصف المرغوب فيه في المعقود عليه لا يؤثر في صحة الزواج ولا يرتب عليه البطلان وإنما يؤثر في لزومه فقط، وعليه يكون العقد صحيحاً غير لازم في حق من وقع الغلط من جانبه، ومعنى القول بعدم لزومه يعود إلى الرضا لأن هذا الوصف هو الذي دفعه إلى التعاقد، ولأن الوصف المرغوب فيه شرط في العقد وجزءاً تخلفه الفسخ وإن شاء أجازته. ومثاله أن يكون أحد الزوجين قبل الزواج بمصاب بمرض جنسي أو غير جنسي كالجدام والجنون ولم يعلم به المتعاقد الآخر، فقد أقر فقهاء الشريعة لهذا الزوج الخيار في

¹ الغلط المانع لعدم الرضا فيمنع من انعقاد العقد، قد يرد على محل العقد كأن تزف إلى الرجل امرأة غير التي اتجهت إرادته نحو إبرام العقد معها، كما قد يقع في ماهية العقد كأن تنصرف إرادة طرف نحو إبرام عقد الزواج في حين تنجبه نية الطرف الثاني نحو العلاقة الحرة. ولأنّ هذا النوع من الغلط مانع لعدم الإرادة، فإنّ عقد الزواج يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً. أمّا الغلط المفسد للإرادة فهو يقع في صفة من الصفات الجوهرية للعقد بحيث لو علم بما المتعاقد لما أبرم العقد، وهنا تكون الإرادة موجودة ولكنها معيبة، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 52.

² بوسعيد رويضة، المرجع السابق، ص 404.

فسخ العقد إن شاء، ذلك لأن أحد، الزوجين في هذه الحالة يكون قد غلط في صفة المتعاقد الآخر، وذلك بأن ظن أنه سليم وهو غير سليم وعليه تعد السلامة من الأمراض صفة من الصفات الجوهرية للزوج، كما أن الزوج يعد محل اعتبار في عقد الزواج كعقد قائم في الأساس على الاعتبار الشخصي¹.

أما الغلط في كفاءة الزوج: فإن ظنت المرأة أو وليها أن الخاطب كفوًا لها بلا تغيير منه وانعقد الزواج دون اشتراط كفاءته، ثم تبين خلاف ذلك، فإن الزواج يكون صحيحًا لازماً ولا يثبت لها ولا لوليها حق الفسخ، كما أنه لا أثر لظنهما على اعتبار أن التقصير قد وقع من جانبهما في التحري عن الزوج وبتركهما اشتراط الكفاءة في العقد².

كما أن القواعد العامة في القانون المدني تقتضي تطبيق مبدأ احترام الإرادة العقدية، إذ لا بد من إعطاء لمن وقع في غلط حق إبطال عقد الزواج³، فالمادة 81 من القانون المدني تنص على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله"، والمادة 82 منه تنص على أنه: "يكون الغلط جوهريًا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط؛ ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهريًا، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية؛ وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد⁴.

أما عن موقف القضاء الجزائري فقد اعتبر أنّ العجز الكامل في المقدرة الذاتية على الجماع يعدّ سببا من أسباب فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق، سواء كان العجز سابقا على الزواج أو لاحقا له⁵. فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 أنه: "متى كان من المقرّر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء أنّه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها،

¹ أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص32

² يقصد بالكفاءة في باب الزواج: "أن يكون الزوج كفوًا لزوجته أي مساويا لها في المنزلة ونظيرها لها في المركز الاجتماعي والمستوى الخلقي والمالي"، المرجع نفسه، ص33.

³ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق... المرجع السابق، ص14.

⁴ وتضيف المادة 83 من نفس القانون: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقض القانون بغير ذلك". خدام هجيرة، المرجع السابق، ص124

⁵ محكمة الجزائر العاصمة، 1985/05/03، م. ج. ع. ق. إق. س.، 1958، 02، ص 103، مقتبس عن: جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط01، 2001، ص14

فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية"¹

وبهذا يعاب على الموقف القضاء الجزائري، أنه يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ويتناقض مع القواعد العامة المقررة في القانون المدني.

تنور في هذا المقام مسألة بكاراة المرأة، فلو تزوج شخص بامرأة واكتشف بعد الدخول بأنها ليست بكرًا فهل يحق للزوج المطالبة بفسخ العقد لعب الغلط؟ بالرجوع لاجتهادات المحكمة العليا نجد أنها تنص على أنه يجب أن يشترط الزوج شرط البكاراة قبل الدخول، ففي قرارها الصادر بتاريخ 2000/05/23 قضت المحكمة العليا بالجزائر في بأنه: "ومتى تبين في قضية الحال أنّ المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإنّ البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وبجرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب، ممّا يستوجب نقض القرار"²، وفي قرار آخر صادر في 11 فبراير 2009 تضمن: "حيث لا يتبين من وقائع الدعوى ولا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكاراة في عقد الزواج طبقاً لما توجبه أحكام المادة 19 من ق. أ.، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بمجلس قضاء قلّة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبوا الصواب"³.

وعليه فإذا لم يشترط الزوج عذرية المرأة أثناء عقد الزواج، وعند الدخول وجدها دون ذلك، فلا يمكنه أن يطالب بإبطال عقد الزواج، إنّما يمكنه أن يطلق بإرادته المنفردة، وفي هذه الحالة يعدّ طلاقه طلاقاً تعسفياً، وهذا ما استقر عليه القضاء، لأنّ البكر في الفقه الإسلامي هي التي لم يسبق منها زواج بقطع النظر عن كونها عذراء أم لا وبذلك اتجه إلى عدم اعتبار الثيوبه عيباً ترد به الزوجة إلاّ أن يقع اشتراط ذلك بلفظ صريح.⁴ وأن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض، لأنّ البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية.⁵

ومما سبق يمكن القول: أن صحة التراضي مبدأ أساسي يرتكز عليه عقد الزواج، وأنّ الرضا يشكّل حماية حقيقية لحرية الإرادة في اختيار شريك الحياة إلاّ أنّ وجوده لا يكفي، بل ينبغي توافر أهلية الزواج في كل من الرجل والمرأة كقاعدة عامة، ولأنّ هذه القاعدة نسبية في تطبيقها، فإنه يجوز الترخيص بالزواج لمن لم

¹ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 1984/11/19،، ملف رقم 34784، م. ق.، 1989، ع. 03، ص. 73.

² محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2000/05/23، ملف رقم 243417، م. ق.، 2001، ع. خ.، ص. 109. وما بعدها.

³ محكمة عليا، غ. أ. ش.، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م. م. ع.، 2009، ع. 01، ص. 283

⁴ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 12

⁵ بو سعيد رويضة، المرجع السابق، ص. 404.

يكتمل أهلية الزواج على أن يراعى في ذلك الضوابط القانونية، ومن زاوية أخرى ولأن تكتمل صحة التراضي، فإنه يقتضي أن تكون إرادة الزوجين خالية من كل عيوب الإرادة وذلك حتى يتوفر لها سلطانها الكامل، وفي حالة العكس، يوقع الجزاء¹ المترتب على انعدام الرضا أو عدم صحته، وينحصر هذا الجزاء أساسا في انحلال العقد عن طريق بطلان العقد إما بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا وهذا تماشيا مع ركن التراضي وجودا وصحة.

فإذا تخلف ركن الرضا يعتبر الزواج باطلا بطلانا مطلقا، وهذا بناء على ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة .

أما إذا كان الرضا موجودا ولكن يشوبه عيب من عيوب الإرادة، فإنّ العقد يكون قابلا للإبطال فالعيوب - المذكورة أعلاه - تعتبر من أسباب البطلان النسبي لذا يمكن للشخص إذا كان رضاه معيبا أن يجيز العقد القابل لإبطاله وبمضيه، كما أنّ مسألة الرضا متعلقة بطرفي العقد وليست لها أيّة علاقة أو مساس بالنظام العام ممّا يجعل حق المطالبة بإبطال العقد محصورا على الطرف المتضرر².

المبحث الثالث: القيود الواردة على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج

تقتضي حرية الإرادة في عقد الزواج أن يكون لطرفيه والدور الرئيس والسلطان الكامل في اختيار شريك الحياة حتى يتم إبرام الزواج عن تراض وطيب نفس، ولهذا فإنّ تعزيز المشرع الأسري لحرية الإرادة في عقد الزواج بالتأكيد على رضا طرفيه، رضاء حرا وكاملا، خاليا من عيوب الإرادة، يجعل بحق ركن الرضا مجسدا وضمانا فعليا لحرية الاختيار في هذا الميثاق الغليظ.

إلا أن المشرع قد يقيد أحيانا سلطان الإرادة بضوابط يفرضها القانون حماية للنظام العام وحفاظا على الآداب واعتبارا للمقاصد الشرعية من عقد الزواج، ولإثراء هذا المعنى سنتطرق إلى قيودا الواردة على سلطان الإرادة في قانون الأسرة التي نصت عليها تقارير اللجان المستحدثة بموجب الاتفاقيات الدولية، ثم نستعرض بعض القيود الشرعية الأخرى على سلطان الإرادة التي يجب فرضها حفاظا على النظام العام والآداب.

¹ أنظر: أحمد عبدو، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير - فرع عقود ومسؤولية-، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ص 60 .

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 128

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الإرادة في قانون الأسرة من منظور الاتفاقيات الدولية

الزواج من أهم التصرفات التي يقوم بها الإنسان في حياته، و لهذا كانت حاجة العلاقة الزوجية للعقد مُلِحَّة وضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة و بناءها عن إرادة واعية واختيار حر، فلا يعقد الزواج إلا بتراضي طرفيه وتطابق إرادتيهما، و نظرا للأهمية التي يكتسبها الرضا في عقد الزواج، أولته الاتفاقيات الدولية اهتماما بالغاً بتأكيدا على حق الزواج بالنسبة للجنسين، و نصت هذه الاتفاقيات بصفة خاصة على حق المرأة في الزواج برضاها الحر و الكامل.

ورغم تأكيد قانون الأسرة المعدل على ضرورة التراضي في عقد الزواج والمساواة بين الجنسين في السن الأدنى للزواج، إلا أن عقد الزواج تحكمه ضوابط تجعله في نظر البعض عقد لا تتحقق فيه معايير الحرية والمساواة التي أقرتها الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، فهناك من يعتبر قانون الأسرة قانون تمييزي يمس بمركز المرأة، ذلك انه لا يعترف بأهليتها الكاملة، وأن بعض أحكامه تتنافى ومبدئي الحرية والمساواة اللذين يضمنهما الدستور والنظام القانوني الجزائري، فالمادة 40 من القانون المدني مثلا لا تميز بين الرجل والمرأة في مجال إبرام التصرفات القانونية، فالمرأة تبرم كافة العقود المالية بكل حرية ومن دون قيود، باستثناء عقد الزواج، حيث تكون إرادتها قاصرة محتاج إلى ولي يعبر عن إرادتها في إبرام عقد الزواج، ولهذا كانت المواد 8 و 9 و 11 وغيرها من مواد قانون الأسرة من جملة النصوص التي تعرضت للانتقاد من طرف الحقوقيين والجمعيات النسوية منذ صدوره سنة 1984، بالإضافة إلى التقارير الدورية التي تصدرها لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

فما هي الأحكام القانونية التي ترى الاتفاقيات الدولية أنها قيود على حرية الإرادة في عقد الزواج الزواج؟ وما هي القيود التي سنّها قانون الأسرة الجزائري لضبط حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج ؟

الفرع الأول: المواثيق الدولية المؤسسة للحرية والمساواة في عقد الزواج

لقد توالى المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تضمنت حق المرأة في المساواة مع الرجل في الزواج وفي اختيار الزوج برضاها الحر والكامل، وعلى رأسها:

1-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948¹: والذي تضمّن كافة حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية و الثقافية، التي يتمتع بها كل فرد سواء كان رجلا أو امرأة، حيث نص في مادته الثانية أن الجنس من أسس التمييز المحظورة، و أكد في مادته السابعة على جملة من الحقوق

¹ صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج.ر. رقم 64 المؤرخة في 10/09/1963.

المساوية للمرأة و الرجل, و نص في المادة 16 على تساوي الجنسين في حق الزواج وفي وجوب قيامه على الرضا الخالي من الإكراه في اختيار الزوج¹.

2-الاتفاقية الخاصة بالرضا في الزواج لسنة 1962: أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة

وجوب الرضا بالزواج و بينت الحد الأدنى لسن الزواج وضرورة التسجيل الرسمي لعقوده, و ذلك بالقرار رقم 1763 المؤرخ في 12/07/1962 المتضمن الاتفاقية الخاصة بالرضا في الزواج, و هذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 1 لهذه الاتفاقية والقاضية بأن الزواج لا ينعقد قانونا إلا برضا الطرفين التام والحر, و بتعبيرهما عنه بصفة شخصية وعلانية وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور الشهود.

وفي 07 نوفمبر 1965 أقرت الجمعية العامة توصية الرضا في الزواج والحد الأدنى للسن الواجب لإبرام العقد الخاص به، كما أوصت الدول الأعضاء التي لم تلتزم بعد ببنود الاتفاقية بضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيقها, وذلك بما يتوافق و نظامها الدستوري وعاداتها التقليدية والدينية من خلال اعتماد التدابير التالية:

- لا ينعقد الزواج قانونا إلا بتوافر رضا الطرفين التام والحر وتعبيرها عنه بصفة شخصية وعلانية و بحضور السلطة المختصة بالزواج و الشهود.
- لا يجوز الزواج بالوكالة إلا عند اقتناع السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه التام والحر أمام السلطة المختصة و بحضور الشهود.

3-العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966²: جاءت المادة

الثالثة من هذا العهد بحضر كل تمييز يكون أساسه الجنس وضمن التمتع بالحقوق المتساوية للرجال

¹ تنص المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس، دون أي تفرقة بين الرجال و النساء"، وتنص المادة 7: "كل الناس سواسية أمام القانون وهم الحق جميعا في حماية متساوية من أي تمييز يخل بهذا الإعلان"، وتنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج الحق في تأسيس أسرة بدون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج، ولا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه؛ وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05-02 على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع7، ديسمبر 2019، ص 230، 231.

² أبرم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في 1966 ودخل حيز النفاذ في 1976/02/03 وصادقت عليه الجزائر في 1989/05/16 بالتحفظ على المواد 1، 8، 13، و 23. ج.ر رقم 20 المؤرخة في 1989/05/17.

والنساء¹، وأوجبت المادة 10 أن يتم الزواج بالرضا الحر للطرفين المقبلين على إبرامه مع إعطاء الأسرة أوسع حماية و مساعدة ممكنة.

4-العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري الملحق بها لسنة 1966²: دخل هذا العهد حيز التنفيذ بتاريخ 1976/03/23، ونص على تمتع الأسرة بحماية المجتمع والدولة، والاعتراف بحق الرجال والنساء الذين هم في سن الزواج في تكوين أسرة مع ضرورة أن يتم الزواج بالرضا الكامل والحر للطرفين.

5-إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1967: من بين الجهود الدولية لتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين نجد إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع في سنة 1967، وقد نص في مادته الأولى على القاعدة الأساسية لعدم التمييز، كما نص هذا الإعلان في المادة 2/6 على أنه: "يراعى وجوب اتخاذ التدابير المناسبة لتأمين مبدأ تساوي مركز الزوجين، و بصفة خاصة يجب أن يعطى للمرأة مثل الرجل حق اختيار الزوج بكامل حريتها والتزوج بمحض رضاها الحر والتام".

6-الاتفاقية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة -سيداو- لسنة 1979³: تعتبر هذه الاتفاقية أهم ما توصل إليه المجتمع الدولي وذروة الجهود التي قامت بها الأمم المتحدة والأجهزة التابعة لها بما فيها المنظمات غير الحكومية لحماية المرأة وصياغة حقوقها وضمان مساواتها مع الرجل، ومن بين ما تناولته هذه الاتفاقية هو النص على حرية المرأة في اختيار الزوج و عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل، إذ جاءت المادة 1/16 لتنص على اتخاذ الدول الأطراف التدابير المناسبة، للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وتضمن بوجه خاص وعلى أساس التساوي بين الجنسين، حق المرأة في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر و الكامل.

¹تنص المادة 3من الاتفاقية الخاصة بالحقوق الاجتماعية و الاقتصادية على أن: "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بتأمين الحقوق المساوية للرجال والنساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المدونة في الاتفاقية الحالية"
² صادقت عليه الجزائر في 1989/05/16 مع التحفظ على المواد 1، 22، و23، ج.ر رقم 20 المؤرخة في 1989/05/16.
³انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 963/51 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ومصادقتها على اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 مع التحفظ على الفقرة 2 من المادة 9 والفقرة 2 من المادة 15 والمادة 16 والمادة 92 فقرة 1.

وبهذا يتضح أن حق المرأة في اختيار الزوج وعدم إبرام عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل مسألة أساسية طبقا لما هو منصوص عليه في هذه الاتفاقية الدولية، بحيث يكون للمرأة مثل الرجل وبالتساوي اختيار الزوج أو توكيل أو تفويض غيرها لهذا الغرض.

وتكون الدول الأطراف في الاتفاقية منتهكة ومخالفة لبنودها في الحالات الآتية:

- إذا قيدت حرية المرأة في اختيار الزوج أو أجازت زواجها بغير رضاها الحر والكامل.
- إذا لم تتخذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز القائم ضد المرأة، أو اتخذت تدابير تنطوي على التفرقة أو التقييد من حريتها في اختيار الزوج، و عقد زواجها بالنظر إلى أنوثتها وكان من شأن ذلك المساس بمبدأ تساويها مع الرجل، خاصة وأن هذه الاتفاقية تركز على الرضا الحر و الكامل للمرأة في عقد الزواج¹.

ويكون الرضا كاملا بان تكون المرأة راضية بكل تفاصيل هذا العقد، بدءا من اختيار الزوج إلى غاية يوم الزواج.

أما الرضا الحر في الزواج هو أن لا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها وذلك عند إفصاحها عن نية قبول الزواج أو رفضه.

من خلال هذه الاتفاقيات نجد أن القانون الدولي صريح في المساواة المطلقة بين الجنسين في مسائل الأحوال الشخصية، وصريح في رفع كل القيود عن حرية طرقي عقد الزواج لاسيما المرأة، فلكل منهما كامل الحرية في اختيار شريك حياته بدون إكراه، ولهذا نجد أنه بعد انضمام الجزائر إلى جميع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، تزايد الضغط عليها من اجل تعزيز حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل، وتعديل قانون الأسرة 84-11 الذي لم يسمح للمرأة أن تنفرد بإبرام العقد، وعليه استجاب المشرع الجزائري للأصوات المطالبة بتعديل مواد التمييزية الماسة بحقوق المرأة و بمركزها في الأسرة، بموجب الأمر 05-02 .

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة من منظور اتفاقية سيداو

من خلال استعراضنا لمضمون الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل، نجد أنها في مجملها تقوم على ضمان مبدئين أساسيين وهما: الحرية والمساواة بين الجنسين، ولهذا تعيب في مجملها على قانون الأسرة الجزائري تقييده حرية الزواج بضوابط شرعية وتمييزه في كثير من الأحكام بين الرجل والمرأة، وتنتقد مرجعيته بحكم أنه في اغلب مواد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وقد أكدت

¹وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص233.

لجنة سيداو في ردها على التقرير الأولي للجزائر¹ أن قانون الأسرة الجزائري يتسم بالرجعية، بحكم أنه اسند للمرأة دورا صغيرا في الشؤون الأسرية، كما أكدت على أن الشريعة والإسلام لا يجب أن يتخذ كذريعة لحرمان المرأة من حقوقها وأن قانون الأسرة لا يتماشى مع الاتفاقية، ولا يمكن للأعراف والتقاليد والدين، أن تبرر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضد المرأة.

ومن أهم تلك الانتقادات الموجهة لقانون الأسرة ما تعلق **بمحضور الولي** عقد الزواج وفقا للمادة 11 من ق.أ و منع زواج المسلمة بغير المسلم المنصوص عليه في المادة 30 من ق.أ، وجواز تعدد الزوجات بنص المادة 8 من ق.أ، مما جعل الاتفاقيات الدولية تعتبر هذه الأحكام، قيودا تمييزية لصالح الرجل واعتداءا على حق المرأة في الزواج برضاها الحر والكامل، وهذا ما يظهر من خلال تقارير اللجان الدولية لاسيما لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة المستحدثة بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو، والتي أكدت على التزام الدول بتقديم تقارير دوري إلى هذه اللجنة².

كما أبدت اللجنة قلقها من عدم تحسن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية³، وأن تحفظ الجزائر على المادتين 02 و المادة 16 يتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها وفي هذا الشأن، حثت الجزائر على تسريع الإصلاحات التشريعية، لاسيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المواد 02 المادة 15/4 والمادة 16 من الاتفاقية⁴.

وفي هذا الشأن أثار المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة عند نظره في تقرير الجزائر الثالث والرابع من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية⁵، حيث لاحظت اللجنة أنه على الرغم من تعديل قانون الأسرة إلا أنه لا زال يسمح بتعدد الزوجات، ولم يلغى شرط الولي وأن المادة 30 من قانون الأسرة تحظر زواج المرأة المسلمة بالرجل غير المسلم، وعليه أوصت اللجنة الجزائر بإجراء تعديل آخر على

¹ رد لجنة سيداو على التقرير الأولي للجزائر في دورتها العشرون في نيويورك يوم الخميس 21 يناير 1999، الرابط:

CDAW/C/SR,406/1/Add.1

² قدمت الجزائر تقاريرها إلى اللجنة ابتداء من التقرير الأولي في 01/09/1998 الذي أكدت فيه الجزائر بان المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين محترم بدقة، على صعيد الحقوق السياسية والمدنية و أن الأحوال الشخصية المنظمة لقانون الأسرة الذي تستلهم الشريعة الإسلامية جزئيا، لهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز و المساواة بين الجنسين على نحو تدريجي دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية. انظر تقرير الجزائر الأولى أمام لجنة سيداو، الرابط:

CEDAW/C/DZA/11/09/1998

³ رد لجنة سيداو على التقرير الثاني المقدم من الجزائر في جلستها 667/668 المعقودتين في 2005/01/11:

CDAW/C/SR.667.668

⁴ رد لجنة سيداو على التقرير الجامع للتقريين الثالث والرابع بتاريخ 2005/05/18، CEDA W/C/DZA/،

⁵ تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي تجاه الجزائر الدورة 44، حنيف 3-21 ماي 2010، الرابط:

<https://undocs.org/ar/E/C.12/DZA/CO/4>

قانون الأسرة لتضمن إلغاء تعدد الزوجات، وإلغاء شرط الولي وان يعترف بالزواج الذي يقع بين المسلمة وغير المسلم اعترافاً قانونياً كاملاً وبدون استثناء.

نستنتج مما سبق ذكره، أن تقارير اللجان المستحدثة بموجب الاتفاقيات الدولية لاسيما ردود لجنة سيداو على التقارير التي قدمتها الجزائر أجمعت على أن شرط الولي ومنع زواج المسلمة بغير المسلم، وإباحة تعدد الزوجات، تعتبر في نظر هذه الاتفاقيات قيوداً على حرية المرأة في الزواج وهي شكل من أشكال التمييز في قانون الأسرة، ولذا جاءت هذه التقارير لتحث الجزائر على إلغاء كافة أشكال التمييز على أساس الجنس في عقد الزواج، واستبعاد كل ما يمس بحق المرأة وحرمتها في الزواج برضاها الحر والكامل، ومن بين التوصيات المقدمة لإصلاح قانون الأسرة:¹

1- إلغاء الشرط القانوني المتعلق بمنصب الولي في الزواج.

2- حظر تعدد الزوجات قانوناً وممارسة.

3- اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

ولاشك انه ليس هناك اتفاقية تفوق سيداو في تأكيدها على حرية الرضا والمساواة وعدم التمييز بين الجنسين لاسيما في إبرام عقد الزواج²، إذ تنص المادة 1/16 من سيداو: "تخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: أ) نفس الحق في عقد الزواج؛

ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل..."

ورغم أن الجزائر تحفظت على المادة 16 من اتفاقية سيداو، باستثناءها للأحكام المتعارضة وأحكام قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه استجابةً لضغوط المنظمات الدولية والحركات النسوية وأحكام هذه الاتفاقية عمل المشرع على تعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة لعقد الزواج بموجب الأمر 05-02 وبات من

¹ تقرير المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة أسبابه وعواقبه المقدم من طرف السيدة "ياكين ارتورك"، المقدم في الدورة السابعة لمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة. وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 240

² تنص م 15 من سيداو: "1 - تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

2 - تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

3 - تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.

4 - تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم."

الواضح أن السياسة التشريعية الأسرية تتجه نحو إدخال عناصر الحرية وعدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية¹.

ولهذا فإن الملاحظ على الأمر رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة هو تأكيد المُشرِّع وتركيزه على مبدأ الرضائية في عقد الزواج، حيث ذكر الرضا في المواد 4, 6, 9, 10 و 33 من هذا القانون²، في تأكيد من المُشرِّع على نظره إلى الزواج كعقد رضائي تسري على إبرامه الأحكام المعهودة في سائر العقود الأخرى، حيث أصبحت المادة 4 ق.أ.ج تنص: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة"³، كما تبدو هذه النظرة جلية في المادة 9 المعدلة التي اختزلت أركان عقد الزواج في ركن واحد و هو ركن الرضا بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فالمُشرِّع غير الوضع تماما على ما كان عليه في ظل القانون 84/11، فلم يبق من الأركان الأربعة التي نصت عليها المادة 9 قبل التعديل إلا الرضا الذي أثبتته ركنا وحيدا في الزواج، وما عداه- بما فيها الولاية- أصبح مندرج تحت الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج بعد التعديل⁴.

فعقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد هو الرضا باعتباره الركن الوحيد المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فإذا انعدم الرضا لم ينعقد العقد أصلا ويكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة 33 فقرة 1 المعدلة حيث جاء فيها ما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، أما الأركان الأخرى فهي من المسائل الخلافية بين الفقهاء⁵.

وتكريسا لمبدأ الرضائية واحتياطا لحرية الإرادة في عقد الزواج وحماية لحق المرأة في زواجها برضاها الحر، فقد ألغى المُشرِّع الوكالة في عقد الزواج، بموجب المادة 18 المعدلة التي تنص صراحة على إلغاء المادة 20 والمادة 12 من القانون رقم 84-11، الذي كان يبيح أن ينوب عن الزوج وكيل له في إبرام عقد الزواج بموجب وكالة خاصة؛ وهذا راجع لكون الزواج في نظر المُشرِّع من العقود التي تبنى على الاعتبار

¹ تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأرومتوسطية. " انظر:

www.euromedgenderquality. Org .CEDAW/C/DZA/11/09/1998.(2008-2011) , P10.

² جاء في المادة 6 ق.أ.ج: "إن اقتراح الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتراح الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

³ وكانت قبل التعديل تنص على أنه: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة"

⁴ المادة 9 مكرر من ق.أ.ج بعد التعديل: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزواج.- الصداق .- الولي.-

شاهدان.-انعدام الموانع الشرعية للزواج"

⁵ وحياتي جيلالي، المرجع السابق، ص235.

الشخصي، والتي تستلزم توفر الرضا التام والحرية الكاملة، وعليه فإن مفهوم الوكالة قد لا ينسجم تماماً مع طبيعة هذا العقد، كما أنه يتنافى والهدف المرجو من إبرام عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، والذي يتوجب عليه التأكد من توفر شروط هذا العقد ومن بينها وأهمها الرضا الذي يكون العقد باطلاً دون توفره¹، وإلغاء الوكالة هو في الحقيقة تأكيد من المشرع على ضرورة الحضور الشخصي للزوجين في مجلس العقد من أجل تبادل الإيجاب والقبول وضماناً لرضا المرأة التام بالزواج وحمايته من العيوب سواء الغلط أو التدليس أو الإكراه.

وهذا ما جاء في التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه " أصبح الزواج في قانون الأسرة عقداً توافقياً يتطلب موافقة زوجي المستقبل، وقد ترتب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإناابة، وبالفعل فإن المادة 09 تنص على أن عقد الزواج يبرم بموافقة الزوجين معا وتعتبر الموافقة بحكم القانون عنصراً مؤسساً للزواج، وفي حالة عدم الحصول على موافقة احد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإلغاء وبإمكان أي شخص معني بمن في ذلك الطرفين أن يطلبوا إبطاله عن طريق العدالة."²

في الحقيقة لا يمكن الاتفاق مع هذا الموقف، وذلك للأسباب التالية³:

- السبب الأول: يتعلّق بأحكام النظرية العامة للعقد، فالتوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعاً وقانوناً.
- السبب الثاني: فهو راجع إلى التضييق على الناس، إذ يمكن أن تكون هناك ظروف للعاقد تمنعه من الحضور الشخصي لإبرام عقد الزواج⁴.
- السبب الثالث: يتمثل في تقييد حرية الإرادة في الزواج، فباعتبار أنّ لكل شخص الحق في الزواج، كان لا بد من التنصيص على أنّ الأصل هو حضور طرفي عقد الزواج المجلس، على أن يكون الاستثناء إمكانية التوكيل في حالات خاصة يتم تحديدها، وبهذه الصياغة يفتح الباب للأفراد بممارسة حقهم في الزواج بكل حرية.
- السبب الرابع: نرى أنّه كان على المشرع أن يستلزم توافر شروطاً قانونية في التوكيل على إبرام عقد الزواج، لتفادي استغلال الوكالة كأداة للتحايل على المرأة بدلاً من إلغائه الوكالة في الزواج.

¹ المرجع نفسه، ص 233.

² تقرير الجزائر الثالث والرابع أمام لجنة سيداو:

www.euromedgenderquality. Org .CEDAW/C/DZA/3-4/

³ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 106

⁴ كأن يكون الزوج مسافراً في بلد أجنبي، ولا تسعفه الظروف أن ينتقل إلى الجزائر لإبرام عقد الزواج، كأن لا تتوفر لديه الإمكانيات المادية، أو ظروف شغله لا تسمح له بذلك، نفس الشيء إذا تعلق الأمر بالمرأة.

والذي نراه من خلال هذه الدراسة أن إلغاء المُشَرِّع للوكالة في عقد الزواج إجراء تعسفي مخالف للقواعد العامة في العقود، ذلك أن حرمان طرفي العقد من الزواج بالوكالة خاصة في الظروف الاستثنائية التي يتعذر فيها لأحد الزوجين مباشرة العقد بنفسه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، حال كونه مسافراً مثلاً في بلد أجنبي، هو في الحقيقة تقييد لا مبرر له لحرية الإرادة التعاقدية، مع العلم أن الاتفاقيات السابقة الذكر لم تنص على إلغاء الوكالة في الزواج، بل على العكس من ذلك فاتفافية سيذاو قد أبحاث الوكالة في عقد الزواج، واشترطت أن يكون للمرأة مثل الرجل وبالتساوي حق اختيار الزوج أو توكيل أو تفويض غيرها لهذا الغرض.

المطلب الثاني: حرية تعدد الزوجات والقيود الواردة عليها

في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

من المعلوم أن الشريعة المحمدية لم تنشئ نظام تعدد الزوجات ولم توجهه على المسلمين، فلقد سبقتها إلى إباحته الأديان السماوية اليهودية والنصرانية والنظم الدينية الأخرى كالوثنية والمجوسية، فكان الرجال يتزوجون بعدد من النساء دون حصر، فلما جاء الإسلام أبقى على التعدد مباحاً وحدده بأربع زوجات، فقد روى عبد الله ابن عمر أن ابن سلمة الثقفي أسلم و له عشرة نسوة في الجاهلية فاسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعاً منهم¹.

ووضعت الشريعة لنظام تعدد الزوجات أسساً تنظمه وتحد من المساوي والأضرار التي كانت تكتنفه في المجتمعات السابقة، واشترطت له شرطاً جوهرياً و أساسياً هو العدل بين الزوجات. كما أنها لم تجعله فرضاً لازماً على الرجل المسلم، ولا أوجبت الشريعة الإسلامية على المرأة أو أهلها أن يقبلوا الزواج برجل له زوجة أو أكثر، بل جعلته رضائياً فأعطت الشريعة المرأة وأهلها الحق في القبول إذا وجدوا أن في هذا الزواج منفعة ومصلحة بابنتهم أو الرفض إذا كان الأمر على العكس من ذلك².

الفرع الأول: حرية تعدد الزوجات والقيود الواردة عليها في الشريعة الإسلامية

إن تعدد الزوجات هو أن يكون في عصمة الرجل أكثر من امرأة، ممن تحل له شرعاً، شريطة أن لا يزيد على أربع في الآن ذاته، ويجد نظام تعدد الزوجات مشروعته في القرآن والسنة، فمن القرآن الكريم قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [سورة النساء الآية 3]، أما من السنة: فإن خير هذه الأمة ﷺ تزوج

¹ أخرجه الترمذي و اللفظ له، الترمذي، كتاب النكاح، رقم الحديث 1128.

² محمد بن مسفر بن حسين الطويل الزهراني، تعدد الزوجات في الإسلام، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ج36، ص227.

وبالغ في العدد وفعل ذلك أصحابه¹، روى البخاري بسنده عن سعيد بن جبير قال: قال لي ابن عباس: هل تزوجت؟ قلت: لا. قال: فتزوج؛ فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء².

وتشريع الزواج وتعدد الزوجات، تشريع رباني وسنة نبوية، قال ﷺ: «أَمَا وَاللَّهِ إِنِّي لَأَخْشَاكُمْ لِلَّهِ وَأَتْقَاكُمْ لَهُ، لَكِيَّ أَصُومٌ وَأُفْطِرٌ، وَأُصَلِّيٌّ وَأَرْقُدُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنِّي فَلَيْسَ مِنِّي»³، سنه الله سبحانه لحكمة يعلمها، ومصالح يجلبها ومفاسد كثيرة يدرأها؛ فالتعدد إعفاف للرجال والنساء عن الحرام ودفع للفساد ومادته، وتكثير لنسل الأمة وطاقتها، وتروى فيه الرغبة الجنسية والوטר تقوى فيه المحبة والألفة، وينشأ فيها الأولاد في كنف المودة والرحمة أسوياء يساهمون في بناء المجتمع. فالله سبحانه لم يسن أي أمر عبثاً، فهو خالق البشر العالم بما يصلحهم في دنياهم وآخرتهم ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [سورة الملك، الآية 14].

أما حرية الإنسان في إشباع نزواته الجامحة مع أي امرأة، وبأي طريقة، بعيداً عن أطر الشريعة الغراء، فهذه حرية تولد القلق والآفات، وتنتج أولاداً غير شرعيين محرومين حنان الأسرة ورعايتها، فيشبون محملين بأحقادهم على المجتمع.

وللأسف نجد من المعاصرين من يزهد في التعدد، ويحاول تصويره كنظام ظالم للمرأة، ينتقص مركزها ويمتحن كرامتها، وما ذلك إلا لعدم اليقين بحكم الله تعالى المُشَرِّع الحكم العدل. بل إن بعضهم يحاول أن يجعل من النصوص الشرعية ما يؤيد رأيه ووجهته في منع التعدد، فيجعل قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [سورة النساء، الآية: 3]، وقوله: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُواهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [سورة النساء، الآية: 129] دليلاً على منع التعدد في الظروف العادية؛ إذ في نظره شرط التعدد هو العدل، وهو متعذر وغير مستطاع؛ لذا يمنع التعدد، لأنه إذا امتنع الشرط الذي هو العدل امتنع المشروط الذي هو التعدد، وليس الأمر كذلك؛ لأن العدل المنفي في قوله: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 129]، هو المحبة القلبية؛ لأن القلوب ليست ملكاً لأصحابها، فلا يملك المرء التحكم في قلبه، وقد كان النبي ﷺ يعدل بين زوجاته في القسم والنفقة والمبيت والسكنى ويقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»⁴.

¹ قال ابن قدامة في معرض حديثه عن النكاح وأمر الله به وحثه عليه: "ولأن النبي ﷺ تزوج وبالغ في ع وفعل ذلك أصحابه، ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالأفضل، ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى".

² صحيح البخاري - كتاب النكاح، باب كثرة النساء، رقم الحديث 5069.

³ أخرجه: البخاري، ح رقم: 5063، واللفظ له، ومسلم، ح رقم: 1401.

⁴ رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والدارمي وأحمد. سنن أبي داود، كتاب النكاح - باب في القسمة بين النساء (1/ 492). سنن النسائي، كتاب عشرة النساء - باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض (7/ 634).

تفيد الآيتان 3 و129 في سورة النساء بمجموعهما كما فهمها جمهور الفقهاء من عهد الرسول ﷺ وصحابته والتابعين وعصور الاجتهاد فما بعدها؛ الأحكام التالية¹:

1-إباحة تعدد الزوجات حتى الأربع، فلفظ «انكحوا» وإن كان لفظ أمر إلا أنه هنا للإباحة لا للوجوب، وعلى ذلك جمهور المجتهدين.

2-أن التعدد مشروط بالعدل بين الزوجات، فمن لا قدرة له على العدل لا يجوز له أن يتزوج بأكثر من واحدة، ولو تزوج كان العقد صحيحا بالإجماع ولكنه يكون آثما.

وقد أجمع العلماء - وأيده تفسير الرسول ﷺ وفعله - أن المراد بالعدل المشروط هو العدل المادي في المسكن واللباس والطعام والشراب والمبيت وكل ما يتعلق بمعاملة الزوجات مما يمكن فيه العدل. لأن العدل في الحب والميل القلبي بين النساء غير مستطاع، وأنه يجب على الزوج ألا ينصرف كلية عن زوجته فيذرها كالمعلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، بل عليه أن يعاملها بالحسنى حتى يكسب مودتها، وإن الله لا يؤاخذ على بعض الميل إلا إذا أفرط في الجفاء، ومال كل الميل عن الزوجة الأولى².

1- أفادت الآية الأولى اشتراط القدرة على الإنفاق على الزوجة الثانية وأولادها، بناء على تفسير قوله تعالى ﴿أَنْ لَا تَعُولُوا﴾ أن لا تكثر عيالكم، وهذا هو التفسير المأثور عن الشافعي رحمه الله. وهذا يفيد ضمناً اشتراط القدرة على الإنفاق لمن أراد التعدد، إلا أنه شرط ديانة لا قضاء³.

¹مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، 1999م، ص ص79، 80
²المرجع نفسه، ص ص79، 80.

³اختلف المفسرون في تفسير قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾، على قولين: القول الأول: ذلك أدنى ألا تظلموا وتجوروا، وهذا قول جماهير المفسرين من الصحابة والتابعين والعلماء المحققين. روي ذلك عن ابن عباس، وعائشة، ومجاهد، وعكرمة، والحسن، والشَّعْبِي، والضحاك، وعطاء، وقتادة، والسُّدِّي، ومقاتل وغيرهم، واختاره أيضا غير واحد من المحققين، انظر: تفسير ابن كثير، ج2، ص ص212، 213؛ لابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص ص70، 71.

القول الثاني: ذلك أدنى ألا تكثر عيالكم. قال الإمام الشافعي رحمه الله: "أَنَّ لَا يَكْتَثِرُ مِنْ تَعُولُونَ إِذَا اقْتَصَرَ الْمَرْءُ عَلَىٰ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ أَبَاحَ لَهُ أَكْثَرُ مِنْهَا" انتهى. الأم، للشافعي ج6، ص275؛ وروي هذا القول أيضا عن سفيان بن عيينة وزيد بن أسلم. انظر: تفسير ابن كثير، ج2، ص ص212؛ وهذا القول الثاني، وإن كان خلاف المشهور في تفسيرها، وخلاف المعنى المتبادر منها، حتى صرح بعض أهل العلم بتغليطه، وأنه لا أصل له في اللغة؛ فقد انتصر لصحته في اللغة غير واحد من أهل العلم، وصرح بعضهم بأنه لا تنافي بينه وبين القول الأول؛ أنظر: موقع الإسلام سؤال وجواب، المشرف العام الشيخ صالح المنجد، السؤال رقم 128619، الرابط:

<https://islamqa.info/ar/downloads/answers/128619>

واختلف الفقهاء حول ما إذا كان التعدد قاعدة مباحة للكافة أم مجرد استثناء فذهب فريق إلى القول بإباحة التعدد ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضيه واشتروا العدل فقط فيما أوجبه الشرع، مع القدرة على الإنفاق عليهن وعلى أولادهن جميعاً¹.

أما الفريق الثاني: فيرى أن الزواج بواحدة هو الأصل في الإسلام، وأن التعدد هو الاستثناء، ولا يعمل بالاستثناء إلا عند الضرورة، وطالب هذا الاتجاه بمنع التعدد أو تقييده بوضع شروط جديدة له غير الشروط التي حددتها الشريعة الإسلامية، ومؤدى الشروط الجديدة هو عدم إباحة تعدد الزوجات إلا بوجود مبرر قوي يخضع تقديره للقضاء، فإذا اقتنع القاضي بما أبداه الرجل من أسباب تدعوه للزواج على زوجته، أذن له عند ذلك بالزواج، وإذا لم يقتنع القاضي برفض طلب الرجل، وقد حدد بعضهم المبرر المقبول في حالتين فقط لا ثالث لهما، وهما مرض الزوجة مرضاً مزمناً لا شفاء منه، وعقم الزوجة الثابت بمرور أكثر من ثلاث سنوات عليه. وفي غير هاتين الحالتين يحرم القانون على الرجل الزواج على امرأته².

وقد طالب الشيخ محمد عبده بتقييد تعدد الزوجات تقييداً يقرب من المنع، فذهب إلى جواز التعدد مع تقييده بضرورة تقتضيه بالإضافة إلى شرط العدل والقدرة على الإنفاق، وعنده أن أضرار التعدد في زمانه تفوق الفوائد التي كانت في صدر الإسلام، كصلة النسب وتقوية العصبية³.

بناءً على ما سبق ذكره نقول أن الشريعة الإسلامية أباحت تعدد الزوجات، دون أن تجعل ذلك أمراً واجباً، فالآيتان الكريمتان (3) و(129) من سورة النساء اللتان جاء فيهما تشريع التعدد، لم يظهر فيهما ما يفيد أن الزواج بواحدة هو الأصل، وأن التعدد هو الاستثناء، والعكس - في نظرنا - هو الصحيح، فقد بدأت الآية الثالثة من سورة النساء بالتعدد وهو الأصل، ثم ذكرت الزواج بواحدة، وهو الاستثناء⁴ في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [سورة النساء، الآية: 3].

أما منع التعدد فهو تغيير لأحكام الله، وحيلولة بين الأمة وبين الاستفادة من هذا التشريع، ومن رأى المنع فرأيه مردوداً عليه، فشرع الله أحق أن يتبع، والله أعلم بالحكمة في تشريعه، وإساءة استعمال أي تشريع

¹ وحياتي جيلالي، المرجع السابق، ص 45.

² محمد بن مسفر بن حسين الطويل الزهراني، المرجع السابق، ج 36، ص 233.

³ قال تلميذه رشيد رضا: "هذا ما قاله الأستاذ الإمام في الدرس الأول الذي فسر فيه الآية، ثم قال في الدرس الثاني: تقدم أن إباحة تعدد الزوجات مضيقه قد اشترط فيها ما يصعب تحققه فكأنه نحى من كثرة الأزواج، وتقدم أنه يحرم على من خاف عدم العدل أن يتزوج أكثر من واحدة، ولا يفهم منه كما فهم بعض المجاورين (طلاب بالأزهر) أنه لو عقد في هذه الحالة يكون العقد باطلاً أو فاسداً فإن الحرمة عارضة لا تقتضي بطلان العقد، فقد يخاف الظلم، وقد يظلم ثم يتوب فيعدل، فيعيش عيشاً حلالاً".

مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 87

⁴ محمد بن مسفر بن حسين الطويل الزهراني، المرجع السابق، ج 36، ص 234.

لا تقتضي إلغاءه، بل تقتضي منع تلك الإساءة، لذلك لم يترك الشرع التعدد للممارسة العشوائية، حيث وضع له قيودا ثلاث يجب تحققها والاستمرار فيهما خلال الحياة الزوجية وهي :

القيد الأول: حصر العدد بأربع زوجات.

القيد الثاني: العدل بين الزوجات، وهذا كما رأينا شرط صريح في القرآن لإباحة التعدد، لا لصحته.

ولذلك يمكن القول أن جعل نية العدل بين الزوجات شرطا قانونيا خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي حتى يأذن بالزواج بامرأة ثانية، قيد قانوني تعترضه ضرورة الاجابة عن التساؤلات التالية¹: كيف يمكن أن نمنع عقداً لمحظور لم يوجد بعد! ولا سبيل إلى التحقيق من وجوده في المستقبل؟ فكيف يمكن للقاضي أن يتحقق من نية العدل؟ هل للعدل أمارات سابقة؟

ولا يسعنا في هذا المقام إلا القول أن العدل الذي جعل شرطا دينيا لا يمكن أن يجعل شرطا قانونيا يتوقف عليه السماح بالتعدد أو عدمه.

القيد الثالث: القدرة على الإنفاق على جميع الزوجات وأولاده منهن؛ وقد سبق القول أن

هذا الشرط يستفاد ضمنا من قوله تعالى ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ على تفسيرها بألا تكثر عيالكم كما ذهب إلى ذلك الشافعي رحمه الله، وجمعا بين هذا التفسير وقوله صلى الله عليه وسلم : «تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنَّيْ مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»²، يكون الأمر في الحديث عاما: أن يسعى المسلم إلى تكثير النسل، وتكثير سواد المسلمين بالزوجة الولود؛ لكن إن خاف أن يُغلب على حق أهله، أو يعجز عن الوفاء بكسبهم المشروع، ونفقتهم الواجبة فله أن يقتصر على واحدة من الزوجات، وما عنده من الإماء؛ ليكون ذلك أخف لحمله، وأيسر لمؤنته ، وأبعد له عن العجز عن مقام الرعاية والكفاية؛ فكما أن الشرع أرشد إلى النكاح إرشادا عاما ، فإنه أمر من عجز عن ذلك بالعفة وأسبابها³.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من تعدد الزوجات

انتقدت تقارير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، وكذا تقارير لجنة القضاء على العنف ضد المرأة وبشدة المُشَرِّع الجزائري على تكريسه للتمييز ضد المرأة، وذلك بإبقائه على نظام تعدد الزوجات، المتنافي ونصوص الاتفاقية، والتي ترى فيه إهدار لكرامة المرأة واعتداء صارخ على مبدأ المساواة بين الجنسين

¹مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص93.

²رواه أبو داود برقم2050.

³ موقع الإسلام سؤال وجواب، المشرف العام الشيخ صالح المنجد، السؤال رقم 128619، الرابط:

<https://islamqa.info/ar/downloads/answers/128619>

باعتباره يعطي حق التعدد للرجل ويمنعه على المرأة، وهو لا يتناسب مع ما وصلت إليه المرأة في العصر الحديث من تطور على جميع المستويات¹.

ولمناقشة هذه الانتقادات يجب التطرق إلى موقف المُشرِّع الجزائري من حرية التعدد والقيود الواردة عليها.

واستجابة لهذه الانتقادات شدد المُشرِّع الجزائري من شروط تعدد الزوجات وجوزه على سبيل الاستثناء وربط قيامه على ضرورة استصدار رخصة مسبقة من المحكمة، خاصة وأن التشريع الجزائري في ظل قانون 84/11 كان يكتفي بالشروط العامة لتعدد الزوجات المقررة في الفقه الإسلامي.

ولكن بعد تعديله بموجب الأمر 05/02 أصبحت المادة 08 نص على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج منها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي، و قدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

وقد نص المُشرِّع الجزائري في المادة 19 المعدلة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي الحق كل الشروط التي يريانها ضرورية والسما شرط عدم تعدد الزوجات ... "

بموجب المادة 8 من الأمر 05-02 حيث اشترط، وجود المبرر القانوني، والذي حصره في المرض المزمن، والعقم²، إلى جانب إعلام الزوجة السابقة، أو الزوجات السابقات، والمخطوبة اللاحقة، وأن لا تكون الزوجة قد أدرجت في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق شرط عدم الزواج عليها، ويُضاف إلى هاته الشروط، الترخيص القضائي بالزواج بأمر من رئيس المحكمة.

من خلال استقراء هذه المادة نجد أن المُشرِّع الجزائري، قيّد تعدد الزوجات، عن طريق فرض شروط يجب توفرها، حتى يمنح الترخيص بالزواج من طرف المحكمة، وهذا ما جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي لتعديلات قانون الأسرة، الذي عرض على مجلس الحكومة، ثم في عرض الأسباب المرفق بالأمر الرئاسي الذي عرض على مجلس الوزراء، أن هذه المادة تضع شروطا جديدة، لتضييق مجال اللجوء إلى تعدد الزوجات، وتقيده بعدة شروط، تتعلق بوجود ظروف تبرره و توفر نية العدل، إذ يجب على الزوج:

¹وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2018/2019، ص44.

²المنشور الوزاري رقم 102/84، الصادر في 1984/12/23،

- إخبار الزوجة و المرأة التي يرغب في الزواج معها.

- أضاف على ذلك شرطا أساسيا يتمثل في ضرورة استصدار رخصة مسبقة من القاضي رئيس محكمة مقر بيت الزوجية، أن يقدم، طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، الذي يرخص بالزواج بعد التأكد من موافقة الزوجة الأولى، والمرأة التي يرغب في الزواج معها، و التأكد من قدرة الزوج على توفر العدل و الشروط الضرورية، للحياة الزوجية، وإذا لم يستصدر الزوج من القاضي، ترخيصا بالزواج، يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول¹، وفي حالة التدليس يحق لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

المطلب الثالث: تقييد سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج بمبادئ النظام العام

يعتبر الزواج السبيل الفطري والعقد الشرعي الوحيد الذي يمكن أن يجمع رجل وامرأة من أجل تكوين أسرة، فهذه الرابطة مجدها الشريعة الإسلامية وأحاطتها بعناية بالغة وجعلتها ميثاقا غليظا²، وعلى نهجها سار المشرع الجزائري، فلم يعترف إلا بالعلاقة الزوجية التي تقوم بين طرفين مختلفي الجنس ونظمها ضمن قانون الأسرة.

وإذا كان الشرع والقانون والطبيعة يفرضان علاقة زواج بين رجل وامرأة مما يستبعد أي علاقة أخرى خارجها، فإنه في عصرنا الحالي، وأمام انخفاض الوازع الديني والأخلاقي وتأثير العولمة، برزت علاقات جنسية شاذة تحت مسمى الحرية الجنسية.

ولأنّ النظام العام لا يزال يرتبط ارتباطا وثيقا بأحكام الشريعة الإسلامية وبأحكام قانون الأسرة بالتبعية، فمن شأنه أن يلعب دورا هاما في حماية الأركان الجوهرية التي يقوم عليها عقد الزواج وفي مقدمتها الركن البيولوجي للزواج أو ما يطلق عليه بالاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي. ومع ذلك، ولأنّ أحكام النظام العام لا تستقر على حال لكون فكرته نسبية تختلف وتتطور من زمن إلى آخر، فقد يتأثر تحت ضغط الاتفاقيات الدولية وتراجع القيم الدينية والأخلاقية، حتى يتسع لقبول مثل هذه العلاقات الجنسية الشاذة.

فما مدى قدرة النظام العام على حماية الركن البيولوجي باعتباره صمام أمان لمؤسسة الزواج؟
هذا ما سيتم معالجته من خلال ما يلي:

¹ بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 319.

² أنظر: جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 01، 2001، ص 03.

حرية الزواج مبدأ أساسي من مبادئ النظام العام (الفرع الأول).
دور النظام العام في حماية الركن البيولوجي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حرية الزواج مبدأ أساسي من مبادئ النظام العام

ويقصد بحرية الزواج: حرية الشخص رجلاً أو امرأة في الزواج أو عدم الزواج وفقاً لما تقره نفسه وترضاه، وهذا إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في ميدان شؤون الأسرة لإيجاد نظام أسري يقوم على فكرة حرية الاختيار في إبرام عقد الزواج¹.

وإن الاعتراف بالحرية في الزواج وجعلها من النظام العام لا يعني التحلل من كل قيد أو ضابط أو مانع، لهذا كان لابد من رسم حدود لهذه الحرية باسم النظام العام الأسري، بدأ بفرض الركن البيولوجي، حماية لمؤسسة الزواج.

أولاً - حقيقة الحرية الجنسية: تلعب المرجعية الحقوقية الدولية دوراً مهماً في الحث على ضمان الحقوق الجنسية من خلال الاعتراف للإنسان بحريته الجنسية كحرية فردية، وهي حرية لا تتحقق إلا باحترام الحق في النشاط الجنسي الرضائي قبل الزواج وأثناءه وبعده، والحق في إنجاب أو عدم إنجاب أطفال خارج الزواج وداخله، والحق في تغيير الجنس البيولوجي تماشياً مع الجنس النفسي (الهوية الجندرية)، فبالنسبة إلى المنظمة العالمية للصحة وللفيدرالية الدولية للتنظيم العائلي، لا صحة جنسية دون احترام تلك الحقوق الجنسية، ولا مواطنة للإنسان دون حرية جنسية يتصرف بفضلها ككائن راشد ومسؤول؛ فالحقوق الجنسية الفردية في نظر هذه المنظمات جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان، وهي حقوق تناهض التمييز واللامساواة على أساس الجنس والجندر والهوية الجندرية والميل الجنسي والحالة الزوجية. من ثم، يدعو المبدأ السابع من "إعلان الفيدرالية الدولية للتنظيم العائلي" إلى إلزام الدول باحترام وحماية وإرضاء الحقوق الجنسية لكل فاعل جنسي دون تمييز².

¹ هجيرة خدام، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مج5، ع2، 2020، ص34.

² عبد الصمد الديلمي، الجنسانية قبل الزوجية: من الزنا إلى الفساد إلى الحرية الفردية، موقع مؤمنون بلا حدود الرابط:

ثانياً- رسم حدود حرية زواج من خلال قيد الاختلاف في الجنس: إنّ النظام العام الأسري الذي يمنح للفرد الحرية في الزواج ويجزّره في بعض الحالات، هو نفسه الذي يقيدتها في حالات أخرى، تحقيقاً لمصالح معينة بالنسبة إلى الفرد، الأسرة، والمجتمع ككل.

إذ تقيد الحرية في الزواج بقيود بيولوجية تتمثل في الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي كما تتقيد بشروط دينية واجتماعية ويدخل في إطارها منع زواج المسلمة بغير المسلم، الولاية في عقد الزواج.

فالاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي يضع حداً لمبدأ سلطان الإرادة في الزواج، إذ أنّ الأصل في الزواج أن يتم بين رجل وامرأة أي بين جنسين مختلفين، وهو ما أكدته المشرّع من خلال تعريفه لعقد الزواج بالمادة الرابعة من قانون الأسرة الناصّة على أنّ: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ومع ذلك من المستحسن لو أنّ المشرّع ينص على الركن البيولوجي كركن ضمن المادة التاسعة من نفس القانون، والتي اشتملت على ركن الرضا حتى لا يعتقد أنّ هذا الأخير هو الركن الوحيد لعقد الزواج. ومسألة اختلاف الجنس بين الزوجين مسألة جوهرية وركن أساسي لا يقوم عقد الزواج إلاّ به، إذ تعتبر من ثوابت الشريعة الإسلامية، لهذا فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام العام¹.

غير أنّ الطبيعة أفرزت طائفة من الأشخاص لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة، بمعنى تجتمع في شخص بعض علامات الأنوثة والذكورة في آن واحد أطلق عليه "الخنثى"، فهل تصحیح جنسه يعد مخالفاً للنظام العام؟

ثالثاً- تصحیح الجنس تكريماً لمبدأ الحرية في الزواج بما يتماشى مع النظام العام: لا يطرح شرط الاختلاف في جنس الزوجين إشكالات تذكر في الغالب الأعم من الأشخاص، فالإنسان عادي الخلقة وسليم التكوين يكون إما ذكراً أو أنثى، وعلامات الذكورة أو الأنوثة تكون واضحة وبارزة للعيان بعلامات جسمانية خارجية لا يختلف فيها اثنان، لكن ما كل البشر أسوياء الخلقة وعادي التكوين، فقد تحصل حالات غير عادية يشذ فيها الفرد عن ذلك التصنيف الجنسي الثنائي، فقد يحمل الشخص علامات الذكورة والأنوثة في آن واحد ويطلق عليه "الخنثى".

يقول ابن قدامة: "الخنثى: هُوَ الَّذِي لَهُ فِي قُبُلِهِ فَرْجَانِ؛ ذَكَرٌ رَجُلٍ، وَفَرْجٌ امْرَأَةٍ. وَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا أَوْ أَنْثَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الرِّجَالَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾ [سورة النجم، الآية: 45]، وَقَالَ تَعَالَى ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ [سورة النساء، الآية: 1] فَلَيْسَ تَمَّ خَلْقُ ثَالِثٍ"¹.

¹هجيرة خدام، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مج5، ع2، 2020، ص34.

ولا يَخْلُو الخُنْثَى من أن يكون مُشْكِلاً، أو غير مُشْكِلٍ:

فإن لم يكن مُشْكِلاً بأن تَظْهَرَ فيه علامات الرِّجال، فهو رجل له أحكام الرِّجال، أو تَظْهَرَ فيه علامات النِّساء، فهو امرأة له أحكامهنّ. وإن كان الخُنْثَى مُشْكِلاً لا يعرف أذكراً هو أم أنثى، وذلك بأن يكون فيه علامات الذكور والإناث من غير تمييز، أو لا يكون فيه علامات أحدهما، إلا أنه وبتطوّر الطَّبّ وتقدّم أدوات الكشف والجراحة صار بالإمكان تغليب أحد الأمرين بإجراء جراحة للخُنْثَى تبين حاله وتعيّن جنسه قطعاً².

ومن هنا يثور التساؤل حول موقف قانون الأسرة من مسألة تصحيح جنس الخُنْثَى المشكل؟

1- تعريف تصحيح الجنس: " تصحيح الجنس هو التدخل الطبي بهدف تصحيح جنس الشخص الذي يكون انتماؤه الجنسي غامضاً، بحيث يشتهبه أمره بين أن يكون ذكراً أو أنثى، وذلك كأن تكون له ملامح جسدية جنسية مخالفة للخصائص الفسيولوجية والبيولوجية والجينية للشخص، كمن تدل ملامحه على أنه ذكر بينما هو في الحقيقة أنثى والعكس"³.

يتبين من هذا التعريف أن تصحيح الجنس اختلافاً تاماً عن تغيير الجنس، وهذا الاختلاف هو أساس إباحة الأول وتحريم الثاني، فتصحيح الجنس يدخل في باب التصويب وتصحيح ما هو خاطئ على عكس تغيير الجنس، وتحويل الجنس يعتبر تصحيحاً متى ما كان ذلك بهدف تصحيح حالة شخص انتماؤه الجنسي مبهم من الناحية العضوية (الفسيولوجية والبيولوجية والجينية)، بالتالي لا يعتد بالتحويل الذي يتم نتيجة الحالة النفسية⁴.

2- موقف الشريعة والقانون من تصحيح الجنس: الحقيقة أنه لم يتطرق المشرّع الجزائري لمسألة تصحيح الجنس في قانون الأسرة أو غيره من التشريعات، إلا أنه وحفاظاً على حق الخُنْثَى وحرية في الزواج، ولكونه ضحية حالة لا يد له فيها، وبالنظر إلى أحكام الخُنْثَى في الفقه الإسلامي التي لم تحرمه حقه في الزواج، بل وخولت له حرية اختيار الجنس الذي يميل إليه طبعه، حيث يقول ابن قدامة: " وإن كان مُشْكِلاً، فَلَمْ تَظْهَرَ فِيهِ عَلاماتُ الرِّجالِ ولا النِّساءِ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي نِكَاحِهِ، فَذَكَرَ الحَرَقِيُّ أَنَّهُ يُرْجَعُ

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، مكتبة القاهرة، د.ط.، 1968م، ج 7، ص 207، 208.

² محمد آل بورنو، مؤسّعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2003م، ج9، ص319.

³ المادة الأولى من المرسوم القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، وتعتبر دولة الإمارات الوحيد في العالم العربي التي عرّفت تصحيح الجنس.

<https://www.qscience.com/content/journals/10.5339/connect.2020>

⁴ راجع أيمن فتحي محمد علي، جراحات تصحيح الجنس وآثارها: دراسة فقهية مقارنة في ضوء المعطيات الطبية الحديثة، 2009، ص 407 وما بعدها.

إلى قَوْلِهِ، فَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ رَجُلٌ، وَأَنَّهُ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَى نِكَاحِ النِّسَاءِ، فَلَهُ نِكَاحُهُنَّ. وَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَى الرِّجَالِ، زُوجَ رَجُلًا؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يُتَوَصَّلُ إِلَيْهِ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، وَلَيْسَ فِيهِ إِجَابٌ حَقٌّ عَلَى غَيْرِهِ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي حَيْضِهَا وَعِدَّتِهَا.¹

ولذلك يرى بعض الفقهاء المعاصرين² أنه لا مانع من إجرائه عمليات جراحية من أجل تصحيح جنسه، وبالتالي تصحيح الهوية الجنسية في جميع أوقافه الرسمية إن كانت مخالفة لما رَجَحَ من جنسه الحقيقي³. وقد استدلووا على جواز إجراء عملية جراحية للخنثى بقوله ﷺ: " ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء"، وقوله ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار"، فوجه الدلالة هنا أن ترك الخنثى على حالته فيه أضرار نفسية وجسدية شديدة عليه، وذلك لشعوره بالنقص وعدم مقدرته من ممارسة دوره في الحياة كإنسان عادي، ولأجل ذلك وجب رفع الضرر عنه ليتمكن من التعايش مع مجتمعه وممارسة دوره كإنسان طبيعي، عن طريق إجراء العملية الجراحية التي تهدف إلى إزالة التشوه الخلقي وبيان الجنس الحقيقي الذي ينتمي إليه لا إلى تغيير خلق الله.

وقد صدر قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، بشأن حالة تثبيت الجنس مفاده أن: "من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة، أو بالهرمونات لأنّ هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغيير خلق الله عزّ وجل".

ونظرًا لغياب التشريعات والأحكام القضائية في الجزائر⁴ توضح موقف القانون من علاج الخنثى والجراحة التصحيحية لجنسه، وجب الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي عملاً بالمادة 222 من ق.أ.ج، هذا

¹ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، مكتبة القاهرة، د.ط.، 1968م، ج 7، ص 207، 208.

² اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية برئاسة الشيخ عبد العزيز بن باز، وعضوية الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الشيخ عبد الله بن قعود، الشيخ عبد الله بن غديان، أنظر الرابط:

<https://islamqa.info/ar/answers/138451>

³ Cf., Djilali TCHOUAR, Droit algérien de la famille, quels principes d'égalité?, Etude de droit, - mélanges en hommage à Abdallah Benhamou-, éd., kounouz, 2013, p. 204.

⁴ وقد عرضت على القضاء التونسي طلب تغيير جنس خنثى مشكل في دفاتر الحالة المدنية، حيث وبعد التدقيق في مختلف جوانب الموضوع المعروض عليها استجابت المحكمة الابتدائية بن عروس للطلب الرامي بتغيير جنس المعني بالأمر بدفاتر حالته المدنية، وتتلخص وقائع القضية في "عرض المدعي أنّ زوجته أنجبت منه مولودا اعتقده الجميع بنتا وتم ترسيمه بدفاتر الحالة المدنية باعتباره أنثى وأعطى له اسم "أميرة" غير أنّه تبين فيما بعد أنّه ذكر حسبما تؤكده الشهادة الطبية وطلب على ذلك الأساس الحكم بإصلاح مضمون الحالة المدنية باعتبار المولود ذكراً وأن اسمه "أمير" عوضاً عن "أميرة". فعللت المحكمة حكمها بالقول: "يتحصن من أوراق الملف

وقد اتفق الفقهاء على وجوب تحري أهل الخبرة لحاله؛ فإذا تبين أنّ أحد العلامتين أغلب وأبين وأقوى حكم بمقتضاها، ومع تطوّر الطب حديثاً، أصبح من الممكن التدخل جراحياً لتصحيح حالته دون فقدته لأعضائه التناسلية، فيصبح شخصاً عادياً ويصنّف إمّا لجنس الذكور أو الإناث، وهنا يتعيّن تصحيح حالته المدنية في جميع وثائقه الرسمية، وهذا الحكم لا يتعارض مع الشرع ولا مع النظام العام ولا مع أي نص في التشريعات الوضعية.

تبعاً لذلك، فإنّ الخنثى سواء ذلك الذي ظهرت فيه أمارات طبيعية تؤكّد وترجح جنسه الحقيقي أو ذلك الذي خضع لعملية تصحيح الجنس جراحياً أو بتناول الهرمونات من حقه المطالبة بتصحيح أوراقها الرسمية ومن بعدها له يتمتع بحريته في الزواج، لأنّ الوضعية التي كان عليها لا ذنب له فيها وحاجته الطبيعية كغيره من البشر العاديين للزواج وتأسيس أسرة لا تسمح إلاّ بالقول بصحة زواجه، وهذا القول يتفق مع الشرع والقانون ولا يتعارض مع النظام العام، بل إنّ في تصحيح الجنس تكريس لمبدأ الحرية في الزواج بما يتماشى مع النظام العام.

الفرع الثاني: دور النظام العام في حماية الركن البيولوجي لعقد الزواج.

رغم أنّ الأصل في الزواج أن يتم بين رجل وامرأة أي بين جنسين مختلفين، إلا أن هناك حالات قد تطرح إشكالات أخلاقية وقانونية عند إبرام عقد الزواج وهي ما يعرف باضطراب الهوية الجنسية، هو اضطراب نفسي سلوكي¹، ينطوي على تناقض كبير بين الجنس التشريحي للشخص والشعور الداخلي بالذات كذكر، أو مؤنث، أو مختلط، أو محايد، أو شيء آخر، تُعرف هذه الحالات بعدم الرضا الجنسي

وخاصة من نتيجة الكشف الطبي أنّ غموض جنس المقام في حقها لم يكن بفعل فاعل ولا بصورة اصطناعية مثلما يحدث بالمجتمعات الغربية من عمليات جراحية أو تناول لمواد كيميائية بل أنّه أمر طبيعي ليست فيه أي مخالفة لمقتضيات القانون الجزائي أو الديانات السماوية وهو وإن كان أمراً نادراً فإنّه إذا ما حدث يجعل من طلب تغيير جنس المعني بالأمر بدفاتر حالته المدنية أمر شرعي لكون مقومات الجنس المرغوب فيه متوفرة وراثياً لديه وأضحى من الحتمي استنتاج النتائج المدنية من خروج المعنية بالأمر من جنس الإناث إلى جنس الذكور"، وهذا توجه سليم من قبل المحكمة التي ميّزت بين من يكون ضحية أمر طبيعى فيولد بتشوّه في أعضائه التناسلية، وبين من يقوم بالتغيير بإرادته وبصورة اصطناعية، فسارت روح الشريعة والقانون وقضت بتصحيح دفاتر الحالة المدنية لاقتناعها بأنّ المسألة لا تعدو أن تكون مرض عضوي يمكن علاجه بما لا يخالف الشرع والفطرة ولا النظام العام. مقتبس عن: خدام هجيرة، المرجع السابق، ص

¹ كسار، طارق حسن، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، مج 5، ع 1، 2015، ص 210، ص 236.

أو اضطراب الهوية الجندرية (GID) وحين يسبب هذا الشعور بالتناقض الجنسي ضيقاً شديداً للشخص، يسمى هذا الاضطراب بـ "اشتھاء تغيير الجنس" (Transsexualism) ¹.

وأمام تأثير العولمة، وانخفاض الوازع الديني والأخلاقي، ووضوح القوانين الوضعية للاتفاقيات الدولية، صار تغيير الجنس منتشراً في العديد من دول العالم خاصة الدول الغربية بعد الثورة الجنسية، إلا أنه ما زال يعتبر ظاهرة سلبية ومرفوضة في كثير من المجتمعات، وخاصة بتأثير كبير من القيم الدينية والثقافية للمجتمع. ومع تنامي هذه الظواهر الغربية عن مجتمعنا أضحت الركن البيولوجي للزواج يواجه عدّة تحديات، أبرزها المثلية الجنسية (أولاً)، والتغيير الجنسي (ثانياً)،

فهل باستطاعة النظام العام أن يقف بوجه هذه العلاقات الشاذة الخارجة عن إطار الزواج؟

أولاً- تعارض ما يسمى بزواج مثلي الجنس مع النظام العام:

يقصد بالمثلية الجنسية ميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به، أو الرغبة العارمة في الاتصال الجنسي بين أفراد الجنس الواحد، وهو ما يعرف عند الذكور باللوواط، وعند الإناث بالسحاق. ولا يحس الشخص في الظاهرتين السابقتين أي نفور تجاه جنسه أو أعضائه التناسلية، كما لا يبدي أي رغبة في الخضوع إلى عملية جراحية لتغيير جنسه ².

وقد تم تشجيع فكرة تأسيس أسر على أساس الزواج من نفس الجنس في كواليس المؤتمرات الدولية، كبديل للزواج الفطري المبني على قيام العلاقات الشرعية بين جنسين مختلفين، تكريساً من المنظومة الاممية للحرية الجنسية وحق اختيار شريك من نفس جنسه، ومن تلك المؤتمرات: المؤتمر العالمي للسكان والتنمية الذي انعقد بالقاهرة سنة 1994م، حيث نصت الوثيقة المقدّمة من الأمم المتحدة كبرنامج عمل للمؤتمر على ضرورة اتخاذ الدول الإجراءات الكفيلة لتقنين الزواج المثلي، ونفس الفكرة تبناها مؤتمر بكين العالمي المعني للمرأة الذي انعقد بالصين سنة 1995م.

1- موقف الشريعة الإسلامية: أما الشريعة الإسلامية فلا تعترف بأي علاقة جنسية بغير طريق

الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة أو ما كان يعرف قديماً بالتسري، أما العلاقات الجنسية الشاذة بين مثلي الجنس فأوقع أغلظ العقوبات على من يمارسها، لأن هذا الفعل يناقض الحكمة من تشريع الزواج الذي من أسس أهدافه تحصيل النسل واستمرار النوع الإنساني، وإشباع الرغبة الجنسية على الوجه الشرعي الموافق للفطرة.

كريم مأمون، اشتھاء تغيير الجنس- الشكل الأكثر تطرفاً من عدم الرضا الجنسي-، انظر الرابط: ¹

<https://www.enabbaladi.net/archives/491025>

² أحمد زكي، حكم جراحة تغيير الجنس في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، مج8، ع2، جانفي 2020، ص 242.

وهذه الأهداف لا تتحقق إلا من وراء زواج شرعي قائم بين جنسين مختلفين، إذ لا يمكن أن تتصور تحصيل ذرية من وراء إقامة علاقة بين الجنس الواحد، ناهيك عن الأمراض التي تنجر من ورهه هذه العلاقات المشينة، وفي هذا تدمير للأسرة بل وهدم المجتمع¹.

"إن جريمة اللواط من أكبر الجرائم، وهي من الفواحش المفسدة للخلق وللطرة وللدين والدنيا، بل وللحياة نفسها، وقد عاقب الله عليها بأقصى عقوبة؛ فحسف الأرض بقوم لوط، وأمطر عليهما حجارة من سجيل جزاء فعلتهم القذرة"²، وما أحق مرتكب هذه الجريمة ومقارن هذه الرذيلة الذميمة؛ بأن يعاقب عقوبة يصير بها عبرة للمعتبرين، ويعذب تعذيبا يكسر شهوة الفسقة المتمردين، فحقيق بمن أتى بفاحشة قوم ما سبقهم بها من أحد من العالمين؛ أن يصلى من العقوبة بما يكون في الشدة والشناعة مشابها لعقوبتهم؛ وقد خسف الله تعالى بهم واستأصل بذلك العذاب بكرهم وثيهم"³.

فالقرآن الكريم بين عقاب الله تعالى لقوم لوط، في قوله تعالى: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ إِنَّكُمْ لَأْتَأُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ وَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَنْ قَالُوا أَخْرِجُوهُمْ مِنْ قَرْيَتِكُمْ إِنَّهُمْ أَنَاسٌ يَتَطَهَّرُونَ فَأَنْجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ كَانَتْ مِنَ الْغَابِرِينَ وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ مَطَرًا فَأَنْظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُجْرِمِينَ﴾⁴، وقوله عز وجل: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ (165) وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ﴾⁵ وغيرها من الآيات كثير.

2- موقف القانون الوضعي من المثلية الجنسية: الاتجاه الذي سار عليه قانون الأسرة الجزائري

هو النص صراحة على أنّ الزواج علاقة شرعية بين رجل وامرأة، أي أنّ نظام الزواج لا يقوم إلا على أساس الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي، في هذا إنكار صريح لأي نوع من أنواع العلاقات غير الشرعية بما فيها العلاقات الجنسية المثلية، بل وتعدّاه إلى توقيع عقوبات صارمة على كل من يمارس أفعال الشذوذ الجنسي⁶ بموجب المادة 388 من قانون العقوبات التي تنص على أنّ معاقبة كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ

خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 39. ¹

² السيد سابق، فقه السنة سابق، ج 3، ص 198.

³ الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تعليق عصام الدين الصباطي، دار الحديث القاهرة، ط 1، 1994، ج 7، ص 264.

⁴ سورة الأعراف، الآيات من 48 إلى 41.

⁵ سورة الشعراء، الآيات: 165، 166.

خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 39. ⁶

الجنسي على شخص من نفس جنسه، بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 200 إلى 500 دج¹.

والغريب في الأمر أنّ فئات من المجتمع الآن تدافع عن هذا النوع من العلاقات، راکضة وراء إرضاء المجتمع الدولي والتقليد الأعمى للغرب، موجّهة الانتقاد للمشرع عن العقوبة المفروضة، وترى في الشواذ الأشخاصاً مضطهدين يعنون التمييز داخل المجتمع، وعدم الاعتراف بحقوقهم في مواجهة صرامة القوانين المفروضة عليهم، هذا وتطالب منحهم متسع من الحرية للتعبير عن آرائهم من باب احترام حقوق الإنسان ومراعاة للاتفاقيات الدولية وما أقرته الدساتير من حرية الرأي وعدم التمييز على أساس العرق أو الجنس أو الدين، فهذه الشذمة تعتبر العلاقة الجنسية حرية فردية وحق شخصية².

فكفى متاجرة بالإنسان بداعي الحرية الفردية والشخصية الذي أدى إلى هدم الأسر والعلاقات في العالم كلّ، وتتجه الأصابع إلى البلدان العربية المسلمة في اتجاه علماني لهدمها هي الأخرى.

فالتبيعة البشرية تستلزم اختلاف الجنس لتحقيق أهداف الزواج بما فيها استمرار النسل في إطار شرعي وقانوني لإشباع الغريزة وفق طرق سليمة، أما الشذوذ الجنسي فهو يتعارض مع الفطرة والشرع والقانون كما وأنه يتعارض مع النظام العام، فالمجتمع الجزائري مسلم ومحافظ، لا يقبل مثل هذه العلاقات المشينة والممقوتة، وحتى وإن كانت ممارسة من قبل البعض، فذلك لا يعني الاعتراف بها والرضا عنها لاصطدامها مع النظام العام والآداب العام للمجتمع.

ثم إن زواج مثليي الجنس المقنن في الغرب يتعارض مع المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي تنص: "الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع" ويتعارض مع توصية الجمعية العامة بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، وذلك بموجب قرارها المؤرخ في أول تشرين الثاني/نوفمبر 1965 حيث جاء في ديباجتها: "إن الجمعية العامة إذ تدرك أن من الواجب تعزيز كيان الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية في كل مجتمع، وإن للبالغين من الذكور والإناث حق في التزوج وتكوين أسرة"³.

¹ قانون رقم 15-19، مؤرخ في 2015/12/30، المعدل والمتمم للأمر 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج. ر. ع. 71، مؤرخة في 2015/12/30.

² وقد رد نقيب القضاة على هذه الادعاءات والمطالب بقوله: "إنّ المجتمع الجزائري مسلم ومحافظ وله خصوصياته ولا يمكن تعديل قوانين بمواد لا تتطابق وخصوصيات كل مكوناته"، مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 40.

³ محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 129، 130.

ثانيا - تعارض تغيير الجنس مع النظام العام:

يعتبر اشتهاه تغيير الجنس، وهو الشكل الأكثر تطرفاً من عدم الرضا الجنسي أو اضطراب الهوية الجندرية، ويسمى أيضاً التحول الجنسي، أو العبور الجنسي ويعرّف بأنه رغبة الشخص في العيش والقبول كفرد من الجنس الآخر، مصحوبة بشعور من الانزعاج وعدم ملائمة الجنس التشريحي للمرء، ورغبة في إجراء جراحة وعلاج هرموني لتغيير الجنس وجعل جسد الشخص متطابقاً قدر الإمكان مع الجنس المفضل لديه¹.

ولقد أصبحت جراحة تغيير الجنس في الغرب هي التعبير الأكثر تطرفاً عن الحرية الجنسية، وفي نظر هذه الحضارة أن ما يقوم به الشخص من تحويل جنسه وتغييره لأعضائه التناسلية، لا يعدو كونه انعكاس للحرية الطبيعية المادية التي يتمتع بها صاحب الحق على أعضاء جسده²، ويوفر القضائي الأوروبي والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان التي أدرجت الزواج في مرتبة الحريات العامة هو نفسه الغطاء القانوني لإباحة جراحة تغيير الجنس باعتبار أنّ حرية تغيير الجنس مظهر من مظاهر الحرية الشخصية ومباشرة الشخص لحقه على عناصر جسده، وباعتبار أنّ المحافظة على حرية الشخص هي محور النظم القانونية، وأنّ تقديس حرمة الشخص تعدّ إحدى السمات التي تحرص عليها النظم القانونية.

ولأنّ كل فرد يتمتع بقدر من الحرية على ألا يضر بنفسه أو غيره، ليس له حرية التصرف في جسمه طالما أنّ هذا التصرف سيؤذي مجتمعه، فالعلة من حظر هذه الممارسات جلية وساطعة، إذ من غير المعقول ولا المنطق أن نضحى بالزواج كعلاقة طبيعية وفطرية للتكاثر وبالتبعية بالكيان البشري باسم عولمة الحرية وتقديس الفردية³.

1- تعريف التغيير الجنسي: هو "تغيير جنس الشخص الذي يكون انتماءه الجنسي واضحاً ذكورة أو

أنوثة، وتتطابق ملامحه الجسدية الجنسية مع خصائصه الفسيولوجية والبيولوجية والجينية، ولا يوجد اشتباه في

¹ يعتقد الأشخاص الذين يعانون من عدم الرضا الجنسي أنهم ضحايا لحادث بيولوجي، وأنهم سُجنوا في جسم يتنافى مع شعورهم الداخلي بالذات كذكر أو أنثى أو شيء آخر (الهوية الجنسية)، فيشعر الذكور كأنهم نساء محاصرات في جسم رجل، والعكس بالعكس، علماً أن معظم من يعانون من عدم الرضا الجنسي هم ذكور بيولوجياً لكنهم يعرفون أنفسهم كإناث. انظر الرابط: .

<https://www.enabbaladi.net/archives/491025>

² خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط01، 2011، ص202.

³ أنظر: جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق، العذري والتغيير الجنسي نموذجاً، م. ع. ق. إد.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 71.

انتمائه الجنسي ذكراً أو أنثى، كما يعني هذا التعريف الانحراف في عملية تصحيح الجنس بما يخالف الصفة الجنسية التي انتهت إليها التحاليل الطبية"¹.

ولأنّ عملية التغيير الجنسي أصبحت تكتسي في عصرنا الحاضر أهمية خاصة لأنها تمسّ حالة الإنسان الشخصية التي تتأسس عليها القواعد القانونية منها الاسم والزواج وآثاره من نسب وميراث وغيرها. ما يستدعي طرح التساؤل حول مدى جواز إجراء هذه العمليات أو بعبارة أخرى معرفة موقف الشريعة الإسلامية والمُشرّع الجزائري من تغيير الجنس لأسباب نفسية؟

وما مدى الدور الذي يلعبه النظام العام في حماية ركن الاختلاف في الجنس ومؤسسة الزواج؟

تعريف جراحة تغيير الجنس: هي تلك العمليات أو الجراحات التي تهدف إلى تغيير الشكل الخارجي لجسد إنسان غير مصاباً بعاهة بدنية أو تشوه جنسي لتظهره بمظهر الجنس المقابل لجنسه الحقيقي، ويكون سبب الإقدام عليها إصابته بمرض نفسي وهو «اضطراب الهوية الجنسية».

أو هي الجراحة التي يتم بها تحويل الذكر إلى أنثى أو العكس، إذ يقوم الطبيب الجراح باستئصال الذكر والخصيتين وذلك في حالة تحويل الذكر إلى أنثى، ثم يقوم الأطباء ببناء مهبل، وتكبير الثديين، أما الحالة الثانية فيقوم الجراح باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية، وبناء عضو الرجل -الذكر-. وفي كلتا الحالتين يخضع الشخص الذي تجرى له الجراحة إلى علاج نفسي وهرموني معين².

وقد انتشر هذا النوع من الجراحة في السنوات الأخيرة في بلدان الغرب وتتلخص دوافعه في أن هؤلاء المرضى يشعرون بكرهية الجنس الذي ولدوا عليه نتيجة لعوامل مختلفة، قد يعود أغلبها إلى فترات مبكرة من حياة الإنسان وتربيته، وتكون التربية فيها غير سليمة، وهؤلاء الأشخاص لا يوجد فيهم أي لبس في تحديد جنسهم سواء من ناحية المظهر، أو من ناحية الجوهر كما هو الحال في الخنثى³.

¹ المادة الأولى من المرسوم القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 4 لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، وتعتبر دولة الإمارات الوحيد في العالم العربي التي عرّفت تغيير الجنس.

<https://www.qscience.com/content/journals/10.5339/connect.2020>

² محمد بن محمد المختار الشنقيطي، حكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1994م، ص 199.

³ ماجد عبد المجيد طهبوب، جراحة التجميل بين المفهوم الطبي والممارسة، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، ص 424.

2- موقف الشريعة الإسلامية من جراحة تغيير الجنس: يعتبر هذا النوع من الجراحة الطبية محرماً

شرعاً¹، وذلك لما يلي:

أولاً: لقوله تعالى حكاية عن إبليس: ﴿...وَأْمُرْهُمْ فَلْيُتَكَّنْ ءِاذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْهَمَ فَلْيَعْبِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾²؛ وجه الدلالة أن الآية تضمنت حرمة تغيير خلق الله على وجه العبث، وهذا النوع من الجراحة فيه تغيير للخلقة على وجه العبث.

ثانياً: لما ثبت في الصحيح من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، والمتشبهات من النساء بالرجال»³، دل الحديث على حرمة تشبه الرجال بالنساء والعكس، ولعن من فعل ذلك وهذا النوع من الجراحة سبب يتوصل به لتحصيل هذا الفعل المحرم الذي يعتبر من كبائر الذنوب.

لأن الرجل إذا طلب هذا النوع من الجراحة إنما يقصد أولاً وقبل كل شيء مشابهة النساء، وكذلك المرأة. والحكمة في لعن من تشبه: إخراجه الشيء عن الصفة التي وضعها عليه أحكم الحكماء، وقد أشار إلى ذلك في لعن الواصلات بقوله: «المغيرات خلق الله»، وعليه فإن فعلها يعتبر من باب المعونة على الإثم وذلك محرم شرعاً⁴.

ثالثاً: أنه ثبت بشهادة بعض المختصين من الأطباء أن هذا النوع من الجراحة لا تتوفر فيه أي دواع أو دوافع معتبرة من الناحية الطبية، وأنه لا يعدو كونه رغبة تتضمن التطاول على مشيئة الله تعالى وحكمته التي اقتضت تحديد جنس الإنسان ذكراً كان أو أنثى.

رابعاً: قال الإمام القرطبي رحمه الله تعالى: "لا يختلف فقهاء الحجاز، وفقهاء الكوفيين أن خصاء بني آدم لا يحل، ولا يجوز لأنه مثله"⁵، فإذا كان هذا التحريم متعلقاً بالخصاء الذي فيه تغيير لشيء من مهمة

¹ اقرار مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، في حكم عمليات تحويل الجنس، في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من 13 - 11 رجب 1409، فنظر في موضوع تحويل الذكر إلى أنثى، وبالعكس. وبعد البحث والمناقشة قرّر: "الذكر الذي كملت أعضائه ذكوره، والأنثى التي كملت أعضاؤها أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاوله التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة، لأنه تغيير لخلق الله..."

² سورة النساء، آية 119.

³ أنظر: محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخاري، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت، مج4، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، 2002، ص ص 47، 48.

⁴ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، حكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1994م، ص 201.

⁵ تفسير القرطبي، ج5، ص391.

العضو، فكيف بالتغيير الكامل، لا شك أنه أولى وأحرى بالتحريم، لهذا كله فإنه لا يجوز للطبيب ولا للطالب رجلاً أو امرأة أن يقدم على فعل هذا النوع من الجراحة¹.

وهناك اتجاه يرى إباحة جراحة تغيير الجنس من حيث أنّ التحوّل الجنسي هو انقسام حاد بين النفس والجسد، ومرض نفسي كما يصرّح به الأطباء وليس مجرد نزوة شيطانية، فهذه الحالة المرضية قد تشتد وتنعكس سلبا على صاحبها إذ تؤدي به إلى الانتحار، فلا يبقى أمام الطبيب إلا إجراء جراحة التحوّل الجنسي.

فحسب وجهة نظرهم أنّ في مثل هذه الحالة تتحقق شروط الضرورة الشرعية التي تبيح المحظور، ممّا يتعيّن معها القول بمشروعية التغيير الجنسي.

وقد تم الرد على هذا الرأي بإثارة بعض التساؤلات منها:

هل مشروعية التداوي ولو لحالة الضرورة يقتضي التداوي بمحرّم، خاصة بوجود طرق أخرى للتداوي؟

هل حقوق الشخص على جسده يقتصر على حق العبد، أم كذلك حقوق الله؟

ولهذه التساؤلات لا بد من تدارك الأمر في إطار المسؤولية الجسدية التي تعني مسؤولية الإنسان على جسده. والنظر إلى الشرور المستطيرة الناتجة عن هذا التدخل الجراحي في إطار الفطرة التي خلق الله الناس عليها، ناهيك عن المشاكل التي تنور في الجوانب الاجتماعية والأسرية وما تحدثه من اضطراب في الأحكام المتعلقة بالحقوق والالتزامات².

3- موقف القوانين الوضعية من تغيير الجنس:

هذا وقد أقرّت بعض التشريعات الأوروبية عمليات التحوّل الجنسي³، وأكّدت على مشروعيتها بنصوص قانونية صريحة.

وعلى الصعيد القضائي عرفت هذه المسألة تأييدا من قبل القضاء الفرنسي بعد مرّ بعدة مراحل فيما يتعلّق بتغيير الجنس، مبرزاً أسباب الإباحة تارة بالعرض العلاجي، وتارة بتحقيق التوازن النفسي، وتارة أخرى بتحقيق حالة الضرورة القصوى، ومرة باحترام الحرية الفردية.

¹ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص 202.

² يوسف بوشي، الحق في سلامة الجسم وأثر التطوّر الطيّ على حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2015، ص310، 311.

³ يميز القانون الألماني الصادر 19 سبتمبر 1980 التغيير الجنسي للشخص الذي يعاني من جنسه شريطة أن يكون قد بلغ 25 سنة، ومستنكر لجنسه منذ 3 سنوات، وحاصلا على موافقة الأطباء المختصين؛ وفي فرنسا وأمام غياب نص تشريعي يبيح أو يمنع التغيير شهد القضاء تضاربا في أحكامه وقراراته؛ جيلالي تشوار، عولمة بعض الاكتشافات المعاصرة للعلوم الطبية والبيولوجية ومدى تأثيرها على حقوق الإنسان الأسرية، المجلة القانونية التونسية، 2003، ص 36.

ففي المرحلة الأولى لم يعترف إلا بالجنس الذي ولد عليه الشخص عند الميلاد، لذا اعترف بالجراحة التصحيح للجنس لا التي تقوم بتغييره. أما في المرحلة الثانية اعترف فيها بمشروعية تغيير الجنس لعدم التوازن النفسي للشخص، وهو ما توصلت إليه محكمة تولوز سنة 1977، وكذا محكمة ديجون سنة 1977. وفي المرحلة الثالثة أجاز عمليات التغيير لأسباب ودواعي طبية لا لمجرد أسباب نفسية من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 1987/03/03 ليستقر بعدها في المرحلة الرابعة على إباحة التغيير الجنسي من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 1992/12/11 مستندة في ذلك على حرية الشخص في تغيير جنسه وفق قناعته، مع ضرورة احترام القضاء لهذه الحرية والاختيار¹؛ ومن ثمة لا يمكن تأييد الموقف الداعم والمبيح لعمليات التغيير الجنسي، فكيف يمكن لمن يتمتع بكافة أعضائه الجنسية أن يقوم بقطعها لغير علة أو إصابتها بمرض، ويستبدالها بأعضاء صناعية؟

فتغيير الجنس بغير ضرورة هو من قبيل هوى النفس، وهذا محظور لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ﴾ [سورة المؤمنون، الآية: 71]، و المشرع الجزائري وإن كان لم ينص صراحة على مسألة التغيير الجنسي، ولم يسبق وأن عرضت هذه المسألة على القضاء، إلا أنه يمكن القول أن قانون الأسرة قد نص صراحة على اختلاف جنس الزوجين كركن في عقد الزواج وذلك لكون المادة الرابعة منه حدّدت طريفي عقد الزواج بالرجل والمرأة، فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل هو الذي ولد على أساس جنس ذكر؛ ومن ثم لا يجوز لكليهما تغيير هذه الحلقة أو العبث بما يحددها من علامات، فهذا القانون خصّص أحكاما خاصة بكل من الذكر والأنثى، حيث يظهر الاختلاف بين الجنسين في الحقوق المقررة لكل واحد منهما والالتزامات المفروضة عليه في عقد الزواج، ويبدو التباين واضحا من حيث الولاية على المرأة في الزواج وتعدّد الزوجات المسموح به للرجل، وأيضا أحكام فك الرابطة الزوجية والحضانة، إضافة إلى اختلاف في أحكام النفقة باعتبارها واجب يقع على عاتق الرجل وهو حق مقرر للزوجة والأبناء، كما أنّ نفقة الولد تختلف حسب جنسه، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد وبالنسبة للإناث إلى الدخول وهو ما اقتضته المادة 75 من قانون الأسرة.

ولهذا وجب تقييد حرية الزواج بما لا يضر الشخص ولا يتعارض مع الشرع والنظام العام، والعمل بالقواعد العامة، وبما أنّ عمليات تغيير الجنس تشكّل انتهاكا صريحا لمادة الجسم والتي اتفقت جميع الشرائع والنظم القانونية على وجوب المحافظة عليها، وذلك بالمحافظة على التكامل الجسماني وسلامة تلك الأجهزة

¹ أنظر: الشهابي إبراهيم الشرفاوي، تثبيت الجنس وآثاره، دراسة مقارنة، دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002، ص 250 وما بعدها.

والأعضاء لوظائفها المقررة لها، ومن هذه الأجهزة الأعضاء التناسلية. فإنّ أي تغيير يطرأ بعد ذلك على جنس الشخص إثر إجراء عمليات جراحية يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، خاصة وأن المريض لو عاش على نقصه وشذوذه النفسي قبل الجراحة، فإنّ الأمر سيكون أهون عليه ممّا لو عاش على نقص وشذوذ عضوي ونفسي معا بعد الجراحة التي لم تكسبه خصائص جنسية حقيقية جديدة وإنما سلبته ما كان عليه، ولم يعد له مجال لإرجاع حالته إلى ما كانت عليه¹.

ويمكن الاستناد من جهة، إلى نص المادة 274 من قانون العقوبات التي تنص على: "كل من ارتكب جنائية الخشاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة." ومن جهة أخرى، وباعتبار أنّ عمليات تغيير الجنس لا تخلو من استئصال وبتر للأعضاء التناسلية، نستطيع تطبيق ما ورد في الفقتين الثالثة والرابعة من المادة 264 من نفس القانون واللتين تعاقبان الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا أدى الضرب أو الجرح العمدي إلى بتر أو فقد أحد الأعضاء، وبالسجن المؤقت من عشر إلى عشرون سنة إذا أفضى ذلك إلى الوفاة دون قصد إحداثها².

ولأنّ التغيير لا يمكن أن يحدث إلاّ بتدخل طبي، فإنّه يمكن التوصل إلى حظر هذه الجراحة لعدم اتساقها مع الأصول الطبية من خلال قراءة المواد المقررة في مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية على غرار المادة 31 من المدونة على أنّه: "لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة..."، وتضيف المادة 34 منها: "لا يجوز للطبيب بتر عضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة..."³.

ومن وجهة القانون المدني، فإنّه لا يمكن الاعتراف قانوناً بمثل هذه العمليات لتعارضها مع النظام العام والآداب العام، ومخالفتها لمبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان⁴.

والى جانب رفض التغيير الجنسي أسرياً وجنائياً ومدنياً، فإنّ قانون الحالة المدنية لم يخرج عن دائرة هذه القوانين، ولهذا لا يحق للشخص الذي قام بتغيير جنسه أن يطلب تصحيح وثائق حالته المدنية ليصبح جنسه على خلاف ما سجل في شهادة ميلاده يوم الولادة إلاّ بمبرر قانوني منصوص عليه يتعلق أساساً

¹ هجيرة خدام، فرض الركن البيولوجي، المرجع السابق، ص 47.

² عدلت بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، ج. ر. ع 84.

³ المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المؤرخ في 07 محرم عام 1413 الموافق ل 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. ع 52، الصادرة في 08 جويلية 1992.

⁴ أنظر: يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 331.

بتحقيق المصلحة المشروعة التي لا يمكن تصوّرها في المقاطع الجنسي بعكس الحالات المعتبرة شرعا كحالة الخنثى التي تستدعي تصحيح أوراقه الرسمية ، ذلك أنّ الأحوال الشخصية متعلقة بالنظام العام فلا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها على الوجه الذي لم يأذنه به القانون صراحة.

ناهيك عمّا يسببه تعديل الحالة المدنية الناتج عن تغيير الجنس من اضطراب ومساس بالأحكام الشرعية المتعلقة بعقد الزواج والميراث بل وجميع المجالات التي أقرت حقوقا والتزامات تميز بين الجنسين، شأن مجال العمل والخدمة الوطنية وغيرها.

بهذا، ومن خلال استقراء نصوص القانون الجزائري القابلة للتطبيق على التغيير الجنسي نجد أنّه ممارسات مرفوضة لمخالفتها النظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن جسم الإنسان ليس محلا للتصرف إلا بما أذن فيه الشرع والقانون. فليس للفرد حرية التصرف في جسمه ولا تغيير جنسه إضراراً بصحته النفسية والبدنية وما يترتب عن ذلك من آفات اجتماعية.

ونؤكد على ضرورة التمسك بالثوابت الإسلامية والموروث الديني والحضاري، لأنّ فكرة النظام العام نسبية تختلف داخل البلد الواحد من زمن إلى آخر، فما كان يعتبر مخالفا للنظام العام في وقت لا يعد كذلك في زمن آخر تحت عدّة مسميات، وهذا ما شهدته ساحة القضاء بتونس.

فبعدما لعب القضاء دورا هاما في التصدي لظاهرة تغيير الجنس وعدم الاعتراف به، حيث جاء قرار محكمة الاستئناف ليحكم بعدم جواز التغيير الجنسي تبعا لإجراء عملية جراحية وعدم الاستجابة إلى طلب تغيير الحالة المدنية تماشيا مع الوضع الجديد للشخص الخاضع لعملية التغيير الجنسي، وذلك من خلال تمسكها بثوابت الشريعة الإسلامية وتنافيها مع أركان الضرورة حسب ما استقر عليه الفقه الإسلامي هذا من جهة، ومن جهة أخرى قضت بعدم جواز إعمال مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسه لمجرد مجازات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والتي لا يمكن مسايرتها لاختلاف الموروث الثقافي والحضاري والديني، فالحرية هنا لا تكون مطلقة بل مقيّدة بأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام.

ورأت في حالة المغيّر الجنسي أنها لا تعدو أن تكون مجرد نزوة واضطراب عاطفي يحتاج إلى علاج نفسي عوض التسرّع واتخاذ قرار إجراء التحويل لما يجمله من أضرار جسمانية ومعاناة نفسية أكثر ممّا كان عليه المغيّر في السابق.

ولم تكتف بما أدلى به المغيّر جنسيا من تصريحات وبما قدمه من الشهادات الطبية، بل قامت بتعيين خبير طبي أكد أنّ الأمر تمّ بطريقة اصطناعية ولا علاقة له بتشوّه خلقي في الأعضاء التناسلية، وهذا ما جعلها تفصل بين حالة الخنثى وحالة التغيير الجنسي¹.

إلا أنّهم رغم ما استقر عليه هذا القرار، اقدمت المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 09 جويلية 2018 ولأول مرة في تاريخ قضاء تونس على الاعتراف والقبول بتغيير الجنس من أنثى إلى ذكر، بحجة ما تعانيه الفتاة من اضطراب في الهوية أدى بها إلى محاولة الانتحار، وأنّ التشريع التونسي لا يحظر هذه النوع من التغيير، بل إنّّه توجه يتماشى مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل تونس ومع الدستور التونسي الذي يحمي الحرية الفردية².

فنظرا للتحوّلات المتسارعة التي تشهدها المفاهيم والقيم الاجتماعية وعملا على كبح تأثير المبادئ المؤطرة للنظام العام بزخم العولمة ودعاوى تمجيد حقوق الإنسان والحريات الفردية، وحالة الانبهار التي تعرفها مجتمعاتنا بثقافة الغرب ومدنيته، نرى أنه من واجب المشرّع الجزائري أن ينص صراحة على منع جراحة التغيير الجنسي، وجعلها قاعدة آمرة مرتبطة بالنظام العام، وكذا معاقبة الطبيب الذي يجري هذا النوع من التدخل الطبي، حتى لا يستنتج المنع من نصوص عامة، ولسد أي باب للتحايل على القانون وتفسيره بطريقة خاطئة.

في الختام، إنّ ما يميّز عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة أنّه يعتمد على اختلاف طرفيه من حيث الجنس، فهذا الاختلاف يعتبر من الأركان الجوهرية في عقد الزواج ومن ثوابت الشريعة الإسلامية المرتبطة بالنظام العام، ولا يمكن أن يقوم بدونه أو يحل محله أي نوع آخر.

فالعلاقات القائمة بين شخصين من نفس الجنس أو ما يعرف بالمثلثية الجنسية تكون منعدمة، ليس هذا فحسب بل ومعاقب عليها جنائيا. وهذا الظاهرة لا بد من التعامل معه بصرامة ونبذها من قبل المجتمع أفراداً ومؤسسات، فانتشارها وتقبلها اجتماعيا قد يدعو بعض مرضى القلوب إلى المطالبة بتقنينها تحت شعار الحرية الشخصية، ما من شأنه أن يلغي مكانة النظام العام في حماية الأركان الجوهرية التي يقوم عليها عقد الزواج، فيهدّد ويزعزع أمن الصالح العام.

وكذا المغيّر الجنسي الذي لا يعاني من تشوّه خلقي كالخنثى، فالأمر بالنسبة إليه لا يتعلّق بتصحيح الجنس وأنما بتغييره، وهو ما يتعارض مع الشرع والقانون لهذا لا بد من إنكار هذه العلاقة إنكارا مطلقا،

¹ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 22 ديسمبر 1993؛ انظر: عصام الأحمر، تغيير الجنس، م. ق. ت.، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2010، ع. 09، ص 197.

² هجيرة خدام، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري لحماية مؤسسة الزواج، المرجع السابق، ص 52.

ذلك أنه لا يمكن لأحدٍ كائناً من كان أن يغيّر خلق الله تعالى من ذكر إلى أنثى أو العكس، فمن خلقه الله تعالى ذكراً فإنه لن يصير أنثى تبيض، وتلد! نعم، قد يعبت به الأطباء لإرضاء شذوذه ليوهم نفسه أنه صار أنثى! لكنه لن يكون أنثى حقيقية، وسيعيش في غم وهم، وقد يقوده ذلك إلى الانتحار.

وما يشعر به ذلك الشخص في داخله من أنه جنس آخر غير الظاهر منه: ليس عذراً لتغيير جنسه، بل هو إتباع للشيطان في تغيير خلق الله - في الظاهر لا في الحقيقة - ولا يجوز له ذلك الشعور إجراء عملية جراحية، ولا تناول أدوية وهرمونات لتغيير ظاهره، بل عليه الرضى بقدر الله تعالى، ومعالجة نفسه بالإيمان والطاعة، ولا يحل له إظهار جنس غير جنسه الذي خلقه الله عليه وإلا كان مرتكباً لكبيرة من كبائر الذنوب، فإن كانت أنثى في الحقيقة فتكون مسترجلة، وإن كان ذكراً في الحقيقة فيكون محتثاً¹.

لأنه إذا كان في تصحيح الجنس تكريس لمبدأ الحرية في الزواج بما يتماشى مع النظام العام، فإن في التغيير الجنسي مساس بفطرة الله التي فطر الناس عليها.

في نظرنا، تشكل الحرية الجنسية والحقوق الجنسية بعدا من أبعاد الإمبريالية الثقافية الجديدة. فهي تعتبر قيمة غربية، رأسمالية وليبرالية، تهدد الدول الإسلامية. ونرى أن الحركات جمعيات المثليين والمزدوجي الجنسية والمتحولين الجندريين دمي تستعملها القوى الإمبريالية الجديدة قصد هدم المجتمعات الإسلامية من الداخل، وذلك من خلال تحريض تلك الفئات على المطالبة بالحرية والحقوق الجنسية.

وعليه، يجب على الدولة الوقوف في وجهها بشتى أنواع الردع القانوني والاجتماعي والسهر على حماية القيم الأخلاقية والاحكام الشرعية الإسلامية السائدة في المجتمع، وهو ما تفعله الدول الإسلامية على مستوى "مؤتمر الدول الإسلامية" من خلال كشف المفاهيم الحقيقية والخطيرة للحرية الجنسية والميل الجنسي والهوية الجندرية، ورفضها رفضاً قاطعاً ومبدئياً ما أدى إلى عدم التصويت على معاهدات واتفاقيات دولية تلزم الدول بعدم تجريم الحرية والحقوق الجنسية، وهذا حتى لا تضطر لملائمة قوانينها مع القوانين الدولية في الحقل الجنسي.

فالآن فكرة النظام العام نسبية تختلف من بلد لآخر وفي نفس البلد من زمن لآخر، فإنّ التمسك بالمرورث الديني والحضاري والتحلي بالوازع الأخلاقي، وعدم الركض وراء إرضاء المجتمع الدولي، يساعد على تمسك النظام العام بثوابت الشريعة الإسلامية وعدم تأثره بالاتفاقيات والمرجعية الدولية، ويجعل له مكانة ودورا هامين في حماية الركن البيولوجي لعقد الزواج.

وبهذا، حتى وان كانت الحرية في الزواج مبدأ أساسيا من مبادئ النظام العام إلا أنه ينبغي تقييدها باسم النظام العام الأسري بقيد الاختلاف في الجنس، بهدف المحافظة على العلاقات السوية التي تفرضها

¹ موقع الاسلام سؤال وجواب، الرابط: <https://islamqa.info/ar/answers/34553>

الأحكام الشرعية والقانونية، واستبعاد العلاقات المشينة التي تتعارض مع النظام العام الأسري وتهدّد استقراره، لضمان حماية مؤسسة الزواج.

المبحث الرابع: مدى اعتبار ركن الولي قيّداً على حرية إرادة المرأة في إبرام عقد الزواج

لقد وجهت انتقادات حادة لقانون الأسرة الجزائري 84-11 وهذا بحجة عدم مسابته للتطور الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي عرفها المجتمع الجزائري، وعدم انسجامه مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وترقية حقوق المرأة وحمايتها، ومن بين أكثر المسائل إثارةً للجدل والنقاش طيلة العشرين سنة من تطبيق هذا القانون، مسألة الولي، خاصة وأن مشرع هذا القانون قد وافق رأي جمهور الفقهاء حين اعتبر الولي ركنًا في عقد الزواج، حيث كانت تنص المادة 09 على أن: «يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصادق»، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدون وليها وهو ما أكدته المادة 11 بقولها: «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له».

ولهذا، فإن المرأة البالغة الراشدة في ظل القانون 84-11 لا تباشر إبرام عقد زواجها، فالولي هو ممثلها الذي يعبر عن إرادتها وشروطها في مجلس العقد¹، كما أن المادة 12 من هذا القانون أجازت للولي أن يمنع موليته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها²، فإذا امتنع الولي على الموافقة، أو كان اعتراضه على الزواج غير عقلائي وبدون مبرر شرعي انتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم حينئذ وله أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.³

ونظرا لحساسية هذه القضية ظهر على الساحة السياسية والحقوقية اتجاهان متنافران: اتجاه يدعو إلى إلغاء الولاية بالكلية، ويرى أن الولاية على المرأة انتقاص لأهليتها وانتهاك لكرامتها؛ ففي نظره أتباعه، لا يعقل أن تكون المرأة قاضية، وولي لمن لا ولي له بموجب المادة 11 من قانون الأسرة 84-11، بينما هي بحكم نفس القانون تحتاج من أجل زواجها ولياً، وهذا ما لا يتقبله العقل والمنطق، وما يعتبر مساساً بمبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليها في الدستور والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة، وإتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بصفة خاصة⁴.

¹ قال الشافعي: لا ينعد نكاح امرأة إلا بعبارة الولي القريب، فإن لم يكن فبعبارة الولي البعيد، فإن لم يكن فبعبارة السلطان، فإن زوجت نفسها أو غيرها بإذن الولي أو بغير إذنه بطل ولم يتوقف، محمد صديق حسن خان، المرجع السابق، ص 12

² 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 للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب، أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت."

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 244

⁴ وحياي جيلالي، المرجع السابق، ص 244.

أما الاتجاه الثاني المتمسك بالشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لقانون الأسرة، فيرى بضرورة الإبقاء على الولي كركن في عقد الزواج، لأن إسقاطه يتنافى مع الشرع ويتعارض مع طبيعة المجتمع الجزائري وقيمه وتقاليده، أما مسألة المساواة بين الجنسين، فهي في نظرهم ليست إلا ذريعة لإلغاء الولاية في عقد الزواج، لأن المساواة كمبدأ دستوري، مقيد بالمادة الثانية من الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة¹.

المطلب الأول: أحكام ولاية الزوج في الشريعة الإسلامية

الولاية في اللغة هي النصرة و التأييد، والغلبة، ومنه قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾ [البقرة: من الآية 257]، والولاية أيضاً السلطة التي يمتلكها الإنسان على الشيء، ومنه قيل لكل من السلطان والقاضي وليّ، لأنه يملك الحكم على الناس، يقال وليّ الشيء، وولي على الشيء ولاية، إذا ملك أمره وقام عليه.

والولاية في اصطلاح الفقهاء، هي: "سلطة شرعية يسوغ لصاحبها التصرف بمحل الولاية تصرفاً نافذاً غير موقوف على إجازة أحد"²، وهي قسمان: قاصرة ومتعدية، فالقاصرة هي سلطة الإنسان على إنفاذ أقواله وتصرفاته، والمتعدية هي سلطته على إنفاذ تصرفات غيره، وكل من هذين القسمين ينقسم إلى قسمين، ولاية على النفس، وولاية على المال، ومحل دراستنا هنا الولاية على النفس دون الولاية على المال، باعتبار أن سلطة إنشاء عقد الزواج من تصرفات الولاية على النفس.

الولاية في عقد الزواج عند القانونيين: هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً دون توقف على إجازة أحد، أو هي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها³.

والولي هو من يتولى عن المرأة إبرام عقد زواجها كالأب والجد وسائر الأولياء من العصابات وذوي الأرحام والقاضي.

الفرع الأول: الحكمة من الولاية في الزواج

تنبع الحكمة من مشروعية الولاية في الزواج من أهمية النكاح نفسه، وما يترتب عليه من أثر في حياة الإنسان، فمشروعيتها من تمام عناية الإسلام بهذا العقد، وصيانته ورفع مكائته ورعاية مقاصده. ولذلك أصبحت أهمية الولاية في النكاح من المكان المعروف عند المسلمين في مختلف عصورهم، إدراكاً منهم لأهميتها في حياتهم الاجتماعية، وتمسكاً بالولاية في أكمل وأتم صورها، وعملاً بها، رضيتم الأمة واختارها

¹ المرجع نفسه، ص 244.

² أحمد الحجى الكردي، الأحوال الشخصية، ص 68. الرابط: <https://www.islamic-fatwa.com/library/book/8>

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 238.

الرجال والنساء، اختياراً سما بهم فوق مواطن الخلاف إيماناً منهم أنّها إن لم تكن حتمًا واجبًا- في بعض صورها- فإنّها شرف لمن تمسّك بها، وأنّ حفظ المكارم من نتائجهما، وذلك موطن لا يناله محلّ الخلاف ولا يرغب عنه ذوو الغيرة على أعراضهم وأنسابهم¹.

وذلك أنّ المولى عليه في النكاح إمّا أن يكون عاجزًا عن إدراك المصلحة لنفسه بنفسه، وعن درء المفسدة عنها، كالصِّغار والمجانين ذكورًا وإناثًا، فهؤلاء تكون الولاية عليهم في النكاح ضمن ولاية أعمّ وأشمل لحفظ الأنفس والأموال ورعاية المصالح ودرء المفسدات، وكون تلك المسؤولية بيد أوليائهم فيها بالإضافة إلى وازع الشرع ووازع الطبع والدافع إلى الشفقة والحرص على القيام بشؤون ذوي القربى العاجزين، وتلك هي الرعاية الاجتماعية في أسمى مكائنها وأجلّ وأكمل وصفها، وهذا مما لا خلاف فيه.

وإمّا أن يكون المولى عليه في النكاح هو الأنتى مطلقًا، ففي ولاية النكاح عليها رعاية لحقّها، والعلة في منعها من مباشرة العقد، صيانةً لكمال أدبها وكرم حياتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال²، وإيصالها إلى مرادها على أتم وجه وأشرفه وأكملها، دون هضم لحقّها في اختيار من ترضاه زوجًا لها- إن كانت قادرة على النظر وحسن الاختيار- ودون إهمال لها بتركها تضع يدها في يد من تهوى، في عقد جليل قدره، عظيم خطره؛ إن وقعت منها الزلّة، ففي محلّ لا تقتصر عليها فيه المعرّة، وهذا بخلاف ما إذا كان أمر نكاحها شورى بينها وبين أوليائها، بحيث يكون لرجالها فيه إبرام عقده، ولها فيه إملاء شروطها حتى تطيب نفسها وبهذا يكون لها غنم هذا العقد- وهو الغالب حين يقام على تقوى الله فكرةً واختيارًا وعقدًا- وأمّا إن حصل غير ذلك بسبب أوليائها فاستدراك الضرر الحاصل منهم ليس كاستدراكه منها حين تتولّاه بنفسها³.

الفرع الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج

اختلف الفقهاء في اشتراط إذن الولي لصحة عقد النكاح على قولين:

القول الأول: لا يصح عقد النكاح من غير ولي، وهو شرط في صحة العقد⁴؛ وبهذا قال الجُمهور، وهو مروى عن: عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة، وبه قال: سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري

¹عوض بن رجاء العوني، الولاية في النكاح، ج1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ط1، 1423هـ-2002م، ص57.

²ابن قدامة، المغني، ج7، ص8.

³المرجع نفسه، ص58.

⁴ماهر ياسين فحل، أثر اختلاف الأسانيد والمتون في اختلاف الفقهاء - أصل الكتاب رسالة دكتوراة-، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ط، 2009 م، ص 167

وإسحاق بن راهويه وأبو عبيد. وقد روي عن ابن سيرين والقاسم بن مُحَمَّد والحسن بن صالح¹، وإليه ذهب المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ والظاهرية⁵.

ومفاد هذا القول بوجود الولي في نكاح المرأة، أنه ليس للمرأة أن تباشر عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها، وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها باطل على كل حال، ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح عن الغير⁶، ويرون بفسخ النكاح قبل الدخول وبعده في حالة تخلف ركن الولي أو حصل تواطؤ على إسقاطه حتى ولو كانت المرأة بالغة، ويصححونه بعد الدخول في أحوال⁷.

ومن فقهاء المالكية من يقول: إذا كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي، وإن كانت فقيرة خسيصة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي⁸، ومنهم من فرق بين البكر والثيب، وهم أصحاب الظاهر⁹.

وإذا وكلت رجلاً غير وليها بتزويجها كان هذا التوكيل باطلاً والزواج المبني عليه فاسداً، لأن المرأة لا تستطيع أن تنقل إلى غيرها حقاً لا تملكه¹⁰ وقال الحنابلة: لو وكلت غير وليها في تزويجها ولو بإذنه، لم يصح النكاح¹.

¹ ابن قدامة، المغني، ج7، ص7.

² الخرشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي، ج3، ص184 وما بعدها.

³ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ص3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط02، 1997م، ج03، ص200 وما بعدها.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج7، ص7. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج08، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص64 وما بعدها.

⁵ ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، د.ط، د.ت.ن، ج9، ص33.

⁶ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج02، ص227؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص30؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج03، ص199. السرخسي، المبسوط، دار المعارف بيروت، د.ط، 1414هـ-1993م، ج05، ص11.

⁷ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج02، ص227 وما بعدها؛ الخرشي، شرح الخرشي مع حاشية العدوي، ج03، ص184 وما بعدها.

⁸ الدردير، شرح الدردير على مختصر خليل (الشرح الصغير)، ج02، ص361، ص400.

⁹ السرخسي، المبسوط، ج05، ص11.

¹⁰ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج02، ص227؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1987م، ص30؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط02، 1997م، ص199.

واستدل القائلون باشتراط الولي في عقد النكاح بـ:

بقوله تعالى: ﴿وَانكحوا الأيامي منكم﴾ وقوله: ﴿ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾ فالخطاب في النصين موجه إلى الأولياء فكان دليلاً على أن الزواج إليهم لا للنساء .

وقوله تعالى: ﴿فَلا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾² ووجه الاستدلال بالآية: أنه لو لم يكن الولي شرطاً لما تمكن من العضل. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: وهذه آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي؛ لأنه نهي الولي عن المنع وإنما يتحقق المنع منه إذا كان الممنوع في يده.³

وقوله ﷺ: «لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ وَشاهِدَي عَدْلٍ»⁴، ففيه نفي للحقيقة الشرعية للزواج في حالة عدم الولي، لحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «أَيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ثلاث مرات، فإن دخل بها فلها المهر بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». وفي رواية: «أَيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن مواليها فنكاحها باطل»⁵ ووجه الاستدلال به: أنه حكم ببطلان النكاح بغير ولي، ولو لم يكن الولي شرطاً لما انتفى النكاح بعدمه، ولا يقال يمكن حمل النفي في قوله ﷺ: «لا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيٍّ» على نفي الكمال، لأن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية، أي لا نِكَاحَ موجود في الشرع إلا بولي.⁶

وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تُنكح المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها وإنما الزانية هي التي تنكح نفسها»، وأن عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فإن النساء لا يعقدن، ولأن المرأة غير مأمونة على البضع لنقص عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه إليها

¹ وفي قول عن أحمد ليس الولي بشرط مطلقاً، وخصه ابن قدامة صاحب المقنع وجماعة بالعدول لعدم الولي والسلطان، وقالوا: إن حكم بصحة عقد النكاح بدون ولي حاكم لم يُنقض حكمه، أو كان متولي العقد حاكماً يراه لم ينقض، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة إذا حكم بها من يراها لم ينقض لأنه يسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم بها. الموسوعة الفقهية، ج 41، ص 249 وما بعدها.

² سورة البقرة: 232.

³ الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 03، ص 200

⁴ سنن أبي داوود، باب في الولي، ح رقم 2085؛ رواه أحمد، أبو محمد، سنن الدرامي، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ج 03، ص 396.

⁵ سنن أبي داوود، باب في الولي، ح رقم 2083.

⁶ عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلاع على دقائق زاد المستقنع "فقه الأسرة"، ج 1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط 1، 1431 هـ - 2010 م، ص 167.

كالمبذر في المال، ولم يصح أن توكل فيه ولا أن تتوكل فيه، وروي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم جميعاً¹.

"والمعنى فيه أنها ناقصة بنقصان الأنوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة، وهذا لأن النكاح عقد عظيم خطره كبير، ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات، فلإظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة إلى أولى الرأي الكامل من الرجال؛ لأن النساء ناقصات العقل والدين فكأن نقصان عقلها بصفة الأنوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر... وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد العقد بعبارتها أصلاً كما لا ينعقد التصرف بعبارتها الصغيرة عنده"².

القول الثاني: قول الأحناف؛ وفيه روايتان:

الرواية الأولى: يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها بمَن تشاء، ويجوز لها مباشرة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً من كفاء أو من غير كفاء، وليس للولي أن يعترض عليهما، إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب وإليه ذهب زفر ومروى عن الزهري³.

والرواية الثانية: عن أبي حنيفة هي رواية الحسن عنه أنه إن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى. فإن زوجت نفسها غير كفاء، فالنكاح جائز، وللأولياء أن يفرقوا بينهما، وكذلك للولي أن يخاصم فيما حطت من صداق مثلها⁴.

فالحنفية يجيزون للمرأة العاقلة البالغة الحق في مباشرة عقد زواجها بنفسها، بكرة كانت أم ثيباً ما دام الزوج كفوفاً وتوافر مهر المثل، ولها أن تولى في عقد زواج غيرها من النساء، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها⁵.

أما إذا زوجت المرأة نفسها بغير كفاءٍ أو بصداق أقل من المثل، فللولي حق الاعتراض على هذا الزواج والمطالبة بفسخه، ما دامت الكفاءة حقا يتقاسمه كل من المرأة والولي¹.

¹ عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع "فقه الأسرة"، ج1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1431 هـ - 2010 م، ص167.

² السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 11.

³ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 10 وما بعدها. بدائع الصنائع، ج 2، ص 232.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 10.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 41، ص 249 وما بعدها؛ وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي، ثم رجع إلى الجواز من الكفاء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفاء وغيره. أنظر: ابن همام، شرح فتح القدير، ج 03، ص 246.

ودليل الحنفية من الكتاب قوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها﴾²، فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها فكانت حجة على المخالف، وقوله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا﴾³ أضاف النكاح في قوله ﴿حتى تنكح﴾ إليها فيقتضي تصور النكاح منها، وأضافه إلى الزوجين في قوله ﴿أن يتراجعا﴾، أي يتناكحا من غير ذكر الولي.

وقوله تعالى ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾⁴، فأضاف النكاح إليهن بقوله: ﴿أَنْ يَنْكِحْنَ﴾ ولو كانت المرأة لا تتولى نكاح نفسها لم يضفه فيدل على جواز النكاح بعبارتهم من غير شرط الولي، ونهى الأولياء عن عضلهم النساء، والنهي يقتضي تصور المنهي عنه وهو تزويج نفسها.

وأما من السنة: فما ورد عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»⁵، وهذا قطع ولاية الولي عنها، وورد عنه أيضا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الأيام أحق بنفسها من وليها»⁶، والأيام اسم للمرأة لا زوج لها، وحديث: «الثيب أحق بنفسها من وليها»⁷، ووجه الاستدلال به: أن الثيب قدمت على الولي، ولو كان شرطاً لما قدمت عليه⁸، ولأنها لما بلغت عن عقل وحرية صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالا ومآلا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وثبتت الولاية لها، لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا فتزول بزوال الضرورة، وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة.⁹

أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام محكمة النقض، بدون دار النشر، ط 1994، ص ص 148، 149؛ ابن همام، شرح فتح القدير، ج 03، ص 246 وما بعدها .

²سورة الأحزاب 50.

³سورة البقرة 230.

⁴سورة البقرة 232.

⁵أخرجه أبو داود.

⁶أخرجه مسلم، ج 2، ص 1037 من حديث ابن عباس.

⁷صحيح مسلم، باب استئذان الثيب في النكاح، ج 47، ص 1421.

⁸عبد الكريم بن محمد اللاحم، المرجع السابق، ج 1، ص 168.

⁹الموسوعة الفقهية، ج 41، ص 249 وما بعدها.

وقد أجاب الحنفية عن حديث عائشة، بأنه قد عارضه فعلها، وأنها فعلت خلاف ما روت، وقد روي من طريق مالك أن عبد الرحمن بن القاسم أخبره، عن أبيه، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، المنذر بن الزبير بن العوام، وعبد الرحمن غائب بالشام. فلما قدم عبد الرحمن قال: أمثلي يصنع به هذا، ويفتات¹ عليّ؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر؟ والله لتملكه أمرها، وبهذا تبين أن ما رووا من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث أو وجود ناسخ أو تأويل لما روته من اشتراطه، ومدار ذلك الحديث على الزهري وأنكره الزهري، وجوز النكاح بغير ولي²، فلولا أنها كانت ترى عدم اشتراط الولي لصحة عقد النكاح، لما فعلته مع ابنة أخيها.

ورد الجمهور هذا الاستدلال: بأنه ليس في خبر عائشة هذا التصريح بأنها باشرت العقد بنفسها، فقد تكون مهدت لأسبابه، فإذا جاء العقد أحالته إلى الولي بدليل ما روي عن عبد الرحمن بن القاسم، قال: «كنت عند عائشة يخطب إليها المرأة من أهلها فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح، قالت لبعض أهلها: زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح»، فإذا علمنا أن هذا مذهبها، أتضح أن مراد الراوي بقوله: «زوجت حفصة»، أي: هيأت الأسباب، فانتفت المخالفة المظنونة، لما روت عن رسول الله ﷺ³.

أما الجواب عن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ بأن يقال: المراد لا تمنعهن من الرجوع إلى أزواجهن بالنكاح وليس المراد تولي العقد.

والراجح في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء، ووجه ترجيح اشتراط الولي في النكاح للأحاديث والآثار الدالة على اعتبار الولي وأنه لا يكون العاقد سواه، وأن العقد من المرأة لنفسها بدون إذن وليها باطل، فاعتباره متحتم وعقد غيره مع عدم عضله باطل بنص الحديث ولا يعارض هذه الأحاديث حديث «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن»⁴ ونحوه كحديث «ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر»⁵ لأن المراد أنها أحق بنفسها من وليها في تعيين من تريد نكاحه إن كانت ثيباً وأنها الأحق باختيار الزوج أو رفضه دون غيره من الخطاب، فلا يجبرها وليها على من لا تريد، وليس المراد تولي العقد، والبكر

¹ افتات في الأمر: استبد به، ولم يستشر من له الرأي فيه. ويقال: افتات عليّ فيه، وفلان لا يفتات عليّ: لا يفعل الأمر دون مشورته. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د.ط، د.س.ن، ج2، ص705.

² السرخسي، المبسوط، ج 05، ص12.

³ ماهر ياسين فحل، المرجع السابق، ص 170

⁴ أخرجه مسلم، 1037/2 من حديث ابن عباس.

⁵ أخرجه أبو داود

يمنعها الحياء من التعيين فلا بد من استئذنها وليس المراد أن الثيب تزوج نفسها أو توكل من يزوجها مع وجود الولي، فمباشرة عقد النكاح أمر آخر¹.

كما أن الولاية 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، ترم عقودها المالية وتفسخها، وإنما شرعت الولاية لحماية لحقوق المرأة، لأنه من فطرتها الحياء وسرعة الانقياد للعاطفة، كما أنها سهلة الانخداع لابتعادها عن مجالس الرجال، فأوجب الشرع اشتراط الولي معها في اختيار الزوج الأصلاح، صيانة لحقوقها، و حماية لها من التسرع في اختيار الزوج لقلة خبرتها ودرايتها بأمور هذا الميثاق الغليظ الذي إن فشلت فيه كان سببا في الشقاوتها، وإن نجحت كان سببا في سعادتها.

وأن عدم اشتراط الولي يفتح المجال للمفسدين لامتهان المرأة والحط من شأنها إن هي أبدت رغبتها في الزواج، فتكون عرضة للاستغلال من مرضى القلوب²

والخلاصة أن الحنفية يتفوقون 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 تباشر المرأة عقد النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرة كانت أو ثيبا، شريفة أو دنيئة³، رشيدة أو سفيهة، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده ويصححونه بعد الدخول في أحوال، أما الحنفية فيجوزون لها الإقدام على العقد بدون ولي لكن مع حقه في الاعتراض عندما تزوج نفسها بغير كفاء أو بأقل من مهر المثل لأنه تلحقها وتلحقهم المعرفة بذلك⁴.

¹ أنظر: محمد صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج2، دار المعرفة، د.ط، د.س.ن، ص11.

² قال في الحجة: "وفي اشتراط الولي في النكاح تنويه أمرهم واستبداد النساء بالنكاح وقاحة منهن منشؤها قلة الحياء واقتصاب على الأولياء وعدم اكثرات بهم، وأيضا يجب أن يميز النكاح من السفاح بالتشهير وأحق التشهير أن يحضر أولياؤها ولا يجوز أن يحكم في النكاح النساء خاصة لنقصان عقلمن وسوء فكرهن فكثيرا ما لا يهتدين للمصلحة ولعدم حماية الحسب منهن غالبا فرما رغبين في غير الكفاء وفي ذلك عار على قومها فوجب أن يجعل للأولياء شيء من هذا الباب لتسد المفسدة وأيضا فإن السنة الفاشية في الناس من قبل ضرورة أنهم عوان بأيديهم وهو قوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾. مقتبس

عن: محمد صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج2، دار المعرفة، د.ط، د.س.ن، ص12

³ الدردير، شرح الدردير على مختصر خليل (الشرح الصغير)، ج 02، ص 361، ص 400.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 227 وما بعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 200 وما بعدها؛ النووي، روضة الطالبين، ج 05، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423 هـ، 2003م، ص 401؛ الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج 03، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2002، ص 157 وما بعدها؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 30.

المطلب الثاني: حدود سلطة الولي في الزواج في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حدود سلطة الولاية في الزواج تبعاً لاختلافهم في اشتراط إذنه لصحة عقد النكاح على عدة أقوال نبينها في ما يلي:

الفرع الأول: نطاق ولاية الإجماع في الفقه الإسلامي

تعرف ولاية الإجماع بأنها سلطة ثابتة شرعاً، مقتضاها يكون للولي حق عقد الزواج لمن له الولاية عليها وإجبارها من دون موافقتها ورضاها ولا اعتبار لإذنها¹، بسبب الصغر أو البكارة، أو فقدان العقل، أو الرق².

وقد جعل الشارع هذه الولاية إجبارية للنظر في مصالح المرأة، وتثبت باتفاق الفقهاء على الصغير مطلقاً، وأما ما سوى ذلك، فهو محل اختلاف لدى الفقهاء، حيث يرى الأحناف أن للولي الحق في إجبار الصغيرة ولو كانت ثيباً، أما المالكية فيرون أن للولي الحق في إجبار البكر سواء أكانت راشدة أم قاصرة، ويملك كذلك حق إجبار الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً.

أما الشافعية فيرون أن للولي الحق في إجبار البكر ولو كانت بالغة، وما سوى ذلك فلا يحق للولي إجبارهن. ووافق الحنبلية الشافعية في أن المرأة الثيب لا ولاية إجبار لأحد عليها عندهم، صغيرة كانت أو كبيرة.

أولاً: نطاق ولاية الإجماع عند المالكية

ضيق المالكية من ولاية الإجماع من ناحية من تثبت لهم، وجعلوها محصورة في أربعة أشخاص هم: الأب ووصيه، والسيد، والحاكم، وسنقتصر على نطاق ولاية الإجماع لدى الأب ومناطها. تنحصر سلطة الأب بخصوص الإجماع في أربعة أصناف من النساء، يحق له فيهن أن يبرم عقد زواجهن دون أخذ الإذن منهن، وهن على التوالي: المرأة الصغيرة، والمجنونة، والبكر البالغة، والثيب التي ظهر فسادها³.

1- إجبار الصغيرة: لا يشترط المالكية في الصغيرة أن تكون بكراً حتى تثبت عليها ولاية الإجماع من وليها، ومعنى ذلك أنه يجوز للأب أن يزوج ابنته الصغيرة دون أخذ موافقتها، سواء كانت البنت بكراً أم

¹ سيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1397 هـ - 1977 م، ص 131.

² عوض بن رجاء بن فريج العوفي، الولاية في النكاح، ج1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ط1، 1423 هـ-2002 م، ص58.

³ سمير شيهاني، شرط الولي في عقد المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص ص قانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2014/10/22، ص112.

ثيباً، فإن ذهبت عذرتها بزواج صحيح، أو بغير وطأ، كالسقطة مثلاً؛ فله جبرها، لأن الصغر عند المالكية موجب لثبوت هاته الولاية على الصغيرة وليس على الثيوبه، فالصغير عاجز في الغالب عن تدبير شؤون نفسه، والاختيار الصحيح والتخطيط للمستقبل، فوصف الصغر ملازم للصغير لا ينفك عنه إلا عند البلوغ وحجتهم في ذلك مايلي¹:

- أن من تعجز عن ولاية نفسها ومالها، فالولي يستبد بالعقد عليها بكراً كانت أم ثيباً، وذلك أن الشرع أقام رأي الولي مقام رأيها باعتبار صغرها كما في حق الغلام، وكما في حق المال، لأن الثيوبه ليست سبباً في زوال الصغر القائم، فالصغر صفة ملازمة للبنات الصغيرة بكراً كانت أم ثيباً.

- لأن الرأي لا يحصل لها بالثيوبه في حالة الصغر، ولو ثبت لها رأي فهي عاجزة عن التصرف بحكم الصغر، فيقام رأي الولي مقام رأيها كالتصرف في المال تماماً.

- لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والغلام، لأن الغلام رغم ذكوره يجبر في الصغر وكذا البنت.

2- إجبار البكر: يجوز للولي المجبر أباً كان أو وصيه في مشهور المذهب، أن يحمل البكر البالغة

العاقلة على الزواج دون أخذ موافقتها ولو بأقل من مهر المثل، وله أن يزوجه ولو كانت عانساً بلغت ستين سنة أو أكثر؛ إلا أن ابن وهب قال بأن البكر إذا كانت عانساً فلا تجبر، وعلته قوله أن العانس صارت كالثيب من ناحية معرفة مصالح نفسها، بخلاف القول الأول الذي جعل مناط الإجبار هو البكارة وليس الجهل بمصالح النساء².

وقال الرجراجي بأن سبب الخلاف في الإجبار أو عدمه هو هل يعتبر بالبكارة أم بالحياء والحشمة؟ فمن اعتبر البكارة، قال تجبر، ومن اعتبر الحياء قال لا تجبر، ثم قال: "وقد اضطرب المذهب في ذلك، فمرة اعتبر البكارة على انفراد، ومرة اعتبر الحياء على انفراد، ومرة اعتبر الوصفين على الضم والجمع، ومشهور مذهبه - أي الإمام مالك - أن الإعتبار بالحياء على انفراد"³.

كذلك للأب أن يجبر ابنته البكر التي بقيت في بيت زوجها أقل من سنة، وأنكرت أن زوجها قد وطئها خلال تلك المدة⁴، وأما من زالت بكارتها بالزواج الفاسد الذي يدرأ الحد لشبهة، فتبقى الولاية عليها كالبكر البالغة⁵.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - أحكام الزواج - مرجع سابق، ص 244 وما بعدها.

² الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج3، ص176؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص54.

³ علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح مشكلاتها، ج3، تحقيق: أحمد بن علي الدمياطي، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب - دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1428هـ - 2007م، ص296 - 297.

⁴ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج3، ص177.

⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6715 وما بعدها.

واختلف المالكية فيمن كان ذهاب عذريتها بزنا أو اغتصاب، والمشهور هو الجبر؛ وقال ابن الجلاب بعدم جبرها؛ لأن الثيب بالزنا كالثيب بالزواج، وقال القاضي ابن رشد، أن المرأة التي زنت تأخذ حكم الثيب في عدم إجبارها؛ لأنها عرفت أمور الوقاع ومقدماته، ولها حكم البكر في أن إذنها هو صماتها؛ لأنها تستحيي أن تنطق بالرضا¹، أما القاضي عبد الوهاب ففرق بين تكرار الزنا وعدم تكراره؛ ففي الحالة الأولى لا جبر عليها؛ لأنه ذهب حياؤها، أما في الحالة الثانية فله جبرها².

والبكر إذا رشدها أبوها، وكان الترشيح ثابتا بإقرار أو بينة بأن قال لها بحضرة رجلين عدلين: رشدتك ورفعك الحجر عنك، أو أطلقت يدك في التصرف، أو ما شابه ذلك من العبارات، فإنه لا يمكن له أن يجبرها على الزواج، وهذا هو المعروف في المذهب، إلا في قول ابن عبد البر أن للأب جبرها³.

3- إجبار الثيب التي ظهر فسادها: وتجبر الثيب إذا ظهر منها الفساد، ولم يقدر وليها على صيانتها، أو لم يكن لها ولي يصونها، واستحسن أن يُرفع ذلك مع عدم الأب إلى حاكم فيجتهد فيمن يزوجها منه، فإن زوجها ولي من غير حاكم مضى فعله عليها⁴.

4- إجبار المجنونة: إذا كانت المرأة مصابة بالجنون، فلأب أن يزوجها جبراً. غير أنه يفرق بين المجنونة جنونا مطبقا وبين المجنونة جنونا متقطعا؛ فإذا كان الجنون مطبقا، كان للأب جبرها على الزواج، وللحاكم أيضا ذلك في حالة عدم وجود الأب أو جنونه، أما إذا كان الجنون متقطعا انتظر حتى تفيق ليأخذ منها الإذن⁵.

ثانيا- ولاية الإجبار عند الحنابلة: الولي الجبر عند الحنابلة هو الأب ووصيه أو وكيله⁶.

1- البكر الصغيرة: أجمع فقهاء الحنابلة أنه للأب أن يجبر ابنته البكر ما دامت لم تبلغ تسع سنين، بشرط أن يزوجها بكفاء، وعلى هذا فإن علة الإجبار هنا هي البكارة

2- البكر التي بلغت تسع سنين: أما إذا بلغت المرأة تسع سنين، فإن الروايات عن الإمام أحمد

قد اختلفت:

¹ علي بن سعيد الرجرجاني، المرجع السابق، ج3، ص 299-300

² علي بن سعيد الرجرجاني، المرجع السابق، ج3، ص 299-300؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص 223؛ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج3، ص 176-177؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 54، 55.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص 223؛ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج3، ص 177.

⁴ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج3، ص 176؛

⁵ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج3، ص 176؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص 255.

⁶ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص 123، ص 153، ص 162؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص 363 وما بعدها.

الرواية الأولى: أن للأب إجبار ابنته البكر التي بلغت تسع سنين، وهو قول جمهور الحنابلة¹، ودليلهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها»

فهذا الحديث قسم النساء قسمين: فأثبت الحق لأحد القسمين، وهي الثيب؛ فكان هذا دليلاً على نفيه عن القسم الآخر، وهي البكر، وعليه فإن الولي يكون أحق من المرأة في أمر زواجها، أما القول بأن الفرق هنا فقط في صفة الإذن فهو غير صحيح؛ لأن ظاهر الحديث فرق فيه حق الولي على الثيب وعلى البكر، ثم ذكر بعده الإذن، وهو هنا على سبيل الاستحباب².

الرواية الثانية: فتفيد بأنه ليس للأب إجبار ابنته على الزواج مطلقاً بكرة أم ثيباً، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم³.

ودليل ذلك قول النبي ﷺ: « لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»⁴، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «قلت: يا رسول الله، يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: «نعم» قلت: فإن البكر تستأمر فتستحيي فتسكت؟ قال: «سكاتها إذنها»⁵

وعن ابن عباس رضي الله عنه «أن جارية بكرة أنت النبي عليه الصلاة والسلام فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ»⁶، كل هذه الأدلة تظهر بأنه ليس للولي إجبار المرأة على الزواج بمن لا ترغب، أبا كان أم غيره، بكرة أم ثيباً.

وفقاً لما قدمناه، فإن علة الإجبار عند الحنابلة على اختلاف الروايات هي: إما البكارة، أو الصغر، أو البكارة مع الصغر، أو البكارة مع صغر مخصوص¹، والصحيح هو الصغر، ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص ص19، 20؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص 404.

² الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص 149؛ ابن قدامة، المغني، ج9، ص ص 399، 400.

³ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص 20؛ محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، ط 1، بيروت، لبنان، 1425هـ - 2005م، ص ص 947، 948.

⁴ رواه البخاري، صحيح البخاري، ج7، ص 17؛ رواه مسلم، صحيح مسلم، ج4، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 141

⁵ رواه البخاري، صحيح البخاري، ج9، ص 21 مسلم، رواه مسلم، صحيح مسلم، ج4، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 141

⁶ رواه أبو داود، السنن، ص 363، حديث رقم 2006؛ ابن ماجه، السنن، ص 326.

وسلم قال: «لا تتكح البكر حتى تستأذن، ولا الثيب حتى تستأمر» فقليل: يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال: «إذا سكتت»². والنهي يتناول الأب وغيره، وهو ما تم التصريح به في الرواية الثانية: «...والبكر يستأذنها أبوها...»³. وإذا كان لا يحق للأب أن يتصرف في مال المرأة الرشيدة إلا بإذنها، فإن بضعها أعظم من مالها، وكذلك إن كان الصغر سبب الحجر بالنص والإجماع، فإن البكارة ليست كذلك، فلم يجعلها الشرع سببا له⁴.

أما المرأة الثيب الصغيرة، فإن في إجبارها وعدمه روايتان: الأولى أن للأب إجبارها، والرواية الثانية، ليس له إجبارها، وهذا ما هو عليه جمهور الحنابلة⁵.

3-ولاية الإجماع على المجنونة: جاء في المغني أن زواج المرأة المجنونة ينقسم إلى قسمين:⁶

الأول: إذا كانت ممن يقع عليها الإجماع لو كانت عاقلة، كأن تكون صغيرة، فإن لوليها إجبارها على الزواج حين جنونها؛ لأنه إذا ملك إجبارها وهي عاقلة فمن باب أولى أن يملك إجبارها وهي مجنونة. أما القسم الثاني فهو كون المرأة ممن لا تُجبر لو كانت عاقلة، كأن تكون ثيبا كبيرة؛ ففي هذه الحالة تتفرع المسألة إلى ثلاث:⁷

أ- أن يكون وليها هو الأب أو الوصي، فيحق لأيهما تزويجها ولو كانت ثيبا كبيرة، وهو الأصح في المذهب.

ب- أن يكون وليها الحاكم، وهنا له تزويجها إذا ظهر منها ميل إلى الرجال، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، وهذا دفعا للضرر وصيانة لها، وتحصيلا للمهر والنفقة. وكذلك الأمر إذا قال الأطباء إن الزواج يذهب علتها؛ لأن هذا الأمر من أعظم مصالحها، وهذه الرواية الأولى في المذهب، أما الرواية الأخرى فلا تعطي الحق للحاكم بتزويجها؛ لأن ذلك لا يكون إلا للأب كما لو كانت عاقلة.

¹ البكارة مع صغر مخصوص، أي قبل بلوغ المرأة تسع سنوات، غير أن هناك رواية أخرى عن الإمام أحمد تبيح للولي جبر من بلغت تسع سنين، بينما لا تجبر البالغة، أي التي لها خمس عشرة سنة؛ فتكون علة الإجماع هنا هي الصغر مع البكارة، غير أن ابن عقيل يرى أن العلة هنا هي الصغر؛ الزركشي، شرح الزركشي، ج3، ص 149-150

² رواه البخاري، صحيح البخاري، ج9، ص25

³ رواه مسلم، صحيح مسلم، ج4، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 141

⁴ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 20

⁵ الزركشي، شرح الزركشي، ج2، ص345؛ المرداوي، الإنصاف، ج8، ص56

⁶ ابن قدامة، المغني، ج9، ص412، 413

⁷ سمير شهباني، المرجع السابق، ص120

ت- إن كان وليها غير من تقدم ذكرهم، ففي رواية أنه لا يزوجهما إلا الحاكم؛ لأن باقي العصابات ليس لهم ولاية إجبار، فإن ظهرت حاجة إلى تزويجها، قام الحاكم بذلك. وفي الرواية الثانية أن لهم ولاية التزويج؛ لأن ولايتهم في حال الولاية الاختيارية مقدمة على ولاية الحاكم، فكذا هم مقدمون عليه هنا.

ثالثاً: ولاية الإجبار عند الشافعية

وعلة ثبوت ولاية الإجبار عند الشافعية هي البكارة فقط، ولذلك استثنوا الثيب الصغيرة، فلا إجبار عليها؛ لأن العلة لا تتحقق فيها، وحكمها: أنها لا تزوج حتى تبلغ، وتأذن لوليها في زواجها، للحديث السابق: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها سكوتها» ورد عليهم بأن المراد من الثيب هنا البالغة فقط.¹

1-البكر: يجوز عند الشافعية للأب أن يجبر ابنته البكر، صغيرة كانت أم كبيرة، على الزواج دون أخذ إذنها حديث النبي ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها»² عندهم مأخوذ على الندب، لأن استئذان البكر المكلفة إنما هو تطيب لخاطرها، بأن يأخذ ذلك من أمها باعتبارها أعلم الناس بما في خاطر ابنتها، أو يرسل إليها نسوة ممن يثق بهن، أما البكر الصغيرة فلا يؤخذ إذنها.³

2-الثيب التي زالت بكارتها بوطء حلال أو زنا، فإنه يرتفع عنها الجبر ولو كانت صغيرة، ولكن هذا لا يعني أنه يمكن للصغيرة أن تزوج بإذنها؛ لأن إذنها غير معتبر بسبب الصغر وليس لها رأي في اختيار الزوج؛ فكان الأمر أن تترك حتى تبلغ ثم تزوج بإذنها.

3-الثيب التي زالت بكارتها بغير الوطء، كالسقطة أو حدة الطمث أو طول التعيس، فإنها تأخذ حكم البكر في أصح القولين⁴

4-المجنونة إن كان الجنون مطبقاً، فإن للأب أو الجد تزويج المرأة جبراً قبل بلوغها إذا وجدت مصلحة في ذلك، وهذا في الصحيح من قول الشافعية، والقول الثاني أنهما لا يستقلان بتزويج الثيب المجنونة، بل يشترط إذن السلطان بدل إذنها⁵. أما إن كان متقطعاً، فتنظر إفاقتها ليؤخذ منها الإذن، فإن أخذ الإذن ثم عاد الجنون قبل العقد بطل ذلك الإذن.⁶

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص 6713 وما بعدها.

² رواه مسلم، صحيح مسلم، ج4، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 141

³ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص ص201،200.

⁴ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص401؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص ص201،202.

⁵ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص436؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص 201.

⁶ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص437.

فإن لم يكن للمجنونة أب ولا جد، وكانت صغيرة، فلا تجبر على الزواج؛ لأنه لا حاجة لها فيه، كما أن لا مجبر لها غير الأب والجد. أما إن كانت بالغة، فإما أن يزوجها أحد أقاربها كالأخ أو العم ولكن بإذن من السلطان، فإن امتنع فالسلطان هو من يزوجها، وإما أن يزوجها السلطان مباشرة على أن يراجع أقاربها تطيباً لخاطرهم.¹

رابعاً- ولاية الإجماع عند الحنفية :

يتفق الحنفية مع المالكية والحنابلة في ثبوت الولاية الإجبار على الصغيرة سواء أكانت بكرًا أم ثيبًا، وعلى كل ناقص أهلية أو فاقدتها، فتثبت عندهم على الصغير مطلقاً مميّزاً أو غير مميّز، والمجنون والمعتوه، ذكراً كان أو أنثى.

أما البالغة العاقلة، فلا تثبت عليها ولاية الإجماع عند الحنفية سواء أكانت بكرًا أم ثيبًا، ومهما كان سبب الثبوت؛ لأن علة ولاية الإجماع عندهم هي الصغر وما في معناه، وهذه العلة متحققة في الصغار والمجانين دون غيرهم، لحديث: «والبكر تستأمر في نفسها» وفي رواية: «والبكر يستأمرها أبوها» والاستثمار: معناه طلب الأمر منها وهو الإذن، فيكون استئذانها أمراً ضرورياً، ولا يصح أن تزوج إلا برضاها.²

الفرع الثاني: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي

تشمل ولاية الاختيار الثيب فلا تُتزوج إلا بإذنها واختيارها وأن تتكلم بلسانها، فلا بد أن تتزوج برضاها بالقول ولا يزوجها الولي إلا بإذنها وذلك لقوله ﷺ: «ليس للولي من الثيب أمر»، وقوله ﷺ: الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها»، فهذه الأحاديث تدل صراحة على جعل الحق إلى الثيب في نفسها وامتناع أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها.³

تثبت ولاية الاختيار عند المالكية على أصناف أربعة، هي ما يأتي بمقارنتها مع المذاهب الأخرى:⁴

1 - الثيب البالغة التي زالت بكارتها بزواج صحيحاً كان أو فاسداً، مجمّعا عليه أو مختلفاً فيه إن

دراً الحد لشبهة: فهذه لا تزوج بالاتفاق إلا برضاها وإذنها، لصريح الحديث المتقدم: «الثيب أحق بنفسها من وليها» وفي رواية «والثيب تشاور» فإنه يدل على أن الثيب البالغة لا تزوج إلا برضاها.

¹ المرجع نفسه، ج5، ص437.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6713 وما بعدها.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، ط3، 1996، ص122.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6716 وما بعدها.

2 - البكر البالغة التي رشدها أبوها أو وصيه: بأن جعلها رشيدة، أو رفع الحجر عنها، لما قام بها من حسن التصرف.

ويتفق الحنفية مع المالكية في الولاية عليها؛ لأن البالغة العاقلة عند أبي حنيفة وزفر لا تزوج إلا برضاها، بكرًا كانت أو ثيبًا، لكن الولاية عليها في رأي الحنفية هي ولاية ندب واستحباب، ويخالف الشافعية والحنابلة في صفة الولاية فيجعلون الولاية عليها ولاية جبر.

3 - البكر البالغة التي أقامت مع الزوج سنة، ثم تأيمت وهي بكر: لأن إقامة المرأة في بيت الزوج سنة تنزل منزلة الثيوبه في تكميل المهر، فتنزل كذلك في الرضا بالزواج. والحنفية مع المالكية في هذا كالحالة السابقة، ويخالفهم الشافعية والحنابلة، فيجعلون الولاية عليها ولاية جبر.¹

4 - اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها فساد يلحقها في دينها، أو في دنياها كضياع مالها، أو فقرها وقلة الإنفاق عليها، فللولي غير الأب ووصيه أن يزوجه إذا بلغت عشر سنين، بعد مشاورة القاضي، ليثبت عنده سننها، ويتأكد أنها خلية من زوج وعدة وغيرها من الموانع الشرعية، ورضاها بالزوج، وأنه كفئها في الدين والحرية والحال، وأن المهر مهر مثلها، فيأذن لوليها في العقد، ولا يتولى العقد بنفسه مع وجود غيره من الأولياء .

الفرع الثالث: تعبير المرأة عن إذنها بالزواج

اتفق الفقهاء على كيفية صدور الإذن والرضا من المرأة بالزواج بحسب حالها بكرًا أو ثيبًا ، عملاً بالأحاديث الكثيرة، منها: «الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها» ، ومنها «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها» وفي رواية لهذا الحديث لأبي داود والنسائي: «ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتها إقرارها» سواء أكان الإذن واجبًا بالنسبة للولي غير المجرر أم مستحبًا بالنسبة للولي المجرر.

أولاً- تعبير المرأة عن إذنها بالسكوت: إذا كانت المرأة بكرًا فرضاها يكون بالسكوت؛ لأن البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة، فيكتفي منها بالسكوت، محافظة على حياتها، ويندب عند المالكية إعلامها بأن سكوتها رضا وإذن منها، فلا تزوج إن منعت، بأن قالت: لا أرضى أو لا أتزوج، أو ما في معناه. ومثل السكوت: كل ما يدل على الرضا كالضحك بغير استهزاء، والتبسم، والبكاء بلا صوت أو صياح أو ضرب خد، فإن كان التبسم أو الضحك للاستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد، لم يكف ولم يعد إذناً ولا ردًا؛ لأنه يشعر بعدم الرضا، فلو رضيت صراحة بعده، انعقد العقد.²

¹ شرح مختصر خليل، ج3، ص177.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6718

ثانياً- تعبير المرأة عن إذنها بالتصريح: أما إن كانت المرأة ثيباً فرضاها لا يكون إلا بالقول الصريح، لقوله ﷺ: «الثيب تعرب عن نفسها» أي تفصح عن رأيها وعمّا في ضميرها من رضا أو منع، ولا يكتفى منها بالصمت؛ لأن الأصل ألا ينسب إلى ساكت قول، وألا يكون السكوت رضا، لكونه محتملاً في نفسه، وإنما اكتفي به في البكر للضرورة؛ لأنها تستحي عادة من التصريح عن رغبتها في الزواج، والثابت أن الضرورة تقدر بقدرها، ولا ضرورة في حق الثيب؛ لاعتيادها معاشررة الرجال، فلا تستحي عادة من إعلان رضاها أو رفضها، فلا يكتفى بسكوتها عند الاستئذان.

وقال المالكية: يشارك الثيب أبكار سته، لا يكتفى منهن بالصمت، بل لا بد من الإذن بالقول الصريح كالثيب وهن¹:

1 - البكر التي رشدها أبوها أو وصيه: بأن أطلق الحجر عنها في التصرف المالي، وهي بالغ، فلا بد من إذنها بالقول، وقد تقدم أنه لا جبر لأبيها عليها.

2 - البكر التي عُضِلت: أي منعها وليها من الزواج بدون مسوغ، ورفعت أمرها إلى القاضي، فتولى تزويجها، فلا بد من إذنها بالقول.

3 - البكر المَهْمَلَة التي لا أب لها ولا وصي: إذا زوجت بشيء من العروض (الأمتهة)، وهي من قوم لا يزوجون بالعروض، سواء أكان كل الصداق أم بعضه، أو يتزوج قومها بعرض معين، فزوجها وليها بغيره، فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت بذلك المهر العرض.

4 - البكر ولو كانت مُجْبَرَة إذا زوجت برفيق، فلا بد من إذنها بالقول؛ لأن العبد ليس بكفء للحررة.

5 - البكر، ولو كانت مجبرة إذا زوجت برجل فيه عيب يوجب لها الخيار كجذام وبرص وجنون وخصاء، فلا بد من نطقها بأن تقول: رضيت به.

6 - البكر غير المجبرة التي افتتات عليها وليها غير المجبر، فعقد عليها بغير إذنها ثم بلغها خبر زواجها، فرضيت، ويصح الزواج، ولا بد من رضاها بالقول صراحة. ويتفق الحنابلة مع المالكية في هذا فإنهم قالوا: إجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطاء أو المطالبة بالمهر والنفقة.

الفرع الرابع: عضل الولي وحكمه

أولاً- تعريف العضل: لغة من عضل الرجل حرمة عضلا منعها التزويج، وعضل المرأة عن الزوج: حبسها، وعضل بهم المكان: ضاق، وأعضل الأمر: اشتد، ومنه: داء عضال أي شديد.

¹المرجع نفسه، ج9، ص6718 وما بعدها

اصطلاحاً: استعمل الفقهاء ال **عضل** في النكاح بمعنى منع التزويج¹، قال ابن قدامة: "معنى ال **عضل**: منع المرأة من التزويج بكفتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه"².

وكذلك استعملوا ال **عضل** في الخلع بمعنى: الإضرار بالزوجة قال ابن قدامة: "إن عضل زوجته، وضارها بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه."³

ثانياً- حكمه: ال **عضل** ممنوع شرعاً لنهى الله تعالى جميع الأولياء عن ال **عضل** بقوله: ﴿وإذا طلقتم النساء، فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾⁴ قال معقل بن يسار: «زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿ولا تعضلوهن﴾⁵ فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه»

قال الحنفية والمالكية والشافعية، وفي رواية عن أحمد: إذا عضل الولي ولو كان مجبراً، تنتقل الولاية للسلطان، أي القاضي الآن، ولا تنتقل للأبعد، للحديث السابق: «فإذا اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له»، ولأنه بالعضل خرج من أن يكون ولياً، ويصبح ظالمًا، ورفع الظلم موكول للقاضي⁶.

وليس للولي عضل موليته عند الشافعية والحنابلة بسبب نقصان المهر إذا رضيته؛ لأن المهر محض حقها، وعوض يختص بها، فلم يكن للأولياء الاعتراض عليها فيه؛ ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله، فبعضه أولى، ويرى الإمام أبو حنيفة أن للأولياء منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها؛ لأن عليهم فيه عارًا، وفيه ضررًا على نسائهم.⁷

إذا تقرر جواز إجبار الصغيرة على الزواج فهناك إمكانية عضلها بالامتناع من تزويجها أو منعها من الزواج ممن تريد أو تختار، ولا يعد ما سبق عاضلاً إلا إذا تحقق منه الإضرار بها، وظهر الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته، أو ليستثمرها بأن يستولي على مرتبها الوظيفي، ويخشى أن تقطعه عنه لو تزوجت.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ص 143.

² ابن قدامة، الشرح الكبير، المطبوع مع المقنع والإنصاف، ج20، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط1، 1995م، ص184.

³ ابن قدامة، المغني، ج7، ص327.

⁴ البقرة232.

⁵ البقرة232.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص 6723 .

⁷ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص 6720 وما بعدها

أما إذا كانت ترغب في شخص تقدم لخطبتها وكان هذا الشخص كفءً واختار لها أبوها شخصاً آخر بنفس الكفاءة أو أقل ، فهنا الاختيار لأبيها وليس لها¹، لأن مجرد رد خاطبٍ كفءٍ رضيت به المجبرة، لا يعد عضلاً، بل لا يعد عضلاً لها برده لكفئها ردًا متكررًا، سواء أكان الخاطب واحدًا أم أكثر؛ لأن ما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته، مع جهل البنت بمصالح نفسها، يجعله لا يرد الخاطب إلا إذا علم من حالها أو من حاله ما يدعو إلى الرد، وقد روي أن الإمام مالك منع بناته من الزواج، وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل مثله العلماء قبله كابن المسيب وبعده، ولم يكن قصدهم الضرر بيناتهم، فلم يعد واحدًا منهم عضلاً.²

الفرع الخامس: ترتيب الأولياء في الشريعة الإسلامية

الولي عند ابن عرفة هو كل من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيضاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام³، لهذا فإن أسباب استحقاق الولاية هي:

- 1- **الأبوة:** وتثبتا لولاية للأبوة الأصلية أو الحكمية ونعني بذلك الأب أو الجد وإن علا وهي أقوى أنواع الولاية، لأن الولد فرع الأب، أما المالكية فإنهم يثبتونها للأب دون الجد.⁴
- فأولى الناس بتزويج المرأة الحرة أبوها، ولا ولاية لأحد معه، لأن الأب أكمل نظرا، وأشد شفقة، فوجب تقديمه في الولاية، وبهذا قال الشافعي. وهو المشهور عن أبي حنيفة؛ ثم يليه في الولاية أبوه يعني الجد أب الأب وإن علت درجته، فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء، وهو قول الشافعي⁵.
- 2- **التعصيب⁶:** يرى المالكية والشافعية أن الولاية معتبرة بالتعصب، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، و استثنى مالكية الابن، قال مالك والنعيري، وأبو يوسف، وإسحاق، وابن المنذر أن الابن أولى من الأب، وهي رواية عن أبي حنيفة؛ لأنه أولى منه بالميراث، فالأبناء أولى وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الأب ثم الأخ للأب ثم ابنه ولو سفل ثم الجد ثم العم ثم ابنه ولو سفل.

¹عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، ص 57 .

²وهبة الزحيلي، ج9، ص 6722

³محمد بن قاسم الرضاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (شرح حدود ابن عرفة للرضاع)، ج1، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، ص158.

⁴محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارنة لقانون الأحوال الشخصية-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008، ص87.

⁵ابن قدامة، المغني، ج7، ص13، 14.

⁶المرجع نفسه، ج7، ص14.

وفي رواية عن أحمد أن الابن والأخ يقدمان على الجد، وهو قول مالك؛ ومن وافقه لأن الجد يدلي بأبوة الأب، والأخ يدلي ببنوة، والبنوة مقدمة على الأبوة.
والشافعي اعتبر التعصيب، وخالف مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا لأن الولد ليس من عصبتها، وخالفه أيضا في تقديم الإخوة على الجد¹.

3-الإيصاء: والمقصود به من عهد إليه ولي الأمر بنكاح بناته أو إحداهن بعد وفاته، واختلف الفقهاء في الوصي، فقال مالك: يكون الوصي وليا، وهذا مذهب المالكية والراجح عن الإمام أحمد -رحمه الله، ومنع ذلك الشافعي، وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستتاب فيها أم لا؟ ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح، لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء²، لأن الوصاية فيها معنى النيابة عن الولي، وهي تشبه الوكالة من حيث هذا المعنى إلا أن هناك فرقا ينبغي الإشارة إليه، وهو أن الوكيل يكون نائبا عنه في حياته، أما الوصي فيكون نائبا عنه في مماته³.

4-الكفالة: تكون للكافل الذي كفل امرأة فقدت والدها، حيث يكون قد قام بتربيتها مدة زمنية معينة فيكون له حق الولاية في تزويجها بشرط أن تكون هذه المدة الزمنية معتبرة⁴.

5-السلطان: والسلطان هاهنا هو الإمام، أو الحاكم، أو من فوّضا إليه ذلك، قال ابن قدامة: "لا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ، فِي أَنَّ لِلْسُّلْطَانِ وِلَايَةَ تَزْوِيجِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ عَدَمِ أَوْلِيَائِهَا أَوْ عَضْلِهِمْ. وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَإِسْحَاقُ، وَأَبُو عُبَيْدٍ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ. وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «فَالسُّلْطَانُ وِلِيُّ مَنْ لَا وِلْيَ لَهُ»⁴ ... ولأنَّ لِلْسُّلْطَانِ وِلَايَةً عَامَّةً ... فَكَانَتْ لَهُ الْوِلَايَةُ فِي التَّكَاحِ كَالْأَبِ.."⁵
فهذا الحديث يدل على حكمين:

الأول: أن تشاجر الأولياء يوجب بطلان ولايتهم ويصيرهم كالمعدومين، والثاني: أنه من غاب من الأولياء خارج بلد المرأة عند حضور الكفء ورضا المكلفة به، فهو كالمعدوم، وأنهم إذا عدموا كانت الولاية للسلطان؛ اللهم إلا أن ترضى المرأة ومن يريد الزواج بالانتظار لقدم الغائب فذلك حق لهما وإن طال

¹ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث - القاهرة، د.ط، 2004، ص40.

² ابن رشد، المرجع السابق، ج3، ص40.

³ إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم

الانسانية، مج10، ع3، ص120

⁴ سنن أبي داود، باب في الولي، ح رقم 2083.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج7، ص17

المدة، وأما مع عدم الرضا فلا وجه لإيجاب الانتظار ولا سيما مع حديث «ثلاث لا يؤخرن إذا حانت منها الأيم إذا حضر كفؤها» كما أخرجه الترمذي والحاكم¹.

6-الولاية العامة أو ولاية الدين: وهي جائزة للمسلمين الأحرار مع تعذر الولاية الخاصة، لأن بعض أولياء بعض.

الولي عند الجمهور هو الأقرب من العصبه، وروي عن أبي حنيفة أن ذوي الأرحام من الأولياء، وكل من حصل له سبب من أسباب الولاية تثبت له الولاية بذلك، والذي ينبغي التعويل عليه هو أن يقال إن الأولياء هم قرابة المرأة الأدنى فالأدنى الذين يلحقهم الغضاضة إذا تزوجت بغير كفاء وكان المزوج لها غيرهم، وهذا المعنى لا يختص بالعصبات بل قد يوجد في ذوي السهام كالأخ لأم وذوي الأرحام كابن البنت، وربما كانت الغضاضة معهما أشد منها مع بني الأعمام ونحوهم فلا وجه لتخصيص ولاية النكاح بالعصبات، كما أنه لا وجه لتخصيصها بمن يرث ومن زعم ذلك فعليه الدليل أو النقل بأن معنى الولي في النكاح شرعا أو لغة هو هذا².

ووجه كون ولي النكاح أعم من العصبات أن الولاية قد أطلقت في كتاب الله تعالى على ما هو أعم من القرابة ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ ووجدناها قد أطلقت في السنة على ما هو أخص من ذلك قال ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»، وليس المراد في الحديث أنه لا ولاية للسلطان إلا عند عدم المؤمنين، فتقرر أنه بعض المؤمنين أولى من بعض وهذه الأولوية راجعة إلى القرابة، ولا شك أن بعض القرابة أولى من بعض، وهذه الأولوية ليست باعتبار استحقاق نصيب من المال حتى يكون كالميراث بل باعتبار أمر آخر وهو ما يجده القريب من الغضاضة التي هي العار اللاصق به وهذا لا يختص بالعصبات كما بينا بل يوجد في غيرهم ولا شك أن بعض القرابة أدخل في هذا الأمر، فالآباء والأبناء أولى من غيرهم ثم الإخوة لأبوين ثم الإخوة لأب أو لأم ثم أولاد البنات ثم أولاد الإخوة وأولاد الأخوات ثم الأعمام والأخوات ثم هكذا من بعد هؤلاء ولا حجة لاختصاص البعض دون البعض³، وقد روي من طريق سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه قال: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو سلطان"⁴.

حكم اشتراط الترتيب بين الأولياء:

¹محمد صديق حسن خان، المرجع السابق، ص12.

²محمد صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج2، دار المعرفة، د.ط، د.س.ن، ص12.

³المرجع نفسه، ص12

⁴الدار القطبي، سنن أبو داود، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة إلا بولي، ط4، لبنان، 1986، رقم الحديث 32، ص 317.

اختلف الفقهاء في حكم الترتيب بين الأولياء في النكاح؛ أهو شرط أم ليس بشرط؟ وعلى القول بأنه شرط، هل هو حق لله أو حق للآدمي¹؟ إلى ثلاثة أقوال²:

1/ الترتيب بين الأولياء ليس بشرط في النكاح: فإنكاح الولي الأبعد مع حضور الأقرب صحيح لأنه نكاح انعقد بولي وأنه لم يقيم دليل شرعي على اشتراط الترتيب بين الأولياء، وإنما الترتيب باعتبار الأولى والأفضل لا غير.

2/ الترتيب بين الأولياء شرط ولكنه حق للولي الأقرب: وعليه فالنكاح صحيح، ويقف على إجازة من له الحق وهو الولي الأقرب.

3/ الترتيب بين الأولياء شرط في النكاح وحق لله: ومن رأى أنه حق لله تعالى قال: النكاح غير منعقد أصلاً.

وبناء على هذه الأسباب يمكن تقسيم هذه الآراء إلى قسمين:

أولاً- الجمهور: ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة الذين يرون أن الترتيب بين الأولياء شرط، فالأقرب يجب الأبعد كما في الميراث، فيكون الأبعد بمنزلة الأجنبي عند حضور الأقرب. وعلى هذا: فإذا أنكح الأبعد، والأقرب حاضر من غير إذن منه ولا عذر فالنكاح غير صحيح عند الشافعية والحنابلة. وأما عند الحنفية ورواية عن الإمام أحمد فيصح النكاح ويقف على إجازة الولي الأقرب لأنه حق له؛ فإن أجازته جاز، وإن رده بطل.

ثانياً- المالكية: فعندهم الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا. ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم، ثم للأب فقط، ثم الأجداد للأب وإن علوا³، ويفرق المالكية بين الولي المجبر وغير المجبر:

أ- بالنسبة للولي المجبر: فإن كان الولي أباً يملك الإجماع في ابنته البكر فلا ولاية لأحد معه، فلا يتقدم على الأب في ابنته البكر أحد، فإن تقدم أحد غيره فزوجها فالنكاح مفسوخ، ولو أجازته الأب بعد ذلك.

ب- بالنسبة للولي غير المجبر: وأما إن كان الولي غير مجبر فقد اختلف القول هنا عن الإمام مالك وأصحابه على أقوال كثيرة أهمها ما يلي⁴:

¹ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث - القاهرة، د.ط، 2004، ص 41.

² عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص 133

³ ابن رشد، المرجع السابق، ج3، ص 40.

⁴ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص 127، 128.

القول الأول: أن كلا من الولي الأقرب والأبعد ولي في النكاح، وإنما يقدم الأقرب منهم استجاباً من باب الأولى والأفضل، وهذا القول هو المشهور عن مالك وأصحابه. ودليل هذا القول: قول عمر رضي الله عنه «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان». ففي المدونة: قال: سألت مالكا عن قول عمر بن الخطاب «أو ذي الرأي من أهلها». من ذو الرأي من أهلها؟ قال مالك: الرجل من العشيرة أو ابن العم، أو المولى، وإن كانت المرأة من العرب فإن إنكاحه جائز.

القول الثاني: أنه إذا أنكح الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ. وعلى هذا فيكون الترتيب بين الأولياء شرط، وقد أنكر قوم أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد.

القول الثالث: أن للولي الأقرب أن يجيز أو يفسخ، وهناك من يقيد الفسخ بعدم الدخول.

القول الرابع: أن للأقرب رده أو إجازته ما لم يطل مكثها، وتلد الأولاد، وهو قول يفيد وقوع النكاح صحيحا، كما يفيد إثبات حق للولي الأقرب، وإنما يسقط هذا الحق بطول المكث، وإنجاب الأولاد، لأنه يدل على رضی الولي الأقرب إن علم، وإن لم يعلم فإن حقه لا يقابل بما يلحق الزوجين والأولاد من فرقة وضياع.

القول الخامس: أن ينظر السلطان في ذلك، ويسأل الولي الأقرب عما ينكره ثم إن رأى السلطان إمضاه أمضاه، وإن رأى أن يرده رده. وهذا يدل على وقوع النكاح صحيحا إذا عقده الولي الأبعد وأصاب فيه وجه النكاح.

إن العلة في اشتراط الترتيب بين الأولياء هي تحقق معنى الولي لغة وشرعا وعرفا، أي شمل مطلق الأقارب بعدوا أم قربوا؟ أم هو خاص بالأقرب فالأقرب، ويبدو أن الاحتمال وارد في كل منهما، إلا أن أقربهما للصواب هو اعتبار الأقرب فالأقرب لما يلي:¹

أ- أن الأقرب هو ولي لغة وشرعا وعرفا اتفاقا، ففي اعتباره احتياط للنكاح، بخلاف الأبعد فهو محتمل لغة وشرعا وعرفا، والمتفق عليه أولى بالتقديم خروجاً من الخلاف؛ لقوله ﷺ «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك». وقوله ﷺ: «إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه». متفق عليه.

ب- القياس على الميراث، فالأقرب يجب الأبعد فكذلك هنا.

ت- أن القول بعدم اشتراط الترتيب بين الأولياء يعود على القول باشتراط الولاية بالبطلان¹، وذلك أنه ليس هناك حد ينتهي إليه حينئذ وإن حد في ذلك حدا احتاج إلى دليل؛ ولذلك قال ابن حزم رحمه

المرجع نفسه، ج2، ص ص 133، 134.

الله: "وأما قولنا: إنه لا يجوز إنكاح الأبعد من الأولياء مع وجود الأقرب، فلأن الناس كلهم يلتقون في أب بعد أب إلى آدم - عليه السلام - بلا شك، فلو جاز إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز إنكاح كل من على وجه الأرض لأنه يلقاها بلا شك في بعض آباءها، فإن حدوا في ذلك حدا كلفوا البرهان عليه، ولا سبيل إليه - فصح يقينا أنه لا حق مع الأقرب للأبعد، ثم إن عدم فمن فوقه باب هكذا أبدا ما دام يعلم لها ولي عاصب، كالميراث ولا فرق"².

ج- أن القول بجواز نكاح الأبعد يفضي إلى الخلاف بين الأولياء³، مما يترتب عليه مفسد بين الأولياء أنفسهم، وبينهم وبين مولياتهم، فوجب منعه درءا للمفسدة على قاعدة «درء المفسد مقدم على جلب المصالح، وبهذا يقوى القول باشتراط الترتيب بين الأولياء.

المطلب الثالث: حدود سلطة الولي في ظل قانون الأسرة الجزائري

المعدل بالأمر 02-05

لقد أخذ قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 بولاية الاختيار بالنسبة لاشتراط رضا المرأة الراشدة في عقد الزواج، وهو بذلك قد سلك مذهب الحنفية⁴، كما أنه اختار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وكثير من الفقهاء الذين قالوا بثبوت حقها في اختيار زوجها وعدم إكراهها على الزواج بمن لا ترضى⁵، ذلك أن الأصل في الولاية عندهم، أنها ولاية اختيار، فليس للولي أن يجبر المرأة الرشيدة على الزواج أو يزوجه دون رضاها بكرة كانت أم ثيبا.

الفرع الأول: نطاق سلطة الولي وأثرها على رضا المرأة وحرية اختيارها

ينسجم موقف المشرع عندما أخذ بولاية الاختيار، مع سياسته التشريعية التي تعتبر الزواج عقداً رضائياً لا إجبار فيه بنص المادتين 4 و9 من ق.أ، وما تقتضيه المادة 13 من ق.أ التي جاء فيها أنه "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وقد خص المشرع القاصر بهذا النص لأن الولاية على القاصر مضنة الإجبار، ولذلك قيد

¹عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص 135.

²ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص ص37، 38.

³عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص 136.

⁴يرى الأستاذ بلحاج العربي أن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بولاية الاختيار عملاً برأي الجمهور بالنسبة البالغة، بلحاج العربي، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص248 وما بعدها.

⁵ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص20؛ محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، لبنان، 1425هـ-2005م، ص ص947، 948.

المُشرِّع سلطة الولي عليها فلا يجوز له أن يجبرها على الزواج دون موافقتها أو علمها، كما اشترط في مادته 7 ترخيصاً قضائياً لزواج القصر فلا يمكن للولي تزويجها دون استصداره¹، ومنع في ذات السياق زواج الصغير والصغيرة قبل سن البلوغ البيولوجي²، وهو الموقف الموافق لرأي أبو شيرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم، الذين ذهبوا إلى أنه لا ولاية لأحد في تزويج الصغير أو الصغيرة حتى يبلغا ويأذنا، وهم بذلك لا يفرقون بين الأب وغيره من الأولياء، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر.³

أما اقتضاره بالنص على منع إجبار القاصر دون النص عليه بالنسبة للراشدة فراجع لكونه زيادة على اشتراط رضا الراشدة بالزواج في المادة 9 ق.أ، فقد خوّل لها القانون حق إبرام العقد بنفسها بموجب المادة 11/1 ق.أ والتي تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زوجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها الأولين، أو أي شخص آخر تختاره"، وبالتالي يُستبعد تصور إجبار المرأة الراشدة.

وقد أحسن المُشرِّع صنعا بإلغاء ولاية الإجبار على المرأة سواء كانت راشدة أم قاصر⁴، لأن القول بعدم الإجبار هو رأي يوافق قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمه⁵، وينسجم وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، ويوافق قواعدها العامة، وهو أحد الآراء المعتمدة في فقه الإسلامى -مذهب الحنفية- وقول كثير من الفقهاء⁶.

فزواج البالغة العاقلة يعود إلى نفسها سواء كانت ثيباً أو بكراً، وذلك أنه لا يحق للأب أن يتصرف في مال المرأة الرشيدة إلا بإذنها، ومن باب أولى بضعها لأنه أعظم من مالها، لقوله صلى الله عليه وسلم

¹ حدد القانون أهلية الزواج بالنسبة للقصر في المادة 7 ق.أ، وأنه لا يجوز قانوناً تزويج القاصر، قبل بلوغهم السن القانوني (وهو 19 سنة) إلا بتخصيص من القاضي لمصلحة أو ضرورة، بعد موافقة وليهم الشرعي (م 2/11 ق.أ المعدلة)

² حيث تنص المادة 07 في فقرتها الأولى من الأمر 05-02 على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضى أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج".

³ 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 لوليها الشرعي تزويجها؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 02، ص 350؛ ابن رشد، بداية المجتهد في نهاية المقتصد، ج 02، ص 6؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص ص 200، 201؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 398.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 249

⁵ لما ثبت في الصحيح أن خنساء بنت خدام زوجها أبوها وهي كارهة وكانت ثيباً فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها؛ الحديث رواه البخاري، باب إذا زوج الأب ابنته وهي كارهة، ج 9، ص 167، ولحديث ابن عباس أن جارية بكرات النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباًها زوجها وهي كارهة فخبرها النبي صلى الله عليه وسلم؛ أخرجه ابوداود، باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأذنها، ج 2، ص 232.

⁶ عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 119.

«الأيام أحق بنفسها من وليها» وهو الحكم الذي يشمل كل الأولياء، وعلى هذا الأساس، فإن الثيب (التي فارقتها زوجها بطلاق أو موت) لا تُزَوِّج ولا يعقد عليها حتى تستأمر، فإذا إستئذنها وليها في زواجها، فلا يكفي هاهنا صمتها، بل لابد أن تعبر عن رضاها وموافقتها صراحة بالقول أو الفعل، فإن الثيب أحق بنفسها من وليها، و أما البكر فإنها تستأذن في نفسها، وإذنها سكوتها، لأن صمتها إقرار منها ودليل على رضاها. ودليلهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تنكح البكر حتى تستأذن، ولا الثيب حتى تستأمر» فقيل: يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال: «إذا سكت»¹. والنهي يتناول الأب وغيره، وهو ما تم التصريح به في الرواية الثانية: «...والبكر يستأذنها أبوها...»².

غير أن المُشَرِّع قد أغفل مسألة مهمة وهي حالة مخالفة أحكام النص القانوني وذلك حين يجبر الولي ابنته عموماً على الزواج بمن لا ترضاه فتضطر للموافقة، فما مصير عقد الزواج في هذه الحالة؟ وهل يكون صحيحاً أو باطلاً؟

يرى الأستاذ بن شويخ³ أنه لابد من التفرقة بين حالتين بالنسبة لزواج المجبرة:

الحالة الأولى: إذا كان الرضا غير موجود، فهنا يكون العقد باطلاً.

الحالة الثانية: إذا كان الرضا موجود ولكنه معيب بعيب من عيوب الإرادة كالإكراه المعنوي، فهنا يكون العقد قابلاً للفسخ، وفي هذه الحالة يجوز للمرأة ولو بعد العقد أن تلجأ للقضاء لطلب فسخ العقد بإقامة الدليل بكافة الطرق على وجود الإكراه ويكون لها هذا الحق سواء قبل الدخول أو بعده. أما قضاء المحكمة العليا فقد جاء في قرار مؤرخ في 2000/07/18، ملف رقم 249128، أنه يبطل الزواج بانعدام الرضا، ولا يحق لقضاة الموضوع إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج، خاصة وأن الطاعنة أعلنت منذ البداية عدم رضاها عن هذا الزواج، فإن القبول يكون منعدماً، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد، مما يجعله قابلاً للإبطال.

الفرع الثاني: نطاق سلطة الولي في مباشرة عقد الزواج

أخذ المُشَرِّع في هذه المسألة برأي الحنفية الذين يجيزون للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر عقد الزواج، وأن تزوج نفسها مِمَّنْ تشاء، وأنه ليس للولي أن يعترض عَلَيَّهَا، إلا أنهم يرون أنه خلاف المستحب⁴، أما جمهور الفقهاء فقد جعلوا الحق في مباشرة العقد للولي.

¹ رواه البخاري، الصحيح، ج9، ص25

² رواه مسلم، الصحيح، ج4، ص141

³ بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008، ص 174 .

⁴ السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 10 وما بعدها؛ بدائع الصنائع، ج 2، ص 232.

وقد ميز قانون الأسرة الجزائري في مسألة مباشرة عقد الزواج بين الولاية على الراشدة و الولاية على القاصر، حيث قصر دور الولي في زواج المرأة الراشدة على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها وتختار وليها، بخلاف زواج القاصر حيث اعتبر المشرع الولي شرط من شروط الصحة، فليس للقاصر أن تباشر عقد زواجها بنفسها، وإنما يتولى ذلك وليها وهو الأب فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له¹، وهذا التمييز نصت عليه المادة 11 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها... دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون²، يتولى زواج القاصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". وبهذا يكون المشرع قد جرد الولي من أي دور مؤثر أو سلطة فعلية وفي مقدمتها سلطة الإيجاب وسلطة الاعتراض على الزواج المرأة الراشدة، كيف لا وقد خول للمرأة الراشدة حرية إبرام عقد زواجها بنفسها؟ واكتفى باشتراط حضور الولي وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص أجنبي تختاره، فجعلت المادة 11 المعدلة حضور الولي مجلس العقد شرطا لانعقاد الزواج دون أن يكون له حق الاعتراض على موليته بعد أن كان هو من يتولى عقد النكاح، وهذا ما يبرر إلغاء المادة 12 من القانون رقم 84-11، والتي كانت تنص على أحكام العزل، وتؤكد على سلطة الأب في منع بنته البكر من الزواج للمصلحة بنصها أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، فإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت". فلم يعد لهذه المادة أي لزوم بعد تجريد الولي من سلطة الإيجاب وسلطة المنع أو الاعتراض على زواج موليته.

وبناءً على ما سبق، فإننا نرى أنه لم يعد للولي ولا للقاضي الدور المؤثر الذي خولته له أحكام الشريعة في زواج المرأة الراشدة، وما كان معترفاً له به في القانون رقم 84-11 قبل التعديل، وما يجعل الولي كشرط بالنسبة لزواج البالغة أمراً غير ذي بال توظيف المشرع كلمة "حضور" التي تعني في نص هذه المادة الحضور الجسماني وتستبعد أي اشتراط للإذن أو رأي يتوقف عليه إمضاء الزواج، ما يجعل دور الولي أقرب ما يكون من دور أحد الشهود وهو الأمر الذي يفرغ مفهوم الولاية من معناه الشرعي³، فلم يفرق المشرع

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 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".

³ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 219

بين الولي الذي يعد ذا مسؤولية شرعية وقانونية محدّدة الأسباب والصلاحيات وبين الشاهد الذي يُحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، خاصة بعد أن أصبحا يخضعان لاختيار طرفي العقد¹.

وواقع العملي يظهر أن الولي في ظل التعديل الأخير شرطٌ صوريّ ليس له من أمر الزواج شيء، وإنما يقتصر دوره على الحضور الذي لا يعني بأي حال من الأحوال اعتبار إذنه أو اشتراط إجازته لإنشاء العقد، بل يمكن أن يملأ هذا الحضور بأي شخص آخر تختاره المرأة المقبلة على الزواج، وبهذا يكون المُشرّع قد خالف قول الجمهور في وجوب الولي، وخالف رأي الإمام أبو حنيفة من جهة أن للأولياء منع المرأة من تزويج نفسها دون مهر مثلها؛ وكذلك قول صاحبه محمد بن الحسن الشيباني الذي يرى انعقاد الزواج موقوفاً على إذن الولي، لأن له حق الاعتراض في غير الكفاءة².

الفرع الثالث: سلطة الولي من حيث الاستحقاق وترتيب الأولياء

ميز المُشرّع في قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر 05-02 بالنسب لمسألة استحقاق الولاية وترتيب الأولياء بين القاصر والمرأة الرشيدة كالآتي:

أولاً- بالنسبة للمرأة القاصر التي لم تبلغ سن الرشد: أوجب القانون في تزويج القاصر التي لم تبلغ سن الرشد موافقة الولي، وهو أبوها، فإن لم يوجد، فأحد أقاربها الأولين، ولم يغفل إسناد الولاية إلى القاضي الذي يعد بدوره ولياً إذا انعدم الأقارب أو اشتجروا³، وهو ما نصت عليه المادة 2/11. وعليه يمكن القول أن المُشرّع قد أبقى للولي دوره الحقيقي في تزويج القاصر التي لم تبلغ سن الرشد، معتمداً في ذلك معيار النسب والقربة في ترتيب الاستحقاق⁴، دون أن يخرج عمّا قرره الشريعة الإسلامية والقواعد العامة في القوانين الوضعية⁵ من ضرورة حماية القصر في عقد الزواج وغيره من التصرفات، فبإقراره الولي كشرط لصحة العقد قد ضمن حماية ركن الرضا من العيوب وصان مصلحة القاصر وحقوقه من الضياع، فالقانون ينظر إلى الزوجة القاصر كطرف ضعيف في العلاقة الزوجية لما قد يشوب اختيارها من العاطفة واللاعقلانية بالنظر لقلّة تجربتها بالحياة الزوجية وعدم معرفتها بالرجال، وهو ما قد يؤثر على مركزها القانوني، لهذا فإن المُشرّع جعل إبرام عقد زواج القاصر لا يتم إلا بحضور الولي، وذلك لمساعدتها على

¹ أنظر: داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط 01، 2007، ص 112.

² بسبب العار والضرر الذي قد يلحقهم؛ أنظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 6720 وما بعدها؛ محمد صديق حسن خان، المرجع السابق، ص 12.

³ شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات "دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط 2010، ص ص 47، 48.

⁴ عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 112.

⁵ عيسى حداد، مرجع سابق، ص 141.

معرفة حقيقة الرجل المتقدم للزواج بها ومعرفة أحواله الخلقية والمادية، كما يناقش معه كل شروط العقد التي تقدمها الزوجة، والحقوق الناتجة عن الالتزامات المادية المترتبة على الزوج من دفعه المهر والنفقة للزوجة ومسكن، وبهذا يصبح العقد متوازناً خالياً من العيوب، يؤسس لبناء أسرة متماسكة تمتلك مقومات السعادة والاستقرار¹

ثانياً - بالنسبة للمرأة الراشدة: لقد انفرد المشرع الجزائري بتوجه لم يؤثر عن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما أخضع مسألة تحديد الولي الذي يحق له حضور عقد الزواج المرأة الراشدة إلى اختيارها دون اعتبار للترتيب الذي جاءت به أحكام الشريعة، فحولت المادة 11 في فقرتها الأولى للمرأة الراشدة أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى كانت بالغة عاقلة، ولها سلطة اختيار من تُوكل له ولاية زواجها، فلها أن تتمكن لأبيها أو لأحد أقاربها، ويمكن أن يكون هذا الولي أي شخص آخر تختاره، وهو ما قد تلجأ إليه المرأة في حال معارضة وليها الشرعي لأحد خياراتها، بخلاف ما تقرر عند جمهور الفقهاء الذين يرون أنه إذا وكلت رجلاً غير وليها بتزويجها كان هذا التوكيل باطلاً والزواج المبني عليه فاسداً، لأن المرأة لا تستطيع أن تنقل إلى غيرها حقاً لا تملكه²، بل ويرى الحنابلة أنه لو وكلت غير وليها في تزويجها ولو بإذنه، لم يصح النكاح³.

ولا شك أن بعض القرابة أدخل في أمر الولاية من بعض، فالآباء والأبناء أولى من غيرهم، ثم الإخوة لأبوين، ثم الإخوة لأب أو أم، ثم أولاد البنين وأولاد البنات، ثم أولاد الإخوة وأولاد الأخوات، ثم الأعمام والأخوال، ثم هكذا من بعد هؤلاء⁴، إلا أن الواضح من خلال الفقرة الأولى من المادة 11 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"، أن المشرع قصد من خلال هذا التعديل جعل المرأة البالغة الراشدة تستقل بإنشاء زواجها دون أبيها أو قرابتها، وإبعاد أي دور لهم مؤثر في انعقاد هذا الزواج.

كما تتجلى فلسفة المشرع في مسألة الولي عندما استعمل حرف العطف (أو) الذي يفيد التخيير لا الترتيب بين الأولياء، مادامت أن المرأة الراشدة المقدمة على الزواج غير ملزمة بإحضار ولي معين، وهو ما يعتبر تأكيداً منه على إتاحة المجال لها أن تملأ الحضور الجسماني المذكور بأي شخص تختاره من الولاية

¹ أنظر: كريمة محروق، المرجع السابق، ص ص 29، 30.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 227؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1987، م 1، ص 30؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 02، 1997م، ص 199.

³ الموسوعة الفقهية، ج 41، ص 249 وما بعدها.

⁴ أنظر: محمد صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج 2، دار المعرفة، د.ط، د.س.ن، ص 12.

العامّة¹، ولو كانت هذه المرأة ذات أب وأخ وأهل وعشيرة²، فيكون لأي شخص تختاره المعنية بالزواج أن يحضر العقد بصفته ولي لها (بمفهوم قانون الأسرة) دون اعتبار للترتيب بين القرابة ولا أولوية القريب على الأجنبي.

فحضور الولي مجلس العقد أصبح بموجب الأمر 05-02 شرطاً صورياً لا يقصد به انعقاد العقد ولا صحته، فليس للولي إلا أن يرضى بالزواج أو يكون الجزاء أن تستبدله المعنية بمن تشاء من أقاربها أو حتى الأجانب³، وبهذا يكون المشرع قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية حينما أجاز نكاح المرأة الراشدة بالولاية العامة مع وجود الولاية الخاصة⁴، وإغائه لولاية القاضي رغم أنه أحد أفراد الولاية العامة بل له مزية عليهم لا توجد في أحصم بقوله ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له».

وإذا كان الأصل في الولاية الشرعية يقتضي أن تُحوّل هذه السلطة لقرابة المرأة؛ الأدنى فالأدنى، من الذكور الذين تلحقهم الغضاضة إذا تزوّجت بغير كفاء؛ وكان المزوج لها غيرهم⁵، وأن السلطان ولي من لا ولي له، فإنه عندئذ يمكن القول أن إلغاء المشرع لترتيب الأولياء، وإجازته لولاية الأجنبي الذي تختاره المرأة مع وجود الولي الشرعي من الأهل والأقارب، وعدم اعتبار ولاية السلطان، إضافة إلى إغفال المشرع للمعايير والحدود التي يجب أن تضبط أو تقيّد حرية المرأة في اختيارها للولي؛ كلها أحكام غير مبررة جاء بها الأمر 05-02، وتوسع من المشرع يجعل دور الولي يلتبس بدور الشاهد، ويلغي ولاية القاضي على المرأة الراشدة التي ليس لها ولي، وبذلك تنتفي فوائد الولي والحكمة من تشريعه وهو ما يعود على القول باشتراط

¹ وان كان المشرع لم يشترط الإسلام في ولاية الأجنبي.

² أنظر: سماحي خالد، اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب والقرابة في زواج البالغة، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، مج 06، ع 01، 2015، ص 45.

³ أنظر: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، مطابع شتات دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 52.

⁴ ويجيز فقهاء المالكية نكاح المرأة 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 بالغاً ثيباً أو بكراً لا أب لها ولا وصي لها، ولا يفسخ بحال طال زمن العقد أو لا، دخل بها الزوج أو لم يدخل، لكونها - لدناءتها وعدم الالتفات إليها - 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 الجوّاري، 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 - وإن كانت فقيرة أو قبيحة - 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)، ج 02، ص 361، ص 400

⁵ محمد صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ص 12

الولاية في النكاح بالبطلان¹، لأنه جعل الولي في حق المرأة الراشدة غير معتبر قانوناً، فهو إذا غاب لا يشترط حضوره، وإذا حضر لا يستشار ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته فهو بمثابة الشاهد فقط.

المطلب الرابع: أثر تخلف الولي على عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: أثر تخلف الولي في ظل قانون الأسرة 84-11 قبل تعديله

تبني المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الأسرة رقم 84-11 قبل تعديله²، مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة الذين يرون وجوب الولي في نكاح المرأة، وأنه شرط لا بد منه لإنشاء العقد، ذلك أنه ليس للمرأة أن تباشر عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها، إلا أن المشرع خالفهم في بعض أحكام الجزاء المترتب عن تخلف هذا الشرط، فجمهور الفقهاء يرون بفسخ النكاح قبل الدخول وبعده في حالة تخلف ركن الولي أو حصول التواطؤ على إسقاطه حتى ولو كانت المرأة بالغة، ويصححونه بعد الدخول في أحوال³.

ورغم ذلك فقد ميز المشرع بين حالتين لتخلف ركن الولي، حيث نصت المادة 2/33 قبل تعديلهما: "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".

¹عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص 135.

وفي مثل هذا السياق يقول ابن حزم رحمه الله: "وأما قولنا: إنه لا يجوز إنكاح الأبعد من الأولياء مع وجود الأقرب، فلأن الناس كلهم يلتقون في أب بعد أب إلى آدم - عليه السلام - بلا شك، فلو جاز إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز إنكاح كل من على وجه الأرض لأنه يلقاها بلا شك في بعض آباتها، فإن حدوا في ذلك حدا كلفوا البرهان عليه، ولا سبيل إليه - فصح يقينا أنه لا حق مع الأقرب للأبعد، ثم إن عدم فمّن فوقه بأب هكذا أبدا ما دام يعلم لها ولي عاصب، كالميراث ولا فرق"؛ ابن حزم، المحلى، ج9، ص 37، 38.

²والتي كانت تنص بقولها: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين، وصداق"، لتصبح بعد التعديل: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

³السرخسي، المبسوط، ج 05، ص 13، 14. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 227 وما بعدها؛ الخرشبي، شرح الخرشبي مع حاشية العدوي، ج 03، ص 184 وما بعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 03، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 02، 1997م، ج 03، ص 200 وما بعدها؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 30.

وعليه إذا تخلف ركن الولي في عقد الزواج، فالعقد يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويصح بعد الدخول مع ثبوت صداق المثل، أما في حالة تخلف ركن الولي مع الصداق أو الشهود فالعقد يعتبر باطلا بطلان مطلقا وهو ما نصت عليه المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة رقم 84-11 .
ونستنتج مما سبق أن المُشترع ميز بين الرضا وباقي الشروط المتمثلة في الولي والشاهدين والصداق، باعتباره جعل الرضا هو الركن الوحيد الذي بتخلفه منفردا يبطل العقد من أصله، كما يمكن القول أن المُشترع لا يعتبر الولي ركنا في عقد الزواج وإنما شرط صحة، ولهذا رتب عن تخلف الولي فسخ العقد قبل الدخول، وثبوته بعده بصداق المثل¹، ولا يبطل الزواج إلا إذا اختل ركن آخر مضاف إليه، كتخلف الولي مع الصداق أو الولي مع الشاهدين².

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1989/01/02 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 صداق بين 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"³.

والظاهر من بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا قبيل تعديل قانون الأسرة قد هجرت رأي المالكية القاضي بعدم صحة النكاح المنعقد بعباراة المرأة سواء كانت بكرا أم ثيبا، ومالت نحو الأخذ بقول الحنفية، الذين يرون صحة إنفراد المرأة البالغة العاقلة بإبرام زواجها واختيار شريك حياتها، وهو ما نستشفه

¹ بخلاف الاتجاه الذي نصت عليه المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على أنه: "تولي 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 القاضي ببطلان العقد بدون ولي، وأخذا برأي جمهور أهل العلم، ودرءا للمفاسد التي قد تترتب على تولي المرأة تزويج نفسها؛" المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، ع 26، أبريل 2006، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 77.

² أما إذا تخلفت باقي الشروط منفردة فإن العقد يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداق المثل، 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 ثبت 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."

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 51107، المجلة القضائية، 1992، ع 3، ص

في قرار مؤرخ في 2001/01/23، ملف رقم 253366، الذي قضت بموجبه أنه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل، إذا إختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي، فإنهم خالفوا القانون"¹ وبهذا الاجتهاد أقرت المحكمة العليا بأحقية المرأة في أن تعقد زواجها بنفسها، أو توكل من تشاء من الأولياء وهو ما اقره المُشرِّع لاحقا في تعديله للمادة 11 من ق.أ المعدل بالأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27.²

الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في ظل قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05

بدراسة نصوص قانون الأسرة الجزائري المعدل الخاصة بالولاية، يتبين أن المُشرِّع قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي"، وأنه أخذ بقول أبو حنيفة ومن وافقه في استحباب حضور الولي عند إبرام عقد الزواج، وأن المرأة الراشدة العاقلة يجوز لها أن تتولى صيغة العقد بنفسها، ولكن يستحب أن يقوم وليها بإبرامه، إلا أن أبا حنيفة عندما منح للمرأة هذا الحق، اشترط ألا تزوج نفسها بأقل من مهر المثل، وأن يكون الزوج كفاءً لها، وإن كان غير ذلك حق للولي أن يعترض عليه، وهو ما لم ينص عليه المُشرِّع الجزائري.

وقد اعتبر المُشرِّع الجزائري في المادة 9 مكرر من الأمر 02-05 الولي شرطا من شروط عقد الزواج وليس ركنا لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط وهو الرضا (المادة 9)، وتنص المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج" حيث وضع الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج.

فهل يعني ذلك أن غياب أو تغييب الولي عن مجلس إبرام عقد زواج إبنته سيؤدي بالضرورة إلى بطلان أو فساد العقد أم أن هذا الولي غير معتبر قانونا وأنه إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار، ولا فضل بحضوره عن غيابه عند عقد زواج إبنته؟

ثم ما الهدف من نص الفقرة الثانية من المادة 33 المعدلة "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"؟ وبالرجوع إلى أحكام المادة 11 في فقرتها الأولى من الأمر 02-05 التي نصت على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره."

فهنا نجد أن المُشرِّع الجزائري يميز للمرأة البالغة العاقلة الراشدة أن تكون طرفا أصيلا في إبرام عقد الزواج، على أن الرضا لا يكون معتبرا قانونا إلا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل

¹ المجلة القضائية، 2002، عدد2، ص 440

² الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- المرجع السابق، ص 249

لفظ يفيد معنى النكاح شرعا (المادة 10 ق.أ.ج)، أي أنه أوكل لها مهمة إبرام هذا العقد بنفسها ومنح للولي حق الحضور.

بالإضافة إلى ذلك فإن المادة 33 في فقرتها الأولى من نفس القانون، قررت بطلان عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا، أما في حالة تخلف الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 09 مكرر¹، 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 صديق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وفقا لتعديلات الأمر 02-05 نرى أن المشرع جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج المادة 9 مكرر، غير أنه ترك الإختيار للمرأة لممارسة الولاية بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره المادة 11 المعدلة، كما أن إنعدام الولي قد لا يؤدي إلى إنعدام الزواج لأن المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري تطبق في حدود المادة 33 من نفس القانون².

بل حتى حضور الولي لم يعد شرطا لصحة العقد بعد أن أصبح زواج المرأة البالغة العاقلة بدون وليها زواج صحيح وهو ما نستنتجه بمفهوم المخالفة من نص المادة 33 / 2 التي جاءت بعبارة: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فالملاحظ هنا أن المشرع نص على إمكانية عدم حضور الولي، والاقتصر 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 وجوب شرط الولي فيكون في العقد زواج المرأة القاصر فقط ولا يجب في غيره³.

ولذلك صحح المشرع عقد زواج القاصر إذا تم زواجها بدون وليها في حالة الدخول بها مع استحقاقها لمهر المثل، أما إذا لم يتم الدخول بها فالعقد يعد باطلا بطلانا مطلقا ويفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه⁴.

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

² إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع 3، مج 10، ص 124.

³ 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.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، ط2، الجزائر، 2003، ص ص 41، 42.

أما بالنسبة لزواج المرأة الراشدة فلا يكون الولي شرطاً واجباً في حقها¹، ما يعني انه اذا تم زواج الراشدة بدون ولي فإنه يثبت قبل الدخول وبعده، ولم ينص المشرع إن كان العقد يثبت بالصدّاق المسمى أم بصدّاق المثل؟

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري كان موقفه متذبذباً، فلا هو أوجب الولاية على المرأة الراشدة كما هي عند جمهور الفقهاء، ولا قرر عليها ولاية الاستحباب كما هي عند الحنفية، فاتخذ موقفاً وسطاً بينهما، فاعتبر رضا المرأة بالزواج وتوليها إبرام العقد من جهة، ومن جهة أخرى أقر أحقية حضور الولي عند إبرام العقد واختيارها له، لكن دون أن يترتب على عدم حضوره أو رفضه أي أثر².

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة من عضل الولي

لم يتعرض قانون الأسرة لهذه الحالة لأن الراشدة هي التي تتولى عقد زواجها بنفسها، فإن الولي ليس من صلاحياته المعارضة في إبرام العقد لأن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها، ويتضح لنا ذلك من خلال دراستنا لنص المادة 11 قانون الأسرة الجزائري، كما أنه لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد، أو التي يشترطها الزوج وتقبلها الزوجة³.

ليس هناك عضل في قانون الأسرة الجزائري بالنسبة للمرأة الراشدة وخاصة أنه تم إلغاء نص المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري التي كان يتكلم فيها عن العضل⁴.

وإذ كانت صلاحيات الولي في الشريعة الإسلامية تنحصر في أمرين اثنين هما: الكفاءة وصدّاق المثل، إذ يجوز للولي الاعتراض على زوج أقل من موليته كفاءة، أو إذا كان الصدّاق زهيدا وكانت المرأة دون سن الرشد. فإن الولي في قانون الأسرة ليس من صلاحياته المعارضة في إبرام العقد، لأن الفصل في القبول أو الرفض هو بيد المرأة وحدها (المادة 11 ق.أ المعدلة)؛ كما أنه لا يجوز للولي التدخل في الشروط التي تريد تسجيلها في العقد، أو في التي يشترطها الزوج وتقبلها هي (المواد 9، 10، 19 ق.أ).

وقد أشارت المحكمة العليا في إجتهادها في هذا الخصوص، إلى أنه لا يجوز للأب أو لغيره أن يزوج ابنته إلا برضاها و تأذن بالقول، كما أنه لا يجوز للولي قانوناً أن "يستبد" بالعقد بدون موافقة المرأة و رضاها فإذا امتنع الأب عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الإمتناع (رغم أن

¹ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص ص 173، 174

² شامي أحمد، بن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مج: 57، ع4، السنة 2020، ص 296.

³ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 53.

⁴ إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، ع3، مج10، ص 126

الراغب في الزواج بها معلم وله سكن وظيفي، وقد عبرت عن رضاها أمام القاضي)، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإذن المدعية بالزواج، طبقوا صحيح القانون. ويرى الاستاذ العربي بلحاج أن هذا اجتهاد صائب ينسجم مع أحكام الفقه الإسلامي¹، الذي يجعل من الولاية في الزواج حقاً للمرأة، تمارسه المرأة الراشدة حسب إختيارها و مصلحتها، بعيداً عن الضغط أو الإكراه أو الإجبار. فلا يجوز للولي أن يجبر إبنته على الزواج إلا بإذنها و موافقتها (م 13 ق.أ المعدلة). كما أنه لا يجوز له منعها من الزواج (بمن ترضاه زوجها لها)، فإذا إمتنع الولي مع وجود زوج كفاء و مستعد بمهر المثل، إنتقلت الولاية إلى القاضي (المادة 2/11 ق.أ المعدلة)

فالقانون منع ولاية الإجبار إذ نص على أنه لا يجوز للولي أن يجبر القاصر التي في ولايته على الزواج، كما لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها ولا أن يمنعها من الزواج إذا رغبت فيه، وهنا يأتي دور القاضي ليقدر مدى صلاحية هذا الزواج بالنسبة لها فإن تحققت عنده المصلحة أذن بزواجها².

الفرع الرابع: أثر اتفاقية سيداو على تعديلات التي طالت ركن الولي في قانون الأسرة

أبرز نقطة جوهرية وجدت صراعاً حاداً بين أطراف المجتمع الجزائري (المحافظين والعلمانيين) وداخل قبة البرلمان هي مسألة الولاية على المرأة، فهاته الأخيرة تبرم كافة العقود المالية بكل حرية ومن دون رقابة، باستثناء عقد الزواج، حيث تكون إرادتها قاصرة حيث تحتاج إلى ولي يعبر عن إرادتها، وخير دليل يؤكد أن البرلمان الجزائري وصل إلى طريق مسدود جراء هذا النزاع الحاد، هو عملية تعديل قانون الأسرة، بعد عشرين سنة من صدوره، بموجب أمر رئاسي رقم 05-02، بتاريخ 27 فبراير 2005، أي على بعد يومين من افتتاح البرلمان الجزائري لدورته الربيعية³.

وبالتالي فالأمر 05-02 وضع حداً لهذا النزاع التشريعي داخل البرلمان، ليبقى لهذا الأخير مجرد الموافقة على الأمر الرئاسي، وستتناول في هذا الفرع، أهم مسائل تعارض نصوص قانون الأسرة الجزائري مع نصوص اتفاقية سيداو.

جاء في تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني للحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأرومتوسطية أن الحكومة الجزائرية تنوي إدخال عناصر الحرية وعدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية، ولاشك أنه ليس هناك واتفاقية تفوق سيداو في تأكيدها على الحرية وعدم التمييز والمساواة بين

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/03/30، ملف رقم 90468 انظر العربي بلحاج، المرجع السابق، ص246.

² إيمان الزهرة حميدي، المرجع السابق، ص126.

³ بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص312.

الجنسين لاسيما في إبرام عقد الزواج، إذ تنص المادة 15 من سيداو: "1 - تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

2 - تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشؤون المدنية، أهلية قانونية ماثلة لأهلية الرجل، وتساوي بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية، وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

3 - تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.

4 - تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم."

وتنص المادة 16 من سيداو: "1 - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: أ) نفس الحق في عقد الزواج؛ ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل..."

فالجزائر تحفظت على المادة 16 من اتفاقية سيداو، باستثناءها للأحكام المتعارضة وأحكام قانون الأسرة الجزائري، ألا أنه استجابة لضغوط وأحكام هذه الاتفاقية عمل المشرع على تعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة للولاية بموجب الأمر 05-02 حيث باتت المادة 04 ق.أ.ج تنص: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة"، وكانت قبل التعديل تنص على أنه: "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة" في تأكيد من المشرع على نظره إلى الزواج كعقد رضائي تسري على إبرامه الأحكام المعهودة في سائر العقود الأخرى. أما المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ.ج بعد التعديل، فتتصان على التوالي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزواج؛ الصداق؛ الولي؛ شاهدان؛ انعدام الموانع الشرعية للزواج"، فالمشرع فرق بين الرضا الذي أثبتته ركنا وحيدا في الزواج، وما عداه أصبح مندرج تحت الشروط، بما فيها الولاية.

وعدلت المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". وألغيت المادة 12 التي كانت تنص: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها"...، وعدلت المادة 13: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وهذا بعد ما كانت تنص: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". وعليه

فالقانون منع الجبر الذي يمكن أن يمارس على القاصرة، أما الراشدة فقد حولها القانون أن تبرم عقد زواجها بمفردها، وما حضور وليها إلا إجراء شكلي لا يترتب عليه بطلان العقد¹.

ولقد انتقدت لجنة سيداو في ردها على التقرير الثالث والرابع للجزائر على عدم إلغاء شرط الولي كليا من قانون الأسرة بعد التعديل، وهذا يعني أن المُشرِّع وجد نفسه بين مطرقة لجنة سيداو، وسندان المطالب الأصيلة في المجتمع الجزائري المحافظ²، وما ميز صياغة المادة 11 المعدلة من ركافة في التعبير إلى دليل على اضطراب الموقف التشريعي، موقف سعى من وراءه المُشرِّع إلى إرضاء الجهات الدولية بتجسيد المساواة في إبرام عقد الزواج عن طريق التأكيد على رضائته بالنسبة للمرأة شأنها في ذلك شأن الرجل، إلا أنه في مسعاه هذا، لم يكتفي بإلغاء ولاية الإجماع على المرأة الراشدة، بل حط من مرتبة الولاية في الزواج من الركن إلى الشرط في تفتيق فاضح بين الآراء الفقهية، من دون أن يسحب التحفظات الواردة على المادتين 2 و 16 صراحةً، كما فعل ذلك في المادة 9 من سيداو المتعلقة بجنسية المرأة³.

وبالتالي يمكن أن نعتبر المادة 11 من ق. أ. ج المعدلة جاءت بصياغة مضطربة لأن المُشرِّع سلك مسلك التدرج في السياسة التشريعية بهدف الموافقة والانسجام مع أحكام اتفاقية سيداو مما يؤدي إلى: 1 - التميع التدريجي لدور الشريعة الإسلامية في إعداد الأعمال القانونية والقضائية عامة وفي قانون الأسرة بخاصة، وامتصاص ردود الأفعال التي قد تصدر عن الطبقة السياسية المحافظة أو الرأي العام.

2- التمهيد لإلغائها شرط الولاية نهائيا والعمل على علمنة المجتمع الجزائري.

وهي أهداف واعتبارات صريحة تضمنها التقرير تقرير الجزائر الأول حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي المقدم للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة استجابةً لمطالب لجنة سيداو⁴.

¹ ابن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 313

² أعمر يحياوي، الإجراءات الايجابية، أي حل لمعالجة اللامساواة الفعلية بين الرجل والمرأة؟، م.ج. إ.س.، ع 01، 2008. الجزائر، ص 205، 206

³ ابن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 314.

⁴ ينص هذا التقرير على: "... ولا ينبغي التقليل من شأن هذه التناقضات الظاهرة، بل يجب أن تعالج في ضوء عنصر أساسي هام ينصب على مكانة ودور القانون الإسلامي في إعداد الأعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة أو هذا الدور بدأ يتضاءل باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر وتداخل الثقافات والعمليات العلمانية الجارية في المجتمع الجزائري. إن الفرض العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون...، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي... يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الأمر الذي يتعدى تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي.

وكقراءة تحليلية لهاته النصوص المعدلة والمُلغاة، يتبين أن القصد من ورائها هو تجسيد المُشرِّع لمبدئي حرية الزواج والمساواة بين الجنسين في إبرامه، حتى تتواءم واتفاقية سيداو لاسيما المادة 02 والمادة 16 منها¹، وهو ما يمكن اعتباره تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الأسرية لاسيما عقد الزواج، ومن جهة أخرى التأكيد على فكرة مقتضاها أن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المشترك بين كل القوانين الوضعية والذي يجب أن تخضع له في ما تمليه من واجبات وتضمنه من حقوق.

وعليه، فإن توجه المُشرِّع نحو إلغاء ركن الولي وتهميشه في عقد الزواج بذريعة التأكيد على مبدأ الرضائية وحرية الإرادة مسايرةً منه للمنظمات الأممية التي تسيطر على قراراتها القوي العظمى، توجه مرفوض، لأن جوهره وغايته تكريس للمذهب الفردي الليبرالي، والتفاف على الإرادة الأمة بسياسة "الخطوة خطوة" والتدرج في فرض الأمر الواقع، وهي سياسة تسعى لتغيير قناعات المجتمع الجزائري وموقفه من الولاية كحكم شرعي، وتضعف تمسكه بالزواج كعقد يجب أن تنظمه الشريعة الإسلامية.

فركن الولي ليس تمييزاً ضد المرأة كما يُصوره الغرب وأتباعه، وليس فيها مساس بمبدأ المساواة بين الجنسين، بل على العكس من ذلك؛ فالولي صاحب حق ومصلحة في ضمان مستقبل موليته خاصة إن كانت بنته، فهو الناطق باسمها وسفير إرادتها واختيارها لمن يريد الزواج بها، ويُحافظ على كرامتها وشرفها وعفتها، بل هو أحرص الناس على أن تكون موليته في أيدي أمينة في المستقبل، فالولاية ولاية مشاركة؛

ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية. تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأرومتوسطية."، ص 10. انظر:

www.euromedgenderquality.Org.CEDAW/C/DZA/11/09/1998.(2011- 2008)

المادة 2: "تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:

أ / إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة؛

ب / اتخاذ المناسب من التدابير، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك ما يناسب من جزاءات، لحظر كل تمييز ضد المرأة؛

ج/ فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي؛

د/ الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام؛ هـ/ اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة،

و/ اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة؛ ز/ إلغاء جميع الأحكام الجزائرية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة."

حيث لا يجوز كأصل عام أن تنفرد المرأة بإبرام عقد الزواج بمفردها، بل يُشاركها وليها في ذلك. فبعد رضاها الكامل والحر من غير إكراه تُفوض وليها ليقوم بإبرام العقد نيابةً عنها.¹

ورغم أن التعديل الأخير لقانون الأسرة جاء ليكرس مبدئي الحرية والمساواة في اختيار الزوج، ويؤكد على ركنية الرضا الحر والكامل في عقد الزواج، وذلك بمنع الجبر الذي يمكن أن يمارس على القاصرة، بنص المادة 13 على أنه: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"²، وخول للمرأة الراشدة أن تبرم عقد زواجها بمفردها، بحضور وليها الذي يعتبر اشتراطه عملياً مجرد إجراء شكلي لا يترتب عليه بطلان العقد³ بنص المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، كما ألغى المادة 12 التي كانت تنص: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها...؛ إلا أنه ونظراً لتحفظات الجزائر على بعض البنود من اتفاقية سيداو بحكم أن الشريعة الإسلامية تشترط الولي في عقد الزواج، فقد انتقدت لجنة سيداو في ردها على التقرير الثالث والرابع الجزائر على عدم إلغاء شرط الولي كليةً من قانون الأسرة في تعديله الأخير.

فاللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، قد اعتبرت الأحكام الواردة في المادتين 9 و 11 من ق.أ.تدويم - من وجهة نظرها - الأحكام التمييزية في مسائل متصلة بالزواج والحياة الأسرية، وانتهت إلى مطالبة الجزائر في أن تعطي أولوية عالية لمراجعة هذه الأحكام الواردة في قانون الأسرة على حسب تعبيرها بما يتفق وأحكام المادتين 9 و 6 من الاتفاقية، وهي دعوة تتعارض مع اشتراط أحكام الشريعة الإسلامية للولي في إبرام عقد الزواج.⁴

وكقراءة تحليلية لهاته النصوص المعدلة والمُلغاة (خاصة المادة 11 و 12 من ق.أ)، في ضوء التقارير المقدمة من الجزائر للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة يتبين أن اضطراب الصياغة القانونية للمادة 11 دليل على أن المُشرِّع وجد نفسه بين مطرقة لجنة سيداو، وسندان مطالب التيار الوطني المُحافظ⁵،

¹ بن عומר محمد الصالح، المرجع السابق، ص 316.

² وهذا بعد ما كانت تنص: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يُجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

³ بن عומר محمد الصالح، المرجع السابق، ص 313.

⁴ أعمر سعيد شابحة، عيسى امعيزة، المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، ع 9، ص 463.

⁵ أعمر يحيوي، الإجراءات الايجابية، أي حل لمعالجة اللامساواة الفعلية بين الرجل والمرأة؟ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، مع 45، ع 01، 2008، ص 205، 206.

فاضطر إلى التوفيق بين المطالبات الوطنية المؤكدة على دور الولي في عقد الزواج من جهة، وضغوط الهيئات الدولية المطالبة بتجسيد المساواة المطلقة بين الجنسين، ولهذا يمكن القول أن القصد من وراء هذا التعديل هو التجسيد التشريعي لمبدئي الحرية والمساواة بين الجنسين في عقد الزواج، حتى تتواءم واتفاقية سيداو لاسيما المادة 2 و المادة 16 منها، وهو ما يمكن اعتباره تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الأسرية وعقد الزواج.

ويعاب على تعديلات الأمر 05-02 أنها لم تكتفي بإلغاء ولاية الإجماع، ولا بالتأكيد على رضائية الزواج بالنسبة للمرأة ومساوتها في ذلك بالرجل، بل تمادت حتى طالت يد المشرع الدور المحوري الذي أناطته الشريعة بالولي، وذلك بالتلفيق بين الآراء الفقهية فجردته من أي دوره المؤثر في العقد، وحطت من مرتبته في الزواج من الركن إلى الشرط صوري لا يعتبر إذنه ولا يهاب إعتراضه، كل ذلك من دون أن يضطر المشرع إلى التصريح بإلغاء شرط الولي من نصوص القانون ولا بسحب التحفظات الواردة على المادتين 2 و 16 من اتفاقية سيداو¹.

وعليه فهذه التعديلات المدخلة على قانون الأسرة، لم تكن تستهدف تكريس الحرية والمساواة في المراكز القانونية بين الجنسين بقدر ما كانت تستهدف مواءمة أحكام قانون الأسرة لاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة²، في محاكاة واضحة من المشرع لأنظمة الغرب³، التي تدعو لعلمنة القانون وفصل الدين عن الدولة، وما الانتصار لمبدأ الرضائية وحرية الإرادة في قانون الأسرة إلا ذريعة لإخضاع نظام الأسرة وعقد الزواج بخاصة لمبدأ سلطان الإرادة، وتركية لما ذهب إليه بعض الفقه القانوني الذي يحاول إبعاد الزواج عن طابعه الشرعي واعتباره مجرد عقد مدني، كونه في نظر هذا الفقه تصرف بسيط لا يختلف عن بقية العقود المدنية التي يكفي لانعقادها الإيجاب والقبول من طرفي العقد كما قرره نظرية سلطان الإرادة، ولا يتطلب شروطا خاصة كإشراك الولي في خيارات الفتاة المقبلة على الزواج، ولهذا نجد المشرع يتناقض مع نص المادة 4 من ق.أ. لأنها مادة تعرف الزواج بأنه اقتران بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، وحينما حرم المشرع الولي من حقه في الاعتراض على موليته ولو أخلت بمصلحتها كزواجها من غير كفاء، أو بأقل من مهر المثل، فقد خالف الوجه الشرعي.

¹ بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص 314.

² لاسيما المادتين 15 و 16 من اتفاقية سيداو.

³ عيسى جعنيط، المرأة والأسرة الجزائرية في مواجهة التغريب والعولمة، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، سبتمبر 2004 ، ع8، ص93 وما بعدها.

وبالتالي يمكن القول أن المُشرِّع سلك مسلك التوفيق بين مرجعيتين متناقضتين، المرجعية الفقهية الإسلامية والمرجعية الأُممية الدولية، وهو ما يفسر ازدواجية المرجعية المؤطرة لتعديل قانون الأسرة، والتي تهدف إلى:

- 1- التمييز التدريجي لدور الشريعة الإسلامية في إعداد الأعمال القانونية والقضائية عامة وفي قانون الأسرة بخاصة بهدف علمنة المجتمع الجزائري والقضاء على المرجعية الإسلامية في التشريع.
 - 2- التمهيد لإلغائها شرط الولاية نهائياً، من خلال المرحلة والتدرج في إقرار النصوص التشريعية حتى يتم امتصاص ردود الأفعال الممانعة التي قد تصدر عن الطبقة السياسية المحافظة أو الرأي العام.
- وهي في الحقيقة أهداف واعتبارات صريحة تضمنها التقرير الأول المقدم من الجزائر للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة استجابةً لمطالب لجنة سيداو الذي جاء فيه أن "الفرص العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون...، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي... يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الأمر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي. ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية"¹، وبهذا التوجه يكون المُشرِّع الجزائري قد سلك اتجاهًا تعريبيًا ينسج بالقانون عن معين الشريعة، ويفصم الأمة عن موروثها الحضاري، فعقد الزواج ليس علاقة بين شخصين فحسب، بل هو ميثاق غليظ وعلاقة مصاهرة بين أسرتين تشد أركان المجتمع²، نظمه الشارع الحكيم بتفصيل يحفظ الحقوق ويحصن مقام الأخلاق والفضيلة.

¹ ينص هذا التقرير على: "... ولا ينبغي التقليل من شأن هذه التناقضات الظاهرة، بل يجب أن تعالج في ضوء عنصر أساسي هام ينصبُّ على مكانة ودور القانون الإسلامي في إعداد الأعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة أو هذا الدور بدأ يتضاءل باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر وتداخل الثقافات والعمليات العلمانية الجارية في المجتمع الجزائري. إن الفرص العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون...، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي... يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الأمر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي. ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية." تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأوروبية متوسطة. " انظر:

الفصل الثاني:

مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج وانحلاله

(مظاهر تكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين)

الفصل الثاني: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج وانحلاله

(مظاهر تكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين)

إن الحكمة من تنظيم الشرع لآثار عقد الزواج هي الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية، الذي هو أساس تكوين الأسرة والمجتمع، وصيانتها من الشروط التي تنافي مقاصد الشريعة ومقتضى ذلك الميثاق الغليظ¹، إذ يقتصر عمل الزوجين على إبداء رغبتهما باختيارهما الحر ثم رضاهما المتبادل بإبرام عقد الزواج دون أن يكون لهما حق الاعتراض على آثاره الأصلية أو رفض بعضها، واستثناء من هذا الأصل العام فقد أباح الشارع للزوجين الاتفاق على الشروط التي لا يترتب عليها خلل بالمقصد الأصلي من العقد.

ولذلك نجد أن حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد، بدليل أن الاجتهادات التي تقولون بأن الأصل في العقود الإباحة، وتجعل العقود مطلقة من قيد الشارع ومتحررة من مبدأ شرعية الآثار، هي نفسها الاجتهادات الفقهية التي تفسح للإرادة مجال الاشتراط واسعاً في عقد الزواج، فيجعلون للعاقدين أن يشترط عند إبرام عقد النكاح ما شاء من الشروط ليرتب ما يشاء من الآثار ما لم تخالف مقاصد الشريعة وأصولها أو يرد في الشرع النهي عنها بدليل خاص²، وعلى العكس من ذلك، فإن الاجتهادات التي تقولون بأن الأصل في العقود المنع، نجد أنها تتمسك بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها، ولا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع تلك المقتضيات³.

ولهذا اختلف الفقهاء المسلمون ما بين مضيّق وموسّع فيما يتعلّق بحرية التعاقد، وبالتالي حرية الاشتراط، وهو ما حدى بنا إلى أن نبسط البحث في هذه الاجتهادات، لنستطلع مدى تلائم أسسها مع موضوع سلطان الإرادة العقدية في النظريات القانونية الحديثة حتى نتمكن في الأخير من تحديد نطاق حرية الزوجين في ترتيب آثار عقد الزواج في قانون الأسرة؟

وباعتبار أن الرضا جوهر عقد الزواج وأن المنطق السليم يقتضي أن يُسمح للزوجين الاتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بإرادتهما المشتركة متى تعذر تحقيق مصلحتهما المشتركة، يجدر بنا دراسة الدور الذي تلعبه إرادة الزوجين في اختيار طرق إنهاء عقد الزواج؟

¹ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 199.

² أنظر: رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 92.

³ أنظر: محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 03، 1994، ص 103، خدام هجيرة، المرجع السابق، ص

المبحث الأول: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

إن أغلب اجتهادات فقهاء المذاهب الأربعة تكاد تكون متفقة في الجملة على أن آثار وأحكام عقد النكاح هي أبعد ما تكون عن سلطان إرادة العاقدين، إذ يقتصر عمل المتعاقدين على إبداء رضاها المتبادل لإبرام عقد الزواج دون أن يكون لهما حق الاعتراض على هذه الآثار أو رفض بعضها، وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع، فإن الاستثناء من هذا الأصل العام هو ما أباح الشارع للزوجين من حرية التراضي على شروط¹ قد تؤكد مقتضى عقد الزواج أو تحقق منفعة مقصودة لأحد الزوجين.

فهذه الشروط المقترنة بعقد الزواج لا تكون ملزمة للطرفين، إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي ترتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد المقدس، فما يشترطه العاقدان لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو لا ينافي مقاصده²، لأن أحكام النكاح التي يقرها الشرع ليست من حقوق العاقدين فقط، بل هي من حقوق الأسرة ونظام المجتمع وهذا أيضا ما يقره التشريع الوضعي ونظرياته في القوانين الحديثة كما سنرى.³

وعليه يمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد أو شرط التقييدي بأنه: "التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد، سواء كان ممّا يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان منافياً له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط"⁴، ويقصد بالشروط المقترنة بعقد الزواج عند الفقهاء هي الشروط المصاحبة لعقد النكاح، والتي يشترطها أحد الزوجين على الآخر، ويكون له فيها مصلحة ومنفعة، أو درء مفسدة ومضرة عنه، أو هي: "الالتزامات الناشئة لأحد الزوجين، باتفاقهما، زيادة على الآثار التي يرتبها العقد، وتعدّ من مقتضاه بحكم الشرع، أو تحديداً لهذه الآثار"⁵.

¹ الشرط في اللغة هو: «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه» أما اصطلاحاً فهو: «ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته» أنظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مج 07، دار صادر، بيروت، د. س. ن.، ص 329؛ عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، ط 4، 1963، ص 55؛ أنظر: محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 94.

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 209، 210.

³ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 552.

⁴ أنظر: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008/2009، ص 454؛ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 252؛ رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 32.

⁵ أنظر: عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 55.

المطلب الأول: إطلاق سلطان الإرادة في اشتراط ما يوافق مقتضى عقد الزواج

يتميز الشرط المقترن بالعقد بكونه أمراً زائداً على أصل العقد أو التصرف، وأنه أمر مستقبلي يكون في مقدور المشتراط عليه¹، ومن حيث مصدره، فهو شرط إرادي يشترطه المتعاقدان أو أحدهما، ويكون القصد منه تحقيق المصلحة الخاصة فيرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد²، ولكن الشارع قيده بحدود شرعية معينة، فليس للعاقد اشتراط أي شرط يريده، بل يجب ألا يخالف حكم العقد أو التصرف، وإلا عدَّ شرطاً لاغياً³.

هذا والحديث هنا، عن الشروط الإرادية المضمنة في عقد الزواج وليس عن عقد الزواج المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل، ووجه التفرقة بينهما يكمن في:

1- أنّ العقد المقترن بشرط يكون خالياً من أداة الشرط، وأمّا المعلق على شرط فيكون بأداة من أدوات الشرط.

2- ومن حيث المعنى، فالعقد المقترن بشرط هو عقد منجز وينشأ وقت إبرامه بحسب صيغته ولا يتوقف على حصول شيء بعده، فهو أمر زائد على أصل العقد أي أنّ العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي تطلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد، فهو يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر أركانه وشروطه، أمّا العقد المعلق على شرط فيتوقف وجوده على تحقق الشرط المعلق عليه لأنّ صيغته لا تنشئ العقد في الحال⁴.

الفرع الأول: حكم اشتراط ما يقتضيه عقد الزواج

أجمع الفقهاء على صحة الشروط التي يقتضيه العقد وتوافق مقصود الشارع من النكاح، وقد دل على ذلك ما ورد من النصوص الشرعية في الأمر بالوفاء بالعقود والشروط، ويدخل تحت حكم الإجماع ما

¹ أنظر: محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985، ص 15.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 252.

³ أنظر: محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج 01، دار الخير، سوريا، ط 2، 2006، ص 408، 409.

⁴ وعلى هذا الأساس، فإنّ عقد الزواج المعلق على شرط واقف أو فاسخ، أو مضاف إلى أجل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنّ عقد الزواج لا يقوم إلا منجزاً مرتباً لكافة آثاره في الحال، أما عقد الزواج الذي تضمن بعض الشروط الاتفاقية الإرادية التي لا تتنافى ومقتضياته، ولا تتعارض وأحكام الشرع فهو صحيح. عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 147، 148، خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 253، 254.

كانت من مقاصد العقد أو مؤكدةً لمقتضاه، أو موافقةً لما أمر به الشارع، أو جرى بها العرف لأنها من قبيل التأكيد والتوثيق لأمر مقرر شرعاً¹.

فهذه شروط تبين مقتضى العقد أو توافق مقتضاه؛ لأن مضمونها واجب التحقق شرعاً، حتى ولو لم يشترطها أحد العاقدين²؛ لذلك لا يختلف احد على صحتها، وإلا فوجودها وعدمها سواء، أي أنها لا تفيد حكماً جديداً ولا تؤثر في العقد، لأن ثبوت ملك الاستمتاع وتسليم الزوجة نفسها وزفافها لزوجها إذا قبضت مهرها، والإنفاق على الزوجة من مقتضى الزواج³، وعليه يمكن حصر خصائص ما يقتضيه النكاح في:

1/ ما يقتضيه العقد ثابت باشتراط الشارع وإيجابه وجعله: فما يتضمنه العقد من أحكام أساسية مستحقة للعاقدين لا يجعل المكلف واشترطه، إنما هي مقاصد الشارع وعزائمه، هو الذي ملّك الزوج منافع البضع وجعلها خاصة له في حدود ما أحل له، فلا يصح هبتها ولا مشاركة الغير فيها، وخوله القوامة وملّكه عصمة المرأة، فقبول النكاح إليه وإزالة العصمة بيده، وكذلك أمره بالإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان، وأوجب العشرة بالمعروف على الزوجين، وجعل المهر من لوازم النكاح وواجباته؛ فلا حاجة للمتعاقدين لاشتراط هذه الأشياء أو نفيها؛ لأن اشتراط ذلك تضمنه العقد بحكم النصوص الشرعية والقواعد العامة للشريعة الإسلامية؛ فحماية المصالح الزوجية الأساسية أوجبها الله لعباده، وجعل العقد متضمناً لها وأما المصالح والمنافع التي تختلف باختلاف الظروف والأحوال لا بد من اشتراطها⁴.

2/ ما يقتضيه عقد النكاح محل إتفاق بين علماء الإسلام: لأنه من لوازم العقد ومدلولاته التي شرع من أجلها وجعل دالاً عليها، ومتضمناً للأحكام التي وضعها الشارع والآثار التي رتبها على عقد النكاح مباشرة دون الحاجة إلى اشتراطها من العاقدين كالنفقة والإرث وغيرها إلا أن العلماء يختلفون في دليل ما يتضمنه العقد، فهم متفقون على أن ما يتضمنه العقد لازم بموجب استلزامه له وبعضهم يزيد شيئاً آخر وهو أن ما يتضمنه العقد واجب للنصوص التي جاءت بالأمر بالوفاء بالشروط كحديث عقبة بن

¹ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص73.

² الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ص4/3053

³ السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، المرجع السابق، ص45

⁴ السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، المرجع السابق، ص46-47

عامر الذي رواه البخاري وغيره عن النبي ﷺ قال : "أحق ما أو فitem من الشروط ما استحلتتم به الفروج"¹، فان كثيرا من العلماء حملوا هذا الحديث على الشروط التي يتضمنها العقد.²

ومن أمثلة الآثار التي يقتضيها عقد النكاح بالنسبة للزوج:

- تسليم الزوجة.
 - قوامه الزوج على الزوجة؛ لقوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ الآية: 34.
 - كون الطلاق بيد الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء﴾ الآية: 232.
 - حبس الزوجة على مصالح الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وقرن في بيوتكن﴾ الاحزاب، الآية: 33.
- ومن أمثلة الآثار التي يقتضيها عقد النكاح بالنسبة للزوجة:
- المهر؛ لقوله تعالى: ﴿واتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ النساء، الآية: 4.
 - النفقة؛ لقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ الطلاق، الآية: 7.
 - السكنى، لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾ الطلاق، الآية: 6.
 - العدل بين الزوجات، لقوله تعالى: ﴿فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا﴾ النساء، الآية: 3.

○ ومن أمثلة الآثار والحقوق المشتركة التي يقتضيها عقد النكاح:

- حل الوطاء، لقوله تعالى: ﴿هن لباس لكم وانتم لباس لهن﴾ البقرة، الآية: 187.
- ثبوت التوارث، لقوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ النساء، الآية: 12؛ ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد﴾ النساء، الآية: 12.
- المعاشرة بالمعروف، لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ النساء، الآية: 19.

الفرع الثاني: الشروط الموجبة والمؤكدة لمقتضى عقد الزواج

الشروط الموافقة لمقتضى عقد النكاح إما أن تكون موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج، أو مؤكدة لحكم يقتضيه هذا العقد.

أولاً- الشروط الموجبة لحكم من أحكام عقد الزواج: وهي ما كان اشتراطه من قبل الشارع فهو الذي جعله مستحقاً للعاقدة بمجرد إحداث العقد المتراضى عليه من الطرفين أي أن الشارع يرتب الحكم

¹ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم . 5151 الجامع الصحيح، ج3، ص 375؛ مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم . 1418 صحيح مسلم، ج1، ص 641 .

² السدلان صالح بن غانم بن عبد الله ، المرجع السابق، ص46-47 .

الأصلي للعقد ويُنفذه في الوقت نفسه¹، وكل أمر من أجله شرع العقد فهو متضمن له وتنفذه منوط بإرادة الأفراد لا إرادة الشارع، فهي الأحكام التي تجب بالعقد من غير شرط، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون خالية من الموانع الشرعية، فلا تكون زوجة للغير أو في عدتها، أو أن تكون له القوامة عليها، أو أن تكون مطيعة له في غير معصية، ونحو ذلك أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهرا، أو أن ينفق عليها².

فهذه الشروط من مضمون العقد ودال عليها شرعا كما دل عليها عرفا وعادة، وعقد النكاح إنما يقصد لهذه الأمور ونحوها، فإذا اقترنت بعقد الزواج، فهي صحيحة باتفاق الفقهاء والوفاء بها واجب من الطرف الملتزم بها شرعا، سواء اشترطت في العقد أم لم تشترط، وذلك لأنها توجب حكما من أحكام عقد الزواج، التي رتبها الشارع على هذا العقد، وجعلها من آثاره³.

والشروط الموجبة لحكم من أحكام عقد الزواج والموافق لما أمر به الشارع عديدة:

- كاشتراط النفقة والسكن على الزوج .
- اشتراط حل الاستمتاع بين الزوجين وتمكين الزوجة من نفسها وتسليمها لزوجها.
- اشتراط الزوج أن تكون له القوامة على زوجته أو حق تأديبها.
- اشتراط الزوج أن لا تخرج إلا بإذنه.
- اشتراط الزوج عليها ألا تكون زوجة للغير أو على ألا تكون في زمن عدة ونحو ذلك مما يتضمنه العقد ويدل عليه شرعا.
- اشتراط المرأة على زوجها السكنى والنفقة والمبيت عندها.
- اشتراط المرأة حُسن العشرة وما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.
- اشتراط المرأة أن يقسم بينها وبين ضرائرها بالعدل في حالة التعدد.

¹ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 578، 577.

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 455، 456 .

³ محمود بلال مهرا، المرجع السابق، ص 24

فهذه كلها شروط صحيحة، لأن الغرض من اشتراطها هو تحقيق التلاحم والتوافق بين الزوجين وهذا ما يلائم مقصود النكاح، أو اشتراط الطلاق إذا طرأ سبب داع له، فذلك كله مشروع موافق لما أمر به الشارع¹.

ثانياً- الشروط المؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج:

وهذه الشروط لا توجب حكماً من أحكام عقد الزواج، وإنما تؤكد حكماً من الأحكام التي يقتضيتها هذا العقد، والهدف الأساسي الذي يدفع بالزوجين إلى وضع شروط تكون من مقتضى العقد هو الرغبة منهما في التأكيد على ضمان هذه الحقوق، فتلجأ الزوجة إلى الاشتراط على زوجها بأن ينفق عليها، أو أن يعطيها مهرها معجلاً ضامناً لتنفيذ الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج، أو تشتط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج كفيلاً يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملاً المهر، أو يضمن قيامه الزوج بالإنفاق على زوجته بما يتناسب مع أمثالها.

ولما كانت هذا الشروط مؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج، فهي شروط جائزة صحيحة لا توقع في العقد خلافاً باتفاق الفقهاء، ولا يكره اشتراطها، لأنها لازمة بمقتضى العقد وتضمن الوفاء بأحكامه، وآثاره المالية المترتبة عليه، وهو مما يحرص عليه الشارع باعتباره من العوامل التي تؤدي إلى ترابط الأسرة وتماسكها، واستقرار العلاقة بين الزوجين².

الفرع الثالث: الشروط التي جرى بها العرف أو دل على اعتبارها دليل شرعي

أولاً- الشرط الذي جرى به العرف: وهو ما تعارف الناس عليه في عقودهم من شروط لا تخالف الشريعة وجرى ذلك مجرى العرف المشتهر الملزم بحكم العادة وإن كان في هذه الشروط زيادة منفعة لأحد الزوجين من غير إضرار بحق الآخر وذلك مثل:

- إقامة مراسيم الزواج حسب المتعارف عليه.
- تحديد النفقة والكسوة والمسكن والزيارة.
- العرف الجاري في بعض المجتمعات على أن المهر يقسم إلى مقدم عند العقد، ومؤخر لما بعد الدخول.

¹ السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، المرجع السابق، ص 46؛ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 237؛ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، ط2، الأردن، 1997، ص 180؛ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ص 4/3053

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 456، أنظر: محمود بلال مهران، المرجع نفسه، ص 30

● ومثله تعارف الناس على أن ما يقدمه الخطيب في فترة الخطوبة يعتبر هدية لا يحسب من المهر. فهذه الأمور وما ماثلها دل عليها العرف واقتضاها العقد فلا حاجة لاشتراطها فيه، فجازت هذه الشروط استحساناً¹ خلافاً لزفر من الحنفية.²

ثانياً- الشروط التي دل على اعتبارها دليل شرعي: وهي الشروط التي دل على صحتها واعتبارها دليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإذا اشترط أحد الزوجين على الآخر شرطاً من هذا النوع، كان شرطاً صحيحاً معتبراً والوفاء به واجب باتفاق الفقهاء، كأن يشترط الزوج على زوجته التزام الحجاب خارج البيت أو مع غير المحارم، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن تكمل دراستها بعد الزواج، وهذا الشرط صحيحاً باتفاق الفقهاء لأنه يتعلق بطلب العلم الذي دلت على صحته واعتباره كثير من النصوص الشرعية من الكتاب والسنة التي حثت على طلب العلم والسعي من أجله على وجه العموم دون تمييز بين الرجال والنساء.³

المطلب الثاني: تقييد حرية الإرادة عن اشتراط ما ينافي مقتضى عقد الزواج أو ثبت النهي عنه.

اتفق العلماء على أن حديث بريرة رضي الله عنها⁴، عام في الشروط في جميع العقود ليس ذلك مخصوصاً عند أحد منهم بالشروط في البيع، بل من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو النكاح أو غير

¹ إن الأعراف في مجال الأنكحة والشروط المستحدثة في عصرنا هذا ليست ناشئة عن تحسين المسلمين كأساس للعرف، بل هي ناشئة عن وجود فراغ في الحياة الإسلامية ملأته المدنية الغربية وتقليد أنماطها كمظاهر الإسراف والبذخ أو اشتراط مراسيم واحتفالات المجون والاختلاط، وهو ما يفرض الالتفات نحو هذه الشروط لعرضها على ميزان الشرع وتصفيتها من شوائب المدنية الغربية حتى يلي هذا العقد المقدس حاجات الأسرة من تماسك ومودة ورحمة، ويرتقي بالمجتمع المسلم نحو أفاق التكافل والازدهار؛ محمد الحبيب التجكاني، المرجع السابق، ص33

² محمد الحبيب التجكاني، المرجع السابق، ص ص31، 32؛ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ص4/3053؛ السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، المرجع السابق، ص46

³ وهذا شرط صحيح باتفاق الفقهاء إذا وافق عليه الزوج، لأنه حينئذ يكون قد رضي بالاحتباس الناقص، وعليه أن يمكنها من ذلك، طالما لا يؤثر على أدائها لواجباتها نحو رعاية شؤون بيتها"، محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص456.

⁴ "... ما بال رجالٍ منكم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ فأما شرطٌ كان ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، فقضاءُ الله أحق، و شرطُ الله أوثق" أخرجه البخاري ومسلم من حديث عائشة.

ذلك شروطاً تُخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهي الله عنه، أو النهي عما أمر به، أو تحليل ما حرّمه، أو تحريم ما حلّله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود.¹

الفرع الأول: تقييد حرية الإرادة عن اشتراط ما ينافي مقتضى عقد الزواج.

يمكننا القول أن نظرية مقتضى العقد تقوم على أساس أن إرادة الزوجين لا تُنشأ عقداً بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام تشريعي قائم، بحيث تقتصر إرادتهما على الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، فهي لا تنشئ من الشروط إلا ما نص الشارع على إباحته أو كان موافقاً لمقتضى العقد وملائماً لحكمه، أما ما وراء ذلك فالإرادة لا تملك إنشاءه وإن فعلته كان باطلاً.²

والحكمة في جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع؛ الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية وصونه من الشروط المنافية لمقاصد الشريعة، وتغليب مصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.³

وقد تمسك جمهور الفقهاء بنظرية مقتضى العقد التي تعتبر أن الأحكام والالتزامات التي يكون العاقد مكلفاً بها هي محدّدة من قبل الشارع دون حاجة إلى اشتراطها من العاقد، وذلك كالتزام الزوجة بتسليم نفسها، والتزام الزوج بدفع المهر والنفقة، وهذه الاجتهادات إنما تعكس الاتجاه القائل بأن الأصل في الاشتراط الحظر، فلا يباح منه إلا ما جاء به النص من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان، فهم يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، ويقيدون إرادة الإنسان ويضيّقون نطاقها، ولا يفسحون لها المجال في باب العقود والشروط إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء ذلك.⁴

فإذا اقترن عقد الزواج بما ينافي مقتضاه من الشروط صح النكاح عند جمهور الفقهاء، ويبطل الشرط ويُغنى بلا اتفاق؛ لأنها شروط تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، ولمنافاتها لمقاصد

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج31، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، د. ط، 1995م، ص28.

² أنظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 06، د. س. ن.، ص 393.

³ أنظر: محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص72.

⁴ أنظر: زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط01، 1968، ص 61،

العقد ولمخالفتها ما جاءت به النصوص الشرعية، وسبب صحة عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط، هو كون هذه شروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به¹، كاشتراط عدم التوارث بين الزوجين المسلمين، أو أن تشترط الزوجة الكتابية إرثها من زوجها المسلم، أو أن يشترط الزوج على زوجته ألا يكون لها مهر، أو ألا ينفق عليها، أو أن تُنفق الزوجة عليه، أو ألا يعاشرها بالمعروف ولا يقسم لها، وكأن تشترط الزوجة على زوجها حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه، أو أن تكون لها القوامة عليه، أو أنها غير ملزمة بطاعته، أو أن يكون لها أكثر من ضربتها عند القسم²، أو أن تخرج من غير إذنه، أو أن لا يقسم لضرائرها، أو لا ينفق عليهن، أو تشترط هي أو الزوج أن لا يطأها، أو أن يعزل عنها. غير أن هناك من الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج، فيترتب عليها بطلان العقد نفسه، كأن يشتمل على شرط ثبت النهي عنه لكونه يناقض أصل عقد النكاح، أو اقتران العقد بشرط الخيار أبداً أو لمدة معينة، سواء كان الخيار للزوجين أو لأحدهما أو لشخص آخر، فهذا الشرط يناقض مقتضى عقد الزواج، لأنه عقد شرع لتترتب عليه آثاره فور إنشائه بدون تأخير، فيجب أن تكون الصيغة قاطعة في الإنشاء في الحال.³

أولاً- الاجتهاد الفقهي في تقييد سلطان الإرادة في عقد الزواج بنظرية مقتضى العقد:
وهي كالآتي:

1/ اجتهاد الظاهرية والشافعية في الأخذ بنظرية مقتضى العقد:

الظاهرية والشافعية أكثر الفقهاء تشدداً وتضييقاً لحرية الشروط؛ فمقتضيات العقود كلها في نظرهم إنما تثبت بدليل شرعي، وليس للعاقدة أن يخالفها أو يضيف إليها شيئاً أو يقيد بها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته إذ قصرنا الأدلة على النصوص⁴، فقد ورد عن ابن حزم الظاهري أن: «كل نكاح عقد على صداق فاسد، أو على شرط فاسد، مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى أو غير مسمى، أو بعضه إلى أجل كذلك، أو على خمر، أو على خنزير، أو على ما يحل ملكه، أو على شيء بعينه في ملك غيره، أو على أن لا ينكح عليها، أو أن لا يتسرى عليها، أو أن لا يرخلها عن بلدها، أو عن دارها، أو أن لا يغيب مدة أكثر من كذا، أو على أن ينفق

¹ السيد سابق، فقه السنة، ج2، ص33، 34؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص457

² أنظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص158.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص457.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص157.

على ولدها أو نحو ذلك. فهو نكاح فاسد مفسوخ أبداً، وإن ولدت له الأولاد، لا يتوارثان، ولا يجب فيه نفقة، ولا صداق ولا عدّة» .

أما حديث "أحق ما أو فitem من الشروط ما استحلتتم به الفروج"¹ فهو محمول عند الشافعية على الشروط الصحيحة الواقعة في الزواج هي التي لا تنافي مقتضى النكاح بل تكون من مقتضياته ومقاصده، كاشتراط العشرة بالمعروف والإنفاق وألا يقصر في شيء من حقها من كسوة وسكن وقسم بين الزوجات، أو لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه لم يتعلق به غرض، كشرط ألا تأكل إلا كذا. وحكمها: أن الشرط يلغو، أي لا تأثير له في الصورتين لانتفاء فائدته، ويصح النكاح والمهر²، كما هو الحكم في البيع، كاشتراط تأجيل الثمن، وتأجيل المهر في النكاح³، وهو قول الشافعي المشهور عنه.

وأما الشروط الفاسدة: فهي التي تخالف مقتضى عقد النكاح ولم تخل بمقصوده الأصلي: وهو الوطاء، كشرط ألا يتزوج عليها، أو ألا نفقة لها أو ألا يسافر بها، أو ألا ينقلها من بلدها، وحكمها: أن الزواج يصح لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطاء أو الاستمتاع، ويفسد الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد، فإن أخل الشرط بمقصود الزواج الأصلي: كأن شرط ألا يطأها الزوج أصلاً، أو ألا يطأها إلا مرة واحدة مثلاً في السنة، أو شرطت المرأة ألا يطأها إلا ليلاً فقط أو إلا نهاراً فقط، أو شرط أن يطلقها ولو بعد الوطاء، بطل الزواج؛ لأنه شرط ينافي مقصود العقد فأبطله. فإن شرط الزوج ألا يطأها ليلاً لم يبطل العقد؛ لأن الزوج يملك الوطاء ليلاً ونهاراً وله أن يترك، فإن شرط ألا يطأها فقد شرط ترك ما له تركه، وأما المرأة فيستحق عليها الوطاء ليلاً ونهاراً، فإذا اشترطت ألا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه، وهو ينافي مقصود العقد، فبطل. وكذا لو شرط الرجل أنها لا ترثه، أو أنه لا يرثها، أو أنهما لا يتوارثان، أو أن النفقة على غير الزوج، بطل الزواج أيضاً⁴.

وسندهم في ذلك من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ سورة البقرة، الآية: 229، وقوله جل وعلا: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ سورة الطلاق، الآية: 01 .

¹ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم . 5151 الجامع الصحيح، ج3، ص 375؛ مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم . 1418 صحيح مسلم، ج1، ص 641 .

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص 6544 .

³ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 549، 550.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص 6544 .

ومن السنّة: قوله صلى الله عليه وسلم: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه، فهو رد»¹ فهذه الأدلة تفيد بأنّ اشتراط شروط لم يرد بشأنها دليل معيّن هو تعدّد حدود الله ومخالفة لشرعه، وجب عدم الوفاء بها لكونها باطلة بطلاناً مطلقاً، ووجه الدلالة من هذه الآيات الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى بيّن لنا الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزوها، ومن ثمة فإنّ كل شرط لم يرد به دليل معيّن يكون تعدياً لحدود الشريعة لا يجب الوفاء به.²

2/ الاجتهاد الحنفي في الأخذ بنظرية مقتضى العقد: ومبنى الاجتهاد الحنفي في الشروط العقدية أن مقتضى العقد هو الأحكام الأساسية التي قررها الشرع لكل عقد، سواء بالنص عليها مباشرة أو باستنباط المجتهدين، بقصد تحقيق التوازن في الحقوق بين العاقدين فليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى³ فإن اشترطا شرطاً مخالفاً له يفسد العقد.

والشرط الباطل عند الحنفية: هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كاشتراط بائع البضاعة على المشتري ألا يبيعها أو لا يهبها لأحد، واشتراط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً، واشتراط بائع سيارة ألا يُركب المشتري فلاناً فيها أو يضعها في مكان خاص؛ العقد صحيح حينئذ، والشرط لغو باطل لا قيمة له، سواء في عقود المعاوضات، أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة والهبة⁴.

3/ الاجتهاد المالكي في الأخذ بنظرية مقتضى العقد:

يعتبر المالكية الشروط التي تنافي أو تناقض مقتضى العقد أو المقصود من الزواج شروطاً فاسدة، مثل إذا اشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته أو شرط ألا يقسم بين الزوجة وضررتها في المبيت، أو أن يؤثر عليها ضرراً أو يستقل بها عنها، أو شرطت الزوجة على زوجها أن كل من يتزوجها من النساء فهي طالق ونحو

¹ أنظر: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج 09، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط 01، السنة 2009، باب في لزوم السنة، ص 15.

² نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ج 01، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 01، 1997، ص . 95 هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 258.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 6541 وما بعدها.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 6541.

ذلك. ومثل اشتراط الخيار في الزواج وهو أن يكون للزوجين أو لأحدهما حق العدول عن الزواج بعد مدة معينة ، ومثل أن تشترط المرأة على الرجل أن يكون أمرها بيدها، تطلق نفسها متى شاءت¹.
وحكم هذه الشروط: أن الشرط فاسد والعقد فاسد لوقوعه على الوجه المنهي عنه شرعا ثم اختلفت الملكية فيما يترتب عليه بعد الوقوع، فقبل، يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده. وقيل، يفسخ قبل الدخول، فإن دخل بها مضى العقد، وألغى الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل²، وهذا هو المشهور في المذهب³.

يعتبر الملكية الشرط المنافي لمقتضى العقد مانعا من صحة العقد، فإذا زال المانع عاد الممنوع أي أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده، إذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسك به صح العقد ولغا الشرط؛ وهو ما انفرد به الإمام مالك في الشروط التي تفسد العقود⁴.
ومنها اشتراط كون المرأة سليمة من العيوب التي لا تجيز فسخ الزواج، مثل ألا تكون عمياء أو عوراء أو صماء أو خرساء أو أن تكون بكرا أو بيضاء، ونحوها. والشروط الصحيحة المكروهة: هي التي لا تتعلق بالعقد، أو لا تنافي المقصود من العقد، وإنما فيها تضيق على الرجل، مثل شرط عدم إخراجها من بلدها، أو عدم السفر بها، أو عدم نقلها من مكان كذا، وشرط عدم التزوج عليها، ونحوها، ولا تلزم الزوج إلا أن يكون فيها يمين بعق أو طلاق، فإن الشرط يلزمه.

ثانيا: توسع الاجتهاد الحنبلي في تفسير نظرية مقتضى العقد:

هذا، وإن الفقه الحنبلي لم يهمل نظرية مقتضى العقد التي تمسك بها من ضيق على نفسه من رجال المذاهب الأخرى، فكتيرا ما يمنع فقهاء الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعللون بمخالفة ذلك الشرط لمقتضى العقد، جاء في المغني: "ما يبطل الشرط ويصح العقد: مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها، أو يقسم لها أقل من

¹ إلا أنه في مسألة جعل المرأة أمرها بيدها قالوا: أ - إن علق أمر الطلاق بيدها على سبب: فإن كان السبب فعلا يفعله الزوج فهو جائز لازم للزوج، مثل أن يشترط لها أنه متى ضربها أو سافر عنها، فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره، ومثله إن كان الالتزام على يمين بطلاق أو عتق كأن حلف ألا يتزوج عليها، على أن يحدد نوع الطلاق المفوض لها، أهو رجعي أو بائن، أو ثلاث، أو أي طلاق شاءت، فحينئذ يلزم الزوج بالشرط. ب - وإن كان سببه فعل غير الزوج لم ينفذ، ولم يلزم الزوج، والنكاح جائز. أنظر:

وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6543

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص6542

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج44، ص45

⁴ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص130؛ أبو زهرة، نظرية العقد، ص199

قسم صاحبها أو أكثر، أو لا يكون عندها في الجملة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح. فأما العقد في نفسه فصحيح، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به، فلم يبطل، كما لو اشترط في العقد صداقاً محرماً، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعناق¹

ولكنهم أوسع نظرة في تفسير مقتضى العقد وحدوده، فهم لا يعتبرون الشرط منافياً لمقتضى العقد إلا إذا تعطلت باشتراطه الغاية الشرعية من العقد، كما لا يعتبرون كغيرهم أن كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه؛ بل يجعلون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة، أي غير محرمة شرعاً.²

وقد ردوا على من يرى أن مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد رداً قرروا به ضابطاً فقهياً هاما كان فيه حد الفصل بين نظريتهم السمحة ونظرية غيرهم الضيقة في حدود مقتضى العقد، فقالوا: "وقولهم إن هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به فلها الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضى عليه بلزوم الشرط حين قال إذا يطلقنا مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت إلى قوله ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في البيع"³، فلا يعتبر الشرط منافياً لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة إلا في النواحي الأساسية التي إذا شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد؛ فعندئذ قد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد، وذلك على حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد⁴.

وعلى هذا الأساس قال فقهاء الحنابلة:

¹ ابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، مكتبة القاهرة، د ط، 1968م، ص 94.

² مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص555.

³ عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج7، أشرف على طباعته، محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، مصر، د ط، د س ن، ص ص528، 527.

⁴ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص555.

- 1- إذا اشترط في عقد النكاح أن لا تحل به المتعة الزوجية، يبطل العقد والشرط وذلك لإخلال الشرط بمقصود العقد وتناقضه معه، إذ لا يبقى معه للزواج معنى، بل يكون كالعقد الصوري¹.**
- 2- إذا اشترط عدم الوطء في العقد وعدم ممارسة الاستمتاع الزوجي فإن الشرط باطل والنكاح صحيح لأنه ينافي مقتضى العقد، أما بطلان الشرط، فلأنه ينافي مقتضى العقد، ويتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد لولا اشتراطه، وأما بقاء العقد على الصحة، فلأن هذا الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد فلا يبطله²؛ كما انه لا يعقل أن يكون الاستمتاع حلالا بالعقد وممنوعا بالشرط وإنما لم يبطل العقد هنا لأن غايته الشرعية، وهي حل المتعة، حاصلة ومتفق بين الطرفين على ثبوتها، وشرط عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي أمر زائد غير جائز، فيلغو هو دون العقد، إلا أن ابن تيمية يرى صحة الشرط والنكاح³.**
- 3- إذا شرطت المرأة في عقد النكاح أن لا يسافر الزوج معها إذا سافرت كان هذا الشرط باطلا، لأن الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها، أما إذا شرطت أن لا يسافر زوجها بها إذا أراد السفر، أو أن لا ينقلها من دارها، فإن شرطها هذا صحيح، لأنه مصلحة مشروعة لا تمنع المقصود من النكاح، فيصح اشتراطها، ويثبت للمرأة خيار الفسخ إذا لم يف لها الزوج به، وهكذا في معظم العقود يميزون في كل منها بين الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة، ويعللون فسادها بأنها تنافي مقتضى العقد بهذا المعنى الذي بيناه⁴.**

الفرع الثاني: تقييد سلطان الإرادة بالشروط المنهي عنها شرعا

حق الشرع أو حق الله هو كل ما ليس للعبد إسقاطه وهو أمره ونهييه، والشريعة الإسلامية وصلت بدقة وأوامرها ونواهيها وتفصيل ما حرمت على العباد درجة لم يصل إليها تشريع ولا قانون، وذلك لتحقق لهم أنبل الغايات في دينهم وديارهم وأخراهم وتدفع عنهم دوائر السوء والإفساد ومتاهات الضلال، انطلاقا من هذا حمى الشارع العظيم المصالح المعتبرة للجماعة المسلمة جملة وتفصيلا فحرم على أفرادها الخروج عليها

¹ وهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة؛ أما رأي الحنفية، فهو أن الشرط فاسد والعقد صحيح. إذ القاعدة عند الحنفية أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، وإنما يبطل الشرط دونه؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 44، ص 45.

² وهو قول الحنفية والقاعدة عند هم كما سبق أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، وإنما يبطل الشرط دونه ويرى المالكية أن الشرط فاسد والعقد فاسد لوقوعه على الوجه المنهي عنه شرعا ثم اختلفت المالكية فيما يترتب عليه بعد الوقوع، فقيل، يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده. وقيل، يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، ويسقط الشرط، وهذا هو المشهور في المذهب؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 44، ص 45.

³ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، ص 555.

⁴ المرجع نفسه، ص 556.

باتفاقاتهم ، كما حرم كل أمر يكون ذريعة إلى محرم بالعقود أو بالشروط أو غيرها¹، كأنواع الأنكحة والشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة ، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى أن البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه². وهذه شروط محرمة شرعاً، فلا يجوز الاتفاق عليها ولا اشتراطها في عقد النكاح، وهي باطلة في نفسها ومبطللة للعقد من أصله؛ لما ورد من النهي عنها، مثل :

1- أن تشترط الزوجة طلاق ضرقتها: لورود النهي عن ذلك في قوله: "لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإن لها ما قدر لها"³؛ قال ابن قدامة: "والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح".⁴

2- اشتراط تأقيت النكاح ويدخل في ذلك نكاح المتعة: كأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو تزويج المرأة إلى أجل فإذا انقضى وقعت الفرقة ، وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت. وقد تواترت الأحاديث بتحريم نكاح المتعة إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم، ففي بعض الروايات أنها حرمت يوم خيبر، وفي بعضها يوم الفتح، وفي بعضها في غزوة تبوك، وفي بعضها في حجة الوداع، وفي بعضها في عمرة القضاء، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها⁵. و جاء النهي عن المتعة في أحاديث صحيحة منها:

- عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال : "رخص رسول الله صلى الله عليه و سلم عام أوطاس في المتعة ثلاثاً ثم نهي عنها"⁶.
- عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن متعة النساء يوم خيبر"⁷.

¹ هشام عبد المقصود سعد، المرجع السابق ، ص ص 107، 108.

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 458

³ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، حديث رقم 5152 الجامع الصحيح، ج 3، ص ص 375، 376.

⁴ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 9، ص 486.

⁵ السيد سابق، فقه السنة، ج 2، ص 27 وما بعدها؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 58؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 458 .

⁶ أخرجه مسلم.

⁷ أخرجه البخاري ومسلم

● قول النبي صلى الله عليه و سلم : "إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء و إن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة."¹

3-نكاح الشغار :وصفته أن يُنكح الولي موليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر موليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بضع الأخرى، وقيل سمي شغاراً لقبحه ، شُبِّهَ في القبح برفع الكلب رجله ليبول، يقال شغرت الكلب إذا رفع رجله ليبول ، والأظهر أنه من الخلو يقال شغرت المكان إذا خلا ومكان شاغر أي خال والجهة شاغرة أي خالية من مباشر وشغرت الكلب إذا رفع رجله وهذا تفسير الحنفية.²
وجاء النهي عن نكاح الشغار في حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما : "نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن الشغار" متفق عليه³
كذلك يُستدل على بطلانها بحديث أبي هريرة رضي الله عنه المرفوع : "المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً."⁴ و لما كان فيها من ظلم المرأة بإخلائها عن مهر تنتفع به وتزويجها لأجل غرض الولي لا لمصلحتها والظلم لم يبيحه الله قط فهذا اتفق الصحابة على ما جاء به النص من تحريم نكاح الشغار.⁵

و اتفق الفقهاء على أن واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه، واختلفوا إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك: لا يصح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي، إلا أنه قال :

¹ أخرجه مسلم

² وحكي عن الأصمعي أنه قال الشغار الرفع فكأن كل واحد رفع رجله للآخر عما يريد وقيل معناه لا ترفع رجل بنتي ما لم أرفع رجل بنتك ، ابن تيمية ، نظرية العقد ، تحقيق، محمد حامد الفقي - محمد ناصر الدين الألباني، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1386هـ - 1949م ، ص194.

³ صحيح البخاري، ج9، ص، 162، الحديث رقم 5112؛ صحيح مسلم، ج9، ص 544 / 9، الحديث رقم 1415؛ وأخرجه مسلم أيضاً من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه، ص 545، الحديث رقم 1416؛ ومن حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما، ص 545، الحديث رقم 1417

⁴ أخرجه الترمذي وقال، حسن صحيح 626 / 3 الحديث رقم 1352 ، و أخرجه أبو داود، ص 304 / 3، الحديث رقم 3594 والحاكم في الم ستدرك، ص 57 / 2، الحديث رقم 2309 دون قوله، (إلا شرطاً)... وذكره البخاري معلقاً بلفظ، المسلمون عند شروطهم، ص 451 / 4

⁵ ابن تيمية ، نظرية العقد (= العقود)، تحقيق، محمد حامد الفقي - محمد ناصر الدين الألباني، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1386هـ = 1949م ، ص202

إن سمي لإحدهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سميناه فاسد، وقال أبو حنيفة :
نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري.¹

4-نكاح التحليل: والمحلل هو الذي يتزوج المطلقة ثلاثاً بشرط إحلالها لمطلّقها ، وجاء النهي عن في
حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم المحلل والمحلل
له".²

قال مالك: أنه نكاح مفسوخ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح، وسبب اختلافهم في
مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم: "لعن الله المحلل"، فمن فهم من اللعن التأثيم فقط، قال النكاح صحيح،
ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال النكاح فاسد³، وقال
ابن قدامة: "وحكمه أنه باطل وعلى ذلك جمهور الفقهاء"⁴، وقال السرخسي: "إن لم يشترط ذلك في
العقد صح النكاح ويثبت الحل للأول، فإن شرط أن يجلها للأول فعند أبي حنيفة يكره هذا الشرط، وعند
أبي يوسف النكاح جائز ولكن لا تحل به للأول، وعند محمد النكاح فاسد".⁵

المطلب الثالث: مدى حرية الإرادة في اشتراط ما ليس من مقتضى عقد الزواج وفيه منفعة للزوجين

وهي الشروط التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر وليست من مقتضى عقد الزواج ولا من
مستلزماته فترتب أثرا من الآثار التي تترتب عليه وجوبا، ولا تنافي أحكامه ولا تخل بمقصد من مقاصده، ولم
يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها ولا تتعلق بما يناقض العقد كما لم يرد من الشارع
نهي عنها ، ولكنها تحقق مصلحة معتبرة ومنفعة للمشتراط⁶.

فهي شروط جعلية من إنشاء العاقد واشترطه لا من إنشاء الشارع وإيجابه فاشترط الرجل على
امراته أو وليها في عقد الزواج تقسيط المهر أو تأجيله، أو أن تكون بكرا أو جميلة أو نسيبة أو متعلمة ونحو

¹محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص458، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 57. الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5،
ص48. الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص192، 193.

²أخرجه أحمد في مسنده 4284 (، 315 / 7) ، والترمذي في سننه وقال، حديث حسن صحيح ،

³ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص ص58، 59.

⁴ابن قدامة، المغني، ج10، ص49.

⁵السرخسي، المبسوط، ج6، ص10.

⁶أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 458 .

ذلك غير مفهوم من مقتضى العقد، لكن لما اشترطه عليها كان لازماً، وكذلك اشتراط الزوجة أو وليها على الزوج الإقامة في بلد الزوجة أو ألا ينقلها من بلدها أو منزلها إلى منزله، أو ينفق على ولدها من غيره، أو أن تشتت أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يتم الدخول بها إلا بعد إنهاء دراستها، أو أن تستمر في عملها، أو يوفر لها سكناً مستقلاً، أو أن تشتت على زوجها أن يكون أمرها بيدها تُطلق متى شاءت، كل ذلك غير لازم للزوج فلما اشترطته في العقد لزم بموجب التزام الزوج لها؛ إلا أن الشروط الجعلية قد يقال بأنها شرعية بالنظر إلى أن الله هو الذي أباح للمكلف الانتفاع بها في الأصل قبل الاشتراط¹.

فإلى أي مدى تعتبر هذه الشروط صحيحة ويلزم الوفاء بها؟ أم هي الشروط غير صحيحة لا يلزم الوفاء بها؟

الفرع الأول: مذهب الحنفية والشافعية

سبق أن أوردنا أن الحنفية، يرون أن الشروط التي توافق مقتضى عقد النكاح أو مؤكدة له أو ورد بها أثر من الشرع أو جرى بها العرف شروط صحيحة، وأما الشروط التي لا توافق مقتضى عقد النكاح ولا تؤكد ولم يرد بها أثر ولا جرى بها العرف، ولكنها تحقق مصلحة للزوج المشتت، إنما فيها منفعة زائدة لأحد المتعاقدين هو شروط فاسدة لاغية، وبطلانها لا أثر له في صحة العقد²، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، غير أن الحنفية يرون أنه لا مانع من الوفاء بمثل هذه الشروط بل ينبغي الوفاء بها ديانةً لا قضاءً وإن كان إهمالها لا يضر بالعقد ضرراً ما، نظراً للقواعد العامة التي تأمر بالوفاء بالعهد والتزام الموثيق المتفق عليها³؛ فلو اشترطت الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها، فإن العقد يعتبر صحيحاً والشرط لاغياً دون أن يؤثر على صحة العقد⁴.

وتوسع الحنفية في تفسير المنافاة، وقالوا: كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، يكون منافياً لمقتضى العقد⁵، فأصول أبي حنيفة تقتضي أنه لا يصحح في العقود والشروط ما يخالف مقتضاها في المطلق، وإنما يصحح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه، ولم يُصحح في النكاح شرطاً

¹ أنظر: السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، الشروط في النكاح، دار التقوى، ط 2، تاريخ النشر 1988م، ص 50، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، بيروت، ط 07، 1999، ص ص 57، 58

² أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 158

³ أنظر: محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1981، ص 86 وما بعدها.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 157.

⁵ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ص 4/3054، ص 4/3058

أصلاً، لأن النكاح عنده لا يقبل الفسخ، ولا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة مطلقاً، والشافعي يوافق أبوحنيفة أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل، لكن يستثني الدليل الخاص فيجوز في النكاح بعض الشروط دون بعض، ولا يُجوز اشتراط المرأة دارها أو بلدها ولا أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى، ويُجوز اشتراط الصفات المقصودة كالجمال واليسار، وينفسخ العقد عنده بالشروط التي تنافيه كاشتراط الأجل والشغار.¹ وقد سبق التطرق لآثر العرف عند الحنفية في تصحيح أنواع العقود والشروط استحساناً لجريان التعامل بها بين الناس، ومراعاة منهم للقاعدة الفقهية التي مفادها أنّ: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

ـ **أولاً:** ما روي عن عائشة-رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط"² ومن ذلك يتبين أن كل شرط لم يقر دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.³ وقد أوجب عن ذلك بأن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله: الشرط الذي ليس في حكم الله تعالى وشرعه، وهذه الشروط التي هي محل الخلاف ليست كذلك؛ لأنها مشروعة.

ـ **ثانياً:** قوله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً." ووجه دلالة هذا النص على بطلان الشروط التي لم يرد ما يدل عليها من الشرع، قال أبو زهرة: "ولو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبت له كان الشرط محرماً للحلال، إذ يمنع من حق كان لإنسان، ويجعل ما لم يكن لازماً في مرتبة الوجوب"⁴

وأوجب عن ذلك بأن الإلزام بالشرط لا يترتب عليه تحريم الحلال؛ لأن الملتزم بالشرط في مقدوره عدم الوفاء به، وحينئذ يكون من حق المشتراط أن يفسخ العقد⁵، فإذا اشترطت ألا يتزوج عليها ثم تزوج فإن العقد الثاني يصح، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ، أما إذا كان الشرط يمكن حمل المخالف عليه

¹ ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، حققه وخرجه أحاديثه أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ، ص ص 256، 257.

² البخاري، الجامع الصحيح، ج2، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، ص225، حديث رقم 2561.

³ أنظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص159.

⁴ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص159

⁵ أنظر: ابن قدامة، المغني، ج9، ص485

قضاء، كأن تشترط ألا تخرج من بيتها فلها ألا تنتقل إلى منزله، وتستحق كل حقوقها في العقد مع امتناعها عن الانتقال، لأن امتناعها بحق شرعي لها¹

ثالثاً: أن آثار عقد الزواج هي من صنع الشارع وترتيبه، وذلك حتى يسان هذا العقد من أي اضطراب يلحق به، وحتى لا تكون الحياة الزوجية خاضعة لأهواء الناس ومآربهم، فتخرج عن معناها وما أحاطها به الشارع من رعاية وتقديس.²

وأجيب عن ذلك بأنه لا تعارض بين آثار عقد الزواج التي هي من صنع الشارع بالاتفاق، وبين القول بصحة الشروط التي يشترطها الزوجان طالما أنها لا تتنافى مع مقتضيات هذا العقد، ولم يرد عن الشارع ما يدل على عدم اعتبارها، لأن من يشترط شيئاً من ذلك دافعه إلى هذا الاشتراط هو تحقيق مصلحة لا تعارض مع مقاصد الشريعة ومبادئها العامة التي قررها الشارع، ولا شك أن احترام هذه الشروط يكون عاملاً هاماً وأساسياً من عوامل استقرار الحياة الزوجية وتماسكها وعدم اضطرابها، أو إصابتها بالخلل وهو ما تسعى النصوص الشرعية المتعلقة بالزواج إلى تأكيده ودعمه ورعايته.³

الفرع الثاني: مذهب المالكية

أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها مستحب غير لازم، ما لم تقتزن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتملك والحط من الصداق ونحوه، وهو مذهب المالكية.⁴

"وقد قال مالك: لا ينبغي لأحد أن يشهد كتاباً فيه شروط بالطلاق أو حرية أو مشي إلى مكة. قال محمد بن رشد: لما كره مالك - رحمه الله - النكاح على هذه الشروط كره للشهود أن يشهدوا عليها إذ لا ينبرم العقد إلا بشهادتهم، وقد قال في سماع ابن القاسم من كتاب السلطان أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته وأنه كان كتب بذلك كتاباً وصيح به في الأسواق وعابها عيباً شديداً"⁵

¹ أنظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 160.

² المرجع نفسه، ص 159

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 461؛ أنظر: بلال مهران، المرجع السابق، ص 82.

⁴ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 59.

⁵ بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج 4، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 2، 1988م، ص 443.

والمعلوم في المذهب أن الشروط في النكاح لا تلزم لكنه يستحب الوفاء بها¹، فمثل هذه الشروط تعد صحيحة ولكن مكروهة فيعتبر النكاح صحيحاً إذ ليس في اشتراطها إخلال بالعقد فلا يتم فسخه سواء قبل الدخول أو بعده²

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

- يقول ابن عبد البر: "وحدث عائشة في قصة بريدة يقتضي في مثل هذا جواز العقود وبطلان الشروط وهو أولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن أراد أن يصح له هذا الشرط المكروه عند أصحابنا عقده بيمين فيلزمه الحنث في تلك اليمين بالطلاق أو بما حلف به وليس من أفعال الأبرار ولا من مناقح السلف الأخيار استباحة النكاح بالأيمان المكروهة ومخالفة السنة"³

- قوله: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"⁴، فدل الحديث على أن الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعاً بين هذا الحديث وبين وقوله: "من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط"⁵.

وأيضاً يرى المالكية أنّ الشروط التي ليست ذات علاقة بالعقد نفيّاً أو اقتضاءً تعتبر ممّا ليس في كتاب الله، لأنّها ليست ممّا يوجبه مقتضى عقد الزواج، ولهذا فلا يجبر الطرف الآخر على الوفاء بها لما فيها من تحجير وتضييق لقول الرسول صلّى الله عليه وسلّم: «أمّا بعد، فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»⁶.

وأجيب عن هذا بأن التعارض بين النصوص منتف هنا، لأن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب هو الشرط الذي ليس في حكم الله تعالى وشرعه، وهذه الشروط التي هي محل الخلاف ليست كذلك لأنّها مشروعة من الله تعالى.

¹ ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، ج1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 1988م، ص484.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي... المرجع السابق، ج 02، ص238.

³ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، ج18، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، 1387هـ، ص166

⁴ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم . 5151 الجامع الصحيح، ج3، ص375؛ مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم . 1418 صحيح مسلم، ج1، ص641.

⁵ سبق تخريجه.

⁶ أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، ج 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص ص 780، 781.

الفرع الثالث: مذهب الحنابلة

وإذا كان جمهور الفقهاء لا يقرّ بالشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولم يرد بشأنها نص، ويعتبرونها فاسدة، فإنّ الحنابلة ولم يفرقوا بين عقد الزواج وغيره من العقود فيما يتعلق بجرّية إنشاء الشروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية، فيعتدّون بالشروط التي لا يقتضيها العقد في إطلاقه وتحقق مصلحة أو منفعة للزوجين أو أحدهما واعتبروها شروطاً صحيحة إذا كانت لا تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية من عقد الزواج، فأجازوا اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، أو اشتراط الزوج في المرأة صفة مقصودة كالجمال أو البكارة.

على أنهم يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما لو اشترط الزوج تأقيت النكاح، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية، أو اشترطت الزوجة عدم استمتاع الزوج بها¹، كما أثبت الاجتهاد الحنبلي للمتعاقد المشترط الخيار في فسخ العقد لعدم الوفاء بالشروط المتفق عليه².

ولهذا السبب اعتبر المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية تيسيراً في مسألة الشروط بإطلاقه لسلطان الإرادة لتحقيق رغبات الناس في الاشتراطات العقدية³

وستتعرف على نظرة أصحاب هذا الرأي للاشتراط في عقد الزواج بصفة مفصلة والأدلة التي استندوا إليها، لنصل في الأخير إلى تقييم هذا الرأي، وذلك من خلال العناصر الموالية الموالية:

فحسب أنصار هذا الرأي، للأفراد أن يتدعوا صوراً جديدة من العقود والشروط على أن يكون ذلك في دائرة معيّنة هي دائرة الحلال والمباح ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام؛ لأنّ الأصل عندهم في الشروط هو الصحة حتى يرد الدليل الشرعي على البطلان، وليس في اعتبار هذه الشروط ووجوب الوفاء بها ما يجرّم حلالاً، كما أنه ليس في هذه الشروط تضييقاً يتنافى مع مصلحة العقد وإطلاقه، ثم إنّ مصلحة المشترط هي من مصلحة عقده⁴، ولأنّ الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات.

أدلة الحنابلة: واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

¹ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص 488.

² أنظر: علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشروط، دار الجامعة للنشر، مصر، 2005، ص 112.

³ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 261.

⁴ المرجع نفسه، ص 261.

من الكتاب: إن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثن منها إلا ما كان محرماً بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها¹، وأن الله سبحانه وتعالى قد أمر في نصوص عديدة وردت في القرآن و السنة باحترام الإرادة الإنسانية المشروعة في العقود والعهود، والوعود، والشروط: ففي الوفاء بالعقود والعهود، ينص القرآن: كما في قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود} سورة المائدة، الآية 01؛ وقوله تعالى: {وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم} سورة النحل، الآية 91؛ وقوله تعالى: {وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولاً} سورة الإسراء، الآية 34.

أما من السنة والأثر:

أولاً - قوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"² ووجه الدلالة من الحديث أنه أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص؛ لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم لفظه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به³ واعتبار التراضي في المبيع يوجب اعتباره في النكاح من طريق الأولى، فجعل الوفاء بالشروط التي تُسَنَحَلُّ بها الفروج أحق منه بغيرها، ومعلوم أن المرأة إذا اشترطت شرطاً في النكاح فإنها لم ترض بإباحة فرجها إلا بذلك الشرط وشأن الفروج أعظم من شأن المال فإذا كان الله قد حرم أخذ المال إلا بالتراضي فالفروج أولى أن تحرم إلا بالتراضي ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم في النكاح برضى المرأة ووليها لم يكتف برضى أحدهما فنهى الولي أن يزوج المرأة إلا برضاها ونهى المرأة أن تتزوج إلا بإذن وليها فدل ذلك على أن اعتبار الرضى في النكاح أعظم وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الشروط فيه أحق بالوفاء فدل على أن شروطه ألزم وإذا كان من اشترط شرطاً في البيع فلم يحصل له لم يلزمه البيع بل له فسخه فالنكاح أولى بذلك إذا اشترطت المرأة صفة في الرجل أو الصداق ولم يحصل لها كان الفسخ لها

¹ محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص 106. هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 262

² البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم . 5151 الجامع الصحيح، ج3، ص 375؛ مسلم، كتاب النكاح،

باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم . 1418 صحيح مسلم، ج1، ص 641 .

³ أنظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 160 .

بطريق الأولى كما قضى به أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمر «مقاطع الحقوق عند الشروط فيمن شرط لها دارها».¹

ثانياً: وفي الوفاء بالشروط المتراضي عليها قوله: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"² وهذه الشروط لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث.

ثالثاً: ما أثار عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه، وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمري أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال عمر: "لها شرطها"، فقال الرجل: هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقته، فقال عمر: "المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم"³ وفي رواية "إن مقاطع الحقوق عند الشرط."⁴

رابعاً: مدح الرسول ﷺ الوفاء بالوعد في عقود النكاح، كما ثبت في الحديث المتفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر صهره له فأنثى عليه في مصاهرته فأحسن، قال: "حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي"⁵

خامساً: وفي الوفاء بالوعد ينص الرسول أن إخلاف الوعد المتكرر هو علامة من بين ثلاث علامات للنفاق: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان».⁶

أما من المعقول، فيرون أنّ الضرورة أو المصلحة هي التي قد تدفع بالزوجين إلى الاتفاق على شروط معينة في عقد الزواج. ولهذا فإنّ إباحة الاشتراط يتفق مع خاصية أساسية تتميز بها الشريعة الإسلامية وهي قيامها على جلب المصالح ودرء المفاسد، فالشريعة ما جاءت إلّا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل

¹ ابن تيمية، نظرية العقد العقود، المحقق، محمد حامد الفقي محمد ناصر الدين الألباني، مطبعة السنة المحمدية ط1، 1386هـ - 1949م، ص 155.

² البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، بلفظ "المسلمون عند شروطهم" الجامع الصحيح، ج2، ص135

³ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح. الجامع الصحيح، ج3، ص375

⁴ البخاري، ج9، ص217، سنن الترمذي، ج3، ص425. وعن عمر رضي الله عنه أنه ليس له أن يخرجها إذا شرط لها أن لا يخرجها من مصرها.

⁵ أخرجه البخاري، ج7، ص3729، ح85، ومسلم، ج، ص16، ح2449.

⁶ صحيح مسلم، ح رقم 108.

ودرء المفسد عنهم، ثم إن تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وفي هذا يقول المولى عز وجل: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ سورة الأنبياء، الآية رقم 107، والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفسد عنهم¹ كما أن القول بحظر الاشتراط يترتب عليه وقوع الناس في الضيق والحرَج، وهذا ما رفعه الله عن عباده إذ قال: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ سورة البقرة، الآية رقم 185.

وقال أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ سورة الحج، الآية رقم 78، وقد أكد النبي صلى الله عليه وسلم هذا المعنى حيث قال: «إنَّ الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحداً إلا غلبة». وقال أيضاً: «لا ضرر ولا ضرار». والنتيجة من هذا كله، هي وجوب القول بإباحة الشروط في العقود عامة والزواج خاصة، ولا يبطل من الشروط إلا ما خالف منها أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية² ولو كان الأصل في العقود والشروط الحظر لما صح أن يؤمر بالوفاء بالعهود والعقود مطلقاً، وأن يذم من غدرها ونقضها مطلقاً، كما دلَّت الأدلة على صحّة جميع أنواع الشروط ما لم يرد من الشرع ما يدل على تحريم شرط منها وبطلانه³ ولذا على المشتراط يلتزم بشرطه ما لم يكن فيه إبطال لحكم الله أو إسقاط لما أوجبه عز وجل⁴.

- إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابق ذكرها لم تشترط لصحة العقد إلا الرضا والاختيار، وكذلك آية ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ سورة المائدة، الآية: 01، أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء، أي أنها نصت على مبدأ القوة الإلزامية للعقد، وأوجبت على الإنسان الوفاء بعقده الذي باشره بإرادته الحرة، فيصبح العقد ملزماً له بنتائجه، ومقيداً لإرادته حفظاً على مبدأ استقرار التعامل. وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس تحقيقاً لمصالحهم، بغير دليل شرعي، تحريم لما لم يجرمه الله، فيكون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة⁵.

لقد أفاضت كتب الحنابلة في تقرير صحة الشروط التي يلتزم بها الزوج عند العقد على أنها حق للزوجة تملك المطالبة بالوفاء أو الفسخ إن شاءت قال في الكشاف: "شرط ما تنتفع به المرأة ومما لا ينافي العقد كزيادة معلومة في مهرها أو في نفقتها الواجبة، فهذا النوع صحيح لازم للزوجة بمعنى ثبوت الخيار

¹ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 46؛ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 262.

² رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 113، 114.

³ المرجع نفسه، ص 107.

⁴ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 263.

⁵ الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج 4، ص 3048، 3049.

لها"¹، قال في الإنصاف بعد أن ذكر أمثلة للشروط مثل زيادة في المهر أو نقد معين قال: "فهذا صحيح لازم إن وفي به وإلا فلها الفسخ، هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب وهو من مقررات المذهب"².
وعليه فإن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه كان من حق المشتري فسخ العقد، وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين وهو مذهب الحنابلة والأوزاعي وإسحاق بن راهويه³ وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁴ ويعتبر ابن تيمية أكبر فقهاء المذهب الحنبلي في إجازة الشروط التي تحقق منفعة مقصودة للزوجين، فهو لا يجعل الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لمقصود عقد الزواج، أو مناقضاً لأحكام الشرع⁵.
بعد عرض مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، وذلك فيما عدا الشروط المتفق على صحتها، والمتفق على بطلانها، والأدلة التي استند إليها كل مذهب فيما ذهب إليه،

يتبين أن حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو الحظر والمنع التام؛ لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب والسنة⁶، وهو اتجاه يسد الباب أمام العقود والشروط التي يحدثها تطور حاجات الحياة، ويضع الناس أمام حرج لا طاقة لهم بتحملة؛ مع أن من قواعد الإسلام رفع الحرج ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ سورة الحج، الآية: 76، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء المذهب الحنفي والشافعي والمالكي، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، على أن من ضيقوا في حرية التعاقد على مستوى قواعد الفقه، قد وضعوا على مستوى أصول الفقه قواعد تؤدي، عند تطبيقها، إلى فتح المجال واسعاً أمام حرية التعاقد، فالحنفية توسعوا في الأخذ بالعرف، والمالكية والحنابلة توسعوا في الأخذ بالمصلحة المرسلة⁷.

إتساع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فلقد جدّد ابن تيمية في فقه المذهب الحنبلي، وتقدّم به تقدماً كبيراً في التطوّر، ونلمس ذلك من خلال تضييقه لدائرة

¹البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، ج5، ص94

²المرداوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ص 158

³ابن قدامة، المغني، ج9، ص 483، 484

⁴ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ص461

⁵أنظر: وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص183.

⁶محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص282.

⁷محمد الحبيب التجكاني، المرجع السابق، ص 28

الشروط الفاسدة¹، وهو المذهب القائل بصحة الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر ما دام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه.

فكل ما يشترطه الزوجين من الشروط في صلب العقد أو يتفقان عليه قبله مما يصح بذله والانتفاع به من غير إضرار بأحد ولا مخالف لنص شرعي، أو كان مباحاً مأذوناً فيه للمكلف قبل الشرط، فإن الشرط جعله لازم الوفاء به عند التشاحن والتنازع، ومندوب الوفاء به إن لم يوجد نزاع ولا مطالبة بالوفاء لأنه مما اتفق عليه، فإن لم يف به من اشترط عليه، كان من حق المشتري فسخ العقد، لأن ما اتفق عليه من الشروط حق للمشتري فله المطالبة به وله إسقاطه إن شاء.

فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعهود، قال تعالى: ﴿والموفون بعهدهم إذا عاهدوا﴾ سورة البقرة، الآية: 177، وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أو فوا بالعقود﴾ سورة المائدة، الآية 01، وفي الحديث الذي رواه عقبه ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم: "إن أحق ما أوفيتم به من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"²، فهذه النصوص فيها الحث على الوفاء بالشروط من غير مطالبة مستحق الانتفاع بها فمع المطالبة أولى وأحرى؛ فإن المؤمن عند شرطه، وعدم الوفاء يمنع غرضاً وحقاً للغير لا يسقط إلا من جهة المستحق ولأنه شرط ينتفع به المشتري فاستحقه، وذلك مثل اشتراط المرأة ألا يسافر بها ولا يخرجها من دارها أو بلدها أو ألا يفرق بينها وبين أبويها أو تشتري إرضاع ولدها من غيره، أو أن يوفر لها ما تحتاجه زيادة على النفقة الواجبة، فهذه شروط للمرأة فيها غرض صحيح، وقد يكون التزام الزوج لها بما اشترطت عليه سبباً في إقدامها على العقد وكان رضاها بالعقد على أساسه، فلها حق المطالبة به والفسخ إن لم يف الزوج بما وعدها، لأنها شروط لها فيها منفعة مقصودة ولا تمنع المقصود من النكاح.³

فإن حصل خلل في الوفاء فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد، فكان حقاً أن ينظر في رضا المشتري من جديد، أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد.⁴

¹أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، - دراسة مقارنة بالفقه الغربي -، ج 03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، - 124. لبنان، ط 01، د. س. ن.، ص. 123.

²البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم . 5151 الجامع الصحيح، ج3، ص 375؛ مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم . 1418 صحيح مسلم، ج1، ص 641 .

³السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، المرجع السابق، ص 48-49

⁴أنظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 160 .

وفي الأثر: "أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد أن ينقلها فخاصموه إلى عمر فقال: لها شرطها: فقال الرجل: إذا يطلقنا، قال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط" فهذا النص المروي عن عمر رضي الله عنه أنه ألزم الزوج بالوفاء بما شرط دون أن يجبره على ذلك، ولهذا فهم الرجل أنه إن لم يف بما تعهد به للمرأة أن عليه أن يطلق، ولهذا قال: إذا يطلقنا، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط، وحكم عمر يوافق ما ورد في الحديث الصحيح¹ بل ويوافق المقاصد العامة للشريعة، فإن الظلم محرم وعدم الوفاء للمرأة بما شرط لها وإبقاؤها في عصمة الزوج ظلم وهضم لحقها الذي اشترطته، و"لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه" فإذا طابت نفسها وأسقطت حقها فلا مانع من الاستمرار في عصمته.

فما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح لتوافقه مع ما تدعو إليه مبادئ الشريعة الإسلامية من رفع الحرج وجلب التيسير ورعاية مصالح الناس بما يتماشى ومتطلبات العصر سواء في عقد الزواج أو باقي أنواع العقود والمعاملات، وهو ما استقرت عليه القوانين الوضعية فيما يعرف بمبدأ حرية التعاقد، وأيضا الأحكام القضائية².

ومما يزيد في وجاهة هذا الرأي أن أصحابه لم يفتحوا باب الشروط على مصراعيه فالأمر مقصور على دائرة الشروط الصحيحة، إذ يتعين قبل الحكم بصحة الشرط من عدمه مراعاة ما إذا كان هناك نص شرعي خاص يحرم هذا الشرط أم لا؟³ وهذا ما يتطلب من المفتي أن يكون مستوعباً للأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة التي جاءت بإباحة الشروط حتى يكون حكمه صحيحاً، فإن وجد تعارض معها أبطل الشرط، وإن لم يجد أي تعارض حكم بإباحة الشرط وصحته⁴.

¹ "أن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"

² هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 264

³ زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 91؛ رشدي شحاتة أبوزيد، المرجع السابق، ص 148.

⁴ ويقول في ذلك ابن تيمية: "إذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصلين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب، وانتفاء المحرم، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل، وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع والمسألة. هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم أم لا؟... فإن الأدلة النافية لتحريم الشروط والمبينة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله منها،... فمن غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة. فيذكر من أنواعها قواعد حكومية مطلقة "نقي الدين أبو العب اس أحمد ابن تيمية الحاراني، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص ص 289، 290 .

يتبين لنا مما سبق مدى وجاهة ورجاحة الرأي القائل بأن الأصل في الإشتراط الإباحة؛ وذلك لسلامة الأدلة التي اعتمد عليها أصحابه، وخلوها عن المعارض الصحيح،¹ وقد أفاضت كتب الحنابلة في تقريره وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضوان الله عليهم أجمعين، ومن التابعين شريح وعمر بن عبد العزيز، وهو قول جابر بن زيد وطاووس والأوزاعي وإسحاق.²

الفرع الرابع: جزاء عدم الوفاء بالشروط في النكاح

إذا تحققت شروط الفرقة بين الزوجين بسبب عدم الوفاء بالشروط، فإن هذه الفرقة تكون فسخا لا يملك الزوج الرجعة فيه إلا برضى الزوجة، ولا ينقص من عدد الطلاق لأن الزوج لم يتلفظ بالطلاق، علما بأن حق الزوجة في الفسخ هو خيار ثبت لدفع الضرر عنها فكان على التراخي، لأنها أدري بمصلحتها وأعرف بما ينفعها من الفورية في الفسخ أو التأني و التأمل والتراخي فيه.³

شروط الفرقة عند الحنابلة إجمالاً⁴:

- فعل ما شرط أن لا يفعله، فلا خيار في الفسخ إلا بعد الفعل، وليس بمجرد الغرم فقط .
- أن لا يرضى المشتراط من الآخر بفعل ما شرط أن لا يفعله، فإن رضي صراحة أو دلالة فلا فسخ مادام المشتراط عالما مخالفة المشتروط.
- أن يبقى ما شرطه على الصفة التي كان عليها وقت الاشتراط، فإن تغير عن الحالة التي كان عليها بطل الشرط، كأن شرطت سكنها في منزل فتعذر السكن به بخراب أو غيره، سكن بها حيث شاء، وسقط حقها في الفسخ، لأن الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل والسكن محض حقه.
- أن تكون مخالفة الشرط إلى ما هو أقل منه، فإن كانت المخالفة إلى ما هو أعلى مما شرط فلا خيار، كما لو شرطها على حرفة دنيئة فبانت أعلى.
- أن يكون التفريق بحكم الحاكم.
- المعتبر من الشروط هو ما كان في صلب العقد، واختلفوا فيما اتفقا عليها قبل العقدة

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 463.

² السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، المرجع السابق، ص 50.

³ البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 83.

⁴ سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص132.

إذا اشترط أحد الزوجين في عقد النكاح على الآخر شرطاً صحيحاً، فلم يف له به، و أراد فسخ النكاح، فهل يجب عليه رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي، أم أنه يملك فسخ النكاح بإرادته دون حاجة إلى القاضي، ورفع دعوى الفسخ إليه؟

الظاهر أنه لا بد من رفع الدعوى لسببين¹:

الأول: إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح وفيما يجوز من الشروط إذا قلنا بجواز الاشتراط، وفي إيقاع التفريق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه فيها ملزماً لذوي الشأن.

الثاني: إن التفريق لا يقع إلا بعد إثبات عدم وفاء الزوج بالشرط، ولا يجوز أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر ثبوت عدم الوفاء وتصدر حكمها بالتفريق، وإنما عليها أن ترفع دعواها بالفسخ إلى القاضي وأن تقدم البينة الشرعية على عدم وفاء الزوج بالشرط حسب القاعدة الشرعية "البينة على المدعي" فإذا ثبت ذلك حكم القاضي بالتفريق، أي بفسخ النكاح.

لا فسخ في خيار الشرط عند الحنابلة القائلين بالفسخ بسبب عدم الوفاء بالشروط إلا بحكم الحاكم، لأن التفريق لعدم الوفاء بالشرط أمر مختلف فيه.²

لكن ذكر ابن تيمية رحمه الله أن في المسألة خلاف حيث قال :

"ومتى لم يوف لها بهذه الشروط فتزوج، و تسرى، فلها فسخ النكاح، لكن في توقف ذلك على الحاكم نزاع، لكونه خياراً من جهتها فيه، كخيار العنة والعيوب، إذ فيه خلاف أو يقال: لا يحتاج إلى اجتهاد في ثبوته، وإن وقع نزاع في الفسخ به، كخيار المعتقة، يثبت في مواضع الخلاف عند القائلين به بلا حكم حاكم مثل أن يفسخ على التراخي، وأصل ذلك أن توقف الفسخ على الحكم هو الاجتهاد في ثبوت الحكم أيضاً؟ أو أن الفرقة يحتاط لها؟ والأقوى أن الفسخ المختلف فيه كالعنة لا يفتقر إلى حكم حاكم، لكن إذا رفع إلى حاكم يرى فيه إمضاءه أمضاه، وإن رأى إبطاله أبطله"³.

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الرسالة، لبنان، ط 1، 1993م، ص 116.

² البهوتي، كشاف القناع، ج 4، ص 89.

³ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص 165.

المبحث الثاني: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لطالما كان موضوع مبدأ سلطان الإرادة حرية العاقد في إنشاء العقود وما يترتب عنها من آثار ونتائج، فكل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة، واستكمل أركانه وشروطه، ملزم له بنتائجه ومقيد لإرادته¹، فمناط مبدأ سلطان الإرادة العقدية هو في النهاية تحقيق حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه وحدود تلك الحرية المعتمدة شرعا.

ولقد تكلمنا فيما سبق عن مبدأ سلطان الإرادة ومدى علاقته بالاشتراط، ودوره في تحديد آثار العقد، ولا شك أنّ حرية التعاقد تكفل حرية الاشتراط، إذ الاشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز وهذا استناد إلى قاعدة القانونية القائلة بان العقد شريعة المتعاقدين، والتي نصت عليها المادة 106 من القانون المدني الجزائري: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون"²، فالعقد منذ إتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينظم العلاقة التعاقدية من حيث ما ينشأ لأطرافه من حقوق وما ينشأ عليهم من التزامات دون أن يملك أحدهما بمفرده حق تعديله أو نقضه إلا في الحالة التي تجيزها القوانين.

فغني عن البيان أن سلطان الإرادة ليس مطلقا من كل قيد، وعلى الرغم من أننا نجد المشرع الجزائري يعترف للإرادة بسلطانها، إلا أن هناك العديد من القيود التي تحد من الدور الذي تقوم به الإرادة في الشروط المقترنة بعقد الزواج وتحصنها في دائرة تتوافق وتتماشى فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام، وهو عين الصواب، لأنه إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الالتزامات وآثارها التعاقدية، فسنجد أنه يكاد يكون هناك إجماع فقهي على أن تلك القيود مردها في معظمها إلى فكرة النظام العام والآداب، وقد نصت معظم القوانين العربية على هذا القيد³، ليبقى الأصل في حرية التعاقد الإطلاق والإباحة وأما الاستثناء فيها فهو التقييد والحضر.

¹ سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2011 - 2012، ص 45 .

² الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ نصت على هذا القيد المادة 1/ 204 من القانون المدني الجزائري .

ولنا هنا أن نتساءل عن نطاق سلطان الإرادة الذي حدّه قانون الأسرة الجزائري لأطراف العلاقة الزوجية في باب الاشتراط، وإلى أي مدى ساير أحكام الشريعة الإسلامية عند تقنينه للاشتراط في عقد الزواج؟ وبأي الاجتهادات الفقهية تأثر موقفه؟

المطلب الأول: تكريس قانون الأسرة لمبدأ سلطان الإرادة في أخذه بحرية الاشتراط

وتكريسا لمبدأ سلطان الإرادة في مجال الروابط الأسرية، ومن منطلق قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»، واعتبارا لأحكام شريعة الإسلامية ومقاصدها في جلب مصالح العباد ورعايتها ودفع المفسد عنهم، تبني قانون الأسرة الجزائري فكرة الحرية التعاقدية بإباحة الشروط الإرادية في عقد الزواج بشكل صريح، ومما لا بد من ذكره أن المشرع الجزائري قد نص منذ تقنينه لأول قانون متناسق للأسرة الجزائرية على الشروط المقتزنة بعقد الزواج، نظرا لأهمية الاشتراط وعظم خطره على استقرار العلاقة الزوجية ودوامها، وهو ما يجعلنا نلقي الضوء على المادة 19 في ظل القانون رقم 11/84، وكذا القانون رقم 02-05. فبمقتضى تلك الاشتراطات يتم الاتفاق بين الزوجين على المسائل ذات الشأن والتي ثبت عمليا أنّها قد تكون مصدر المشاكل والخلافات الزوجية خصوصا بالنسبة للمرأة، فهي تقترن غالبا بالصيغة وألفاظها وعباراتها التي تصدر عن طرفي العقد أو الولي أثناء انعقاد الزواج، والمعبرة عن الرضا، إذ هو الركن الوحيد في عقد الزواج بحسب المادة التاسعة من قانون الأسرة رقم 02-05 المعدل والمتمم، وبالتالي يمكننا القول أن هذه الاشتراطات الرضائية تهدف إلى توفير ضمانات لا توفرها النصوص القانونية.

الفرع الأول: حرية الاشتراط في ظل القانون الأسرة قبل التعديل

لقد عرفت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال فراغ قانونيا يزيد عن 20 سنة كاملة في تنظيم أحول الأسرة، تاركا المجال مفتوح للفقهاء الإسلامي الذي تم تطبيق أحكامه من قبل القضاء في حل النزاعات الأسرية المعروضة عليه خاصة ما تعلق منها بالزواج والطلاق، ليتدخل المشرع في نهاية الأمر محولا سد الفراغ القانوني بسننه لقانون الأسرة رقم 11/84 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984.

وقد خص المشرع الجزائري الشروط المقتزنة بعقد الزواج بنص المادة 19 من القانون رقم 11/84 التي جاء فيها أن: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتنافى مع هذا القانون"، وبالتالي فقد أباح المشرع الجزائري حرية الاشتراط للزوجين بموجب عقد الزواج مكرسا بذلك مبدأ الرضائية وحرية التعاقد، بنص خاص وبصيغة تحمل قاعدة عامة تجيز للزوجين أن يُضمنا عقدهما أي شرط من الشروط التي يريانها، دون أن يشير إلى ضرورة تحقيق الشرط للمصلحة المعتبرة شرعا أو قانونا أو دفع

الضرر، كما تضمنت المادة 19 صيغة استثناء يقيد العموم السابق ويحد من حرية الزوجين في الاشتراط أثناء عقد الزواج بعدم منافية هذه الشروط لأحكام قانون الأسرة¹.

ومع بدايات التعددية الحزبية سنة 1988 و ظهور الحركات النسوية المتمثلة في بعض الجمعيات ذات طابع حقوقي وثقافي، وكذلك الأحزاب السياسية ذات الخلفية العلمانية، أعلنت حرب شعواء على قانون الأسرة الجزائري من مختلف المنابر الإعلامية والتظاهرات السياسية والثقافية تدعو إلى إلغائه وبعضها إلى تعديله بسبب أحكامه المستمدة من الشريعة الإسلامية، ورغم تصدى التيار المحافظ لهذه الهجمات والانتقادات في كافة مناحي الحياة السياسية والاجتماعية، إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يستطع الصمود في وجه المتغيرات والمطالب إذ ما لبث أن تم تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005.

الفرع الثاني: حرية الاشتراط في ظل الأمر رقم 05-02

وقد كسبت الجمعيات النسوية الرهان في سعيها إلى تحقيق المساواة في المراكز القانونية بين الرجل والمرأة في عديد أحكام قانون الأسرة المعدل، مستندة في ذلك إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)²، ومن المعلوم أنها اتفاقية قد أوردت نصوصا قانونية مناهضة للممارسات المنافية للمساواة بين الجنسين ولسيما حرية المرأة في العمل وكذا حريتها في اختيار محل إقامتها باعتبارها الشرعة الدولية الشاملة لجميع حقوق المرأة، إذ تُنظم كافة المراكز القانونية الخاصة بالمرأة في جميع المجالات المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية³.

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ط 2010، القاهرة، دار الجامعة الجديدة، ص 129

² اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. الصادرة في 28/12/1979، عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34-180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 دخلت حيز التنفيذ في 1981، انضمت لها الجزائر بموجب الأمر الرئاسي رقم 96/51 بتاريخ 22/01/1996 مع تحفظات على بعض المواد ثم رفعت التحفظات.

³ أنظر: وثيقة الأمم المتحدة CEDAW/SP/2002/2، وتتضمن هذه الوثيقة نص الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات الصادرة عن الدول الأطراف فيما يتعلق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بصيغتها المستنسخة في المعاهدات المتعددة الأطراف المودعة لدى الأمين العام: الحالة في 31 كانون الأول/ديسمبر 1999 (منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع: E.99.V.5)، وقد أخذت أيضا الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات من تقرير الأمين العام عن حالة الاتفاقية (A/56/328). وأخذت الإعلانات والتحفظات والاعتراضات والإشعارات بسحب التحفظات الصادرة في الفترة من 1 آب/أغسطس 2001 إلى 1 تموز/يوليه 2002 من موقع المعاهدات المتعددة الأطراف على الشبكة العالمية.

ومن بين المواد التي خضعت للتعديل المادة 19 من قانون الأسرة التي جاء فيها النص على حرية الاشتراط في عقد الزواج «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط أن يريانها ضرورة، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

فمن هذا النص تظهر جليا نية المشرع في توسيع دائرة الاشتراط بما يحقق مصالح الزوجين، فأجاز للمرأة اشتراط ما لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وغالبا ما تكون نية المتعاقد في هذا النوع من الاشتراط تهدف إلى تحقيق منفعة، أو بغرض التضييق على المتعاقد الثاني في منفعته في عقد الزواج، حتى يتحقق له الاطمئنان على حقوقه والاستقرار لأسرته.

كما يلاحظ على هذه المادة أيضا بأن المشرع الجزائري قد سوى بين الرجل والمرأة في وضع الشروط، إذ جاءت الصياغة في المادة 19 على صيغة المثنى، فقد وضعت الرجل والمرأة على قدم المساواة في مجال الاشتراط طبقا لمبادئ القانون الوضعي¹، فلم يجعل حق الاشتراط مقصورا على أحد طرفي العلاقة الزوجية، بل هو حق يتمتع به كل من الزوج والزوجة على حد السواء، وفي هذا تكريس لمفهوم العدالة بين الجنسين.

إلا أن الملاحظ في مسألة إدراج حرية اشتراط المرأة عدم التعدد الزوجات وخروجها للعمل، في هذا السياق على سبيل المثال لا الحصر -وهما من جملة الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه وفيه منفعة للمرأة- جاء إرضاء واستجابة لضغوطات التيار النسوي الذي حارب بشدة مسألة التعدد وقرار الزوجة في بيتها باعتبارهما في نظره ومساسا بمبدأ المساواة والكرامة الإنسانية وأساس كل خلاف عائلي².

وحسنا فعل المشرع بتبنيه لمذهب الحنابلة الموسع لحرية الاشتراط، فعلى الرغم من أنه اتجه معاكس لرأي جمهور الفقهاء إلا أنه اختار في محله؛ فمن جهة، لتماشيه مع طبيعة العقود وما تقتضيه مستجدات وظروف الحياة بما يحقق مصلحة أحد الطرفين أو كلاهما، ومن جهة أخرى رفعا للحرص وتيسير على الزوجين في مباشرة حياة زوجية أكثر استقرارا وضمانا للحقوق، دون أن يتنافى ذلك مع قدسية عقد الزواج، فلا حرج في جواز اشتراط أنواع الشروط طالما أتمها غير منهي عنها بنص قرآني ولا تتعارض مع مقاصد الشريعة

¹ الوكيل محمد لين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هوامه الجزائر، بدون رقم ط: 2004، ص 60، 59.

² يقول في هذا الأستاذ محفوظ بن صغير: «...في نظر المشرع الجزائري هما أساس كل خلاف عائلي... والصحيح غير هذا إذ أن الوعي والنضج الفكري والتربية الصحيحة لدى الزوجين كل ذلك كفيل بحل مشاكل العلاقة الزوجية. محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 453.

الإسلامية ومقتضيات عقد الزواج. ناهيك عن أنّ حرية الاشتراط ليست بالمطلقة بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما نصت عليه معظم التشريعات العربية¹، هذا فضلاً عن إمكانية مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، إما عن طريق الموظف المختص بإبرام عقد الزواج، أو عن طريق القضاء².

وأضاف المشرع الجزائري من خلال التعديل جواز الاشتراط في عقد رسمي لاحق عن عقد الزواج أمام الموثق، بعد أن كان يتم بموجب عقد الزواج فقط وأثناءه، حتى يوسع في إجراءات الاشتراط، فقد يغفل الزوجان عن الاشتراط، ثم يرغب أحدهما بعد ذلك في المشاركة وهو ما يتحقق من خلال العقد اللاحق الرسمي وليس العرفي عن عقد الزواج، إلا أن المشرع لم يعالج مسألة الغموض المكتنف في عبارة «ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون»

فبموجب المادة 19 جعل المشرع الجزائري الأصل في الشروط الجواز إلا ما خالف أو تنافى مع هذا القانون، وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند إبرام عقد الزواج ألا يخرجها من وطنها، أو اشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن سكن أهله، أو أنها اشترطت عليه ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الاستمرار في وظيفتها أو مهنتها، فإن هذه الشروط كلها لا تتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه، وعلى الزوج أن يلتزم بالوفاء بها، وإذا خالف، فإنه يحق للزوجة أن تطلب فسخ الزواج بسبب عدم قيام الزوج بالتزامه العقدي وعلى مسؤوليته وحده³.

وفي مقابل ذلك؛ تناول المشرع الأسري حكم عقد الزواج إذا اقترن بشرط يتنافى ومقتضياته، ضمن الفصل الثالث تحت عنوان: النكاح الفاسد والباطل، بموجب المادة 32 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"⁴، فإن الشرط إذا كان منافياً لمقتضى عقد الزواج

¹ ينص الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: «يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بالطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء». و المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية والتي تضمنت: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحاً».

² هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 265.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص 172، 173.

⁴ عدلت بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي: " يفسخ النكاح، إذا احتل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج "

فإنه يبطله، كما أكدت المادة 35 على بطلان الشرط المقترن بعقد الزواج إذا كان منافيا للعقد، فجاء النص كالاتي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

والملاحظ على أحكام الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري هو وجود غموض يكتنف نص المادتين 32 و 35؛ فقد حكم المشرع بنص المادة 32 على العقد المشتمل لشرط يتنافى ومقتضيات العقد بالبطلان دون تفريق بين حكم الشرط والعقد قبل الدخول وبعد الدخول، ومعتبرا كلا من المانع والشرط المنافي لمقتضي العقد مبطل له، فساوى بين موانع الزواج، والتي تؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد و بالتالي بطلانه، وبين الشروط المقترنة بعقد الزواج التي تتناقض ومقتضيات العقد، والتي لا تؤثر على صحة العقد، وإنما يجب إلغاؤها، وبقاء العقد صحيحا، وهذا ما نصت عليه المادة 35؛ التي تؤكد على بطلان الشرط وصحة العقد، مع أن هذه الحالة الأخيرة هي التي يبطل بها العقد لان الشرط ينافي أصل العقد لا مقتضاه بنصها "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه..."¹، مما يجعل الجمع بين النصين متعذرا، ولذا كان من الأنسب استبدال عبارة "يتنافى ومقتضيات العقد" في المادة 32 بعبارة: "يناقض أصل العقد"، ليصبح نص المادة 32: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يناقض أصل العقد العقد"²، إذ يطلان العقد بسبب الشرط المنافي لأصل العقد كأن يكون شرط تأقيت الزواج بمدة محددة.

وتعديل المادة 35، بحيث يصبح النص في هذه المادة كالتالي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا" ومثال ذلك كأن يشترط ألا مهر لها أولا ينفق عليها.

إلا أن الأستاذ بلحاج العربي يرى في عرضه لأسباب فسخ عقد الزواج والتي منها اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد أن المشرع الجزائري صحح العقد بالدخول، حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا بناء على المادة 35 ق.أ.³ وبمفهوم المخالفة فإنه قصد المشرع من نص المادة 32 فسخ عقد الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد قبل الدخول رغم أن ظاهر النصين لم يخصص ولم يوضح ذلك.

وفيما يتعلق بردة الزوج كسبب لفسخ الزواج، فليس المقصود بمراد الزوج الذي هو الرجل بل المقصود بما ردة أحد الزوجين لأنه لفظ مشترك، ولأن الردة ممنوعة شرعا على الجنسين وليست ممنوعة على الرجل فقط.

¹ عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 165.

² وبعبارة سلسلة نصت المادة 20 الفقرة 4 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على أنه: "4 - إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به".

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

المطلب الثاني: القيود الواردة على سلطان الإرادة في الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري

ولما كانت الشروط تعبير مباشر عن رغبات المتعاقدين لا يلجأ إليها أطراف العلاقة الزوجية إلا لتحقيق مصلحة مقصودة، فإن تركها بلا قيود، يفتح باب التنازع والمشاحاة، ومضنة لتميع لأحكام الزواج وقداستها، وهو ما قد يؤدي إما إلى عدم الاتفاق لتضارب المصالح نتيجة تمسك كل واحد من الزوجين بتحقيق مصلحته دون مراعاة مصلحة الآخر وإما الاتفاق ظاهرا مع احتمال رضوخ أحدهما لإرادة الطرف الآخر دون طيب نفس منه، ولا جرم أن نتيجة الفرضين ليست مقصودة من قبل الشرع، فكان لزاما أن يحدد سلفا الضابط الذي يحكم كل العلاقات التعاقدية وينظم إباحة الشروط بما يلائم المشروعية ويحفظ مقاصد التشريع، فجعلت آثار العقد وأحكامه من عمل الشارع حفظا على توازن العقد.

والملاحظ أن الحد الفاصل الذي وضعه فقهاء القانون لسلطان الإرادة في تحديد آثار العقد هو الذي قرره الفقه الإسلامي، وفي هذا الصدد يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "إن الشريعة لا تعطي حمايتها لكل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم بل تعطي تلك الحماية لما يلائمها من الشروط وتمنع مما يخالفها، ومثلها في ذلك المنع مثل القوانين الحديثة في معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام، فهي لا تمنحها الحماية، ولا تجيز للمحاكم رعايتها، بل تعتبرها جريمة في كثير من الأحوال."¹

إلا أن قانون الأسرة لم يتوان في التقييد من سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج بما يحقق تماسك النظام العائلي ويخدم مقاصد الشريعة الإسلامية وأحكامها، ويحافظ على النظام العام والآداب العامة، فكان لا بد من الحد من حرية الإرادة في الاشتراط بوضع ضوابط معينة تتوافق مع مقتضيات عقد الزواج، وترعى توازن العقد دون التحجير على حرية الزوجين في تعديل الشرط أو إلغائه متى أصبح مرهقا أو مستحيل التنفيذ.

الفرع الأول: عدم مخالفة الشرط للنظام العام والآداب.

يعتبر قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لارتباط أغلب مواضيع قانون الأسرة بالنظام العام والمصلحة العامة للمجتمع، وإن كانت فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتطور سعة وضيقا بحسب الزمان والمكان، إلا أنه من الصعب تحديد معنى النظام العام وحصره، إذ نجد أنّ ما يعدّ مخالفا للنظام العام في زمان أو بلد ما، قد لا يعدّ كذلك في زمان أو بلد

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 235

آخريين، وذلك لتأثر مفهوم النظام العام بالتطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية داخل المجتمع الواحد¹.

وبتعبير آخر يمكن القول أن النظام العام هو مجموعة القوانين التي يُقصد بها تحقيق المصالح الأساسية العامة التي يقوم كيان المجتمع، سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اقتصادية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية²، وهذه المصالح تعلق على المصالح الفردية، وتقدم عليها عند التعارض، ضمانا للثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها³.

ولأن رعاية الجماعة أولى من رعاية الفرد، فلا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة أحكام وقواعد النظام العام بإلغائها أو تعديلها ولو كانت تحقق لهما مصالح شخصية، لأولوية المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة⁴.

أما المقصود برعاية الآداب العامة فهو احترام الأصول والقواعد الأساسية للأخلاق التي تدين بها الجماعة في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يُفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي فلا يجوز للأفراد تجاوزها.

وفي أغلب الأحيان نجد أنّ فكرة النظام العام مقترنة بالآداب العامة، لأنّ الآداب العامة هي مجموعة المبادئ الخلقية التي يبعثها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع والتعبير الخلقي عن فكرة النظام العام، ولاسيما في البلاد التي تدين بالإسلام، غير أنّ هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حدٍ ما وذلك لاختلاف المعيار الذي

¹ إلياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج07، بدون رقم ط ودار النشر 1997م، ص51.

² والجدير بالذكر هنا، أن نص المادة 3 مكرر من التعديل الأخير ل ق. أ. ج. أوجب على النيابة العامة أن تتدخل كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون، حيث كان من المفروض أن يربط تدخلها بمعيار النظام العام والآداب العامة، فإن بعض مسائل الأحوال الشخصية لا تتطلب إشراك النيابة العامة.، أنظر: صالح حمليل، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، ع 06، ص233.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص149

⁴ الشرط المخالف للنظام العام هو الشرط الذي قصد به الوصول إلى أمر ممنوع بنصوص القانون بتشويه هذه النصوص أو بالاحتياط عليها، أما الشرط المخالف للآداب العامة هو الشرط الذي يكون غرض مشرطه الوصول إلى أمر لا يمنعه القانون وتمنعه الآداب. سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص 103.

نحدّد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصرٍ لآخر.¹

وبما أن المُشرّع الجزائري لم يعرف الآداب فإن القاضي هو الحارس الأمين على كيان المجتمع وهو ملزم بمراعاتها عندما لا تسعفه النصوص الموضوعية على أساس الرأي العام في المجتمع²، ومن ثم يجب عليه حماية الأسس الخلقية للجماعة والمبادئ الأدبية التي تسود في العلاقات الاجتماعية، ولعل قواعد الفقه الإسلامي هنا تلعب دورا جوهريا في تحديد مفهوم الآداب العامة في الجزائر باعتبار أن الإسلام هو دين الدولة³.

ولما كانت الأسرة هي أساس المجتمع كان من الطبيعي أن تتعلّق قواعد الأحوال الشخصية بالنظام العام والآداب العامة، ولهذا فالقواعد القانونية التي تتصل بها لا يمكن أن تكون إلاّ أمرّة⁴، وإنّ عدم النص صراحة على هذا الضابط ضمن المادة 19 من قانون الأسرة لا يعني جواز اشتراط ما يمس بالنظام العام والآداب العامة الإشارة لأنه قيد يتضمنه نصها على بطلان الشروط التي تتعارض مع أحكام قانون الأسرة لكونها تعبّر عن القواعد الأمّرة في النظام القانوني ومتعلقة بالنظام العام.

وبناء على ما سبق، فإنه لا يجوز للزوجين تضمين عقد الزواج شروطا وبنودا تمس بالآداب العامة، فعلى سبيل المثال يقع باطلا اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كباشعة خمور أو راقصة وذلك لتعارضه مع الآداب العامة في المجتمعات العربية والإسلامية في حين قد يعتبر شرطا مشروعاً في غيرها.

فتطبيقاً لأحكام الشريعة العامة يبطل كل شرط يخالف النظام العام والآداب العامة، ويختلف حكم الشرط المخالف للنظام العام باختلاف نوع الشرط، فإن كان الشرط المخالف للنظام العام واقفاً كان باطلاً مبطلاً للعقد، سواءً كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد أم كان مجرد شرط واقف بسيط، وإن كان الشرط المخالف للنظام العام فاسخاً، كان باطلاً غير مبطل للالتزام إلا إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، فإنه حينئذ يكون مبطلاً له⁵. وهو ما نص عليه المُشرّع الجزائري في الفقرة

¹ موحى اسدي اعرم، خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة-من خلال الزواج وانحلال ميثاقه-، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - وجدة، 2014/2015، ص 139.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 153.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 154.

⁴ ولهذا فإنّ المُشرّع المغربي يعدّ الوحيد الذي أضاف في صياغة المادة 47 من مدونة الأسرة عبارة «ما خالف القواعد الأمّرة للقانون» إلى جانب عدم مخالفة أحكام المدونة.

⁵ سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص 99.

الأولى من المادة 204 من القانون المدني التي جاء فيها: «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً أمّا إذا كان الشرط فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام».

وبمقارنة قيد النظام العام والآداب العامة على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط للدليل الشرعي، نجد أنهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت وصالح لكل زمان ومكان ولا يجوز تغييره ولا تبديله بخلاف النظام العام القانوني الوضعي الذي تدخل عليه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله خاضع للتغيير والتبديل بما يتمشى مع التطورات¹ إذ هي ميزته الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني للدولة والتغيرات التي يعرفها المجتمع، فتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من الآداب² بشرط أن لا يكون هذا على حساب القيم الدينية الإنسانية ومبادئ المجتمع³، فالمفاهيم الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة كما جرى على ذلك التطبيق العملي⁴.

فضلاً عن أن نطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالات من نطاق التحريم في القانون الوضعي، فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدينية والدينية⁵ على أساس المعيار الموضوعي الذي يغلب مصلحة المجتمع ويحمي النظام الشرعي العام والآداب العامة عند ترتيب آثار العقود والشروط، بإخضاع الفرد والمجتمع لأوامر الشارع ونواهيه، بينما يقتصر القانون الوضعي على معالجة الأمور الدينية على أساس المعيار الذاتي المتمثل في المصلحة الفردية للمتعاقد⁶.

¹ ومن مظاهر اختلاف النظام العام القانوني من بلد لآخر نجد إباحة نظام تعدد الزوجات في القانون الجزائري والمغربي، على خلاف التشريع التونسي الذي منعه بل وأقرّ بعقوبة السجن لمدة سنة والغرامة المالية. إضافة إلى منع التبني في التشريعين الأولين وإجازته لدى التشريع الأخير.

² السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، ص82

³ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص338، ص339.

⁴ جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2000، ص128.

⁵ علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، المرجع السابق، ص1216.

⁶ موحى أسدي اعرم، المرجع السابق، ص ص 140، 141

كما أن الفقه الإسلامي قيد الاشتراط بعدم منافاته للنظام الشرعي، أي الأحكام التي قامت دلائل الشريعة على أنها إرادة الشارع من ميثاق الزوجية ومقاصده، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم، ما دام هذه العلاقة أي علاقة الشخص بأسرته ينتج عنها حقوق وواجبات، كأن يقوم الزواج على أداء مهر قل أو أكثر، وأن الرجل هو صاحب القوامة والمكلف بنفقة الزوجة والأولاد، فلا يجوز اتفاق الزوجين على تعديل ما للزوج من حق الطاعة والأمانة الزوجية، أو ما للزوجة من حق النفقة والمعايشة بالمعروف، ذلك أن أحكام الأسرة تضبطها قواعد شرعية مرعية في الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة التي طريقها الأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية.¹

وعلى هذا الأساس يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لابنهما، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلاً، ويقع باطلاً أيضاً كل شرط يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط نفى المهر أو عدم الإنفاق عليها²، أو شرط التزمل: وهو اشتراط احد الزوجين على الآخر ألا يتزوج بعد موته، أو اشتراط الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها، وإلا كان لها حق الطلاق، أو اشتراط الزوجة على الزوج أن لا يطلقها.

الفرع الثاني: عدم مخالفة الشرط لأحكام قانون الأسرة

إن من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط ضابط عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة الجزائري، وهو القيد الذي نصت عليه المادة 19، والتي تضمنت من خلال صياغتها ومضمونها أحكاماً عامة وشاملة، فهي قد أباحت للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، ثم أوردت على هذه القاعدة العامة استثناء يقيد العموم السابق؛ وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط، غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم الخروج عن كل ما أوجبه من أحكام وقواعد³.

غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري، والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفه بعض الصعوبات بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، إلا أنه يمكن القول بأن

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 279.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 78، ص 79.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر، ط 3، الجزائر، 1996، ص 169.

المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد. وهذا ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

وباستقراء الأحكام التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري، وحسب نص المادة 32 من قانون الأسرة والتي نصت: "بيطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"¹ والمقصود هنا الأحكام والآثار المترتبة على عقد الزواج التي تعتبر من مقتضياته، وعليه فإن أهم القواعد الأساسية والأحكام التي تضمنها هذا القانون تتمثل فيما يلي:

- حقوق وواجبات الزوجين: وقد نصت على هذا المادة 36 من قانون الأسرة، بحيث نص المشرع الجزائري في التعديل الأخير على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين والتي من شأنها أن تؤدي إلى استقرار الأسرة وتمسكها. كاشتراط أحد الزوجين على الآخر عدم زيارة أبويه، فهذا الشرط مخالف لأحكام الفقرة السابعة من المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري. كما أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم معاشرتها وهذا مخالف لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة.

- الصداق: اشتراط الزوج على الزوجة حرمانها من الصداق، فهذا الشرط مخالف لأحكام المادتين التاسعة مكرر و14 من قانون الأسرة. أصبح الصداق بعد التعديل شرطاً من شروط الزواج وهذا من خلال المادة 09 مكرر التي بموجب أضيفت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 و التي نصت: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج- الصداق - شاهدان- انعدام الموانع الشرعية " وعليه فإذا تخلف هذا الشرط فإن الزواج يفسخ قبل الدخول ولا يترتب عنه أي أثر أما بعد الدخول فيثبت ولكن مهر المثل²، وهذا ما نصت عليه المادة 33 من ق.أ.ج، فاتفق العاقدان على إسقاط المهر يعتبر شرطاً منافية لأحكام وقواعد هذا القانون.

- ثبوت نسب الأبناء: وهذا ما نصت عليه المادة 41 من هذا القانون. كاشتراط الزوجة إلحاق نسب أولادها لها دون أبيهم، في حين أنّ الولد للفراش، والذي يعد هو الآخر شرطاً مخالفاً لأحكام المواد 40 وما يليها من قانون الأسرة.

¹ عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، حررت، في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 19 يونيو 1984، كما يلي: " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".
² سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة الجزائر، ط 1، 2010، ص 67، 68.

- **التبني:** اشتراط احد الزوجين على الزوج الآخر تبني ولده من غيره ليقوم برعايته، والذي يعد غير مباح شرعا وقانونا طبقا لنص المادة 46 من قانون الأسرة.

- **استحقاق الزوجة النفقة** بعد الدخول بها أو دعواتها إليه ببيتة وهذا حسب نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري فاشتراط الزوجة على زوجها عدم الإنفاق على ضررتها وأبنائها ، مخالف لما نصت عليه المادة 74 و 75 من قانون الأسرة وكلّهما أحكام تحملّ الزوج واجب الإنفاق على زوجته وأبنائه.

- **التوارث بين الزوجين**، كاشتراط احد الزوجين على الزوج الآخر ألا توارث بينهما وهذا مخالف لأحكام المادة 126 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: جدية المصلحة

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية بأنها: «جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة»¹ والمصلحة المعتمدة في شريعة الإسلام هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: « نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع .ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة»²

والمقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة من عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقاً لغايات ومقاصد العقد ومحققاً لمصلحة مقصودة فيجب الوفاء به. أما إذا كان الشرط منافياً للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.

والحقيقة أنّ فكرة المشروعية لا ترتبط بالواقعة الشرطية في حد ذاتها، وإنما بالغاية المقصودة منها، وذلك لأنّ العمل المشروط قد ينطوي على عمل مشروع في حد ذاته، ولكن الغرض المقصود قد يكون غير مشروع كشرط عدم الزواج فالأصل فيه أنّه مشروع إذ الأمر متروك لإرادة الشخص وحرية، ولكنّه يصبح غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج، ومن الأمثلة التي تضرب لبيان عدم مشروعية الشرط

¹أنظر: محمد تقيّة، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص 149 .

²أنظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د. س. ن.، ص 293 .

بسبب الغاية غير المشروعة شرط الترمّل، الذي يفرض فيه الموصي على زوجته عدم إعادة الزواج بعد وفاته فيعتبر هذا الشرط غير مشروع إذا كانت الغاية منه حرمان الزوجة من حقها الطبيعي¹.

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها، أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حداً من الأهمية يربو أو يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية، لأنّ الحقوق لا تعدّ غايات في حد ذاتها وإتّما هي وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة يحميها القانون، فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرّر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق².

فلو أنّ الزوجة اشترطت على زوجها ألا يتزوَّج عليها، فهذا الشرط يحقّق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أنّ الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية، فإنّ مثل هذا الشرط يبطل لأنّ الغاية شرع والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط. وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة ولود وتقوم بجميع واجباتها الزوجية، فإنّه ليس للزوج مخالفة شرطها بالألّا يتزوج عليها، بل يجب عليه الوفاء بهذا الشرط لأنّه يحقّق مصلحة مقصودة للزوجة.

أما إذا كانت الزوجة عاجزة عن القيام بحقوق الزوج أو كانت غير قادرة على الإنجاب بسبب العقم، فهنا تظهر للزوج مصلحة جديدة من أجلها شرع عقد الزواج وهي حفظ النسل، وبناءً على هذا فلا يكون الزوج ملزماً بالوفاء بالشرط السابق، إذ لا يمكن اعتبار الزوج مخالفاً بشرطه في هذه الحالة وهذا لظهور مصلحة أخرى حقيقية يجب على الزوجين السعي نحو تحقيقها.

وهذا الضابط الوارد على حرية الاشتراط يستشف من نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الذي منح بموجبه المُشرّع للزوجين حرية أن يشترطا الشروط التي يريانها «ضرورية» بمعنى الشروط التي فيها مصلحة ضرورية وجدية وتخدم أغراض مشترطها، بمعنى أن يكون تعليق العقد على شرط ضروري لا يمكن الاستغناء عنه، لما فيه من منفعة قد تزيد في انسجام الأسرة، أو لأنه يدفع عن مشترطه ضرر متوقع قد يلحقه في العاجل أو الآجل، أو أنّ الحاجة إليه تفرض اشتراطه دون أن يمنع هذا الشرط صحة الزواج، أو

¹ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 293

² العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2001، 2002، ص 105.

يقيّد الزوج فيما أعطاه الله تعالى من حقوق كأن تشترط عليه الزوجة أن لا يشتغل بأي عمل سياسي، أو أن تشترط عدم سفره إذا كان هو كثير السفر مراعاة لطبيعة عمله، أو تقيّد حقوق الغير كأن تشترط الزوجة طلاق ضرثها، أو عدم إنفاقه على أولاده، أو شرط يتعلّق بالتزامات الزوج المادية، والأدبية مع أهله وأقاربه، فهذا بلا شك يعدّ شرطاً يهدّد حق الغير من جهة، ويحدّ من حرية الزوج من جهة أخرى¹. وعلى ذلك متى توفرت في الشرط المقترن بعقد الزواج هذه الميزات، يمكن القول أنّ المصلحة المرجوة من وراء اشتراط الشرط ضرورية وجدّية، ومن ذلك على سبيل المثال اشتراط الزوجة مواصلة دراستها، أو عملها إن كانت تعمل قبل الزواج².

الفرع الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو نقض بعض الشروط

إذا تم العقد بين المتعاقدين، وذلك بتوافر إرادتين متطابقتين وفقاً لقواعد القانون، فإن العقد يعتبر ملزماً للمتعاقدين، فيلتزم كل متعاقد بكل الالتزامات المترتبة عن العقد، ويكون له المطالبة بكل الحقوق التي ترتبت عن العقد دون أن يملك المتعاقد نقض العقد ولا الحق في تعديله، إلا باتفاق الطرف الآخر أو بنص القانون عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما يحظر على القاضي تعديل أو نقض أحكام العقد حتى ولو كان ذلك بدعوى منه بتحقيق العدالة أو منع الظلم، وإنما واجب القاضي يتركز في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد متى توافرت فيه شروط صحته، وأن يعني أصحاب هذه الحقوق وهذه الالتزامات إلا في الأصول التي أجاز فيها القانون للقاضي حق التعديل أو النقص، وإذا كانت هذه القاعدة العامة إلا أن القانون و استثناء من هذه القاعدة أعطى للقاضي حق تعديل أحكام العقد وهذا في حالات محددة كحالة الظروف الطارئة³.

هذه النظرية يذكرها أهل القانون في كتبهم، وقد جاءت هذه النظرية استثناء من القوة الملزمة للعقد، اقتضته العدالة، ورفع الحرج، والرفق بالناس، ومبدأ المساواة بين المتعاقدين ولهذا الاتجاه أصل في الشريعة الإسلامية، التي جاءت نصوصها من الكتاب والسنة، مراعاة للضرورة، وعدم تكليف المسلم ما ليس في وسعه، ورفع الحرج والمشقة عن الناس، قال تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [سورة البقرة، الآية: 286]، وقال تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [سورة الحج، الآية: 78]، لأن الأصل هو الالتزام بما تتضمنه العقود من شروط أو مواصفات لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [سورة المائدة، الآية: 106].

¹ هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 294

² المرجع نفسه، ص 294

³ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ص 105، 106.

[1]، فالعقد له قوة ملزمة ولا يجوز لأي من أطرافه، أو القاضي أن يشتغل بنقضه أو تعديله، غير أنه إذا طرأ ظرف أو حادث استثنائي، لم يكن متوقعا حدوثه عند العقد وأصبح الالتزام بالعقد ملحقا للضرر بأحد المتعاقدين، فإنه من الممكن تعديل هذا العقد وما فيه من التزامات، أو تخفيفه لإزالة الضرر الناشئ من الظروف الطارئة.¹

لقد سبق وأن قلنا بأنه لا ينبغي التوسع في الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار و دوام الزوجية القائمة على أساس المودة والعشرة بالمعروف لأنه لو فتحنا باب الاشتراط على مصراعيه، لأصبح المشترط متعسفا في استعمال حقه، فلو اشترطت الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها وهذا حتى لا تبعد عن والديها وأهلها، ربما لا يكون هذا الشرط في صالح الزوج الذي رضي بهذا الشرط لأنه ربما يغير مكان عمله وهذا بأمر من الإدارة التابع لها، مما يجعله يغادر بلد الزوجة، وهذا لإتمام ممارسة وظيفته، وإذا خالف الزوج هذا الشرط المتفق عليه قد يؤدي ذلك إلى فك الرابطة الزوجية وهذا بطلب من الزوجة لأنها لم ترض هذا الزواج إلا بهذا الشرط، وقد يعود هذا بالسلب على أفراد العائلة خاصة إذا كان للزوجين أطفال، لكن إذا أراد الزوج أن يفى بشرطه ووعده فإنه يجد نفسه مجبر عن التخلي عن عمله الذي يعتبر مصدر رزقه.

فهنا نقول و من باب قدسية هذا العقد الذي سماه الله تبارك وتعالى بالميثاق الغليظ، وجعل المودة والرحمة هي أساس بناء كل علاقة زوجية متينة فلا يجب أن يتعسف أحد الزوجين في المطالبة بالشروط المتفق عليها أثناء عقد الزواج، ولا بد أن يتنازل كل واحد من الزوجين عن بعض الشروط التي اشترطها. لكن إذا تعقدت الأمور ولم يستطيع أحد الزوجين تنفيذ الشرط المتفق عليه، فليس له هنا إلا اللجوء إلى القضاء وهذا إما لإعفائه من تنفيذ هذا الشرط أو تعديله، والسلطة التقديرية للقاضي هي التي تقدر هذا الظرف الطارئ، كما أنه من المقرر أن السلطة المخولة للقاضي بموجب نظرية الظروف الطارئة، إنما وجدت أصلا بهدف تحقيق التوازن العادل بين مصلحة طرفي العقد في الرابطة العقدية، ولأن تحقيق العدالة هو مناط سلطة القاضي و محور وظيفته، فإن هذه السلطة تحد حدودها عند تحقيق هذا الهدف إجمالا، فهي سلطة لم تمنح للقاضي لفرض التحكم والسيطرة القائمين على التعسف.²

والملاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه لم ينص على نظرية الظروف الطارئة، وإنما نص عليها المشرع في أحكام القانون المدني من خلال المادة 107، الفقرة الثالثة والتي نصت على: "غير أنه إذا

¹ اسي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص150.

²عبد الحميد بن شنين، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1996، ص54.

طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".¹ من خلال هذه الفقرة يجوز للملتزم بالشرط أن يطلب من القضاء في حالة صعوبة التنفيذ العيني أن يعفيه من الشرط أو يعدل فيه، مادام الظرف الطارئ قائما.

ويراعي القاضي في تعديله أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج مدى جسامته الضرر الحاصل من جراء عدم الوفاء بالشرط، فإذا كان الضرر اللاحق بالزوج أكبر من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء نقلها من بلدها، بعد أن اشترطت عدم خروجها من بلدها، بحيث مثلا يفقد الزوج منصب عمله بسبب التزامه بشرط زوجته عليه، فيكون دفع هذا الضرر مقدم على ضرر الزوجة الناجم عن تحوّلها من العيش خارج بلدها.

كما يجب على القاضي أن يلتزم بحرفية بنود العقد إذا كانت عبارات العقد واضحة، وإذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ومراعاة غرضيهما من التعاقد ولا يجوز تجزئة شروط العقد لأن ذلك يجعل من الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين أمرا صعبا، ولهذا وجب تفسير العقد في مجموع بنوده وكافة أجزائه المكونة له، وعلى سبيل المثال لو اتفق الزوجان على تأجيل جزء من المهر، فليس للزوجة أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها قبل دفعه الجزء المؤجل من المهر لأن قبولها بتأجيل جزء من مهرها عند العقد يفسر على أنها رضيت بتأجيل المطالبة، وإذا وقع خلاف بين الزوجين بصدد تفسير شرط معين في العقد حول مشروعية الشرط أو عدم مشروعيتها، فيجب الرجوع إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه أحكام هذا الشرط، وهل يعد مشروعاً أو غير مشروع.²

وعند الكلام عن السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو إلغاء الشرط المتفق عليه في عقد الزواج باللجوء لنظرية الظروف الطارئة، نجد أن لهذا التطبيق نظيرا في الفقه الإسلامي، وهذا عندما نتمعن في

¹ بخلاف القانون المغربي الذي يعتبر القانون الوحيد الذي نص على نظرية الظروف الطارئة في مدونة الأسرة في حالة تعذر الوفاء بالشروط لأسباب قاهرة حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 48 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن الملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع القائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه"؛ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، ص 138.

² مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2006م، ص 95، 96، 2007م، ص 95، 96.

الشروط التي رسمها الحنابلة للتفريق بين الزوجين عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها؛ بحيث لم يتركوا الأمر على إطلاقه، بل قيدوه ببعض القيود والضوابط، ولعل أهمها هو شرط بقاء ما شرطه أحد العاقدين على الصفة التي كان عليها وقت الاشتراط، فإن تغيره عن الحالة التي كان عليها يبطل الشرط، كاشتراط الزوجة مسكن بمواصفات معينة، لكن تغير هذا المسكن بسبب الخراب أو زلزال أو غيره ففي هذه الحالة للزوج أن يسكن بالزوجة حيث شاء، ويسقط حقها في الفسخ، لأن الشرط عارض وقد زال فرجعنا إلى الأصل، فتغير المسكن كان لظرف طارئ و قوة قاهرة، مما أدى إلى إلغاء الشرط جملة وتفصيلاً¹.

المطلب الثالث: جزاء عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج

بناءً على ما سبق تقريره يمكننا القول أن المشرع الجزائري عندما أعطى للمتعاقدين حرية اشتراط الشروط غير المنافية للقانون أو مع العقد نفسه، يكون قد توسع في مسألة الاشتراط وسائر مذهب الحنابلة القائلين بلزوم الشروط التي لا تنافي مقتضى عقد الزواج. وهذا الاختيار في محله؛ لأنه يتماشى مع طبيعة العقود ويحقق مصلحة المتعاقدين، ويساهم في تحقيق مقاصد الشرع من الزواج المبنية على الدوام والاستمرارية، ودرأ سبل النزاع والاختلاف فيما بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية، خاصة إذا تعلق الأمر بالقضايا المستحدثة، التي يدخل القضاء فيها بالرأي المبني على المصلحة، التي لم يرد في الشريعة نص خاص يشهد لها بالاعتبار أو الإلغاء، كمسألة تعدد الزوجات ومسألة عمل المرأة وراتبها الشهري والسكن المستقل عن أهل الزوج، وغيرها من القضايا المطروحة في المجتمعات المعاصرة. إلا أن المطلع على أحكام القضاء الجزائري في الاشتراط في عقد الزواج يجدها تختلف من قضية إلى أخرى.

الفرع الأول: جزاء عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لقد أعطى قانون الأسرة الزوجة حق اشتراط ما تشاء من الشروط التي لا تنافي نظام عقد الزواج، وأن هذه الشروط منها ما تستطيع أن تجبر الزوج على تنفيذه بسلطان القضاء، ومنها ما يعطيها الحق بطلب فسخ النكاح إذا نكل الزوج عن الوفاء بها.

بهذا نجده قد عالج موضوع عدم الوفاء بالشروط بما يحفظ حقوق الزوجة، ويمنع الزوج من التغير بها، فاختار مذهب الحنابلة أساساً في قبول الشروط، فإذا تم الاتفاق على شرط من الشروط، مثل عدم تعدد الزوجات أو السماح للزوجة بالعمل، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية، فإنه واستناداً لأحكام الفقرة التاسعة

¹ سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص154

من المادة 53 التي تنص على الأسباب التي تسمح للزوجة المطالبة بالتطليق. فنصت الفقرة 9 على مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد الزواج. ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، وهذه المادة تقر حق المرأة في طلب التطليق مقابل حقه في حل عقد الزواج بإرادة منفردة. غير أنها تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن تتعرض إلى العقد الرسمي اللاحق الوارد ذكره في المادة 19. كما أضافت المادة 53 مكرر حق المطلقة في التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة الحكم لها بالتطليق: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" وهذه المواد مجتمعة تشكل نظاما خاصا بالاشتراط في عقد الزواج، ويمكن من خلاله المساهمة في استقرار الأسرة، والتقليل من المشاكل الناتجة عن التنازع والاختلاف حول القضايا المستحدثة في المجتمعات الإسلامية المعاصرة خاصة بعد غياب الوازع الديني وانحراف الأسرة عن مسارها الطبيعي في تحقيق أهدافها السامية التي تأسست لأجلها.

وقد قسم القانون الشروط ثلاثة أقسام تقسيماً توخى فيه مصلحة الزوج والزوجة على السواء¹:

1 - شروط صحيحة ملزمة للقاضي أن يجبر الزوج على تنفيذها، وهي الشروط التي تكون فيها مصلحة مشروعة للزوجة، ولا تمس بحق الغير؛ كاشتراطها أن لا يمنعها من العمل والدراسة، وكأن لا يسافر بها، أو أن لا ينقلها من دار أبيها أو بلدها، فهذا الشرط صحيح ولا يستطيع الزوج أن يسافر بزوجه، فإن أصر على السفر بها منعه القاضي من ذلك. فإن أصر كان للزوجة طلب التطليق النكاح بموجب المادة 53 فقرة 9 من ق أ ج.

2 - شروط صحيحة، غير ملزمة ليس للقضاء أن يجبر الزوج على تنفيذها، فالشرط صحيح، ولكن لا يلزم الزوج على الوفاء بها بسلطة القضاء، فإذا لم يف كان للزوجة طلب فسخ النكاح بموجب المادة 53 فقرة 9 من ق أ ج، وذلك كأن تشترط الزوجة في عقد الزواج ما فيه تقييد لحرية الزوج في حقوقه الشخصية المشروعة، كأن تشترط عليه أن لا يسافر، أو لا يتوظف، أو لا يشتغل في السياسة أو أن لا يتزوج عليها.

3- شروط باطلة لا يجوز الوفاء بها، ويكون العقد معها صحيحاً، وهو ما قصده المشرع في المادة 35 من ق.أ.ج، وذلك بأن يقيد المشتراط عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، كاشتراط عدم المهراً، أو إنفاق الزوجة على الزوج، أو بشرط ينافي مقاصده الشرعية، كاشتراط عدم الاستمتاع الزوجي، أو

¹مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر والتوزيع، بيروت، ط7، 1999م، ص58

أن يلتزم فيه ما هو محظور شرعاً، كاشتراط المرأة أن تسافر بدون محرم، فهذا النوع من الشروط باطل، والعقد صحيح، ولا يجوز الوفاء بالشرط وقد قدمنا أن هذا حكم متفق عليه في المذاهب الاجتهادية، ولا نعلم فيه خلافاً¹.

وقد خالف بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القدامى والمحدثين من عدم ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء بمثل هذه الشروط لما ينجم عن ذلك من مفسد وأضرار من جهة- كما سلف بيانه. - ومن جهة أخرى لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه الطلاق طلباً تعسفياً، ومن ثم يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزاً، وعليه يسقط حقها في التعويض؟.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه

بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من حكم الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه، فقد ذهب إلى اعتبار شرط الزوجة على زوجها بأن لا ينقلها من بلدها بأنه شرط صحيح يجب الوفاء به، وقد قضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03 والذي جاء فيه: "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حرام أو تحرم حلالاً، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع و من الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلاً بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد"² ومع ذلك لم يستقر القضاء الجزائري على رأيه هذا، وذهب في قرار آخر إلى أنّ اشتراط المرأة على زوجها أن لا ينقلها من بلدها شرط باطل ومخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يتبين من نص قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1988/06/20 وفيه الآتي: "من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية و كان من الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده البقاء بزوجه بالعاصمة، يكونوا

¹مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص 58، 57.

²قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، مؤرخ في 1971/03/03، نشرة القضاة 1972 ع 02، ص 39. بلحاج العربي، قانون الأسرة-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، عدد 2، ص 24.

بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وقد فرضوا عليه قيودا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه¹

من خلال عرض هذين القرارين السابقين للمحكمة العليا يتضح لنا التناقض الموجود في القضاء الجزائري بالنسبة للحكم على الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، فمرة اعتبرها شروطا صحيحة وملزمة للطرف الذي التزم بها متأثرا بالمذهب الحنبلي، وأعطى الحق فيها للزوجة في فك العصمة الزوجية، وتارة أخرى اعتبرها مكروهة وغير ملزمة لما فيها من التضيق على الزوج أخذا بالمذهب المالكي، مخالفا لنص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 19 يونيو 1984 الذي ذهب كمعظم التشريعات العربية للأحوال الشخصية في تنظيم أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى الأخذ بمذهب الحنابلة.

وفي أحدث قراراتها صدر عن المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12 أبريل 2006: «تقييم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها، يحق لها تحديد مكان الإقامة عند أو بعد إبرام الزوج»² وهو قرار يتناسب وروح المادة 19 من قانون الأسرة ومع ما انتهت إليه أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية بناءً على توافق نظرة الحنابلة في هذا الصدد مع أحكام نظرية العقود في القوانين المدنية، ولهذا نجد أنه قد أقر للمرأة بأحقية الاشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، معتبرا أنّ الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه هو شرط صحيح لما فيه من منفعة، ولازم وجب الوفاء به لأنه بني على رضا وتوافق طرفي العقد، ومن ثم كان للزوجة الحق في المطالبة بفسخ عقد الزواج متى أخل الزوج بوفائه للشرط.

المبحث الثالث: تطبيقات عن الشروط المقترنة بعقد الزواج

بعد أن تعرضنا لموقف الفقه الإسلامي والقانون والقضاء من الاشتراط في عقد النكاح، نتطرق في ما يلي لصور من أهم الشروط التي قد تكون مقترنة بعقد الزواج، وندرسها بالتفصيل من حيث أقوال الفقهاء فيها وكيف عالجها قانون الأسرة الجزائري.

رغم إطلاق المشرع الجزائري لحرية الاشتراط بموجب نص المادة 19، إلا أنه لم يضع قائمة يحصر بموجبها الشروط التي يجوز اقترانها بعقد الزواج، إنما اكتفى بالتنويه لشرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة،

¹ اقرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 49575، مؤرخ في 20/06/1988، المجلة القضائية 1991، ع 02، ص 54

² مقتبس عن: هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 266

وعلى ذلك باستطاعة الزوجين الاتفاق على شروط أخرى، كمكان الإقامة والإنجاب، ولو أنّ الإحصائيات كشفت عن أنّ أهم الشروط التي تضمنتها عقود الزواج تتمثل في: عمل المرأة، عدم التعدّد، مواصلة الدراسة، الانفراد بسكن مستقل عن أهل الزوج، حرية التصرف في راتبها¹، وسنكتفي بدراسة شرطي عدم التعدّد وعمل المرأة المنصوص عليهما في المادة 19 من قانون الأسرة.

المطلب الأول: اشتراط عدم تعدد الزوجات

لقد انقسمت مواقف التشريعات العربية للأسرة حول موضوع تعدّد الزوجات إلى ثلاث مواقف متباينة، فهناك من البلدان العربية والإسلامية التي سمحت بنظام تعدد الزوجات بشكل مطلق ولم تقيده إلا بشرط عدم تجاوز عدد أربع زوجات، ومنها من منعتة واعتبرته جريمة يعاقب عليها القانون، ومنها من تبنت نظام التعدّد مع تقييده بشروط في محاولة لحظر التعدّد كأصل وإباحته كاستثناء، هذا التباين جاء نتيجة لكون التعدّد مباح وليس واجبا، ممّا يسمح لولي الأمر أن يقيده أو يمنعه، إذا رأى فيه مصلحة عامّة للمجتمع².

وقد ذهب المشرّع الجزائري في نص المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزوج عدم الزواج عليها بامرأة أخرى، وقد أعطى الحق للزوجة في طلب التطلاق إذا أخل الزوج بهذا الشرط أثناء قيام الرابطة الزوجية، وهذا من خلال الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة دون أن يراعي الظروف الطارئة والأسباب التي تكون خارج إرادة الزوج، والتي قد تضطره إلى التعدد دون اللجوء إلى طلاق زوجته الأولى، وهذا ما جعل المشرّع محل انتقاد من قبل بعض رجال القانون على

¹ أنظر: النهوض بالحقوق الإنسانية للنساء في المغرب، الجزائر وتونس من خلال الاستعمال الاستراتيجي لعقود الزواج، - البحث الميداني مع السلطات المحلية حول استعمال عقود الزواج-، www.globalrights.org، مقتبس عن: خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 268

² فمن الدول العربية التي سمحت بنظام تعدد الزوجات بشكل مطلق واعتبرته خصوصية من الخصوصيات الشرعية الإسلامية، نذكر المملكة الأردنية الهاشمية، الكويت، المملكة العربية السعودية، في حين ذهب المشرع التونسي، إلى منع تعدّد الزوجات، بل وعاقب عليه بصريح نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث نص على أنّ: «تعدّد الزوجات ممنوع. فكل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزواج لم يبرم طبق أحكام القانون»، أما المشرع المغربي فأباح التعدّد مع تقييده بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية الصارمة، ونظمه ضمن المواد من 40 إلى 46 من م. أ. م. فجاءت المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية ناصة على أنه: «يمنع التعدّد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوّج عليها»؛ أنظر: خدام هجيرة، المرجع السابق، ص 268.

أساس أنّ تضمين عقد الزواج بالشرط المانع للتعدد يشكّل خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويتعارض مع أحكام قانون الأسرة، وخاصة المادة الثامنة التي تسمح بالتعدد، كما أن وعدم التنصيص على مثل هذه الظروف التي يكون فيها الزوج بحاجة إلى التعدد، يجعل الزوجة الأولى تتعسف في استعمال حقها، وهو ما قد يفتح المجال أكثر للطلاق والنزاعات الاسرية.

فهل هذا الاشتراط يعدّ في مضمونه تحريماً لما أحل الله؟ وإذا اشترطت الزوجة على زوجها بأن لا يتزوج عليها، ورضي الزوج هذا الشرط فهل يجب عليه الوفاء به؟ وهل لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه عند فوات الشرط خاصة إذا كانت هناك أسباب وجيهة خارجة عن إرادة الزوج كمرض الزوجة الأولى مرضاً مزمناً أو غيرها من الأسباب؟

الفرع الأول: حكم اشتراط الزوجة على زوجها عدم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة أقوال نوجزها فيما يلي:

ذهب الحنفية إلى أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، هو من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، وليست مؤكدة له، ولم يرد بها أثر، ولم يجز بها العرف¹، فهو شرط فاسد لا يجب الوفاء به، وإن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين، ولا أثر له في العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً، لأن القاعدة المقررة عندهم أن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة، فيلغو الشرط ويبقى العقد صحيحاً، ومن ثم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط².

المالكية: يرى المالكية أن اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج، شرط لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، واشترطه مكروه ولا يلزم الوفاء به ابتداءً، لكن إن وقع العقد مقترباً بهذا الشرط صح العقد وبطل الشرط، والوفاء به مستحب. قال مالك: " إذا اشترط ذلك أي ألا يتزوج عليها لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق، أو يعتق من أقسم عليه ". قال ابن رشد: قول مالك مروى عن علي³.

وأما الشافعية فاعتبروا اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، مما يخالف مقتضى عقد النكاح، إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن يشترطه، والمشهور عندهم أن العقد لا يفسد بفساد الشرط⁴، فيبقى

¹ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 98، 97.

² ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 2، ص 59.

³ ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 02/102.

⁴ الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، ص 570 وما بعدها

العقد صحيحا، ويفسد الشرط وهذا لأن هذا الشرط لم يخل بالمقصود الأصلي لعقد النكاح وهو الوطاء والاستمتاع.¹

وذهب **الظاهرية** إلى أن هذا الشرط لم يرد بجوازه واعتباره نص من كتاب أو سنة أو إجماع، ومن ثم يحرم على المرأة مثل هذا الشرط، ولا يجوز الوفاء به، وإذا اقتزن بالعقد أبطله، وذلك كما يعلل ابن حزم بأن العقد لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له لأنه لا دليل عليه فلا صحة لما به عقد، لأن ما انبنى على باطل فهو باطل.²

يرى **الحنابلة** أن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، شرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، وحكمه أنه صحيح يلزم الوفاء به، لأن للمرأة منفعة مقصودة من وراءه، وإذا فات هذا الشرط فللزوجة الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه³، لأنه شرط لازم في العقد، فثبت حق الفسخ بفواته، كشرط الرهن في البيع.⁴

الفرع الثاني: رأي القانونيين في مسألة اشتراط الزوجة على زوجها عدم تعدد الزوجات

يذهب بعض الباحثين⁵ إلى القول أنّ الحق المقرّر للمرأة في اشتراط عدم التعدد على زوجها، شرط باطل، يتنافى مع القانون لكونه أباح تعدّد الزوجات، ولا سيما نص المادة الثامنة من قانون الأسرة التي تسمح بتعدّد الزوجات، لذلك فإنّ الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفاً لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء وليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتماداً على عدم الوفاء بهذا الشرط.⁶

ويمكن القول أن المشرّع الجزائري قد حسم مسألة اشتراط عدم تعدّد الزوجات تشريعياً في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة، عندما خصّته المادة 19 بالذكر باعتباره شرط ضروري لتأثيره الهام على حياة الأسرة، إلا إنّ الصياغة القانونية التي أوردها المشرّع بخصوصه تفتقر إلى التجرد والعموم، وكأنها صياغة

¹ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص589،

² ابن حزم، المحلى، ج9، ص491.

³ ابن القيم، جامع الفقه، ج5، ص ص 484، 483،

⁴ ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج24، ص ص 287، 288،

⁵ الأستاذ عبد العزيز سعد والأستاذ لوعيل محمد مين.

⁶ أنظر: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص172؛ محمد مين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة،

الجزائر، ط01، 2004، ص61.

موجهة للمرأة، تحثها إيجاباً أو تنبيهاً إلى ضرورة اشتراط عدم التعدد، وتعمد المشرع النص على هذا الشرط بهذه الصيغة وفي هذا الموضوع إنما هو تأكيد على اتجاهه إلى تضيق مساحة التعدد استجابة لضغوط الحركات النسوية والمنظمات الدولية، حيث أكد على هذا التوجه في أكثر من موضع من قانون الأسرة، لاسيما المادة 08 منه حيث ووضعت مجموعة من القيود والشروط على نظام التعدد، وجاءت المادتين 08 مكرر والمادة 08 مكرر (1) لتفرضا جزاء صريحا على مخالفة أحكام المادة 08، بحيث حكمت على الزواج الجديد بالفسخ قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي، أعطت للزوجة حق رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق في حالة التدليس¹، فجعل بذلك من التعدد مشكلة قانونية واجتماعية، في حين أن الأمر بخلاف ذلك عند التقيد بضوابطه الشرعية².

وكان الأولى أن يكون خطاب المشرع موجها للزوجين على وجه المساواة ومكرسا لمبدأ التراضي وحرية التعاقد، فللزوجة أن تشتترط على زوجها أن لا يتزوج عليها، كما يكون للزوج حق الاشتراط على الزوجة أن لا تعترض على زواجه من أخرى، وبهذا أن تستبدل عبارة "...ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات..." بعبارة "... ولاسيما ما تعلق بمسألة تعدد الزوجات..." كما كان عليه أن ينص على هذا الشرط في المادة 08 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي نص في المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها»، فالموضع الصحيح لإدراج شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون هو نص المادة 08 وليس نص المادة 19.

وعلى العموم يمكن القول أن اشتراط الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها، حق مقرر بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن المشرع وإن كان قد خالف جمهور فقهاء الشافعية والمالكية والحنفية الذين يعتبرون كل شرط يزيد على مقتضى العقد أو لم يرد به نص في الشرع، شرطا فاسدا لا يؤثر على صحة

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، ط 2014، ص 1، ص 25، 24. هذا ورتب المشرع على تخلف شرط من شروط التعدد المذكورة في المادة 08 من قانون الأسرة، حق الزوجة في طلب التطليق مع حقها في التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، وهو ما نصت عليه الفقرة السادسة من نص المادة 53 والمادة 53 مكرر من نفس القانون، وقد أيد هذا الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 2005/01/19 عن المحكمة العليا حيث جاء فيه ما يلي: " لا يكفي لرفض دعوى التطليق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج"، انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 334060، مؤرخ في 2005/01/19، السنة 2005، ع 01، ص 325. أنظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هوم، الجزائر، ط الثانية، 2009، ص 91.

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، الهامش رقم 2062، ص 464

العقد، إلا أن المُشرِّع لم يخرج بإباحة هذا الشرط إلى تحريم ما أحل الله، بل هو في تقنينه هذا أكد على حق ثابت وجائز شرعاً، وأضفى عليه الصبغة القانونية كي لا يكون مدعاة للقول بمخالفته لأحكام قانون الأسرة، وهو قد سالك في ذلك مسلك **الفقه الحنبلي** الذي يعتبر أكبر المذاهب إطلاقاً لسلطان الإرادة في تصحيح الشروط، فهم يرون أنه متى تزوج رجل امرأة واشترطت عليه عدم الزواج بامرأة أخرى كان الشرط صحيحاً وإن فعل ذلك كان الأمر بيدها إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقت¹ لقوله صلى الله عليه وسلم «إنَّ أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج»².

وتبيّ **المُشرِّع الجزائري** لرأي الحنابلة له ما يبزّره، فما كان للزوجة أن تلجأ إلى الاشتراط إلا لتحقيق مصلحة جدية لها ورغبة أكيدة لديها في الاستئثار بزوجها، ودرءاً للضرر المحتمل، وما سميت الضرة بهذا الاسم لدى العرب إلا لاشتقاق اسمها من الضرر، فهذا الشرط من شأنه أن يجعل الكثير من النساء يطمأن على مستقبلهن، وهو مخرج سليم لتفادي اضطراب الأسرة وتفككها، ومن ثم يكون إباحة المُشرِّع للزوجة اشتراط عدم الزواج عليها من باب التأكيد على حقوقها، ولكون الشرط تتجاذبه حقوق متباينة، فالتعدّد حق للزوج، واشتراط عدم التعدّد فيه مصلحة للزوجة. وإنّ تنازل الزوج عن حقه في التعدّد بإرادته ورضاه لا يبطل المبدأ من أصله، وليعد تحريماً لما أحل الله، بل يبقى التعدّد في أصله مباح يجوز الامتناع أو التنازل عنه، فكل ما يشترطه الزوجين من الشروط في صلب العقد أو يتفقان عليه قبله مما يصح بذله والانتفاع به من غير إضرار بأحد ولا مخالف لنص شرعي، أو كان مباحاً مآذوناً فيه للمكلف قبل الشرط، فإن الشرط جعله لازم الوفاء به عند التشاحن والتنازع، ومندوب الوفاء به إن لم يوجد نزاع ولا مطالبة بالوفاء لأنه مما اتفق عليه، فإن لم يف به من اشترط عليه، كان من حق المشتراط فسخ العقد، لأن ما اتفق عليه من الشروط حق للمشتراط فله المطالبة به وله إسقاطه إن شاء.

المطلب الثاني: حرية المرأة في اشتراط العمل

وهذه المسألة من المسائل الفقهية التي لم يتطرق لها جُلُّ فقهاءنا المتقدمين، ولعلّ السبب في عدم تعرّضهم لهذه المسألة هو اختلاف طبيعة العمل في الأزمنة المتقدّمة، مقارنةً بالأزمنة المتأخرة، إضافةً لتغيّر المعايير الاجتماعية الحاكمة للعمل وطبيعته، والظروف الاقتصادية والتنظيمية التي اختلفت عن ذي قبل حتى غدا عمل المرأة حقّاً لها تكفّلُهُ الأنظمة الحقوقية في العالم، في حين كان العرف عند الأوائل أن عمل المرأة

¹ انظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 03، ص 124.

² البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151 الجامع الصحيح، ج 3، ص 375؛ مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم 1418 صحيح مسلم، ج 1، ص 641.

من باب التكليف والمشقة عليها، ولذا فإنهم قرروا أنه لا يلزم الزوجة العمل إذا أمرها زوجها؛ لأن هذا من باب التكسب لا من باب العشرة¹.

وقد اقتضت حكمة الله تعالى في بني آدم، أن يكون الرجل هو القائم بأمر المرأة، والقائد لزامها لقوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ [سورة النساء، الآية: 34]، وذلك لما منحه الله له من القوة وكمال العقل، والقدرة على الكسب، وتشم المصاعب لتحصيل العيش، وحفظ كيان الأسرة. ولبيان حكم هذا الشرط والآثار المترتبة على الإخلال به عند قيام الحياة الزوجية، لا بد من التطرق أولاً إلى مسألة خروج المرأة إلى العمل بغير رضا الزوج ودون اشتراطها ذلك عند العقد.²

الفرع الأول: حكم خروج المرأة إلى العمل الكسبي

الأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية، وقيامها على شؤون بيتها و زوجها، وللزوج الحق في منع زوجته من العمل بأجر أو بغير أجر مادام الزوج قائماً بكفالتها، ولا يوجد رأي فقهي يقرر حق المرأة في العمل دون إذن زوجها؛ لأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب، وبالتالي فلا يزاحم مباح المرأة واجبها، فإن أرادت الخروج للتكسب من عمل مشروع خارج البيت فلا يحق لها ذلك إلا بإذن الزوج، أو في حالة عدم قيامه بالإنفاق عليها، فتخرج للضرورة.³

جاء في رد المحتار: "أن له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبي ولو قابلة ومغسلة"⁴ فيفهم من كلامه أنه إذا كان له منعها من ذلك فإن عصته وخرجت بلا إذنه كانت ناشزة ما دامت خارجة وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة. ثم قال: "وينبغي عدم تخصيص الغزل بالذكر، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب؛ لأنها مستغنية عنه لوجوب كفالتها عليه، وكذا له أن يمنعها من العمل تبرعا لأجنبي من باب أولى"⁵

¹عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، بحث محكم قدم حلقة البحث التي أقامها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة بعنوان (نفقة الزوجة في ضوء متغيرات العصر)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المملكة العربية السعودية ط: 1، 1432 هـ - 2011 م، ص 7

²محمود بن صغير، المرجع السابق، الهامش رقم 2062، ص 465

³المرجع نفسه، ص 466

⁴ابن عابدين، رد المحتار، ج 3، ص 603

⁵المرجع نفسه، ص 603

1- علاقة عمل المرأة بمسألة النشوز : يُجرح الفقهاء على عمل المرأة مسألة نشوز المرأة وكونه مسقطاً للنفقة. إذ لا يُسقط النفقة شيءٌ غير النشوز¹، ومن الملاحظ أن الفقهاء لم يفرقوا بين عمل وعمل آخر لاعتبار الزوجة ناشزة- حين خروجها إلى العمل - مادام الزوج لا يرضى لها العمل خارج البيت، حتى ولو كان هذا العمل من الأعمال الضرورية للمجتمع، كالطبيبة والقابلة والمغسلة ونحو ذلك من الأعمال التي يكون الخروج إليها من قبيل فرض الكفاية؛ لأن حق الإقامة في منزل الزوجية فرض عين وهو مقدم على فرض الكفاية، أضف إلى ذلك أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فلا يصح لها الاكتساب، والمرأة التي تحترف وتكتسب لم تفرغ نفسها لزوجها ولم تسلمها تسليماً كاملاً، وبالتالي فله منعها من الخروج².

ومن نصوص الفقهاء عند تعديدهم لصور النشوز التي تُسقط النفقة:

- الحنفية: قول الحدادي: "النشوز: خروجها من بيته بغير إذنه بغير حق"³.

- المالكية: قال ابن الحاجب من: "تسقط النفقة بالنشوز وهو منع الوطاء أو الاستمتاع والخروج بغير إذنه"⁴.

- الشافعية: وقال الغزالي من: "لو خرجت بغير إذنه فهي ناشزة ولو خرجت في حاجته بإذنه فلا"⁵.

- الحنابلة: وقال الحجاوي: "من امتنعت من فراشه أو الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو خرجت أو سافرت أو انتقلت من منزله بغير إذنه .. فهي ناشز"⁶.

وعندما نبحث في نفقة المرأة العاملة نجد أن المناط الفقهي لهذه المسألة إنما هو في خروجها من بيت الزوجية بدون إذن - باتفاقٍ -، وليس المناط هو في ذات العمل أو طبيعته.

وعلى ذلك فإن المرأة العاملة تكون قد أخلت بالتزام عقد الزوجية وهو (التمكين التام). فيكون خروجها من بيتها من غير إذن زوجها ملحقاً بالصور التي ذكرها الفقهاء للنشوز؛ كما سبق⁷.

¹ عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص 15، 16.

² أنظر: علي محمد قاسم، نشوز المرأة- أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 71.

³ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 5، ص 286.

⁴ ابن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، 1421هـ-2000م، ص 332.

⁵ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام. القاهرة، ط 1، 1417، ج 6، ص 215.

⁶ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، ج 5، ص 467.

⁷ عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص 16.

2- آراء الفقهاء في إسقاط النفقة الزوجية بعمل المرأة:

يُظَهَرُ مِنْ تَتَبِعِ كَلَامِ أَهْلِ الْعِلْمِ -قَدِيمًا وَحَدِيثًا- أَنَّ فِي مَسْأَلَةِ نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ الْعَامِلَةِ بَدُونِ إِذْنِ زَوْجِهَا ثَلَاثَةَ آرَاءٍ:
فَقَهِيَّةٌ مَبْنِيَّةٌ وَهِيَ عَلَى النُّحُوِّ التَّالِي

القول الأول: أن نفقة المرأة العاملة تسقط حال عملها بدون إذن زوجها: قال عدد من فقهاء الحنفية: "أنه لو تزوج من المحترفات التي تكون بالنهار في مصالحتها وبالليل عنده فلا نفقة لها... إذا كان له منعها من ذلك فإن عصته وخرجت بلا إذن كانت ناشزة ما دامت خارجة، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة"¹، وجاء في الفتاوى الهندية: "وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزلها، والناشزة هي الخارجة عن منزل زوجها المانعة نفسها عنه، بخلاف ما لو امتنعت عن التمكن في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم... وإذا تركت النشوز فلها النفقة"²، فالزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهارًا وعند الزوج ليلاً إذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها ما دامت خارجة³.

وهذا الرأي مبني على أن الناشز تسقط نفقتها، وأن خروج المرأة من بيتها لحرفتها وعملها بدون إذن الزوج يُعدّ نشوزًا، ويمنع من الاحتباس، والعلة عند فقهاء الحنفية هي الاحتباس⁴. جاء في المبسوط: "لأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له، فتستوجب الكفاية عليه في ماله، كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم، والقاضي لما فرغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في مالهم"⁵، وجاء في مواهب الجليل: "أن المرأة إذا منعت زوجها الوطء أو الاستمتاع، أو خرجت من بيت زوجها بغير إذنه إذا لم يقدر على ردها فإن نفقتها تسقط، يريد إذا كان ذلك بغير عذر"⁶.

وجاء في المغني ما نصه: "وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها، بإذن زوجها، لتجارة لها، أو زيارة، أو حج تطوع، أو عمرة، لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم... وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما، لا يسقط

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج40، ص ص 287، 288.

² نظام الدين البلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ج1، دار الفكر، ط: الثانية، 1310 هـ، ص 545.
³ ينظر: أحكام الأحوال الشخصية عبد الوهاب خلاف ص 109، الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص 278، أحكام الزواج لمحمد أبو زهرة ص 292.

⁴ ولكن لا بُدَّ من الانتباه إلى أن هذا القول لا يُسقط نفقة المرأة عن زوجها بالكيفية، وإنما يُسقطه في الأيام التي تُخرُجُ فيها للعمل، فأيام الإجازات ونحوها يلزم الرجل النفقة على المرأة فيها؛ لأن النفقة مُقدَّرة باليوم، ولكل يوم حكمٌ يخصه. عبد السلام بن محمد الشويرع، المرجع السابق، ص26.

⁵ السرخسي، المبسوط، ج5، ص 181

⁶ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992م، ج4، ص ص 187، 188.

حقها؛ لأنها سافرت بإذنه، أشبه ما لو سافرت معه. ولنا، أن القسم للأنس، والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها، فسقط، كما لو تعذر ذلك قبل دخول بها... وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية، فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى. وهذا لا خلاف فيه نعلمه. فأما إن أشخصها، وهو أن يبعثها لحاجته، أو يأمرها بالنقلة من بلدها، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم¹.

والذي ينبغي تحريره مما سبق أن يكون للزوج منع زوجته عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته. وأن نفقة الزوجة على زوجها إنما شرعت مقابل احتباسها في منزل الزوجية وتمكين الزوج من الاستمتاع وتفرغها لخدمته فإذا اشتغلت بعمل خارج منزل الزوجية دون إذنه ورضاه، ولو كان ذلك من الأعمال الضرورية للمجتمع كعمل القابلة والطبيبة، كانت مفوتة حقه فيفوت حقها وتسقط نفقتها؛ لأن الحقوق المترتبة على العقد متقابلة² وعلّة ذلك أن القرار يعني الطاعة، والاحتراف للعمل في حد ذاته نشوز وعصيان-إذا كان بغير إذن الزوج- والمرأة غير مأمورة بالتكسب بل مأمورة بالقرار في بيت الزوجية، "أما العمل الذي لا ضرر له فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا في حال غيبته من بيته³، فإن ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي إلى وساوس النفس والشيطان أو الانشغال بما لا يعني مع الأجنبي والجيران"⁴.

أما إذا لم ينفق عليها فلها تحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس للزوج منعها من ذلك، سواء كانت فقيرة أم غنية⁵، وفي رواية للشافعية أنه لو أمكنها الإنفاق من مالها أو كسب في بيته امتنع عليها الخروج¹.

¹ ابن قدامة المقدسي، ج7، ص313.

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص469

³ فليس للزوج أن يمنع زوجته من القيام بالأعمال المترتبة التي تحتتمها ظروف الحياة ومتطلبات العصر، كمزاولة مهنة الخياطة وأعمال النسيج وغيرها ما دام أنها لا تتنافى مع قيامها بحقوق الزوجية، وما دامت هذه الأعمال لا تضعفها أو تنقص من جمالها، فإن طلب عدم قيامها بهذه الأعمال وخالفته فله أن يؤديها لعصيانها إياه، غير أنه لا يحكم بنشوزها انظر: علي محمد علي محمد قاسم، نشوز المرأة، المرجع السابق، ص73.

⁴ ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص603.

⁵ جاء في مغني المحتاج: "ولها الخروج من بيته زمن المهلة نهارا لتحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس له منعها سواء كانت فقيرة أم غنية؛ لأن التمكين والطاعة في مقابلة النفقة، فإذا لم يوفها ما عليه لم يستحق عليها حجرا" الشريبي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ص171

القول الثاني: أن النفقة الزوجية لا تسقط مطلقاً بعمل المرأة واحترافها، ولو بدون إذن الزوج. وهذا الرأي مخرّج على قول من يرى أن النشوز لا يسقط النفقة الزوجية؛ وهو قول ابن القاسم وابن حزم وقال بهذا الرأي عدد من الباحثين المعاصرين -وهو إيجاب نفقة المرأة العاملة مطلقاً- وقيده بعضهم بأن لا تكون طبيعة العمل منافية لمصلحة الأسرة²، وبني المعاصرين اختيارهم على تغيير الأحوال والأعراف عن الزمان الأول، فلا يُعدُّ الآن خروج المرأة للعمل نشوزاً، أو امتناعاً عن حقِّ للزوج، وخصوصاً أن التشريعات المعاصرة كفّلت للمرأة حق العمل، فأصبح حقاً مستحقاً لها، والحقيقة أنّ في ذلك نظراً؛ لأن الناظر للمقاصد الشرعية العامة في النكاح يجد أن من أظهرها السكن، ولذا تضافرت النصوص الشرعية الدالة على مشروعية لزوم المرأة لبيتها وعدم خروجها منه، وأفضلية ذلك لها. ففي القول بأن العمل حق مشروع للمرأة على إطلاقٍ دون أيّ تقييد بإذن أو حاجة مخالفة بينة للمقاصد الجزئية الشرعية التي تضافرت عليها النصوص³.

القول الثالث: أن المرأة العاملة خارج المنزل بدون إذن زوجها لا تسقط نفقتها بالكليّة، وإنما تشترط وينقص تقديرها. وهذا القول يمكن تخرجه على قول فقهاء الحنابلة في مسألة تشطير النفقة؛ إذ إنهم قد أطلقوا الخروج من المنزل ولم يقيدوه بغرض ما.

و القول الراجح عندي هو أن المرأة إذا كانت عاملة خارج منزلها لها النفقة ولو كانت تعمل بدون إذن زوجها، وأن عدم إذن زوجها مؤثّر في تقدير النفقة لا في إسقاطها بالكليّة، وهو الرأي الذي يميل إليه الشيخ عبد السلام الشويعر؛ لكون هذا الرأي وسطاً بين الرأيين الأولين وفيه إعمال للمعنى الموجود في القولين معاً، كما أنه هو الأوفق للمقاصد الشرعية؛ فإن النفقة وجبت شرعاً بسبب عقد الزوجية في مُقابل التمكين من الزوجة. فإذا لم يتحقق التمكين التام، وإنما تحقق بعضه فإن المعنى المقابل للنفقة ما زال موجوداً ولكنه ناقص، فينقص تقدير النفقة في مُقابل نقصه؛ وهذا هو معنى تشطير النفقة. وفي القول بسقوط النفقة بالكليّة -مع وجود التمكين من المرأة واحتباسها الجزئي لمصلحة الزوج- إسقاط لهذا البند الذي بذلته المرأة، وإلغاء له بالكليّة، وهذا بعيدٌ من المعاني الشرعية⁴.

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، الهامش رقم 2062، ص 465

² ينظر: رشدي شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص 291، وهذا الرأي هو ما أخذ به القانون المصري في هذه المسألة. وقد أطل، رشدي شحاته أبو زيد في ردّ هذا القول، وعدم انضباطه في كتابه الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي، ص 300.

³ عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص 27، 28.

⁴ المرجع نفسه، ص 28.

كما أنّ في ترجيح هذا الرأي توسط في دفع الضرر عن الزوجين معاً، فإن المرأة إذا كانت ذات وظيفة أو عقد عمل، فقد تكون لم يبق لها إلا فترة يسيرة وتستحق مكافأة نهاية الخدمة أو الراتب التقاعدي، أو كانت ذات تجارة فإن مراعاتها لشؤونها فيه مصلحة بينة، بخلاف ما إذا مُنعت من ذلك فإن فيه إضراراً بها، وقد يؤدي ذلك إلى تعسف بعض الرجال في استعمال حقه بالإذن للإضرار بالمرأة والتضييق عليها. خاصة وأن المعنى في النفقة إنما هو حق المرأة في الأساس بحيث لا يدخل عليها إضرار في مالها بعد زواجها¹؛ وفي المقابل فإن مصلحة الزوج لم تُلغ بل رُعيّت بوجود التمكين والسكن في بعض اليوم، وخُفف عنه في قدر النفقة الواجبة شرعاً في مُقابل هذا النقص في التمكين، وأيضاً فإن هذا القول فيه مراعاة لأعراف هذا الزمان، إذ معيشة كثير من الأسر موعلة في الكماليات والتحسينات التي لا يلزم الزوج أن يوفرها لزوجته في النفقة الواجبة، وإنما هي من الإحسان منه إليها، فربما كان في عمل المرأة وكسبها سداً لحاجتها من هذا الباب الذي أغرق الناس فيه².

الفرع الثاني: حكم اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل

إذا اشترطت المرأة على الرجل عند عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت تعمل وسكت عن ذلك، فقد اختلف الفقهاء في مدى إلزام الزوج الوفاء بهذا الشرط على عدة أقوال: فإذا اشترطت المرأة على الرجل عند عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت تعمل وسكت عن ذلك، فما هو موقف الفقه من ذلك؟
أولاً- حكم اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل في الشريعة: اختلف الأئمة الأربعة في مدى إلزام الزوج الوفاء بهذا الشرط على عدة أقوال:

- القول الأول: الأصل عند الحنفية هو قرار المرأة في البيت مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَةِ الْأُولَى﴾ [سورة الأحزاب، الآية 33] ومتى اشترطت الزوجة على الزوج الخروج للعمل من غير ضرورة، أو اشترطت عليه البقاء في عملها فهذا الشرط فاسد ملغى، والعقد صحيح، وللزوج أن

¹ قال ابن نجيم: "وإنما أكثرنا من هذه المسائل تنبيهاً للأزواج لما نراه في زماننا من تقصيرهم في حقوقهن حتى إنه يأمرها بفرش أمتعتها جبراً عليها وكذلك لأضيافه... حتى كانت عند الدخول غنية صارت فقيرة، وهذا كله حرام لا يجوز، نعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا" ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.س.ن، ج4، ص194.

² عبد السلام بن محمد الشويعر، المرجع السابق، ص29

يمنعها من العمل، فإن استمرت رغم منعه فهي ناشزة.¹ غير أنه استثناء على القاعدة العامة للمرأة الخروج للعمل متى اقتضت الظروف ضرورة ذلك، أو إذا كانت تحترف عملاً من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة مثل عمل القابلة، أو كان الواقع الاجتماعي يوجب على الزوجة خدمة الغير كعلاجهم كونها طبيبة أو ممرضة، فالعمل الذي لا ضرر فيه لا وجه لمنعها منه.²

-**القول الثاني:** لا يجوز الشافعية للمرأة الخروج من البيت إلا بإذن زوجها بشكل عام سواء للعمل، أو لغير ذلك حتى لو اقتضت الضرورة استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «حق الزوج على امرأته أن لا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب، ولا تعطي شيئاً إلا بإذنه، فإن فعلت ذلك كان له الأجر، وعليها الوزر، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه، فإن فعلت أثمت ولم تؤجر، وأن لا تخرج من بيته إلا بإذنه، فإن فعلت لعنتها الملائكة؛ ملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى تؤوب أو ترجع، قيل: وإن كان ظالمًا؟ قال: وإن كان ظالمًا»³.

ومن يملك حق منع الزوجة من الخروج من البيت، يملك حق منعها من الخروج للعمل، فمتى أدرج شرط العمل في عقد الزواج، وكان الزوج موسراً، كان هذا الشرط شرطاً فاسداً؛ لأن النفقة عندهم إنما تجب بالتمكين التام، لا بالعقد، وأن هذا العمل يترتب عليه خروجها من البيت بغير إذن الزوج، وبالتالي فإنها تكون ناشزة، أمّا في حالة ما إذا كان معسراً، كان " (لها الخروج) من بيتها (زمن المهلة) نهاراً (لتحصيل النفقة) بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس له منعها سواء كانت فقيرة أم غنية؛ لأن التمكين والطاعة في مقابلة النفقة، فإذا لم يوفها ما عليه لم يستحق عليها حجراً"⁴، ويعتبر الشرط في هذه الحالة صحيحاً لا تأثير له على صحة عقد الزواج.

-**القول الثالث:** يعتبر المالكية أنّ اشتراط المرأة العمل من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، وأن هذا الشرط صحيح، ولكنه مكروه لما فيه من التحجير على الزوج، ولا يلزم الوفاء به ولكن

¹ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج3، دار الفكر-بيروت، ط2، 1992م، ص603.
² "والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته أما العمل الذي لا ضرر له فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصاً في حال غيبته من بيته" ابن عابدين، المرجع نفسه، ج3، ص603.

³ ضعيف، أخرجه الطيالسي في «مسنده»، ومن طريقه البيهقي، عن ليث، عن عطاء، عن ابن عمر، عن النبي - ﷺ -: أن امرأة أتته فقالت: ما حق الزوج على امرأته؟ قال: ... فذكره. قال الألباني: "وهذا إسناد ضعيف؛ ليث - وهو ابن أبي سليم - ضعيف مختلط" أنظر: ناصر الدين الألباني: أبو عبد الرحمن محمد، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، ج8،

دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1992م، ص14

⁴ الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص181

يستحب¹، ويحق للزوج أن يمنع زوجته بعد ذلك متى شاء من هذا العمل الذي تخرج إليه من البيت، بل يجب عليها عندهم طاعته في هذا المنع، فإن عصته وخرجت معتمدة على ما كان وافق عليه من شرط عدت عندهم ناشزا².

القول الرابع: يرى الحنابلة أنّ الأصل يوجب فرار المرأة في البيت، وعدم خروجها دون إذنه، غير أنّه متى اشترطت الزوجة شرط العمل في عقد الزواج، كان شرطا صحيحا، لأنّها من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، ولا ينافيها، وتنطوي على تحقيق مصلحة للزوجة، وأن هذا الشرط ملزم للزوج، بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، فيجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط، ولا يحق له أن يمنعها من العمل، فإن أراد منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشزا بناء على هذا الشرط، إذ ليس فيه إخلالا بالطاعة الواجبة عليها، ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما³.

ثانيا- موقف قانون الأسرة من اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل : ذهب المشرّع الجزائري في نص المادة 19 من ق.أ إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج خروجها إلى العمل، وأن الإخلال بهذا الشرط من طرف الزوج ينحول للمرأة الحق في طلب التطليق وفقا للفقرة 9 من المادة 53 ، وتأكيدها منه على حق وحرية المرأة في العمل نص بموجب المادة 67 من نفس القانون على أنّ عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في الحضانة.

وحسنا فعل المشرّع بنصه على جواز مثل هذا الاشتراط خاصة في وقتنا الراهن أين أصبح الكثير يتحجج بعمل المرأة ويتعسف في استعماله لحقه في الاحتباس، ويعتبره أحد أسباب فتور العلاقة الزوجية، بعد أن يكون قد وافق على شرط عمل المرأة في مرحلة الخطبة، وبمجرد الزواج يمنعها منه ويخبرها بين الطلاق أو العمل. فمتى قبل الزوج بالشرط عموما كان من الواجب أن يفني به، باعتباره شرط فيه منفعة، ولا يمنع مقصود الزواج، وأن لا يقدم على منعها من مواصلة عملها مادام قد قبل به ابتداء إلا في حال وجود داعي يوجب ذلك.

ويلاحظ أن المشرّع الجزائري لم يميز في العمل الذي تشتراط المرأة الخروج إليه بعد الزواج بين أن يكون مشروعاً يلزم الزوج الوفاء به إذا وافق عليه الزوج، أو غير مشروع بحيث يكون اشتراطها باطلا لا يلزم الوفاء

¹ الخطاب، مواهب الجليل، ج4، ص188.

² خدام هجيرة، المرجع السابق، ص273.

³ انظر: ابن قدامة، المغني، ج9، ص485.

به، فلا يكون لها الحق في طلب التطليق. ذلك أنّ العمل الذي يتصادم غالباً مع النظام العام والآداب العامة لا يقبل اشتراطه ولا يلزم الوفاء به¹.

وعليه، يكون قانون الأسرة قد وسّع من دائرة الاشتراط منتهجة في ذلك نهج الحنابلة الذين يقضون بصحة الشروط التي لا تناقض مقصود العقد أو مقتضاه، والتي لم يرد نهي عنها من الشارع لتماشيها مع طبيعة العقود، وتحقيقها لمصلحة المتعاقدين تجنياً لأي سوء تفاهم بين الزوجين .

إذا كان جمهور الفقهاء قد اختلفوا حول صحة شرط عمل المرأة قبل الزوج ومدى إلزامية الوفاء به، فإنّ الفقه الحديث يكاد يجمع على صحته إذ يرى الدكتور محمد الزحيلي في هذا الشأن: «وإن كانت المرأة تعمل خارج البيت عند عقد الزواج واشترطت الاستمرار بعملها الموجود، ووافق الزوج على ذلك فقد أسقط حقه بالاحتباس، ويجب عليه الوفاء بالشرط، ولا يحق له إلزامها بترك العمل حالاً أو مآلاً، إلا إذا حصل تراض لاحق وتفاهم جديد فالإلا حق يلغي السابق، ولا خلاف عندئذ، ولا حرج».

ويرى الاستاذ محفوظ بن صغير أنه إذا لم يرض الزوج بعملها ونهاها عن الخروج للعمل من أول الحياة الزوجية أو شرط عليها عند العقد ترك الوظيفة، فلم تمتثل واستمرت في وظيفتها، فعندئذ يسقط حقه عليه في النفقة، وذلك لأن وجوب النفقة على الزوج منوط بالاحتباس الكامل والقرار في بيت الزوجية، لمصالح الزوج وتعهده الأطفال، ولأن الخروج للعمل محل بهذه المصالح، فيسقط بذلك حقه في النفقة².

ومن ثم، إذا كانت المرأة عاملة قبل الزواج فيجب على الزوج التصريح برغبته في ترك العمل وأن يشترط ذلك في عقد الزواج حتى تلتزم به الزوجة، وعليه كفالتها ونفقتها الكاملة، فإن لم يشترط ذلك صراحة فيفهم ضمناً أنه موافق على عملها، وإن كانت تعمل خارج البيت واشترطت الاستمرار بعملها، أو إن لم تكن عاملة واشترطت على زوجها عند العقد أو بعده أن تمارس عملاً خارج البيت ووافق الزوج على ذلك فقد أسقط حقه بالاحتباس ويجب عليه الوفاء بالشرط ولا يحق له إلزامها بترك العمل، فما دام أنّ الأصل في الأشياء الإباحة والزوجة قد اشترطت شرط العمل في عقد الزواج ووافق الزوج عليه، فإنّ خروجها يكون بإذنه مما يدل أنها لم تخرج عن طاعته، وفي قبوله لعملها تنازل عن حقه في الاحتباس فيكون الشرط صحيحاً والوفاء به لازماً لأنّ الشرط أملك والمسلمون عند شروطهم³.

¹ خدام هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 275.

² محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 469.

³ خدام هجيرة خدام، المرجع السابق، ص 274.

وإذا كان الإسلام قد كفل حق المرأة في العمل لكنه يشترط من ناحية أخرى عدم وقوع تعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة وأم، وألا يؤدي خروجها إلى الاختلاط أو الخلوة بأجنبي المنهي عنهما شرعاً، وأن يكون العمل مشروعاً، قال الدسوقي: "ليس للزوج منعها من التجار والبيع والشراء حيث كانت لا تخرج ولا تخلو بأجنبي ولا يخشى عليها الفساد بذلك"¹، فإن كان العمل غير مشروع كان الشرط باطلاً مع صحة العقد، ومن ثم لا يلزم الوفاء بهذا الشرط²؛ إلا أن مخالفة الشروط المختلف فيها بصفة عامة لا يبطل صحة العقد باتفاق الفقهاء وإنما يكون للمشتري الخيار في طلب الفسخ أو إمضاء العقد على رأي فقهاء الحنابلة.

ومما سبق يمكننا القول أن الاحتباس الكامل هو الأصل والقاعدة في الحياة الزوجية؛ لأنه هو الذي يحقق ما شرع الزواج من أجله وهو السكن الذي يتحقق بقرار الزوجة في بيت الزوجية، والاحتباس الناقص - وإن رضي به الزوج وأذن فيه - استثناء من القاعدة - والاستثناء لا يلغي القاعدة الأصلية، فإذا نكح الزوج يوجد الاستثناء في فترة الإذن، والغاؤه هذا الإذن يقطع حالة الاستثناء ويرجع الأمر إلى الحكم الأصلي القاضي بحقه الكامل في دعوتها إلى الاحتباس الكامل، وواجبها في طاعة ذلك على الفور، أما جعل الاستثناء ملغياً للقاعدة الأصلية فأمر لم يعرفه الفكر الفقهي الإسلامي ولا يتفق مع قواعده العامة ولا الأقيسة الصحيحة فيه³.

المبحث الرابع: دور الإرادة المنفردة للزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية

إذا كان الزواج عقداً رضائي لا يتم إلا برضا الطرفين وتطابق إرادتهما ولا يصح أن ينفرد بانعقاده طرف واحد بإرادته المنفردة سواء من جانب الرجل أو المرأة، فإن الأصل في إيقاع الطلاق في التشريع الإسلامي أن يرجع إيقاعه إلى الزوج بإرادته المنفردة، دون حرمان المرأة من حقها في اللجوء للقضاء للمطالبة بفك الرابطة الزوجية في حالات معينة، وهذا الحكم هو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة على غرار تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

ولقد شهدت مسألة الطلاق جدلاً كبيراً في العصر الحديث بداية من النصف الثاني للقرن 20م، نتيجة التحولات الاجتماعية والاقتصادية ومصادقة الدول الإسلامية على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان؛ فظهرت أصوات تنادي بضرورة تقييد حق الزوج في الطلاق بحجة إساءة بعض الأزواج وتعسفهم

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص345.

² علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص75؛ أنظر: محمود بلال مهران، المرجع السابق، ص ص 89، 90.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 468.

في استعماله وتبعات ذلك على الأسرة والأولاد، وإسناده إلى القضاء أو على الأقل الاعتراف فقط بالطلاق الذي يقع أمام القاضي، دون الاعتراف بالطلاق الشفهي الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة. وا إذا كان إبرام عقد الزواج من حيث المبدأ متوقف على إرادة طرفيه وقبولهما لهذا العقد، فإن حل هذا الأخير تستأثر فيه الإرادة المنفردة للزوج بهامش واسع، وانطلاقاً من هذا المعطى ومن التعديلات التي أجراها مشروع قانون الأسرة على مختلف نصوص حل الرابطة الزوجية، وتدعيماً لمبدأ المساواة بين الزوجين خلال سائر مراحل العلاقة الزوجية، بل وحتى من خلال إنهاؤها أعطى لإرادة الزوجة هي الأخرى الحرية في طلب الطلاق.

المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج والقيود الواردة عليه

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الطلاق ومبررات انفراد الزوج بحق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وبعد ذلك إلى مسألة تقييد الطلاق وجعله بيد القضاء وموقف المشرع الجزائري منه.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق في الشريعة الإسلامية

الطلاق لغة حل الوثاق، مشتق من الإطلاق: وهو الإرسال والترك¹، واصطلاحاً "رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناها"². وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة و الذي ورد فيه ما يلي: "الطلاق حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

والطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ... ﴾ [سورة الطلاق، من الآية: 01]، وقال تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [سورة البقرة، من الآية: 229] ، وقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لهنَّ فَرِيضَةٌ ﴾ [سورة البقرة، الآية: 236]

أما من السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه طلق زوجته حفصة بنت عمر ثم راجعها³.

¹ الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص262.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص273.

³ رواه أبو داود والنسائي.

كما أجمع علماء الأمة على جواز الطلاق لأنّ المعقول يؤيده، وربما فسدت الحالة بين الزوجين فيصير بقاء الزواج مفسدة محضة، ومن المعقول أنّ الزواج عقد مصلحة ونعمة لما له من الآثار الكبيرة على الفرد والمجتمع وباستحكام الخلاف أو تعدّد استمرار العلاقة الزوجية فتتقلب المصلحة إلى مفسدة، فكان الطلاق ضرورة دفعا للمفسدة.¹

- **حكم الطلاق: الأصل في الطلاق الكراهة، ولكنه قد يستحب، وقد يجب، وقد يجرم، وقد يباح، فتجري فيه الأحكام الخمسة، لكن الأصل فيه الكراهة².**

ويكره الطلاق من غير حاجة، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، وقول للمالكية، واختيار الصنعاني، والشوكاني، وابن باز، وابن عثيمين³، وذهب بعض الحنفية إلى أن الأصل فيه الحظر؛ قال ابن عابدين: "أما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى: أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: الأصل فيه الحظر، والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا، لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها؛ ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى؛ فليست الحاجة محتصة بالكبر والريبة كما قيل، بل هي أعم كما اختاره في الفتح؛ فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر"⁴. وقال ابن تيمية: "الأصل في الطلاق الحظر، وإنما أبيع منه قدر الحاجة"⁵

واستدلوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا﴾ [سورة الروم، الآية: 21]. ووجه الدلالة أن الزواج نعمة، والأصل حفظها، وفي الطلاق بدون حاجة كفران للنعمة، وأن الأصل الكراهة. وقال تعالى: ﴿فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [سورة النساء، الآية: 34]، ووجه الدلالة: في الآية حث على عدم طلب الفراق إذا كانت الزوجة طائعة.

ومن السنة: عن ثوبان رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أبما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»⁶، في الحديث دليل على منع سؤال المرأة طلاقها إلا لضرر.

¹ أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2009، ص 20

² أنظر: ابن حجر فتح الباري، ج 9، ص 346.

³ موقع الدرر السننية، الرابط: <https://www.dorar.net/feqhia/4480>

⁴ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 3، ص 228.

⁵ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 33، ص 81.

⁶ أخرجه أبو داود، ح رقم: 2226.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن المرأة خلقت من ضلع، لن تستقيم لك على طريقة، فإن استمتعت بها استمتعت بها وبها عوج، وإن ذهبت تقيمها كسرتها، وكسرها طلاقها»¹، وجه الدلالة أن في الحديث الحث على الصبر على أخلاق النساء وكراهة طلاقهن بلا سبب. وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن إبليس يضع عرشه على الماء، ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة؛ يجيء أحدهم فيقول: فعلت كذا وكذا، فيقول: ما صنعت شيئاً! قال: ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته. قال: فيدنيه منه، ويقول: نعم أنت! ²» في الحديث أن الطلاق طاعة للشيطان، ولأن فيه قطع النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية والدنيوية، لما يترتب عليه من تشتت الأسرة، وضياع المرأة والأولاد.

- **الحكمة من مشروعية الطلاق** هي أنّ الزواج في الأصل هو رابطة بين الرجل والمرأة، شرعه الخالق لمقاصد سامية أهمها تكوين الأسرة لكن هذه الخلية قد تتعرض لخلافات بين طرفيها، وتسوء نتيجة لذلك العلاقة الزوجية وقد يستحيل الصلح بسبب الشقاق لهذا، فلا بد من إيجاد مخرج لسوء التفاهم بين الزوجين ويكون بأخف الأضرار المتمثل في الفرقة والطلاق، ومن الواضح أنّ إباحة الطلاق في الشرع الإسلامي إنما تكون حين تصل درجة التباعد بين الزوج وزوجته درجة تتعدّد معه الحياة الزوجية، والحقيقة أنه ليس أشق على النفس البشرية من أن تعاشر شخصاً تبغضه رغماً عنها، كما أنّ العنف والخلافات والمشاحنات بين الزوجين، تؤثر تأثيراً سيئاً في نفسية الأولاد وسلوكهم ولن يساعد هذا الجو على تربيهم وبلوغ المستوى المطلوب كما يحدث النزاع صعوبات في تكيفهما الاجتماعي³.

الفرع الثاني: مبررات حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة

لقد أثبت العديد من الشبهات حول نظام الطلاق في الدول الإسلامية؛ فبالرغم من أن الزوجة تعد إحدى طرفي ميثاق الزواج وشريكا في الحياة مع زوجها، إلا أن الشريعة الإسلامية اختصت الرجل دون المرأة بقرار الطلاق، إذ يرى الاتجاه الذي يعتبر الطلاق حق خالص للزوج، وأنه يجب ألا تخضع إرادة الزوج في إيقاعه لأي قيود تحد من حريتها طبقاً لما منحتة الشريعة الإسلامية لإرادة الزوج من سلطان، سواء كانت قيوداً زمنية أو شهادة الشهود⁴، وقد يقول قائل: إنه مهما كانت الضرورة التي تلجأ الزوج إلى الطلاق

¹ أخرجه البخاري، ح رقم: 5184؛ ومسلم، ح رقم: 1468 واللفظ له.

² أخرجه مسلم، ح رقم: 2813.

³ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 188، 189.

⁴ انظر: محمد أبو زهرة "محاضرات في عقد الزواج وآثاره"، مرجع سابق ص 336

بإرادته المنفردة، فإن ثمة ظلماً واقعاً بالمرأة، فإنها الأخرى قد تنفر من الزوج أشد النفور فكان ينبغي أن يفتح لها باب الطلاق بإرادتها المنفردة كما فتح للزوج، ولكنه غلق دونها وأحكم تغليقه. والجواب عن ذلك يكون كالآتي:

بداية ينبغي أن يعلم أن إنهاء العلاقة الزوجية في الإسلام حق مشترك بين الرجل والمرأة لكن وسيلة الحصول عليه تختلف في الرجل عن المرأة، وأن باب الانفكاك من الزوجية التي لم تعد تطبيقها لم يغلق دونها بل فتح لها، ولكن بين يدي القضاء، وبتطبيق القاضي، ولم يترك لها الأمر وحدها لعدة أسباب نوجزها فيما يلي:

1- جعله الإسلام الطلاق بيد الرجل لأن القوامة في البيت بيده، ومن لوازمها أن يكون الطلاق بيد الرجل، فالقوامة لا تعني التسلط؛ إنما تعني رعاية الزوجة والحفاظ عليها وصيانة الأسرة وحمايتها من الانهيار.

2- إذا كان الرجل وحده مكلف شرعاً بدفع المهر للمرأة، وتجهيز بيت الزوجية، وهو الذي وينفق على زوجته وأولاده؛ حتى لو كانت المرأة ثرية؛ وإذا كان الأمر كذلك فإن الرجل إذا أراد أن يطلق فإنه سيخسر هذا كله، وسيدفع مرة أخرى مهراً جديداً ويجهز بيتاً بنفقة جديدة إذا أراد أن يتزوج، أما المرأة فإنها لا تجد ما يكبح رغبتها في الطلاق إذا غضبت أو فقدت أعصابها، فإن الطلاق لا يكلفها مادياً بقدر ما يكلف الزوج، ولو منحت هذا الحق لرغبت في تغيره في حالة الخصام نكاية وانتقاماً منه، أو تطليقه وطرده من المنزل وهو صاحبه والمنفق عليه¹. بل إنها قد تطلق نفسها لو كان الطلاق بيدها طمعاً في زواج جديد ولتكتسب مهراً ونفقة وبيتاً وزوجاً جديداً²، كما أن المرأة ابتداءً قبلت بالزواج، وهي تعلم أن الطلاق جعله الله سبحانه وتعالى بحكمته بيد الرجل، فليس من الحكمة ولا من العدالة أن يكون الطلاق بيدها توقعه بإرادتها المنفردة دون قيود وضوابط تطلق نفسها كما تشاء، فتضيع على الزوج ما أنفق وإن هذه التكاليف تقيدته إن كان الطلاق بيده، ولا تقيدتها إن كان بيدها³.

3- إن الطلاق يُحمِلُ الزوجَ تبعاتٍ ماليةً بعدية كالمهر المؤجل، ونفقة العدة والمتعة والتعويض عن الطلاق في حال ثبوت تعسف الزوج في بعض القوانين، ونفقة الأولاد المحضونين ومسكنهم والتكفل بنفقة المطلقة الحامل إلى غاية وضع حملها وأجرة الرضاعة، وهذا يجعل الزوج يُحْكِمُ عقله لا عاطفته حين الإقدام على

¹ حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 320

² أحمد بن سليمان أيوب، ونخبة من الباحثين، دار إيلاف الدولية للنشر والتوزيع، ط 1، 2015، ج 11، ص 480.

³ أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة - القاهرة، د.ط، 1961م، ص 42.

الطلاق، وبهذا يظهر واضحًا جليًا أن الله جعل الطلاق بيد الرجل، لا لأنه أقدر على إيقاعه ولكن لأنه أقدر على عدم إيقاعه.

ومن خلال ما سبق ذكره نرى أنه من الخير للحياة الزوجية وللزوجة نفسها أن يكون البتُّ في مصير الحياة الزوجية في يد من هو أحرص عليها وأضن بها، على أن الشريعة الإسلامية لم تحمل جانب المرأة في إيقاع الطلاق، ذلك أنها جعلت لفك الرابطة الزوجية خمس طرق:

1/ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. 2/ الطلاق بالتراضي. 3/ الطلاق بيد المرأة بأن تطلق نفسها من زوجها إذا فوض إليها أو اشترطته. 4/ طلب التطليق القضائي. 5/ الخلع.

ومع أن الطلاق في الأصل للزوج فقد منح الإسلام للزوجة حق طلب إنهاء الرابطة الزوجية، فللمرأة ثلاث طرق لتطليق نفسها من الرجل، فتملكه إذا اشترطته في عقد الزواج أو فوضها الزوج به في العقد أو بعده، كما يمكن للزوجة أيضا إنهاء عقد الزواج بالمخالعة أو طلب التطليق من القاضي¹، وجعل طريقا بالاتفاق بينهما وبين الرجل، وجعل بيد الرجل طريقا واحدة للطلاق بإرادته المنفردة ووضع له فيه ضوابط تحمي حقوق المطلقة والأولاد، ومنعه من التعسف والظلم في إيقاعه، فصح أنه ليس في جعل الطلاق بيده أصالة ظلم للمرأة².

هذا هو الطلاق في شريعة الإسلام وقد تهجم عليه المتهجمون وادعوا أن استمراره في يد الزوج سيؤدي إلى انهيار الأسرة، بينما الواقع أن منع الزوج من حقه الأصيل في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة هو الذي سيقضي على الأسرة المتماسكة، لأنه كثيرا ما يؤدي إلى إطالة عمر الزيجات الفاشلة، ولأن الإحصاء أثبت أن الطلاق لا يكثر إلا في أول الحياة الزوجية، فمعنى التضييق على الزوج في حقه الشرعي، إبقاء على زوجية ثبت في أول أمرها أنها غير صالحة للبقاء، والواقع أن نسب الطلاق تقل كلما دامت العشرة حتى يصير نادرا³.

وإن تشريع الطلاق وجعله بإرادة الزوج المنفردة كأصل عام، أو بتراضي الزوجين وتمكين الزوجة من طلبه قضائيا عند تعذر الاتفاق على الفرقة وتكدر العشرة سواء بالتطليق أو الخلع هو حكمة اللطيف الخبير، والذين غلقوا باب الطلاق قد أدركوا مغبة التعليق، ولذا قال «بنتام» في أصول الشرائع ما نصه: «لو وضع قانون للنهي عن فض الشركات ورفع الوصايا وعزل الدليل، ومفارقة الرفيق، لصاح الناس أجمعون: إنه

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 190.

² أحمد بن سليمان أيوب، المرجع السابق، ج 11، ص 481 وما بعدها.

³ أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة - القاهرة، د.ط، 1961م، ص 43.

منتهى الظلم، والزوج رفيق ووصي ووكيل وشريك، وفوق كل هؤلاء، ومع ذلك حكمت قوانين أكثر البلاد مدنية بأن الزواج أبدي¹، وعليه فإن أقبح ما قد يكون في تنظيم الزواج هو تقييده بأغلال تمنع انحلاله، لأن كثرت هذه الأغلال ما هو في حقيقة الحال إلا أمر بعدم الدخول فيه، أي إن منع الطلاق يمنع الزواج، وقد شرع الله الطلاق وهو العليم الحكيم.

الفرع الثالث: تقييد حرية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة

إنّ ما جاء في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بخصوص الطلاق، يجد أساسه في القوانين الغربية المعاصرة، فهي لا تمنع فك الرابطة الزوجية ولا تجعل الزواج مؤبداً، ومعلوم أن أسباب الطلاق في الدول الغربية حتى منتصف القرن العشرين، كانت تشمل الخطأ أو الجريمة الزوجية التي ارتكبتها الطرف الآخر، كالزنا، أو الهجرة، أو القسوة، وفي كثير من الحالات يكون طلب التخليق محلاً للنزاع، إذ يدعي كل من الخصمين أنّ الخصم الآخر هو المذنب، إلا أنه في ستينات القرن العشرين تم تحرير أسباب الطلاق على أساس أنه لا معنى للحفاظ على زواج لم تتوافر له أسباب السعادة، ولذلك أصبحت أسباب التخليق في العصر الحديث في الدول الغربية تقوم على مجرد ثبوت انهيار العلاقة الزوجية، وأنّه لا ينبغي وقوع الخطأ بالضرورة من أحد الطرفين حتى تستحيل معه المعاشرة أو التوفيق بين الزوجين².

إنّ هذا التحول في الغرب يعتبر ثورة ضد آراء الكنيسة وتقاليدها البالية، فبعد أن كان الطلاق ممنوعاً في نظر الكنيسة، بحجة أنّ ما جمعه يد الله لا يفرقه الإنسان، تغير الأمر في العهد الحديث وفتح باب حرية الطلاق على مصراعيه، وأنّ الإنسان سيد تصرفاته ويقرر مصيره بنفسه، وفقاً لما يراه من مصلحة ومنفعة ولا دخل للدين في تقييد حرية الإنسان ورسم أسلوب حياته³.

أولاً- تقييد إرادة الزوج في الطلاق عند دعاة المساواة: بالرغم من ثبوت النصوص الشرعية التي منحت للزوج حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، إلا أنه قد ظهرت منذ أواخر القرن التاسع عشر المطالبات وآراء تنادي بضرورة تقييد حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة عن طريق إخضاع هذا الحق لإشراف القضاء، وعدم الاعتداد بالطلاق الشفهي الذي يوقعه الزوج، بغية الحد من تعسف بعض الأزواج في حق زوجاتهم من جهة ومراعاة لمصلحة الأسرة من جهة أخرى.

¹مقتبس عن: أبو زهرة، المرجع السابق، ص44.

²وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص186.

³ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص49

وقد تضمن هذا الإشراف ربط صحة الطلاق بإذن القاضي وحضور الشهود، ومن أبرز دعاة المساواة الكاتب قاسم أمين الذي طالب في كتابه "تحرير المرأة"، بوضع نظام للطلاق يعتمد على خمس مواد، وجاء في المادة الخامسة من هذا النظام: " لا يصح الطلاق إلا إذا وقع أمام القاضي أو المؤذون وبحضور شاهدان ولا يقبل إثباته إلاً بوثيقة رسمية¹".

كما ينطلق دعاة المساواة والجمعيات النسوية التي جعلت من الاتفاقيات الدولية مرجعية رئيسية لها، في مطالبهم في سلب حق الرجل في الطلاق وجعله بيد القاضي من منطلق أن نظام الطلاق القائم على الإرادة المنفردة للرجل يعد تكريسا لدونية المرأة وإخلالا بالمساواة وعنفا قانونيا ضدها. وبالرغم من أن الطلاق في الأصل حق للزوج بصريح القرآن والسنة، إلا أن هذا التيار لا يستسيغ فكرة أن الشريعة جعلت الحق للزوج في أن يطلق زوجته بكلمة واحدة، لذا فهم ينتقدون التطبيق الصريح للآيات الخاصة بالطلاق، ويعتبرون أن التطبيق الحرفي للآية يعتبر طلاقا غير عادل إذا ما منح لطرف واحد دون سبب أو سند قانوني، لذا فهذا الحكم عندهم يعد نتاجا للفقهاء الإسلامي فقط، كما أن توجه خطاب الآية إلى الرجال حسب تأويلهم يثبت أنها آية أملت الظروف، لأن مجتمع الجزيرة العربية وقت نزول الوحي كان مجتمعا يسيطر عليه الرجال، فالطلاق يضع المرأة في مرتبة تابعة، فهي تصمت لتتزوج، وهي تنسحب من حياة الرجل في إطار شروطه وبمحض إرادته ووفق مشيئته².

فالطلاق بإرادة الزوج المنفردة في نظر هذا التيار إلغاء لذاتية المرأة وتكريسا لدونيتها وإعلاء الرجل عليها، والطلاق القضائي عندهم يمثل أبرز مظاهر المساواة، وعليه يجمع هذا التيار على التأسّي بالتشريع التونسي الذي سلب الطلاق من الرجل، وجعله بيد القاضي يحكم به وفقا لطلب أحدهما أو باتفاقهما عليه، ويتحفظ هذا التيار على نظام الطلاق القائم على الإرادة المنفردة للزوج، باعتباره لا يحقق مصلحة الأسرة ولا يحافظ عليها من التفكك والانهيار، وما يترتب على تفكك الأسر من أضرار وخيمة على المجتمع، ويعتبر المصلحة مقدمة على كل شيء ولو قدمت على النص القرآني، ولذلك، فإن الفكر الحدائثي يرى أن وقوع الطلاق بمجرد كلمة تهدم الأسرة، لا يحقق أي مصلحة في عصرنا³.

- المساواة في الطلاق من منظور الاتفاقيات الدولية: فرضت الاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 على كل الدول الأطراف في الاتفاقية اتخاذ التدابير اللازمة لتكريس مبدأ

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 192.

² حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 324

³ المرجع نفسه، ص 322.

المساواة المطلقة في فك الرابطة الزوجية، وبهذا وجهت انتقادات، للدول التي تأخذ بالشريعة الإسلامية في تنظيم الأحوال الشخصية في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فاعتبرت أنّ حل الرابطة الزوجية على هذا الأساس بمثابة اللامساواة، القائمة على الامتياز الذكوري، فالطلاق بهذا الشكل في منظور الاتفاقية هو ظلم وامتهان لكرامة المرأة وإعلاء سلطة الرجل عليها، وفي هذا الصدد وجهت المقررة الخاصة بالعنف ضد المرأة في تقريرها حول الجزائر في سنة، 2008 انتقادات بخصوص الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج واعتبرته تعسفا في حق المرأة¹.

ولقد تركت المواثيق الدولية الحرية للتشريعات الداخلية لتحديد الطرق التي يتم بها حل الزواج، إلا أنها تؤكد على تساوي المرأة والرجل في الحقوق والواجبات عند حل الزواج مهما كانت طريقة الحل وبهذا فإن الدول الأطراف في مواثيق حقوق الإنسان مطالبة بتغيير أو إلغاء أي تشريع لا يساوي بين الرجل والمرأة في حلّ الزواج كما هو مطلوب منها أن تعمل على تجسيد المساواة بمنحها نفس الحقوق والواجبات وفقا لما تقتضيه هذه الاتفاقيات².

ومن بين هذه المواثيق، نجد اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 م، التي تناولت حقوق المرأة عند انتهاء عقد الزواج في إطار المبدأ العام الذي يحكم كافة أحكامه، وهو عدم التمييز ضد المرأة مع مساواتها مع الرجل، فنصت المادة 16 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية على: "أن تتخذ الدول الأطراف فيها التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وأن تضمن بوجه خاص على أساس تساوي الرجل مع المرأة... نفس الحقوق والمسؤوليات عند فسخ الزواج."

وعلى ضوء ما تقدم يتضح أن الاتفاقية السالفة الذكر حظرت أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره وأغراضه النيل من الاعتراف للمرأة بتلك الحقوق على أساس تساويها مع الرجل في الحقوق عند إنهاء الزواج، سواء تعلقت المسألة بأسباب إنهاء الزواج أو في إجراءاته وآثاره، كما يعني أيضا ومن باب أولى حظر إبطال الاعتراف للمرأة بممارسة تلك الحقوق.

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 186.

² وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2019/2018، ص 183، 184.

يقوم حظر التمييز ضد المرأة في إنهاء الزواج وآثاره على رفض حقيقة وجود تمايز ضد المرأة في الخصائص والوظائف بين الرجل والمرأة، وهو ما يمثل أحد المفاهيم الأساسية الراسخة في اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة¹.

فبالنسبة لهذه الاتفاقية فإن المساواة في إنهاء الزواج يعني، تساويهما في طرق وإجراءات حل الرابطة الزوجية، فلا يختص الرجل والمرأة بإنهاء الزواج بإرادة أي منهما المنفردة ولا يخول أحد منهما صلاحيات تفوق الطرف الآخر في وضع حد لهذه العلاقة، كما لا تختلف أسباب إنهائه وإجراءاته بالنسبة للزوج عنها بالنسبة للزوجة²، ومن ثم لا يجوز على سبيل المثال جعل زنا الزوجة سبباً للطلاق، دون جعل زنا الزوج يحدث نفس الأثر، ولا يجوز فرض قيود إجرائية على إنهاء الزواج من قبل الزوجة دون فرض قيود مماثلة إذا كان إنهاء الزواج من قبل الزوج، لأن ذلك من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

ومتى انتهى الزواج يجوز استمرار الإعانة المتبادلة للزوجة التي التزم بها الزوجان بمقتضى عقد الزواج، ولكل من المرأة والرجل حق المطالبة بالإعالة من الطرف الآخر إذا لم يكن قادراً على إعالة نفسه، ومع ذلك لا يختص أحدهما بأي التزام أو واجب لا يلتزم به الآخر عند إنهاء الزواج³.

ثانياً- تقييد إرادة الزوج في الطلاق عند بعض الفقهاء المعاصرين:

نادى فريق من بضرورة إسناد الطلاق للقاضي ووضعه تحت رقابته، ويعد محمد عبده أبرز شخصية الإسلامية دعت بدعوى التجديد والمساواة بين الرجل والمرأة في العلاقات الأسرية، معتمداً على رأيه الخاص في تفسير القرآن الكريم وما يراه في واقع المجتمع، وحاول أن يقنن حق الطلاق واقترح وضع شروطاً عليه، كي لا يترك هذا الحق بصفة مطلقة للزوج دون رقابة ولا تقييد، وذلك عن طريق جعله تحت وصاية القاضي أو المأذون، بعد استيفاء رأي الحكّمين وحضور الشهود للتأكد من استحالة استمرار الزواج⁴.

ومن مبررات هذا الفريق وأدلتهم في جواز تقييد حرية الزوج في الطلاق:

1- يعد الطلاق استثناء من الأصل القاضي باستمرارية الزواج وديمومته، وأنه ليس حقاً مطلقاً للزوج لأن الأصل فيه الحظر إلا لعارض يبيحه، وإنما أبيح بقدر الحاجة الداعية إليه فقط، وهي الحاجة إلى الخلاص،

¹ رؤية نقدية لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المجلس الإسلامي العالمي للدعوة والإغاثة، ص 17

² تبنى المشرع الفرنسي في المادة 229 من ق.م.ف عدة صور لفك الرابطة الزوجية، ومنها ما يكون طلاقاً بالتراضي والطلاق بقبول مبدأ اختيار الزوج وكذلك الطلاق للانقطاع التام للعلاقة الزوجية والطلاق بسبب الخطأ.

³ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 185.

⁴ حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 322.

لذا لا يستعمل إلا إذا وجد ما يبرره من أسباب جدية، فإذا كان بلا سبب ولم يكن فيه حاجة إلى الخلاص فإنه يكون حمقا وسفاهة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء¹.

ومن أمثلة الأسباب التي تبرر الطلاق، سوء أخلاق الزوجة وإيذائها لزوجها وأقاربه أو الجيران قولاً أو فعلاً، تضييع حقوق الله من صلاة أو صيام، مما يجعل الطلاق في هذه الحالات مستحباً، أما عدم صون عفتها من الريبة، واستحكام الشقاق بين الزوجين، فيجعل الطلاق واجباً².

ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بأنّ الشرع كثيراً ما ينقّر من الطلاق ويضيق فيه، كما أنه لا يجوز اللجوء إلى الطلاق إلاّ بعد استنفاد جميع وسائل الصلح والوفاق المتاحة، وبعدها تشتد البغضاء بين الزوجين، ويستحيل استمرار الحياة الزوجية ويصير بقاء النكاح مفسدة وضرراً محضاً، فإذا لم تكن ثمة حاجة فهو محذور، وظلم للزوجة لا يجوز إيقاعه، فإن طلق الزوج زوجته من غير سبب فهو آثم³. قال تعالى: ﴿... فَإِنَّ أَطْعَنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ [سورة النساء، الآية: 34] فجاء في الآية نهي الأزواج عن ظلم زوجاتهم إذا استقام أمرهن وصلح حالهن، كما استندوا إلى قول الرسول ﷺ: «لا تطلق النساء إلاّ من ريبة فإنّ الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات».

وعليه فإنه يجب تقييد الطلاق بحكمة تشريعه وما شرع لأجله، ولا فرق أن يكون القيد دينياً أو قضائياً⁴، وما تقنين الطلاق القضائي إلاّ فرصة للقاضي والأهل للإصلاح بين الزوجين ولإزالة الشقاق بينهما قبل التفريق.

2- أجاز هذا الاتجاه لولي الأمر تقييد إرادة الزوج في الطلاق إعمالاً لقاعدة تقييد الحاكم للمباح، وعليه يجوز له أن يختار من القيود ما يدفع الضرر ويحقق مصلحة المجتمع، فالأساس الذي يستند إليه هذا النظر هو جلب المصلحة ودرء المفسدة، إذ أن الطلاق وإن كان للزوج إيقاعه فإن هذا الحق ليس على إطلاقه، فإذا أسرف في الطلاق من غير حاجة وتعرض الميثاق الغليظ للامتهان، بما يلحق الضرر بالزوجة والأولاد بل والأسرة والمجتمع، فهنا لا يسع ولي الأمر سوى أخذ التدابير اللازمة لدرأ هذا الضرر⁵.

¹ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 4، ص 428.

² منادي مليكة بريكة، مدى الاعتراف بالطلاق غير القضائي في القانون الجزائري، الحوار المتوسطي، مج 10، ع 2، جوان 2019، ص 94.

³ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص 83.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ج 1، دار الفكر، 1986، ط 2، ص 102.

⁵ حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 322.

ومتى تحقق الضرر كان من حق الزوجة المطالبة بالتعويض نتيجة إساءة الزوج استعماله حقه في الطلاق باعتباره متعسفا. فالطلاق وإن كان حقا للرجل، فهو حق مقيد بضوابط تحول دون وقوعه متى شاء وكيف ما شاء، وهذا ما يعكس حرص الشارع الحكيم على وضع العقبات والعراقيل أمام الزوج للتفكير مليا والتدبر وإعادة النظر قبل إيقاعه¹.

3- في إطار تقييد حق الزوج في إيقاع الطلاق، هناك من يعتبر الطلاق أمام المحكمة بمثابة الإشهاد على الطلاق، على أساس أن كل من القاضي وكاتب الضبط شاهدي عدل². ذلك أن بعض الفقه اشترط وجوب الإشهاد على الطلاق، استنادا إلى قوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة...﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا﴾. ثالثا- الاعتراضات الواردة على تقييد إرادة الزوج في الطلاق:

لا شك أن إلزام الزوج باللجوء إلى القضاء من أجل الطلاق سواء لطلب الإذن به أو للتعبير عن إرادته، يعد من القيود التي تواجه الزوج وتكبحه عن إيقاع الطلاق، وهذا يعتبر من المسائل المستحدثة في قوانين الأحوال الشخصية للكثير من الدول الإسلامية، أما قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 49 منه³ أن لا يثبت الطلاق ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، وهو الأمر الذي جعل جانبا من الفقه المعاصر يرى في الإلزام بهذا الحكم مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية من عدة أوجه:

1- مما لا شك فيه أن مؤسسة القضاء كانت موجودة عبر تاريخ الحضارة الإسلامية ولم يقل أو يعمل بهذا الرأي أحد لمصادمته نصوص الكتاب والسنة وما أجمع عليه فقهاء الأمة، فإذا كانت الأدلة الشرعية الخاصة بالطلاق تدل على أنه واقع بمجرد ما يتلفظ به الزوج، فإن الرجل يعتقد ديانة أنه يمارس حقه الشرعي، فإذا ما أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي⁴، وبنقل هذا الحق إلى القاضي يجعلنا نحكم على جميع الأزواج بعدم صلاحيتهم لاستعمال حق شرعي، وأنهم محتاجون إلى وصاية القضاء عليهم، حتى أن

¹ منادي مليكة بريك، المرجع السابق، ص 95.

² عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر-الجزائر، 2003، ص 32.

³ تنص المادة 49 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم، بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. - يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. - تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية، بسعي من النيابة العامة."

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 361.

القاضي نفسه سيحتاج إلى وصاية قاض آخر إذا ما أراد طلاق زوجته بعدما كان يفصل بين الناس في هذا الأمر¹.

2- من الثابت شرعا أنه لا يصح الطلاق إلا من زوج، أو من يقوم مقام الزوج، كالوكيل. وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة²، لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن﴾ [سورة الأحزاب، الآية: 49]، ففي قوله تعالى: ﴿ثم طلقتموهن﴾ أضاف الله الطلاق للناكح، وهو الزوج؛ فيكون بيده، كما أنه ليس في القرآن الكريم ما يمنع حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.

ومن السنة ما جاء عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك³» أي: لا يقع الطلاق من أحد على امرأة أجنبية وليست زوجته. وكذلك تأكيد الرسول ﷺ على أنّ الزوج هو من يملك حق الطلاق بقوله: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».

فالنصوص التي جعلت الطلاق بيد الزوج، وردت مطلقة وتقييد وقوعها بيد القاضي، تقييد بلا نص فلا يصح⁴.

3- إن تقييد الحاكم لا يكون إلا في المباحات العامة، أما المباح الثابت بالنص فتقييده والإلزام به تغيير للشرعية، لأن ما نص الكتاب والسنة على إباحته نصا لم يجز لأحد أن يقيده أو يوجبه، ولأن في ذلك محادة ومشاقة لله ورسوله ومناقضة لما شرعه الله تعالى، فقد تبين من مجموع النصوص الشرعية أن التشريع إنما هو الله تعالى وحده، والطلاق مباح بالنص فلا يملك أحد حق تقييده أو منعه بالكلية، وهذا المنع أو القيد لا يقبل من الحاكم ولا من غيره⁵.

4- إن الشرع أعطى لولي الأمر حق تقييد بعض المباحات لمصلحة راجحة في بعض الأوقات أو الأحوال، أو لبعض الناس، أما المنع المطلق والمؤبد فهو أشبه بالتحريم الذي هو من حق الله تعالى⁶.

¹ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1983م، ص 494.

² النووي، روضة الطالبين، ج8، ص22؛ الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص365.

³ أخرجه أبو داود، ح رقم: 2190، وأحمد، ح رقم: 6780؛ والترمذي، ح رقم: 1181 واللفظ له.

⁴ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص192.

⁵ محمد بن شاعر الشريف، تقييد المباح أو الإلزام به، مجلة البيان، المنتدى الإسلامي، ع 253، سبتمبر 2008، ص ص 19، 20.

⁶ يوسف القرضاوي، مركز المرأة في الحياة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2010، ص 136-137.

5- كيف لإخضاع الطلاق لإذنه القاضي أن يحقق مصلحة الزوجة وأن يمنع سوء المعاشرة بين الزوجين إذا

رفض القاضي الأسباب التي دعت الزوج إلى الطلاق والتي يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية؟

وعليه فإن الاتجاه إلى حصر الطلاق في يد القضاء لا يعني بالضرورة تقليل حدوثة، خصوصا وأنه قرار متوقف على الإرادة، لذا فهو واقع لا محالة إذا ما تم الإصرار عليه، سواء بالإرادة المنفردة أو بإسناده للقضاء وتحت رقابته وإشرافه؛ فالتفكك الأسري والضرر اللاحق بالمجتمع جراء هذه الظاهرة لا علاقة له بنظام الطلاق القائم على الإرادة الحرة للزوج، وأنه لا مصلحة في تقييد إرادة الزوج وسلبه حقه في الطلاق.

صحيح أن انتشار التسيب الأخلاقي في مجتمعاتنا يلعب دورا رئيسيا في تعسف الأزواج، بل حتى أن الكثير يتجاوز الحدود الشرعية المنظمة للطلاق، ويصل الأمر إلى تجاوز عدد الطلقات الممنوحة للرجل، غير أن أسباب التفكك الأسري أعمق من ذلك ولعله من الواضح أن أكثر أسبابه وقوع الطلاق، وبخاصة بين الشباب ترجع إلى بيئة التنشئة غير المستقرة، والنقص الكبير في فهم معاني الزواج واجبات الزوج والزوجة، ولأن معظم هذه الزيجات الحديثة يفتقر إلى التوافق، وإلى النظرة الواقعية إلى الزواج والشعور بالمسؤولية.

الاختراق الثقافي وعوامة النمط الليبرالي في الحياة الذي يشيع الفاسد والإباحية، ومداومة النظر إلى المحرمات في الفضائيات، والإنترنت، والجوالات وغيرها. ما أدى بأفرادها بالابتعاد تعاليم الدين والأخلاق، وما ظاهرة ارتفاع حالات الطلاق إلا ضريبة لهذه العوامل.

إضافة إلى طغيان النزعة الفردية التي تدعو إلى إليها الليبرالية على حساب الأسرة، فقد أثبتت الدراسات أن معدلات الطلاق مرتبطة بشكل منتظم بالقيم الثقافية، وترتبط بمعدلاتها باستمرار بمستوى النزعة الفردية في المجتمع، حيث تظهر المجتمعات الفردية معدلات طلاق أعلى مقارنة بالمجتمعات التي تغلب النزعة الجماعية، وتميل إلى التقيد بالمبادئ الدينية والأخلاقية والأعراف الاجتماعية¹.

"وعلى اعتبار أن جعل الطلاق بيد القضاء يحقق مصلحة الأسرة وينتج عنه تقليص نسب الطلاق، فهذا من الأمور التي يكذبها الواقع؛ فبالرغم من أن المشرع التونسي جعل الطلاق بيد القضاء، إلا أن تونس تعاني من ارتفاع في حالات الطلاق أكثر من نظيراتها من الدول العربية، الأمر الذي أثبتته الإحصائيات التي تنشرها وسائل الإعلام التونسية، فقد سجلت تونس خلال السنة القضائية (2016-2017): 16 ألفا و452 حالة طلاق، أي بمعدل 1371 حالة شهريا و45.7 حالة يوميا، وبحسب إحصائيات نشرتها جريدة الصباح التونسية، فإن أكبر عدد حالات للطلاق كان بناء على طلب أحد الزوجين والذي بلغ

¹ حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 325.

7741 حالة، في حين تم تسجيل 6878 حالة طلاق بالاتفاق، و1833 حالة طلاق للضرر، كما أن العدد ارتفع بـ820 حالة عن السنة القضائية التي سبقتها.

كما أن الدول الغربية بعدما كان الزواج الكنسي أبديا والطلاق محضورا إلا في حالة ثبوت زنا أحد الزوجين، اتجهت في ظل الأنظمة القانونية الحديثة إلى منح الزوجين الحق المتساوي في الطلاق، والذي لا يتم إلا أمام القضاء، ناهيك عن التشدد القانوني والإجرائي وتكاليف الطلاق في الأنظمة الغربية، غير أنها في المقابل تسجل نسبة عالية في الطلاق، فقد أثبتت دراسات غربية أن تجاوز خصوصية نظام الأسرة بإضعاف التقاليد المنظمة لشؤونه أدى إلى ارتفاع حالات الطلاق، وحصل ذلك في عدة دول بعد تعزيز حرية المرأة على حساب الأسرة، واستقرارها الذاتي بمنحها المبادرة إلى الطلاق مثل الرجل، ويكفي تفحص الإحصاءات التي تصدرها مراكز الإحصاء الرسمية، فعلى سبيل المثال لم تقل نسب الطلاق في الولايات المتحدة الأمريكية عن 800 ألف حالة كل سنة منذ سنة 2000 إلى غاية 2016، في مقابل معدل مليوني ومئتي ألف حالة زواج كل سنة في الفترة نفسها¹.

الفرع الرابع: القيود الواردة على حرية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة في قانون الأسرة.

يعد الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الأصل العام لحل الرابطة الزوجية، وتكريس التشريعي لقاعدة شرعية تقتضي أن العصمة بيد الزوج، ولذلك يعرف بطلاق الخضوع، لأنه إذا عرض على القاضي أجبر على الحكم به، والإذعان لإرادة الزوج متى طلبه، دون تحميله أية مسؤولية، إذا ما أقام دعواه على سبب جدي ومبرر معقول، لأن الزوج في هذه الحالة يكون قد استعمل حقه القانوني والمشروع بنص المادة 48 من ق.أ²، فمن غير الوارد إطلاقا أن يخول القانون حق لشخص ما ثم يعاقبه بمجرد أنه استعمله. بخلاف إذا ما استعمله بدون سبب أو لسبب تافه³.

وإذا كانت المادة 48 السالفة الذكر قد أقرت بإرادة الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة⁴ فإن المشرع الجزائري قد سلك طريق التشريعات الحديثة التي تشترط مرور هذا الطلاق على القضاء وإثباته

¹ المرجع نفسه، ص 325، 324

² نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 على أنه: "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

³ منادي مليكة بريك، المرجع السابق، ص 94.

⁴ بخلاف المشرعين الأسريين المغربي والتونسي اللذان سلكا نهج المساواة بين الزوجين في حق إيقاع الطلاق، إذ نص المشرع المغربي في مدونة الأسرة على حق الزوج في الطلاق بنص المادة 78: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت

بحكم قضائي بعد إجراء محاولات للصلح، وبذلك يكون قانون الأسرة قد خول للقضاء مسائل الإشراف عليه، في محاولة من المشرع لدرء مفسد تعسف الأزواج في ممارسة حق الطلاق بالإرادة المنفردة استنادا إلى القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، وسدا لذرائع إنكار وقوع الفرقة الزوجية. الأمر الذي عبرت عنه المادة 49 من ق.أ. التي نصت على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدتها 03 أشهر.

لقد أحاط المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة بضوابط وقيود إجرائية، الهدف منها تقييد إرادة الزوج للحد ظاهرة الطلاق من جهة، ولحماية المرأة من التعسف في إيقاعه، من أجل ذلك أخضع رغبة الزوج في الطلاق إلى رقابة القضاء وذلك باللجوء إلى الجهات القضائية لإيقاعه مع وجوب تسبب الزوج لدعوى الطلاق مخافة إلحاق الضرر بالزوجة¹.

أولاً- مدى اعتراف قانون الأسرة بالطلاق غير القضائي (الشفهي):

باستقراء المادة 49 لا نجد فيها أي إشارة للاعتراف بما يتلفظ به الزوج من كلام يدل على الطلاق صراحة أو كناية دون اللجوء إلى المحكمة كما هو شائع في أغلب حالات الطلاق، هذا الغموض الذي اكتنف المادة 49 أدى بانقسام الفقه القانوني الجزائري حول مدى اعتراف المشرع بالطلاق الشفهي وطبيعة الحكم القضائي الصادر بشأن الطلاق هل هو حكم منشئ للطلاق بالرغم من أن الزوج قد أوقعه بإرادته المنفردة قبل الحكم أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج؟²

يرى البعض بأن حكم القاضي يكون منشئاً للطلاق، لأن الطلاق حسب هذا الفريق لا يقع إلا أمام القضاء وتحت إشرافه، وعليه فالطلاق بالإرادة المنفردة يتم حصراً بتقديم الزوج إلى المحكمة ويطلب من القضاء حل الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق بينه وبين زوجته³، لأن نص المادة 49 من قانون الأسرة أشار

مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة" فجعل ممارسة الطلاق للزوجين معا بعد أن كان حكراً على الزوج فقط. وكذلك عالج المشرع التونسي مسألة الطلاق وفق مبدأ المساواة بين الزوجين إذ نص في الفصل 31 على أنه: "يحكم بالطلاق: - بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر - . بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجين به"؛ عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2017/2018، ص 7.

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 193.

² رشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، ع 2011، 12، ص 89.

³ بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 191.

إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال فترة الثلاثة أشهر التي تسبق النطق بالحكم واستعمال الصلح يكون قبل الطلاق وخلال سير الدعوى وخلال الخصام بين الزوجين، كما دلت على ذلك النصوص الشرعية. فبالرغم من أن الطلاق يعد من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج و بمجرد تعبيره عن إرادته يحدث الأثر القانوني المتمثل في وقوع الطلاق، إلا أن المشرع خرج عن القاعدة العامة وأصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني الوارد في المادة 49، و تبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها عن ترتيب الطلاق إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد للإجراءات الواجب إتباعها، ومرد قصور إرادة الزوج عن إنتاج الأثر القانوني المتمثل في الطلاق يرجع إلى إرادة المشرع وليس إلى أهلية الزوج أو ضعف في قواه العقلية¹.

وبذلك تكون المادة 49 من قانون الأسرة قد وضعت قيوداً على إرادة الزوج وحقه في إيقاع الطلاق، تتمثل في ضرورة استيفائه الشكل القانوني برفع دعوى إلى القضاء يطلب من خلالها الزوج إنهاء الرابطة الزوجية بناء على رغبته، كما اشترط المشرع ضرورة استيفاء محاولات الصلح، يقنع أثنائها القاضي الزوجان بالتراجع عن الطلاق، وفي حال فشل مساعي الصلح يعلن الزوج أو وكيله عن الطلاق في الجلسة المحددة ويعبر عن إرادته في الطلاق، فيتلقى منه القاضي هذا الإعلان بحضور أمين الضبط وباستيفاء هذه القيود والإجراءات يحدث التغير في المراكز القانونية، وينشأ الطلاق بالحكم الذي يصدره القاضي. أي أن المادة 49 تقيد إرادة الزوج في الطلاق، ولا تعتد بها قانوناً إلا إذا تم التعبير عنها أمام القضاء.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ عمر زودة بأن المشرع لم يسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق، بل قيد ممارسة هذا الحق بضرورة احترام الشكل القانوني المطلوب، كما يرى في إسناد إيقاع الطلاق إلى القاضي تنظيمًا وتوثيقاً للإشهاد عليه²، ولعل هذا الموقف يوافق إلى حد ما الرأي الفقهي الذي يوجب الإشهاد على الطلاق للحكم بصحته³، والشاهدان في هذه الحالة القاضي وكاتب الجلسة ولو بطريقة غير مباشرة، وبذلك يكون المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة لإثباته، وعليه لا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق اللفظي ما لم يقدم محرراً رسمياً صادر عن القاضي يثبت ذلك، فالمشرع قيد الحق في الطلاق وأوجب وقوعه أمام القاضي⁴.

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص 105.

² المرجع نفسه، ص 105.

³ منادي مليكة بريكة، المرجع السابق، ص 96.

⁴ حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 326.

إن الأخذ بهذا الرأي يجعلنا نقول بأن المُشرِّع قد سلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق بإرادته الحرة وجعل التعبير عنها تحت إشراف القضاء ورقابته فلا يعتد بأثرها إلا بصدور الحكم القضائي، ولا شك أن هذا التوجه يشكل مساساً بمبدأ حرية الزواج، ومصادرة لحق الزوج في إيقاع الطلاق خارج المحكمة، لا سيما مع عدم أخذ تاريخ التلفظ به بعين الاعتبار، وهذا ما يتعارض والاحتياط لشرعية العلاقة الزوجية، بالنظر لما لتاريخ التلفظ بالطلاق من أهمية بالغة في بدء ترتيب آثاره، ومنه تغيير المراكز القانونية للزوجين¹.

وخلافاً للرأي السابق، الذي يعد الأخذ به متعارض مع مقتضيات قواعد الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الطلاق يقع ويلزم الزوج بمجرد التلفظ به من الزوج، ذهب فريق إلى القول بأن الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي يعد خرقاً وتحريفاً للمادة 48 من قانون الأسرة وكذا خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية²، هذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 27 مارس 1968: "الطلاق ليس إلاّ عبارة عن الإرادة المنفردة للزوج في جعل حد للحياة الزوجية وليس للقضاء الموضوع عند ثبوته إلاّ الإشهاد به والتصريح به دون البحث على الوقائع المؤسسة التي ادعاها المطلق أو غير مؤسسة"³.

فعدم اعتراف القاضي بالطلاق الذي يوقعه الزوج يترتب عليه أحكاماً خطيرة من إباحة للمعاشرة بين الزوجين، وإثبات للنسب والتوارث بينهما، وغير ذلك من الحقوق المترتبة على استمرار الزوجية الصحيحة⁴.

وما يعزز هذا القول أن المصطلح الذي استعمله المُشرِّع في المادة 49 هو "الإثبات" وليس "الوقوع"، وأن الحكم الذي يشترطه القانون الغرض منه فقط إثبات الطلاق وتوثيقه، لذا فدور القاضي هنا منحصر في إثبات الطلاق الذي أوقعه الزوج والكشف عنه لا غير⁵، ففي الأحكام القضائية الكاشفة دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي يتلفظ بالطلاق، ولا يملك القاضي إلاّ تثبيته بحكم قضائي⁶،

¹ منادي مليكة بريكة، المرجع السابق، ص 97

² نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، دار فسيلة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص 86.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 27 مارس 1968 م.ق 1968، عدد خاص، ص 106 مقتبس عن، بلحاج العربي المرجع السابق، ص 196

⁴ مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 199.

⁵ نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 59.

⁶ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، عدد خاص، د.س.ن، ص 114 وما بعدها.

ويتضح جلياً أن تفسير المادة 49 من قانون الأسرة وفق هذا التوجيه يستقيم مع الأسس الشرعية للطلاق وكيفية وقوعه.

وعليه، فإن التطبيق الحرفي لنصوص المواد دون تفسيرها بما يوافق القواعد الشرعية، قد يؤدي إلى تحليل الحرام بوقوع الرجعة أثناء محاولات الصلح التي ألزم المُشرِّع القاضي بإجرائها، في حين أنه في كثير من الحالات يكون الطلاق الشفهي قد وقع قبل مدة طويلة من لجوء الزوج إلى القضاء، خاصة أن المادة 50 اعتبرت وقوع الرجعة أثناء محاولات الصلح لا تحتاج إلى عقد جديد.

والأصح أن يثبت القاضي الطلاق الشفهي الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة وانقضت عدته بحكم قضائي على أنه طلاق بائن، وبهذا يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج وليس منشأً له حتى ينسجم الحكم القضائي مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية، ومن ثم يكون القول بأن طلاق الذي أوقعه الزوج لا يعتد به حتى يحكم به القاضي، وإذا لم يحكم به ليس بطلاق، قول مخالف تماماً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يتصور أن يكون الحكم منشأً للطلاق إلا في حالة وقوعه أمام القاضي بعد رفع دعوى الطلاق أو في دعاوى الطلاق بالتراضي، وكذا في أحكام الطلاق الصادرة بطلب من الزوجة بالتطليق أو الخلع¹.

وعليه وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة، لاسيما المواد من 47 إلى 50، يمكن القول جازمين بأن المُشرِّع لا يعترف بحق الزوج في إيقاع الطلاق خارج المحكمة، ولا يعتد بتلفظه به إلا بعد لجوئه للقضاء لاستصدار حكم كاشف عن الطلاق الذي أوقعه، وذلك بالنظر إلى ترتيب القانون لأثر الطلاق من تاريخ نطق القاضي به، لا من يوم تلفظ الزوج به لذا يكون المُشرِّع قد منح الزوج مجرد إمكانية طلب الطلاق لا إيقاعه، ولو كان القاضي ملزماً في جميع الأحوال بالاستجابة لطلبه².

- موقف قضاء المحكمة العليا من الطلاق غير القضائي:

بما أن الطلاق يعد صورة من صور الإرادة المنفردة، باعتباره مظهراً من مظاهر القوامة، فإنه متى أوقعه الزوج كان نافذاً، فينحل عقد الزواج، وتنفك الرابطة الزوجية، ويبدأ سريان جميع آثاره من عدة وغيرها، دون حاجة إلى رضا الزوجة أو شهادة الشهود أو حكم القاضي، وطالما أن قانون الأسرة لا يعتد بالطلاق خارج

¹ حميدة عماد ومرمون موسى، المرجع السابق، ص 326.

² المرجع نفسه، ص 96.

المحكمة أو ما يعرف بالطلاق غير القضائي، فإن الزواج يبقى على استمراريته وديمومته، دون الإكتراث لوقوعه فعلا بتلفظ الزوج به ولو لعدة مرات، وفي هذا مخالفة للشرع وانحراف خطير عن أحكامه¹. وعلى العكس تماما، فقد جاء موقف المحكمة العليا مناقضا لهذا التوجه التشريعي، مكرسا لأحكام الشريعة الإسلامية في العديد من القرارات القضائية، وهذا ما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 25 جوان 1969 إذ جاء فيه " من المقرر شرعا وقانونا أنه للزوج حق الطلاق لمجرد إرادته في ذلك² "، وكذلك في قرار آخر صادر بتاريخ 1983/12/03 حيث جاء فيه " من المقرر شرعا أنّ الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحلّ محله في إصداره³ " وقضت في القرار الصادر بتاريخ 1983/12/03 بأن: "... القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفا للشريعة الإسلامية..."⁴. وهذا ما يعني جواز إثبات وقوع الطلاق بالإشهاد، والاعتراف بوقوعه خارج المحكمة وهو ما اصطلح عليه بالطلاق العربي في القرار الصادر بتاريخ 16 / 02 / 1999 بأنه: "... يثبت الطلاق العربي بشهادة الشهود أمام القضاء... "، وفي قرار آخر بتاريخ 25/09/2002 بأن: " الطلاق العربي، الموقع من الزوج والمثبت قضائيا، لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية"⁵. في الحقيقة أن جميع هذه القرارات تصب في اتجاه واحد، ويتمثل في اعتبار الطلاق حق شخصي للزوج، وعدم جواز حلول القاضي محله⁶. وبناء على ما سبق فإنه من الضروري تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة، ويمكن في رأينا أن يكون على الشكل التالي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجربها القاضي خلال فترة العدة الشرعية.

¹ منادي مليكة بريكة، المرجع السابق، ص 97

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 25 جوان 1969 م.ق 1969 ص 318؛ مقتبس عن: بلحاج العربي قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2012، ص 198.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف 35026، بتاريخ 1983/12/03، م.ق 1989 ع 04 ص 86، مقتبس عن: بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 284.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 03/12/1983، م، ق، 1989، عدد 4، ص 86.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25/09/2002، م. ق، ع 1، 2003، ص 375؛ عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحداث التعديلات، المرجع السابق، ص 216.

⁶ منادي مليكة بريكة، المرجع السابق، ص 97، 98.

- عند فشل جلسة الصلح، يصدر القاضي حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى التاريخ الحقيقي لتلفظ الزوج بالطلاق.

- على كل زوج تَلَفَّظَ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التَلَفَّظ به.

كما تصاغ المادة 50 على النحو الآتي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ما لم تنته العدة الشرعية، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد إذا انتهت العدة الشرعية."

ثانياً- تقييد حرية إرادة الزوج في الطلاق بعدم التعسف في استعمال الحق:

لقد كفل قانون الأسرة الجزائري على غرار ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، ورغم أنه حق أصيل للزوج إلا أنّ هذا الحق غير مطلق إذ يمارسه الزوج وفقاً للضوابط الشرعية والقانونية ومتى ما دعت إليه الحاجة¹، وهذا يعني أنه يجوز للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة عند ما يرى بأنّ هناك مبررات شرعية وقانونية للطلاق ويرى أنّ الحياة الزوجية فقدت أسبابها الحقيقية وإلاّ عد متعسفاً رغم وقوع طلاقه، والتعسف في استعمال الطلاق من قبل الزوج هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه².

والطلاق الذي لا خلاف فيه من منظور الشريعة الإسلامية هو أن يطلق الزوج امرأته في طهر لم يمسه فيها، طلقة واحدة ويتركها في بيتها حتى تنقضي عدتها فتصير هذه الطلقة الرجعية طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى، إن لم تكن هذه الطلقات مكملة للطلاق الثلاث وهو الطلاق السني الذي شرعه الله. أما الطلاق المختلف في وقوعه هو ما خالف السنة، كأن يطلقها في طهر مسها فيه أو طلقها وهي حائض أو طلقها أكثر من طلقة واحدة بلفظ واحد أو طلقها في مرض الموت وهو ما يعرف بالطلاق البدعي، وفي أي صورة من هذه الصور يكون الزوج المطلق مسيئاً في استعمال حقه في إيقاع الطلاق ومن ثمّة يكون متعسفاً³.

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 83

² مسعودة نعيمة إلياس، التعويض في الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2009، ص 169

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 81.

فالطلاق التعسفي لا يمكن أن يكون إلا طلاق من طرف الزوج و بدون سبب منطقي مما يلحق بالزوجة أضرارا مادية و معنوية¹. و عليه فلا يمكن بأي حال من الأحوال الحكم بدفع تعويض للزوجة عن تطبيق نفسها لأن في ذلك خروج عن قواعد والمبادئ الشرعية.

وقد أحاط قانون الأسرة حق الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة ببعض القيود حفاظا على حقوق الزوجة وحماية لاستقرار الأسرة من تعسف الزوج في استعمال حقه، ذلك أنها تحول دون إقدام الكثير من الأزواج على التسرع في الطلاق ويردعهم عن إيقاعه دون تحقق المبرر الشرعي، وتفاديا لتحمل مسؤولية انهيار الأسرة وما ينتج عنه من تعويض للزوجة.

فلا بد لأي طلاق أن يكون لسبب مستساغ ومقبول شرعا وقانونا وذلك يتضح من نص المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة بقولها: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، ومن هنا يتضح أنّ المُشرِّع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي وفق شرطين وهما:

أ- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع طلاقه كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول أو بدون مبرر شرعي أو قانوني. وفي هذا الشأن جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/27 تحت رقم 39731 "من المقرر شرعا و قضاء أن المنعة تمنح للزوجة من طلاق غير مبرر وسقط بتحميلها جزء من المسؤولية و كما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما و منح المنعة للزوجة. و متى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المنعة"².

ب- أن يتبين للقاضي تحقق الضرر اللاحق بالمطلقة.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن هذين الشرطين لا بد أن يكونا متلازمين ومجتمعين معا في ذات الوقت حتى يكيف الطلاق على أنه تعسفي، ومن المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع³.

وعليه متى تبين للقاضي أنّ الزوجة قد لحقها ضرر مادي أو معنوي بسبب هذا الطلاق في حال عدم ثبوت تقصير منها جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض يتناسب مع حجم الضرر ونسبة التعسف

¹ : د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

² : أ. نبيل صقر، المرجع السابق، ص 161.

³ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جوبلية 2006 رقم الملف 368660 م.ق 2006، ع 02، ص 483.

ودرجته، ولهذا أخضعت المادة 52 ق.أ.ج الحكم على الزوج بالتعويض المالي إلى السلطة التقديرية للقاضي متى ما تبين له بأنه قد تعسف في إيقاع الطلاق بأن¹ :

● لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق، وتبين للقاضي بأنه طلقها بقصد الإضرار بها، كأن يطلقها في مرض موته لأنه يعتبر سيء النية، فإرث من ميراث زوجته، فيرد عليه قصده بتوريثها منه ، فهنا لا بد من حفظ حقوق المرأة المالية كاملة كالصداق والمتعة والأموال الخاصة بها، يضاف إليها التعويض عن الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق.

ومثال ذلك ما هو مقرر شرعا و قانونا من أن الطلاق في مرض الموت هو طلاق صحيح غير أن الزوجة تستحق الميراث لمعاملة الزوج بنقيض قصده²، لأنه طلقها تعسفا إذا كان قصده حرمان الزوجة من الميراث، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 مارس 1998 والذي جاء فيه : "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث "

● إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع لبيت الزوجية بأن تتنازل الزوجة عن حقه في التعويض ، وتمسك بالعودة إلى الحياة الزوجية، وبالمقابل يتمادى الزوج بالتمسك بطلب الطلاق³. وبناءً على ما سبق ذكره يمكن القول بأنّ النظرة الشرعية في تكييف التعسف وصوره في الطلاق، تختلف عنها في مجال القانون، فمعيار التعسف في نظر الشريعة راجع لمدى مخالفة الشرع في إيقاع الطلاق، وأما معياره بمنظور القانون فيكون بقدر الضرر الذي ينتجه الطلاق ويلحق بالزوجة⁴.

إجمالاً لما سبق ذكره، فإنّ المشرع الجزائري رغم إقراره بحرية الزوج في حلّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وتمكينه من ذلك تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه أخضعه لقيود فهو موضوع تحت رقابة القاضي، فلا عبء بتلقظ الزوج بالطلاق إلا بعد اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك، ولا يعد الحكم صحيحاً إلا بعد القيام بإجراءات الصلح لمحاولة التوفيق بينهما والوقوف على المشاكل التي دفعت إلى اللجوء إلى

¹ وحياي جيلالي، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

² نبيل صقر، المرجع السابق، ص 161.

³ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 102

⁴ وحياي جيلالي، المرجع السابق، ص 200.

القضاء، ولو وجد القاضي أنّ الزوج لا يملك سببا وجيها للطلاق أو كان سببه تافها كيّف طلاقه على أنه تعسفي وألزمه بتعويض الزوجة¹.

المطلب الثاني: إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة عن طريق الخلع والقيود الواردة عليه

تقوم الحياة الزوجية على السكن، والمودة والرحمة، وحسن المعاشرة، وأداء كل من الزوجين ما عليه من حقوق، وقد يحدث أن يكره الرجل زوجته، أو تكره هي زوجها، والإسلام في هذه الحال يوصي بالصبر والاحتمال، وينصح بعلاج أسباب الكراهية؛ قال الله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾ [سورة النساء، الآية: 19]، وفي الحديث الصحيح: «لا يفرك مؤمن مؤمنة؛ إن كره منها خلقا، رضي منها آخر»². إلا أن البغض قد يتضاعف، ويشند الشقاق، ويصعب العلاج، وينفذ الصبر، ويذهب ما أسس عليه البيت من السكن والمودة والرحمة، وأداء الحقوق، وتصبح الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح، وحينئذ يرخص الإسلام بالعلاج الوحيد الذي لا بد منه، فإن كانت الكراهية من جهة الرجل، فبيده الطلاق، وهو حق من حقوقه، وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله، وإن كانت الكراهية من جهة المرأة، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذت منه، باسم الزوجية؛ لينتهي علاقتها بها، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [سورة البقرة، الآية: 229]، وفي أخذ الزوج الفدية عدل وإنصاف؛ إذ إنه هو الذي أعطاها المهر، وبذل تكاليف الزواج، والزفاف، وأنفق عليها، وهي التي طلبت الفراق، فكان من الإنصاف أن ترد عليه ما أخذت.

كما أعطى المشرع الجزائري للمرأة إمكانية خلع نفسها من الزوج الذي لا ترغب فيه وهذا من خلال المادة 54 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي لما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

¹ وحياتي جيلالي، المرجع السابق، ص 204.

² أخرجه مسلم، ح رقم: 1469.

الفرع الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية.

قد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لغير أذية منه ولا إساءة، فجاز لها أن تخلع نفسها بعوض تؤديه إليه، ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعية الخلع وجوازه وما خالف منه إلا قليل وهذا رفعا للحرَج على المرأة التي كرهت زوجها وأصبحت لا تطيق العيش معه وللفقهاء الإسلامي حججه فيما ذهب إليه وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال تعريف الخلع، ومدى مشروعيته وشروطه والحكمة من تشريعه¹.

أولا: تعريف الخلع: الخلع لغة: "خالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعا والاسم الخلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه"².

الخلع اصطلاحا: عرف الفقهاء الخلع بتعريفات مختلفة في الألفاظ متقاربة في المعنى، وكلها ترجع إلى طلب الزوجة إزالة النكاح بعوض تبذله لزوجها، والخلع شرعا: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة، فائدته تخليص الزوجة من زوجها على وجه لا رجعة له عليها، إلا برضاها، وعقد جديد"³. أو هو: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه"⁴.

ثانيا: مشروعية الخلع:

- **مِنَ الْكِتَابِ:** قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يُخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية: 229]، وَجْهُ الدَّلَالَةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ نَفْيُ سُبْحَانِهِ الْحَرَجِ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ لِلزَّوْجِ مِنَ الْمَالِ الحُصُولِ الفُرْقَةِ بَيْنَهُمَا؛ فَذَلَّ عَلَى جَوَازِهِ⁵.

- **مِنَ السُّنَّةِ:** ورد في خلع المرأة من زوجها أحاديث عديدة ، وأصولها كما يلي :

¹ وحياتي جيلالي، المرجع السابق، ص 233.

² الفيومي، المصباح المنير، ج 1، ص 178.

³ عبد الله إبراهيم البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المزام، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، ط 5، 2003م، ج 5، ص 468.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج 9، ص 7007.

⁵ عبد الرحمن بن عبد الله السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، مؤسسة الرسالة

- بيروت، ط 1، 1420 هـ ، ص 102.

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فتزدين عليه حديقته؟ فقالت : نعم ، فردت عليه ، وأمره ففارقها »¹.

ما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما- : « أن امرأة ثابت بن قيس² أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : أتريدن عليه حديقته؟ قالت : نعم ، قال رسول الله ﷺ : اقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة »³.

ما روته الربيع بنت معوذ بن عفراء : « أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته ، فكسر يدها ، وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي ، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله ﷺ ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى ثابت ، فقال له : خذ الذي لها عليك وخل سبيلها ، قال : نعم ، فأمرها رسول الله ﷺ ان تتربص حيضة واحدة ، فتلحق بأهلها »⁴.

- من الإجماع: نقل الإجماع على مشروعية الخلع: ابن قدامة، قال إنّه: "قول عمر، وعثمان، وعليّ، وغيرهم من الصحابة، لم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً؛ فيكون إجماعاً"⁵.

وقال ابن تيمية: "إذا كانت مبغضة له مختارة لرفاقه، فإنها تفتدي نفسها منه فتزدد إليه ما أخذته من الصداق وتُبريه مما في ذمته ويخلعها، كما في الكتاب والسنة، واتفق عليه الأئمة"⁶.

وقال ابن حجر: "وأجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور..."⁷

¹ أخرجه البخاري، ح رقم: 5276.

² وقائع الخلع الواردة في الأحاديث الزوج فيها واحد، وهو ثابت بن قيس بن شماس رضي الله عنه ، والمختلعات منه هن جميلة بنت أبي بن سلول، وحبيبة بنت سهل - رضي الله عنهما - يقول ابن حجر في بيان المراد بامرأة ثابت بن قيس في أحاديث الباب عند البخاري: «والذي يظهر أنهما قضيتان وقعتا لامرأتين؛ لشهرة الخبرين، وصحة الطريقتين، واختلاف السياقين»؛ ورد اسمان آخران ممن اختلعتن من قيس بن ثابت - رضي الله عنه -، وهما زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، ومريم المغالية، ومال ابن حجر إلى أنهما اسمان يعودان إلى جميلة، وبين وجه ذلك. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، ص 398 وما بعدها.

³ أخرجه البخاري واللفظ له، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج5، ص 2021، 2022. أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، برقم 4867، والنسائي في كتاب الطلاق برقم 3409.

⁴ صححه الألباني؛ صحيح سنن النسائي، برقم 3272، ج2، ص 741.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج7، ص 324.

⁶ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج32، ص 282.

⁷ ابن حجر، فتح الباري، ج9، ص 395.

- **ومن المعقول:** "أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع، وأيضا فيه دفع الضرر عن المرأة غالبا"¹.

ثالثا: الحكمة من مشروعية الخلع: يقول ابن القيم رحمه الله: «أن الله تعالى شرع الخلع رفعا لمفسدة المشاققة الواقعة بين الزوجين، وتخلص كل منهما من صاحبه»²، يقول ابن قدامة رحمه الله: «والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه»³.

ولأن بقاءها في عصمتها والحال ما ذكر يسبب عليها أضرارا كثيرة، وقد قال النبي ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار»⁴، ولأن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، ولا ريب أن بقاء مثل هذه المرأة في عصمة زوجها المذكور من جملة المفاسد التي يجب تعطيلها وإزالتها والقضاء عليها، وإذا امتنع الزوج عن الحضور مع المرأة المذكورة إلى المحكمة وجب على الحاكم فسخها من عصمتها إذا طلبت ذلك وردت عليه جهازه للحدِيثين السابقين وللمعنى الذي جاءت به الشريعة واستقر من قواعدها.

رابعا: أسباب طلب المرأة الخلع من زوجها في وقائع الخلع الواردة في السنة:

من استقراء الأحوال المذكورة في المطلب السابق يظهر أنه يمكن إيجاز أسباب طلب الزوجة الخلع في الآتي⁵:

1- كراهة المرأة المخالفة لأحكام الإسلام وخشيتها من تقصيرها في حقوق زوجها مما يعرضها للإثم، وقد جاء في حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - عند البخاري قول الزوجة ثابت بن قيس: «ما أعتب عليه في خلق ولا ديني، ولكني أكره الكفر في الإسلام».

تعني: أنها لا تريد مفارقتها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، ولكنها طلبت فراق زوجها خشية الإثم من التقصير في القيام بحق الزوج الذي يجب له عليها، ولذلك قال الصنعاني: "قولها: «ولكن أكره الكفر في الإسلام» أي: أكره من الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر، والمراد: ما يصاد الإسلام من النشوز، وبغض الزوج، وغير ذلك، أطلقت على ما ينافي خلق الإسلام الكفر مبالغة، ويحتمل غير ذلك".

¹ الخطيب الشربيني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ج4، ص430.

² ابن القيم، اعلام الموقعين، ج5، ص535.

³ ابن قدامة، المغني، ج10، ص269.

⁴ أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ح رقم 2340.

⁵ عبد الله بن سعد آل خنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثا مع زوجها، دار ابن فرحون، المملكة العربية السعودية، ط1،

2010، ص 47 وما بعدها.

2- عدم إطاعة المرأة زوجها: وذلك لما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال : «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله، إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني لا أطيقه، فقال رسول الله ﷺ : فتردين عليه حديثه؟ قالت : نعم»¹، تعني: أنها لا تريد مفارقتة لسوء خلقه ولا لنقصان دينه ، ولكنها لا تطيقه ؛ أي : لا تطيق معاشرته. ويحتمل أن عدم إطاعتها معاشرته هو بسبب جفوته في المعاملة، كما يحتمل أنه بسبب بغضها له طبعاً، كما يحتمل أن ذلك لدمامة خلقه. ويظهر ذلك مما يلي :

أ- دمامة خلقته: ويظهر ذلك مما رواه ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس . وكان رجلاً دميماً .، فقالت : يا رسول الله، والله لولا مخافة الله إذا دخل علي لبصقتُ في وجهه، فقال رسول الله ﷺ : أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم، فردت عليه حديثه ، قال : ففرق بينهما رسول الله ﷺ»². فقد صرحت الزوجة عند طلبها الفرقة من زوجها بدمامة خلقه.

ب- بغضها له طبعاً: لما رواه ابن عباس . رضي الله عنهما .: «أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكن أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً، فقال لها النبي ﷺ : أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم، فأمره رسول الله ﷺ أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد»³، فهي بذلك تكرهه طبعاً، قال الكزمايني: «... لا أريد مفارقتة لسوء خلقه ولا النقصان دينه، ولكن أكرهه طبعاً فأخاف على نفسي ما يُنابني مُقتضى الإسلام من التُّشُّوزِ ولكيِّي أكره لَوَازِمِ الكُفْرِ من المعادة والنفاق والحُصُومَةِ...»⁴.

ت- جفوة معاملته لها: وذلك ظاهر من حديث عائشة رضي الله عنها: «أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس، فضربها، فكسر بعضها، فأنت رسول الله ﷺ بعد الصبح، فاشتكته إليه، فدعا النبي ﷺ ثابتاً ، فقال : خذ مالها وفارقها، فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم، قال : فإني أصدقتها حديثين، وهما بيدها، فقال النبي ﷺ: خذها ففارقها، ففعل»⁵.

¹ أخرجه البخاري واللفظ له ، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج5، ص2022.

² أخرجه ابن ماجه واللفظ له، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، ج1، ص663.

³ أخرجه ابن ماجه واللفظ له 663 / 1، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها.

⁴ شرح سنن ابن ماجه، قديمي كتب خانة - كراتشي، د.ط، د.س.ن، ص2057.

⁵ أخرجه أبو داود واللفظ له، كتاب الطلاق، باب في الخلع، ج2، ص269.

وقد مال ابن حجر إلى أن السبب هو دمامته، فهو يقول: "... لا أريد مفارقتة لسوء خلقه ولا لنقصان دينه، ... وظاهر هذا أنه لم يصنع بها شيئاً يقتضي الشكوى منه بسببه، لكن تقدم من رواية النسائي: أنه «كسر يدها»، فيحمل على أنها أرادت أنه سيئ الخلق، لكنها ما تعيبه بذلك، بل بشيء آخر، وكذا وقع في قصة حبيبة بنت سهل عند أبي داود: أنه ضربها، فكسر بعضها»، لكن لم تشتكه واحدة منهما بسبب ذلك، بل وقع التصريح بسبب آخر، وهو أنه كان دميم الخلق»¹.

الفرع الثاني: دور إرادة الزوجين في إيقاع الخلع في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقه حول مسألة إيقاع الخلع من طرف الزوجة إلى رأيين:

الرأي الأول: أن الخلع لا يجوز إلاً أمام القاضي بعد الموعدة وبعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين، وقد ذهب سعيد بن جبير والحسن البصري ومحمد ابن سيرين إلى أنه لا يصح عندهم استقلال إرادة الزوج والزوجة بالخلع بل يلزم أن يترافعا إلى الحاكم² فإن رأى بعد اخفاق الحكمين في الإصلاح أن يفرق فرق وإن رأى أن يجمع جمع³، وهو بذلك من يقضي بوقوع الخلع.

الرأي الثاني: أن الخلع يجوز بدون القاضي كما يصح إذا وقع أمام الحاكم، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية، وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان - رضي الله عنهما - والزهري، وبالتالي وقوع الخلع أمام الحاكم ليس شرطاً لصحته كما أنه لا يتوقف على صدوره من الحاكم أو أمامه⁴. واستنادهم إلى فعل كبار الصحابة الذين يجيزون الخلع بتراضي الزوجين دون حكم القاضي 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 أيضاً، وإنما دور القاضي هنا كاشف لإرادة الزوجين.

¹ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، قم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز دار المعرفة - بيروت، 1379هـ، ج9، ص400.

² ابن حجر، فتح الباري، ج 09، ص491.

³ الجصاص، أحكام القرآن، ج 01، ص 395؛ ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 237

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، ص37.

الفرع الثالث: مظاهر حرية الإرادة في إيقاع الخلع

بناء على ما سبق نستخلص بعض مظاهر حرية الإرادة في إيقاع الخلع:

1-الأصل في الخلع أن يكون بتراضي الزوجين، ولكن هذا الأصل قد يعدل عنه إذا تعذر الإصلاح لأن المرأة فيه هي الباذلة للمال، ولا يجوز حملها على دفع مالها في الخلع لغير موجب، كما أن الرجل هو المالك للعصمة ولا يصح حمله على تركها لغير سبب، ولكن هذا الأصل قد يعدل عنه إذا حصل شقاق بين الزوجين ولم يمكن إصلاحه، فقد أمر الله ببعث الحكمين في هذه الحال، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية:35]، فإذا لم يتم التراضي منهما، فللقاضي إلزام الزوج بالخلع؛ لأن ثابتنا وزوجته رفعا أمرهما للنبي ﷺ، وألزمه الرسول ﷺ بأن يقبل الحديقة، ويطلق، كما تقدم في الحديث¹.

2- صحة إيقاعه بلفظ الخلع أو ما اشتق منه أو بلفظ يؤدي معنى الخلع، وذلك تمييزا للخلع عن الطلاق على مال، ومن صيغ الخلع: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على كذا، صالحتك، ومنه لفظ الفسخ، والمفاداة².

3- لا يجوز إكراه الزوجة والتضييق عليها لأجل الافتداء: قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾، أي: "لا يحل لكم أن تضاجروهن وتضيقوا عليهن، ليفتدين منكم بما أعطيتموهن من الأصدقة أو ببعضه، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَّبِينَةٍ﴾"³.

وأما إذا تشاقق الزوجان ولم تقم المرأة بحقوق الرجل، وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطهاها، ولا حرج عليها في بذلها، ولا عليه في قبول ذلك منها؛ فأما إذا لم يكن لها عذر وسألت

¹ حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ج5، مكتبة الإسلامية، عمان - الأردن، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 1429 هـ، ص339. أنظر: موقع الاسلام ويب، الرابط:

<https://www.islamweb.net/ar/fatwa/1058756>

² ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص443؛ النووي، روضة الطالبين، ج7، ص375؛ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، د.ط، 1422 هـ، ج4، ص112.

³ سورة النساء، الآية:19؛ تفسير ابن كثير، موقع المصحف الإلكتروني جامعة الملك سعود، الرابط:

<https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura2-aya229.html#>

الافتداء منه، فقد قال رسول الله ﷺ: «أما امرأة سألت زوجها طلاقاً في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»¹.

4- الخلع لا رجعة فيه إلا بعقد جديد وبرضا المرأة، بخلاف الطلاق إذا لم يكن طلاقاً بائناً، لأن الخلع بعوضٍ فسخٌ بأيّ لفظٍ كان، وهو قولٌ عند الحنابلة، وقولٌ طائفةٍ من السلف، واختيارُ ابنِ تيمية، والشوكاني. قال ابن تيمية: "الخلع بعوض فسخ بأي لفظ كان ولو وقع بصريح الطلاق، وليس من الطلاق الثلاث. وهذا هو المنقول عن عبد الله بن عباس وأصحابه، وعن الإمام أحمد وقدماء أصحابه، لم يفرق أحد من السلف ولا أحمد بن حنبل ولا قدماء أصحابه في الخلع بين لفظ ولفظ، لا لفظ الطلاق ولا غيره، بل ألفاظهم كلها صريحة في أنه فسخ بأي لفظ كان"². وذلك لحديث الربيع بنت معوذ بن عفراء رضي الله عنها: «أما اختلعت على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم -أو أمرت- أن تعتد بحیضة»، ووجه الدلالة أن الخلع لو كان طلاقاً لم يقتصر صلى الله عليه وسلم في العدة على الأمر بحیضة واحدة³.

وهو مقتضى قواعد الشريعة، فإن العدة إنما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة، فيتروى الزوج، ويتمكن من الرجعة في مدة العدة، فإذا لم تكن عليها رجعة، فالمقصود مجرد براءة رحمها من الحمل، وذلك يكفي فيه حیضة، كالأستبراء، ولا ينتقض هذا بالمطلقة ثلاثاً، فإن باب الطلاق جعل حكم العدة فيه واحداً بائنة ورجعية. وهذا دليل على أن الخلع فسخ، وليس بطلاق، وهو مذهب ابن عباس، وعثمان، وابن عمر، والربيع، وعمها، ولا يصح عن صحابي أنه طلاق البتة، فروى الإمام أحمد، عن يحيى بن سعيد، عن سفيان، عن عمرو، عن طاوس، عن ابن عباس أنه قال: الخلع تفريق، وليس بطلاق⁴.

ويوجد فرق بين الطلاق والفسخ من أوجه، منها:

- الطلاق بيد الزوج وإرادته واختياره، ويكون بلفظ الطلاق، بخلاف الفسخ.

- الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، وأما الطلاق قبل الدخول وبعد فرض الصداق فيوجب لها نصف المهر المسمى⁵.

¹ حسين بن عودة العوايشة، المرجع السابق، ج5، ص338

² ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، ص486.

³ الشوكاني، نيل الأوطار، ج6، ص294.

⁴ حسين بن عودة العوايشة، المرجع السابق، ج5، ص344

⁵ الخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص158.

- الفسخ لا يحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل¹.
- لا يشترط في الطلاق قضاء القاضي ولا رضا الزوجة، بخلاف الفسخ².
- الفسخ لا يكون إلا بسبب، كالعيب مثلا، بخلاف الطلاق فقد يقع بسبب أو بدون سبب³.
- 5-يجوز الخلع في الطهر والحيض، ولا يتقيد وقوعه بوقت؛ لأن الله - سبحانه - أطلقه، ولم يقيده بزمن دون زمن؛ قال الله - تعالى -: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾، ولأن الرسول ﷺ أطلق الحكم في الخلع؛ بالنسبة لامرأة ثابت بن قيس من غير بحث، ولا استفصال عن حال الزوجة، وليس الحيض بأمر نادر الوجود، بالنسبة للنساء⁴.
- 6- حرية إرادة الزوجين في تقدير بدل الخلع: كل ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون عوضا في الخلع، وهذا بإجماع العلماء⁵.
- يجوز الخلع بمقدار الصداق. قال ابن عبد البر: "أجمع العلماء على إجازة الخلع بالصداق الذي أصدقها إذا لم يكن مضرا بها، وخافا ألا يقيما حدود الله"⁶.
- يجوز الخلع بأكثر من الصداق، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة ونص الحنفية والحنابلة على أنه يجوز مع الكراهة، وهو قول بعض السلف، وأكثر أهل العلم⁷، يقول ابن قدامة: "صحة الخلع بأكثر من الصداق، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء، صح، وهذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وعكرمة، ومجاهد، وقبيصة بن ذؤيب، والنخعي، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالوا: لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها، وعقاص رأسها، كان ذلك جائزا"⁸.
- يصح الخلع بالمؤجل، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة: واشترط الحنفية: أن يكون الأجل معلوما. وعند المالكية: إذا كان الأجل مجهولا عجل وكان حالا. وعند الشافعية: إذا كان الأجل مجهولا

¹البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص113.

²الشريبي، غني المحتاج، ج3، ص202.

³البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص113.

⁴حسين بن عودة العوايشة، المرجع نفسه، ص339.

⁵العيني، البناية شرح الهداية، ج5، ص517.

⁶ابن عبد البر، التمهيد، ج23، ص368.

⁷النووي، روضة الطالبين، ج7، ص374، الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ص398.

⁸ابن قدامة، المغني، ج7، ص325.

عجل بمهر المثل، وظاهر مذهب الحنابلة يصح مطلقاً بالأجل المجهول إذا أمكن وجوده، كأن تقول المخالعة: إن حملت الغنم فلك كذا¹.

الفرع الرابع: القيود الشرعية الواردة على إرادة المرأة عند طلب الفرقة والاختلاع من زوجها

أقام الإسلام نظام الأسرة على المودة والرحمة والوفاق بين الزوجين، وبين لكل طرف حقوقه وواجباته، كما حدد طرقاً شرعية لإنهاء العلاقة الزوجية بالمعروف. والأحاديث الواردة في نهي المرأة عن طلب الفرقة والاختلاع من زوجها من غير ضرر، وأنه من خصال النفاق ما روي عن ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النبي ﷺ أنه قال: « إِنَّ الْمُخْتَلِعَاتِ وَالْمُنْتَرِعَاتِ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ ، وَمَا مِنْ امْرَأَةٍ تَسْأَلُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ ؛ فَتَجِدُ رِيحَ الْجَنَّةِ ، أَوْ قَالَ : رَائِحَةَ الْجَنَّةِ² ».

وفي هذا الحديث يقول النبي صلى الله عليه وسلم: " وإن المختلعات "، أي: اللواتي يلتمسن الخلع ويطلبن الطلاق من أزواجهن من غير سبب موجب لذلك، " والمنتزعات " المراد: اللاتي ينتزعن أنفسهن من أزواجهن، وينشزن عليهم بعدم الطاعة، " هن المنافقات " وجعلهن منافقات؛ تغليظاً وتشديداً؛ لأنهن يظهرن بذلك كراهة الزوج، وفي الباطن أهن يردن سواه يتزوجن به بعد الخلع، والمراد الزجر والتهويل، " وما من امرأة تسأل زوجها الطلاق من غير بأس "، أي: من غير شدة تلجئها إلى سؤال المفارقة، " فتجد ريح الجنة - أو قال: رائحة الجنة - "، أي: لم تشمها، وذلك على طريقة الوعيد والمبالغة في التهديد، أو أن وقوع ذلك متعلق بوقت دون وقت، أي: لا تجد رائحة الجنة أول ما يجدها المحسنون يوم القيامة، أو لا تجده أصلاً؛ لأنها بطلبها الخلع دون سبب تكون قد تعدت حدود الله الذي قال: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [سورة البقرة، الآية: 229]، ولأنه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة، وقد عد كثير من العلماء الوقوع في ذلك كبيرة من كبائر الذنوب³.

بناءً على ما سبق ذكره، فإن الخلع هو وسيلة شرعية لإنهاء الرابطة الزوجية بإرادة المرأة، مقابل ما للرجل من حق الطلاق بإرادته المنفردة، وقد شرع الإسلام ذلك رفقا بالزوجة من ظلم زوجها لها بسوء معاملته، ورفقا

¹ المبسوط، للسرخسي، ج6، ص343؛ سحنون، المدونة، 2، ص242، النووي، روضة الطالبين، ج7، ص389؛ البهوتي، كشف القناع، 5، ص222.

² حديث صحيح، الألباني، صحيح الترغيب، مكتبة المعارف - الرياض، ط، 1421هـ، ح رقم: 2018.

³ موقع الدرر السنية، الرابط: <https://dorar.net/hadith/sharh/88980>

للزوجة من ظلمها لنفسها بوقوعها في الحرام جراء سوء معاملتها لزوجها وحلا لهما للتخلص من زوجية لا لا يطبقاها.

المطلب الثالث: دور إرادة الزوجين في إيقاع الخلع في قانون الأسرة

لقد تبنى المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في الدول الإسلامية، الخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، واعتمده كصورة من صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة 11/84 وأدخل عليه المشرع تعديلات بموجب الأمر 05-02.

الفرع الأول: دور إرادة الزوجين في إيقاع الخلع في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل

لقد نصت المادة 54 من قانون الأسرة 11/84 على أنه: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت الخلع"

لقد تميزت هذه المادة بالغموض والعموم، الراجع لسكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع، إذ لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج ورضاه على الخلع من عدمه أو بعبارة أخرى هل الخلع حق للزوجة تستعمله بإرادتها المنفردة، أم أنه عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج؟

مما أدى إلى تناقض وتعارض اجتهادات المحكمة العليا في هذا الموضوع، ما جعل القضاة ينهلون من آراء الفقهاء إعمالا للمادة 222 من ق.أ والتي نصت على أنه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجعون فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

إلا أن شراح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا خاصة، ذهبوا إلى اعتبار الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين¹، وهو الرأي الذي كان سائدا في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة، وقد تجلّى ذلك واضح في قرارات المحكمة العليا، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا الخلع عقد رضائي بين الزوجين شرع لمصلحة الزوجة، ولا بدّ فيه من موافقة الزوج على مبدأ الخلع²، الذي يكون بناء على عرض أحد الزوجين، وقبول الآخر، بما يجسد

¹ آيت شاوش دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية -، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم - تخصص ص قانون، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2014/06/26، ص 350.

² وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 237

رغبة 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 عنه¹.

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 رضی الزوج ومن ثم فإن القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلاق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"² نفس الحكم جاء في قرار آخر: "... ومن المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل خطأً في تطبيق القانون."³

كما قرّرت المحكمة العليا في قرارها التالي ما يلي: "من المتفق عليه في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإنّ أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع..."⁴

يظهر من قرارات المحكمة العليا السابقة أنّ القضاء فسّر المادة 54 على أساس أنّ الخلع عقد رضائي وأنّ القاضي لا يتدخل إلا في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره رغم أنه لا توجد أيّ عبارة صريحة تشير إلى ذلك في نص المادة⁵.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط05، ج1، 269.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية، ع03، 1990، ص72.

³ قرار المحكمة العليا، ملف 73885 بتاريخ 1991/04/23، نقلاً عن: آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص350.

⁴ ملف رقم 36709، قرار بتاريخ 1885/04/22، المجلة القضائية، ع1، لسنة 1989، نقلاً عن: آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص350.

⁵ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص237

ويرى الدكتور بلحاج العربي أنّ الخلع ليس إلاّ طلاقاً رضائياً مقابل مال تدفعه الزوجة إلى الزوج لقاء طلاقها¹، ويظهر موقفه جلياً بعدما ذكر الخلع، في مؤلفه، تحت عنوان الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، فبدأ بالطلاق بالتراضي ثمّ الطلاق بواسطة الخلع. وفي نظره لا يجب الخلط بين الخلع كرخصة للزوجة، إذا تخاصم الزوجان وحصلت المشاققة ولم يتمكّننا من إقامة حدود الله، وبين التطليق أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة. فالخلع كعقد ثنائي الطرفين، أو اتفاق بين الزوج والزوجة لا يتم بالإيجاب والقبول، ويشترط فيه ما يشترط في الطلاق من شروط وأركان، وأنّ الخلع لا يتم دون إرادة الزوج، ليس حقاً لها تطلبه متى شاءت، وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة².

وكان للأستاذ عبد العزيز سعد نفس الموقف من حيث اعتبار الخلع عقداً رضائياً، حيث يرى أن الخلع شرع أساساً لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لتمكينها من طلب الانفصال عن زوج لم تعد تحتمل عشرته، وليس حقاً لها في مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، لأنّه لو قلنا بأنّ الخلع حق للزوجة تطلبه متى شاءت وتطلق به متى شاءت بإرادتها المنفردة لكان يجب على القاضي أن يحكم لها بالتطليق بمجرد طلبها أو عرضها مالا مقابل الخلع دون أيّ اعتبار لإرادة الزوج، ولأصبح اتفاق الزوج معها على مقدار الخلع كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة لا معنى له أيضاً³.

لكن وحسب تقديرنا، فإنّ مضمون المادة 54 لا يشير إلى الرضائية التي يراها البعض إلاّ فيما يخصّ بدل الخلع في عبارة «... على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم»، فالاتفاق هنا خاص ببديل الخلع فقط، والمُشرّع عندما ذكر بدل الخلع فإنّه نصّ على أنه «يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال...»، فهذا الجواز أُسند للزوجة، أي أنّه يمكن اعتبار الخلع حق خاص بالزوجة، أمّا تقدير قيمة المال أو بدل الخلع فإنّه حق مشترك بينهما، فإذا لم يتفقا عليه تدخل القاضي لتقديره⁴.

لأنّ عبارة «إن لم يتفقا على شيء» متعلقة بما سبقها من عبارة «... على مال يتمّ الاتفاق عليه»، فالمقصود هو عدم الاتفاق على مقابل الخلع، فيتدخل القاضي ويحلّ محلّ الزوجين لتحديد مقداره، والمادة في هذا المعنى لا قصور فيها.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 264.

² المرجع نفسه، ص 267.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 252.

⁴ آيت شاوش دليّة، المرجع السابق، ص 352؛ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 237.

لسنا في الحقيقة مجبرين على التدليل أكثر على الرأي السابق، لأنّ قضاة المحكمة العليا قد تراجعوا عن موقفهم هذا في سنوات التسعينيات وغيرت من اجتهادها، حيث أصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينيات وهذا في حقيقة الأمر دليل على إتفاق اجتهاد المحكمة العليا على كون إرادة المُشرِّع كانت متجهة نحو إقرار حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ودون شرط موافقة الزوج، ولو لم يدرك القضاة المعنى الحقيقي للمادة 54 ق.أ.لما غيروا من اجتهادهم¹، ومن بين قرارات المحكمة العليا والتي جاءت بعكس ما قضت به من قبل ما يلي: "...من المقرر قانونا وشرعا أنّ الخلع حق خوّلتته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا²"

كما قرّرت ما يلي: "...إنّ الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل..."³

كما قرّرت المحكمة العليا ما يلي: "...من المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها... إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون..."⁴

الملاحظ بعد هذه القرارات للمحكمة العليا أنّ اجتهاد المحكمة العليا اختلف اختلافا جذريا رغم أنّ المادة واحدة ولم تتغير، لكن هذا التغيير في الاجتهاد كرّسه تعديل 2005 لقانون الأسرة⁵.

¹ وحياني جبلاي، المرجع السابق، ص 239.

² قرار رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30 نقلا عن: آيت شاوش دليلة، المرجع نفسه، ص 352.

³ قرار المحكمة العليا /ملف 103793 بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، ع 51، نقلا عن: آيت شاوش دليلة، المرجع نفسه، ص 353.

⁴ ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، نقلا عن: آيت شاوش دليلة، المرجع نفسه، ص 353.

⁵ آيت شاوش دليلة، المرجع نفسه، ص 353.

الفرع الثاني: دور الإرادة في الخلع في قانون الأسرة المعدل بالامر 05-02

لقد جاء في المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

يهدف التعديل الذي أدخل على هذه المادة إلى توضيح أحكام الخلع عن طريق تكريس الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في هذا المجال، وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى موافقة الزوج ورضاه، وليس للزوج في تقرير الخلع إلا في ما تعلق بتحديد المقابل المالي، ويرجع في هذه الحالة إلى القاضي الذي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل¹.

ويلاحظ على هذا التعديل أنّ المُشرِّع الجزائري اختصر موضوع الخلع في مادة واحدة، كانت قبل التعديل فقرة واحدة وأصبحت بعد وأصبحت بعد التعديل فقرتين أصيلتين تخص الأولى في المخالعة دون موافقة الزوج وتخص الثانية، تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، وهذا ما انتقده البعض حيث أنّ مادة واحدة مقتضبة في الخلع ليست كافية لأنّها تقرر حقاً أساسياً للمرأة له أهمية وحساسية، ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة خاصة بشروط الالتجاء إليه، وربما بعض القيود حتى لا تستعمله المرأة دون وجه حق أو دون أن يتحقق الجانب النفسي، كما لم يتعرض المشرع للأمور التي ينبغي أن تكون بدلا من الخلع².

الملاحظ كذلك على هذه المادة أنّ المُشرِّع، أوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق خلعاً، بمجرد طلبه دون أي اعتبار لإرادة الزوج، وهذه المادة لم تحمل فقط إرادة الزوج في مسألة الموافقة على الخلع وإنما غيّبت إرادة الزوج حتى في مسألة تقدير مقابل الخلع³، حيث نصت الفقرة الثانية على أنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وما يجب الإشارة إليه هنا هو أنه، لا يجوز أن تكون الحضانة هي المقابل في الخلع لأنّ الحضانة ليست شيئاً مستقلاً للحاضنة بل هو حق مقرر أيضاً للأولاد، هذا بالإضافة إلى أنّ النص صريحاً بقوله المقابل المالي مما يؤكّد أنّ المقابل يكون مالياً والحضانة من المسائل الشخصية، فكلمة مال الواردة في المادة 54 دليل قاطع

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 240.

² المرجع نفسه، ص 240.

³ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 355، وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 241.

على أنّ المخالعة لا تجوز ولا ترتب آثارها إلا إذا كان مقابلها مالا، ومن ثمة كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصح أن يكون بدل الخلع، وعليه فإنه لا يمكن أن تكون الحضانة قانونا مقابلا للخلع¹.

وهذا ما يجعلنا نقول أن موقف المُشرِّع من الخلع يتوافق إلى حد بعيد مع ما قرره ابن رشد من أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت الرجل²، ومن خلال هذا نرى أن كل امرأة تستطيع شأنها شأن الرجل أن تنهي عقد الزواج؛ دون تعلل بأن المرأة التي تخلع نفسها تفقد حقوقها؛ على اعتبار أن الرجل الذي يطلق زوجته يفقد ما أنفقه عليها، كما يدفع كل التزاماته نحوها، وعليها إذا شاءت إنهاء الزواج أن تتحمل نفس الأعباء التي يتحملها الرجل، أو مثلها على الأقل، وجوز الشرع الخلع دفعا للضرر عن المرأة³.

فإذا كرهت المرأة الرجل، وعلمت أنها لا تؤدي حق الله في طاعته حين ذلك جاز لها الخلع على العوض، وذلك لأن بين الزوجين عقداً بموجب النكاح الصحيح له شروطه كسائر العقود، فلما كان من أسباب انعقاده وشروطه أن يدفع الزوج لها مهراً ويلتزم بحقها في الإنفاق عليها بالمعروف، فإن أبغضته ونفرت منه بحيث لا تستطيع إمضاء العقد إلى الأبد مع الخوف من الوقوع من المعصية من عدم طاعته؛ كان لها كطرف من طرفي العقد أن تطلب فضه، ولما كان في ذلك إضرار لاحق بالزوج، كان لا بد من تعويضه عن هذا الضرر اللاحق به، ولأنها عندما قبلت العقد كان ذلك القبول بعوض هو المهر والنفقة قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [سورة البقرة، الآية: 229]، فدل على مشروعية فض العقد بفداء، فإن لم يكن خوف لم يجز لها أن تخلع⁴.

أما بالنسبة لمن يعترض على تمكين الزوجة من مخالعة زوجها دون رضاه، وأنه ظلم للرجل واعتداء على قدسية الزواج، فنقول: هل من قدسية الزواج أن تستمر هذه العلاقة مع زوجة تبغض زوجها ولا تطيق العيش معه، وتكره أن تشاركه الفراش وقد قال سبحانه: ﴿هُنَّ لِيَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ هُنَّ﴾، أم العدل في شريعة تعطي للزوج ما أنفق تعويضاً له، وتعطي المرأة حقها الشرعي والطبيعي والإنساني في البحث عن رجل تؤدي حق الله فيه؟

¹حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2005، ص 483.

²ابن رشد، الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، د.ط، 2004، ج 3، ص 90.

³أحمد بن سليمان أيوب، المرجع السابق، ج 11، ص 458.

⁴المرجع نفسه، ج 11، ص 458.

المطلب الرابع: إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة عن طريق التطليق

ولقد سار قانون الأسرة الجزائري موافقا للشريعة الإسلامية ومنح للزوجة الحق في طلب الطلاق (التطليق) حتى ولو لم يرغب زوجها في إنهاء الرابطة الزوجية، وبهذا جعل المشرع الجزائري فك الرابطة الزوجية بطلب من المرأة أمام القاضي صورة من صور الطلاق حيث نصت المادة 48 من قانون الأسرة على أنه " : ...يجلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"¹.

الفرع الأول: مفهوم التطليق

التطليق هو منح الزوجة حق طلب التفريق عن زوجها أمام القاضي بناء على رغبتها وإرادتها المنفردة استنادا إلى حالات محددة ومنصوصا عليها المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة ، والقاضي يوقع الطلاق لامتناع الزوج عن إيقاعه في حالات تستدعي الطلاق لتوافر أسباب محددة شرعا وقانونا، ويعتد بالطلاق في هذه الحالة من يوم إقراره من القاضي وليس من يوم إبداء الرغبة من طرف الزوجة في الطلاق أو بمجرد طلب الزوجة ذلك بل للقاضي السلطة التقديرية في إقراره أو رفضه لعدم كفاية الأسباب، فهو ليس مجبرا على الحكم بالطلاق، وإنما قد يمنح للزوج فرصة لإزالة ذلك الضرر؛ وقد يبرر الزوج ما وقع منه كسوء معاملة أو عدم إنفاق أو غيبة وييدي رغبته في تحسين العلاقة مع زوجته فلا يحكم القاضي هنا بالتطليق متى زال الضرر.

وعليه؛ التطليق لا يكون إلا بتقرير من القاضي وقد يستوجب الأمر إجراء محاولة الصلح وكذلك التحكيم وهو ما لا نجده في قاعدة انعقاد الطلاق بمجرد إبداء الرغبة الصحيحة شرعا من الزوج أين تنعدم مرحلة الصلح والتحكيم في هذه الحالة.

وبناءً على المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على إثبات الطلاق بحكم من القاضي وحيث أنّ التطليق لا يكون إلا أمام القاضي فإنه يكون دائما بناء على طلب الزوجة، وبحكم غير قابل للاستئناف إلا في جوانبه المادية طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة وعليه فإنّ الحكم بالتطليق يعتبر ابتدائيا نهائيا، كما يعتبر التطليق طلاقا بائنا طبقا للمادة 50 من قانون الأسرة التي تنص على أنّ: " من راجع زوجته بعد صدور

¹ أوجياني جيلالي، المرجع السابق، ص 211.

الحكم يحتاج إلى عقد جديد"، ولقد أحسن المشرع صنعا عندما اعتبر التطليق طلاقا بائنا فلا يعقل أن تطلق المرأة من زوجها لتضررها ثم يسمح له بمراجعتها دون موافقتها.

يجد التطليق أساسه الشرعي في قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"، فالشريعة الإسلامية لم تهمل حق الزوجة بل عملت على رفع الظلم عنها متى ما أثبتت سببا معتبرا شرعا تتعذر معه الحياة الزوجية والمعايشة بالمعروف، فمنحت لها حق طلب التفريق وأوجبت على القاضي أن ينظر في طلبها ويرفع عنها الضرر اللاحق بها ويعمل على إنصافها¹.

وقد حذر النبي صلى الله عليه وسلم المرأة التي تترك هذا الكيان وتطلب الطلاق دون سبب ودون ضرر، فعن ثوبان مولى رسول الله ﷺ عن النبي ﷺ قال: «أبما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»²، أي: إن أي امرأة طلبت الطلاق من زوجها دون وقوع ضرر أو أذى عليها من زوجها، ودون سبب واضح ومقبول، فلتحذر؛ لأنها سيكون جزاؤها أنها تمنع من رائحة الجنة، وهذا كناية عن بعدها من الجنة وعدم دخولها الجنة³.

الفرع الثاني: أسباب التطليق المضافة بموجب الامر 05-02

ويجب الإشارة إلى أنّ الاتفاقيات الدولية لم تنص على التطليق بطلب من المرأة وإنما نصت على حق المرأة في فك الرابطة الزوجية مساواة مع الرجل، فالاتفاقيات الدولية لم تمنح المرأة حق الطلاق بطريقة معينة وإنما طالبت الدول الأطراف أن تمنح هذا الحق للمرأة إذا كان ممنوحا للرجل. لقد أتاح المشرع للمرأة الحق في التطليق أمام القاضي، واستمد بعض أسباب التطليق من الشريعة الإسلامية، وبعض الأسباب الأخرى جاءت مسايرة للتطورات التي تعرفها المرأة والمجتمع، حيث كانت أسباب التطليق في ظل قانون الأسرة 11/84 محددة في سبعة (07) أسباب ثم ارتفع عددها إلى عشرة أسباب في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02.

رغم أنّ الزوجة كان بإمكانها في قانون 11/84 طلب التطليق حال توفّر شرط من الشروط الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة وهي الحالات التي حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر بهدف إتاحة الفرصة للمرأة لحلّ الرابطة الزوجية متى أصبحت الحياة الزوجية صعبة الاستمرار، وقد جاء تعديل قانون

¹ بدران أبوالعينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج 1، الزواج والطلاق، دار النهضة، بيروت، ط 1967، ص 429.

² الألباني، صحيح أبي داود، ح رقم: 2226.

³ الموسوعة الحديثية، موقع الدرر السنية، الرابط: <https://dorar.net/hadith/sharh/29710>

الأسرة 05-02 لتوسيع أسباب طلب التطلاق من طرف المرأة، حيث ورد في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع الذي عرض على مجلس الحكومة أول مرة أن: "التعديل المدخل على هذه المادة يهدف إلى توسيع أسباب التطلاق بتكريس الممارسة القضائية في هذا المجال، إذ أنه يمكن للمرأة أن تطلب التطلاق من أجل الشقاق المستمر مع زوجها الذي يؤدي إلى انعدام الألفة ونفي المودة والرحمة بين الزوجين، وأنه يمكن للمرأة أن تطلب التطلاق من أجل مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"¹، ولهذا أضاف المشرع ثلاثة أسباب يمكن أن تستند إليها المرأة لطلب التطلاق أمام القاضي، يمكن إيجازها فيما يلي:

أولاً- التطلاق بسبب الشقاق المستمر: استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة 05-02 الشقاق بين الزوجين كسبب من أسباب التطلاق، حيث مكنت الفقرة الثامنة من المادة 53 المرأة المتضررة من طول الخصام والشقاق المستمر بينها وبين زوجها، أن تلجأ للقاضي بطلب التطلاق. ويبدو أنّ إضافة الفقرة الثامنة المتضمنة الشقاق كسبب من الأسباب التي يحق بموجبها للمرأة طلب التطلاق كانت مجرد إظهار نية المشرع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها²، حيث أنّ هناك مرونة كبيرة في إثبات الشقاق.³

والأساس الشرعي للتطلاق بسبب الشقاق هو ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، فقد عاجلت الشقاق بين الزوجين بتعريف الزوجين بحقوقهما والأمر بالمعاشرة بالمعروف وتذكير المرأة بعظيم حقوق الزوج عليها وعدم الاستجابة لمقتضيات الكراهية وبيان ما يجب فعله من الزوج أو الزوجة عند نشوز أي منهما، وإذا لم تمتنع الوسائل الوقائية المشار إليها، حصول الشقاق بين الزوجين، فإنّ الإجراء اللاحق الذي ينبغي فعله هو ما أشارت إليه الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِمْ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِ يدا إِصْلَاحًا يوقِّقُ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [سورة النساء، الآية 35]

والشقاق على ما ذهب إليه الإمام مالك و مذهب الشافعية في قول والإمام أحمد ابن حنبل في رواية يعد سببا للتفريق بين الزوجين لأنّ بقاء الشقاق ضرر بالزوجين، والضرر يزال وإزالته عن الزوجة يتم بإيقاع التفريق، فالمالكية أجاز التفريق للشقاق حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما و بلاء لقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"، و عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي وإن أثبتت حجة دعواها طلقها منه، وإن عاجزت رفضت دعواها، والفرقة الواقعة بسبب الشقاق، فرقة طلاق بائن لا رجعي وتعليل ذلك كما صرح المالكية من

¹مقتبس عن: وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 229.

²آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 250.

³وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 227، 228.

وجهين أحدهما كلي و الآخر معنوي، أما الكلي فكلّ طلاق ينقذه الحاكم فإنه بائن، و الثاني أنّ المعنى الذي وقع به الطلاق هو شقاق ولو شرعت به الرجعة لعاد الشقاق، فلا فائدة من وقوعه رجعياً¹. وقد تمّ إضافة حالة استمرار الشقاق بين الزوجين لأنه مؤدي إلى انعدام أسباب الألفة ونفي المودة والسكينة بين الزوجين، وهذا يعرض الحياة الزوجية للانحيار، بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها بما ينشأ عن ذلك من مفاصد شتى، وهذا السبب هو وليد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا فتعين تثبيته بتقنيته²، حيث هناك اجتهاد قضائي في هذه المسألة يتمثل في عدة قرارات للمحكمة العليا ومن بينها قرار رقم 224655 الصادر بتاريخ 15 جوان 1999 والذي جاء فيه ما يلي: "من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً ومتى تبين في قضية الحال أنّ الزوجة تضررت لطول الخصام مع الزوج وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإنّ قضاة الموضوع بما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"³

ثانياً- التطليق لمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة:

لقد أبحاث المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري تعدد الزوجات لكنها وضعت له قيوداً وألزمت الزوج باحترام هذه القيود، حيث نصت على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزواج لها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية."

يبدو من قراءة المادة 08 المعدلة تشديد المشرع على ضرورة حصول الزوج على الترخيص بالزواج من القاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزوجة اللاحقة، وكعقوبة للزوج على مخالفة التعدد المنصوص عليها في المادة المذكورة، منحت المادة 53 فقرة 06 الزوجة، الحق في التطليق حيث نصت على أنه " يجوز للزوجة طلب التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة."

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص ص 229، 230.

² عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 144

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 224655 صادر بتاريخ 15 جوان 1999، المجلة القضائية، ع.خ، 2001، ص 129.

لقد خصص المشرع لهذا فقرة خاصة مستقلة بذاتها من أجل توضيح السبب ليسهل الإثبات على الزوجة المتضررة من التعدد لاسيما وأنّ هذه الفقرة جاءت متزامنة مع تعديل المادة 08 من قانون الأسرة، و في هذا السياق جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 12 جويلية 2006 ما يلي : "عدم العدل بين الزوجات يشكّل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة¹، و يبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"²

إنّ المشرع من خلال الفقرة 06 من المادة 53 ، اعتبر الضرر الناتج عن تعدد الزوجات ضرا يمنع الزوجة حق التطليق إلى جانب التطليق للضرر شرعا، وهذا يعتبر تأكيدا من طرف المشرع على تقييد التعدد ومنح المرأة : التسهيلات من أجل التطليق، وهذا يجد من ظاهرة التعدد الذي يؤثر سلبا على حقوق المرأة³.

ثالثا- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها: نصت الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة على حق الزوجة في طلب التطليق للشروط المتفق عليها سواء في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق، هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" فكان الإخلال بالشرط سببا من أسباب التطليق، فإذا تمّ الاتفاق بين الزوجين على جملة من الشروط وفقا للمادة 19 والمادة 37 فعلى الزوج الالتزام لهذه الشروط، وفي حالة إخلاله بذلك فللزوجة الحق في اللجوء إلى القاضي لطلب التطليق للإخلال بالشروط المنصوص عليها في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق.

بناءً على ما تقدم، فقد أصبح بإمكان المرأة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق القاضي في مقابل ما يتمتع به الرجل من حق حلّ الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، والمشرع وسع من دائرة الأسباب التي تخول للمرأة طلب التطليق، فجاء بأسباب أكثر مرونة ومنح المرأة إمكانية طلب التطليق، حيث جعله حقا أصيلا يقابل حق الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة⁴.

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 230.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12 جويلية 2006 ملف رقم 356997 ، مجلّة المحكمة العليا، 2006 ، ع 02 ، ص 441

³ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 231.

⁴ المرجع نفسه، ص 231.

بدل أن يكون مجرد استثناء عن القاعدة العامة، وهذا ما أكدته التقرير الجامع للتقريين الدورين³ و
المقدم من الجزائر أمام لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والذي جاء فيه (بموجب
أحكام القانون الجديد ثم توسيع نطاق الأسباب التي يمكن أن تستند الزوجة إليها، بحيث أصبح بإمكان
هذه الأخيرة أن ترفع دعوى قضائية ولا سيما بسبب عدم التوافق المستمر مع زوجها أو بسبب انتهاك
الأحكام المنصوص عليها في عقد الزواج أو أي عقد مبرم لاحقاً)¹.
إضافة إلى التطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على رغبة المرأة لأسباب محددة، فهناك إمكانية فك الرابطة
الزوجية بإرادة المرأة عن طريق الخلع.

المبحث الخامس: إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين

باعتبار أن الرضا جوهر عقد الزواج، أخذت مختلف القوانين الأجنبية بالطلاق باتفاق الزوجين،
ذلك أن المنطق السليم يقتضي أن يسمح القانون للزوجين الاتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية بينهما
بإرادتهما المشتركة، حيث أن ما أوجده تراضي الإرادتان، يمكن إزالته بنفس الطريقة، ولا شك أن الاتفاق
على الطلاق بين الزوجين يكون أكثر صدقا وتحقيقا للعدالة، بالنظر إلى اتحاد قناعتهما على عدم جدوى
استمرار العشرة، وأن هذا العقد لم يعد يحقق مصلحتهما المشتركة.

عرفت فرنسا الطلاق بالتراضي في تشريع 1792 بعد أن انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم
الطلاق، وفي عام 1804 عدلت المجموعة المدنية أحكام الطلاق، وأبقت على الطلاق بالاتفاق مع بعض
القيود التي تقلل من حدوثه وأهم هذه القيود ما يلي:

1- الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق، وذلك بأن يعبرا عن إرادتهما ثلاث مرات خلال تسع
أشهر أنهما اتفقا على الطلاق.

2- أن لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد أن يتأكد من توافر هذه الشروط .

المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي

إذا كانت المادة 04 ق.أ.ج قد عرّفت الزواج بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه
الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على
الأنساب."، وإذا كان الركن الأساسي في إبرام عقد الزواج، هو الرضا حسب ما نصت عليه المادة 09 ق
أج "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"

¹المرجع السابق، ص 232.

وفي هذا السياق جاءت المادة 48 من قانون الأسرة لتجعل الطلاق بالتراضي صورة من صور حلّ الرابطة الزوجية، حيث يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بشكل ودي وبدون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، ولا تمس مصالح المحضونين إن وجدوا، فيتفقان على جميع المسائل ويرفعان أمرهما إلى القاضي الذي يثبت ذلك في حكم، والغاية من هذه الصورة الرضائية من الطلاق الاستجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب الخلاف في أروقة المحاكم، إضافة إلى ما يحققه ذلك من مرونة في العلاقات الأسرية لاسيما إزاء الأطفال.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي

لقد جاء مفهوم الطلاق بالتراضي وسطا بين حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وحق الزوجة في طلب التطلق أو الخلع بإرادتها المنفردة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة. ولتحديد مفهوم الطلاق بالتراضي بداية، لا بد من إعطائه الطابع القانوني الذي يتسم به، بل ويميزه عن غيره من أنواع الطلاق، حيث أن الزواج يتم بإيجاب وقبول من الزوجين، أو من يمثلهما، والأصل في كل عقد يتم بإرادتين، أن ينتهي بالاتفاق إذا كانت طبيعته تجيز ذلك.

أولا-تعريف الطلاق بالتراضي: "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"¹، فهو طلاق يتم بناء على الرغبة المشتركة للزوجين، إذ يتفقان على الانفصال وعلى جميع الآثار التي ينتجها هذا الطلاق سواء المالية أو المعنوية، (تقسيم الممتلكات، حضانة الأطفال، المساعدة المالية)². ويقصد بهذه الصورة أن كلاً من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بعد قناعته الكاملة أنه غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق، وهذا معناه أنه يمكن للزوجين أن يتطالقا بتراضيهما، بالمعروف دون خصام أو نزاع، ويقابله الطلاق بالمنازعة أو التراجع عند عدم التراضي بينهم³.

¹المادة 427 ق إ م و إ ج.

² Ce type de divorce concerne les époux qui sont d'accord pour se séparer et se sont entendus sur l'ensemble des aspects du divorce (partage des biens, garde des enfants, aides financières" Emmanuelle Ausina , actualites juridiques en droit de la famille, Pascal Lalère - Réussir son divorce- Ed °Delma Express 2004, p. 01. ; Maryline Bruggeman et Maiale Contis et Laurence Monnier Saillol, Droit de la famille, Ellipses, Paris, 2002, p 211.

³أنظر:محموظ بن صغير، المرجع السابق، ص602؛ العربي بلحاج :المرجع السابق، ص258 ؛ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص24.

وعرف المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي في المادة 233 من ق.م.ف بأنه: "يمكن للطلاق أن يتم بناءً على طلب أحد الزوجين وموافقة الآخر أو بناءً على طلب مشترك منهما عندما يتفقا على مبدأ فك الرابطة الزوجية بغض النظر عن الأسباب الكامنة وراء ذلك، ولا يكون اتفاقهما قابلاً للتراجع أو الطعن"¹. ويشترط القانون في الزوجين التمتع بقدراتهما العقلية، وأن يكونا قادرين على التعبير عن إرادتهما في الطلاق بحرية وبطريقة واضحة لا لبس فيها خالية من العيوب².

ويكمن الفرق الأساسي بين الطلاق بإرادة الزوج والطلاق بالتراضي في موافقة أحد الزوجين لطلب الآخر على الانفصال وعلى ودية إحداث الفرقة، عكس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي يقع رغم رفض الزوجة الانفصال، فإرادة الزوجة في هذه الحالة ليست محل اعتبار، وتوافر رضاها من عدمه لا يغير في الموقف شيء، والأمر نفسه بالنسبة لطلب الفرقة من الزوجة تطليقاً أو خلعا فليس ضرورياً توافر رضا الزوج، كما أنه في صور الطلاق بالتراضي يتقلص دور القضاء عكس ما يلحظ في صورتي طلاق الزوج أو طلب الزوجة التطليق القضائي³.

ثانياً- مبررات تقنين الطلاق بالتراضي: تكمن القيمة القانونية والأخلاقية للطلاق بالتراضي في الاتفاق الودي الذي يتم بين زوجين يفضلان المحافظة على أسرار العلاقة التي كانت بينهما وتقليل الأضرار الجانبية للطلاق على محيطهما الأسري، بما من شأنه أن يرفع الحرج عنهما، متى ما استنفذت جميع الطرق الممكنة للصلح بينهما⁴.

فالطلاق بالتراضي قد يأخذ صورة مجردة عن أي سبب من نشوز أو إعراض من أحد الزوجين بما يحفظ للحياة الزوجية حرمتها بعيداً على التشهير والتجريح، وعليه لا يجوز للقاضي مراقبة السبب الحقيقي للطلاق الذي يريد الزوجان الاحتفاظ به سراً بينهما، طبقاً للمبادئ التي تنظم حقوق وحرريات الحياة

¹ "Art.233- le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci Cette acceptation n'est pas susceptible de rétraction ,même par la voie de l'appel" Art. 3 loi N° 439- 2004. J.O.122 DU 27 Mai 2004 Relative au divorce.

² نصت المادة 249-4 من ق.م.ف: "عندما يوضع أحد الزوجين تحت حماية إحدى برامج الوصاية المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الحادي عشر من هذا الكتاب، لا يمكن تقديم أي طلب للطلاق بالتراضي أو قبول مبدأ انخيار الزواج"
Lana Kassa, L'égalité dans le divorce étude comparative entre le droit français et le droit libanais, Mémoire de doctorat, Université de Strasbourg, 2015, p 52-54.

³ أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 602.

⁴ بن عומר محمد الصالح، المرجع السابق، ص 97.

الخاصة. كما أنه يأخذ مبرره القانوني من منطق حرية الزوجين في إنهاء عقد الزواج بإرادتهما المشتركة بشكل ودي وبدون نزاع قضائي بهدف اختصار الوقت والإجراءات اللازمة لبلورة اتفاق يبرمه الزوجين أمام المحكمة، لأن الطلاق قانوناً لا يقع إلا بحكم قضائي طبقاً للمادة 49 ق أ ج¹. وعلى هذا فإن المشرع باستحداثه هذه الصورة لفك الرابطة الزوجية إنما قصد بذلك فسح الحرية لإرادتي الزوجين للاتفاق فيما يريانه مناسباً لحالهما ومحققاً لمصالحهما، دون تدخل القاضي في تحديد مضمون الاتفاق ما لم يخالف فحوى الاتفاق أحكام النظام العام أو يمس مصلحة المحضونين، فليس للقاضي بحث أسباب الانفصال، ولا معرفة الطرف المتضرر، كون الطلاق بالتراضي يسقط الحق في التعويض²، وهو الأمر الذي يجعل من القاضي موثقاً لإرادة الطرفين على ترتيب آثار الطلاق، في حكم يعد إسهاماً لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة³.

الفرع الثاني: صور الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية.

الطلاق بالتراضي هو الاتفاق ما بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة بأن استمرارها بالحياة الزوجية أصبح أمراً مستحيلاً لأي سبب من الأسباب فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق.

ويجد الطلاق بالتراضي كصورة من صور فك الرابطة الزوجية أساسه في القرآن الكريم والسنة أنه ثبت أن رافع ابن خديج رضي الله عنه لما كبرت امرأته تزوج عليها فتاة شابة، فأثر عليها الشابة، فناشدته الطلاق فطلقها تطليقة، ثم أمهلها ثم راجعها ثم ناشدته الطلاق فطلقها، ثم ناشدته الطلاق فقال لها: " ما شئت، إنها بقيت واحدة، فإن شأت استقررت على ما ترين وإن شأت فارتكك، قالت، بل أستقر على الأثرة"، فأنزل الله -إقراراً لفعله- في قوله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ...﴾ [سورة النساء، الآية: 128]، فدلّ الحديث على جواز إيقاع الطلاق بالتراضي -بمفهوم المخالفة- إذ لو قالت طلقني لوقع الطلاق بينهما بالتراضي⁴.

والطلاق بالتراضي أكثر أنواع الطلاق موافقة لروح الشريعة الإسلامية ومبادئها، قال تعالى: ﴿والصلح خير﴾، والألف واللام تفيد العموم، أي أنّ كل صلح هو خير، وفائدة هذا النوع من الطلاق أيضاً أنه

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 259.

² أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 602.

³ يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 46.

⁴ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 206.

يسمح للزوجين أن يفترقا في مدة معقولة دون فجور في الخصومة¹، فيفترقان بالإحسان كما اجتمع عليه، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يَغْنِ اللَّهُ كُلاَ مِنْ سَعْتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً﴾ [سورة النساء، الآية: 130]. إلا أن المُشَرِّع لم يبين أحكام هذه الصورة من حيث الآثار الشرعية المترتبة عليها، ذلك أن الطلاق بالتراضي يختلف - من حيث آثاره الشرعية المترتبة عليه - عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، لأنه يأخذ عدة طرق - خارج دائرة القضاء - تترتب عليها أحكاما شرعية تختلف باختلاف طريقة وقوعه. ولا يتصور وقوع الطلاق بالتراضي إلا في حالات نص عليها الفقهاء، ولكل حالة أثرها المترتب عليها شرعا، مما يجعل الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي مغايرا للصورة التي استحدثها المُشَرِّع الجزائري، وبالتالي يختلف الأثر المترتب على كل صورة تبعا لحكمها الشرعي، وعليه لا بد من بيان صور الطلاق بالتراضي المقررة في الفقه الإسلامي وفق ما يأتي:

1- حالة الخلع الاتفاقي: وهو صورة من صور الطلاق بالتراضي؛ كونه عقدا يعقد بإيجاب وقبول، بأن تفتدي الزوجة نفسها ببذل مال للزوج، مع التزامها بذلك المال في مقابل خلاصها من الزوج، فهو بهذا يعتبر معاوضة من جانبها. ومن جانب الزوج يعتبر يمينا؛ لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال². واعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة ويمينا من جانب الزوج يمثل في حد ذاته إيجابا وقبولا دالان على الرضا؛ لأن من أهم شروطه أن يتم بالتراضي أو الاختيار من الزوجة، فلا يصح مع الإكراه فإذا تم الطلاق بالتراضي عن طريق الخلع فإنه يقع طلاقه بائنة ينقص به عدد الطلقات في رأي الحنفية والمالكية، والشافعية في الراجح، وأحمد - في رواية - لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [سورة البقرة، من الآية: 229] وإنما يكون الفداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل، ولا يكون ذلك إلا بالطلاق البائن، وفي رواية عن الإمام أحمد أن الخلع فسخ فلا ينقص عدد الطلقات التي يمتلكها الزوج³. والملاحظ أن الطلاق بالتراضي وفق ما ذهب إليه المُشَرِّع الجزائري لا يأخذ نفس صورة الخلع الاتفاقي، كونه أجاز للزوجة اللجوء إلى الخلع دون التوقف على موافقة الزوج، كما أن الأثر الشرعي المترتب على الخلع الاتفاقي وهو الطلاق البائن على رأي الجمهور، ومن ثم فلا رجعة إلا بعقد ومهر جديدين.

¹أنظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

²محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 330.

³أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 604.

2- حالة الطلاق على مال: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخلع غير الطلاق على مال، وذهب

الشافعية إلى أنه لا فرق بينهما، فهما اسمان لشيء واحد وهو الفرقة في مقابلة مال تعطيه الزوجة لزوجها وفيما يلي بيان الفرق بين الخلع والطلاق على مال¹:

أ- إن كان الخلع على عوض باطل شرعا، فلا شيء للزوج، ويقع الطلاق بائنا. أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال فيقع طلاقا رجعيا عند الحنفية، ولا يجب شيء للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق².

ب- يسقط الخلع- في رأي أبي حنيفة - كل الحقوق الواجبة لأحد الزوجين على الآخر، كالمهر والنفقة الماضية، لكن لا تسقط نفقة العدة؛ لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع. أما الطلاق على مال فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجية³.

ج- الخلع مختلف في صفته؛ فهو عند الجمهور طلاق بائن، يحتسب به عدد الطلقات، وعند الإمام أحمد- في رواية -فسخ، فلا ينقص من عدد الطلقات، أما الطلاق على مال فلا خلاف في كونه طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات⁴.

إلا أنه ينحل بهما قيد الزواج في الحال، ويجب بكل منهما العوض الذي اتفق عليه الطرفان في مقابل الخلع أو الطلاق، وتلتزم الزوجة في كل منهما بالبدل ما دامت أهلا للتبرع.

وما دام الطلاق على مال يقع بائنا وهو صورة للطلاق بالتراضي، فإن ما ذهب إليه المشرع الجزائري مخالف للقواعد الشرعية في الرجعة، إذ لا رجعة في هذه الصورة إلا بمهر وعقد جديدين.

3- حالة تفويض الزوجة في الطلاق: يملك الزوج طلاق زوجته، فله أن يتولاه بنفسه أو بواسطة

غيره، وهذا الغير قد يكون هو الزوجة نفسها، وتسمى بذلك الزوجة مفوضة وذلك بأن ينيب الزوج زوجته في تطبيق نفسها¹.

¹ اختار الشيخ أبو زهرة المعنى العام للخلع. الأحوال الشخصية، ص 329، وذهب سيد سابق إلى اختيار المعنى الخاص، إذ يرى أن: " الفقهاء يرون أنه لا بد في الخلع من أن يكون بلفظ الخلع أو بلفظ مشتق منه، أو لفظ يؤدي معناه، مثل المباشرة والفدية، فإذا لم يكن بلفظ الخلع ولا بلفظ فيه معناه، كأن يقول لها: أنت طالق في مقابل مبلغ كذا وقبلت، كان طلاقه على مال ولم يكن خلعا. " سيد

سابق، فقه السنة، ج 2، ص 192

² أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 605.

³ المرجع نفسه، ص 605.

⁴ المرجع نفسه، ص 605.

وقد أجاز جمهور الفقهاء التفويض في الطلاق²، فيجوز للرجل أن يجعل للمرأة حق تطليق نفسها من غير أن يسلب ذلك الحق عن نفسه، وذلك بأن يفوض لها أمر طلاق نفسها إن شاءت، وقد يشترط لها ذلك عند العقد، وكما أن التفويض يصح عند إنشاء العقد يصح بعد تمام العقد أثناء قيام الحياة الزوجية³.

الفرع الثالث: الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري

إنّ الطلاق بالتراضي هو فك للرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين⁴، فالزواج بذلك عقد يخضع ابتداءً وانتهاءً لإرادة الحرة الزوجين بما يؤكد على الطابع التعاقدى للزواج، ويكرس مبدأ سلطان الإرادة في نشأة العقد وانحلاله وحماية للرضا المطلوب في المعاشرة الزوجية، ويحقق مبدأ المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية.

الطلاق بالتراضي اتفاق يتم نتيجة تنازلات متبادلة لفك الرابطة الزوجية وترتيب آثارها بما لا يضر بمصلحة الأطفال ولا يتعارض مع مقتضيات النظام العام، وعلى القاضي - في هذه الحالة - أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق بشأنها لأن اشتراك إرادة الزوجين على الطلاق مع الموافقة على جميع آثاره يجعل دور القاضي يقتصر على الإشهاد الذي يوثق إرادة الطرفين في حكم لا يوصف بما توصف به الأحكام عادة . ونظرا لخصوصية الطلاق بالتراضي من حيث أنه اتفاق مسبق بين الزوجين على فك الرابطة الزوجية دون خصام أو نزاع، فقد خصّ المشرّع الجزائري هذا الصورة من الطلاق بأحكام تتوافق مع طبيعته الرضائية، نظمتها المواد 428، 429، 430 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵.

كما أن المشرّع قام بوضع مجموعة من القيود لتنظيم هذه الاتفاقية وبين ما يستلزم من ضرورة توافر الأهلية التامة لأنه طلاق مؤسس على التراضي، وهكذا فقد أتاح المشرّع الجزائري في قانون الأسرة لإرادة الزوجين إنهاء الرابطة الزوجية بالتراضي بينهما حسب مقتضيات المادة 427 ق إ م إ ج ، حيث يعد هذا الطلاق مظهرا من مظاهر الإرادة المشتركة، فالمادة تمنح للإرادة إمكانية التوافق والرضا على انتهاء العلاقة الزوجية وإذا كانت هذه المادة لا تثير أي إشكال حيث يمكن تطبيق القواعد العامة التي تقضي بالتعبير

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 605.

² ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 381.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 324 .

⁴ وقد نص المشرع على هذا النوع من الطلاق في المادة 427 ق إ م و إ بقوله: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

⁵ قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، الجريد الرسمية، ع 21 ، لسنة 2008.

الصريح الذي يتكون من إيجاب قبول، لأن هذه المادة توحى من خلال تسميتها على أهمية ودور التراضي والتوافق في إيقاع هذا الطلاق، فإنه لا يتصور أن يصدر هذا الطلاق عن غير الرضا والاختيار، حيث يتم اللجوء إليه لوجود إصرار وعزم ورغبة مشتركة بين الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية. ومن بين شروط الطلاق الإتفاقي، احترام شروط التعاقد حيث يجب أن ينطلق هذا التعاقد والاتفاق بين الزوجين من إرادة حرة كاملة غير مشوبة بعيب من العيوب التي تعطلها أو تعيبها كالإكراه أو التدليس¹.

- أما بالنسبة للقاصر: فمن خلال أحكام المادة 48 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري يميز لكلا الزوجين فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الطلاق بتراضي الزوجين، كما يميز للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي وأن تخالغ زوجها من خلال أحكام المادتين 53 و 54 من نفس القانون.

لهذا، فإذا كان الزوجان راشدين فإن طلب فك الرابطة الزوجية يُقدم من قبلهما، 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 يميز 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 أحكام المادة 07 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي تميز 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 الشخصية².

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".

¹موحي اسيد اعمر، المرجع السابق، ص238.

²بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 165

المطلب الثاني: مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الطلاق بالتراضي

الطلاق بالتراضي عقد يتم بمقتضاه توافق إرادة كل من الزوج والزوجة على الطلاق من خلال اتفاق إرادتهما على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية وعلى الآثار المترتبة على حل هذه الرابطة الأسرية، وهو بذلك يعد أهم آلية قانونية لتحقيق الحرية والمساواة بين الزوجين في حل الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: الطلاق بالتراضي آلية لتحقيق الحرية والمساواة

يعتبر الطلاق بالتراضي أهم آلية قانونية لتحقيق مبدئي الحرية والمساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية بالتراضي في القانون المدني الفرنسي خاصةً وأنه أصبح من الممكن أن يتم دون تدخل القاضي¹، إذ تنص المادة 229-1 من ق.م.ف أنه يكفي اتفاق الزوجين على إنهاء الزواج بموجب عقد تحت توقيع خاص يوقعه المحامي ينص على كل الواجبات والمسائل المتفق عليها، وإمضائها بحضور كل طرف ومحاميه، وبعد ذلك يقوم المحامي بإرسال الاتفاق إلى الموثق الذي يراقب الاتفاق ويتأكد من احترام الشروط المنصوص عليها في المادة 229-3 ق.م.ف، وكذلك يتأكد من أن الزوجان لم يقوما بتوقيع مشروع الاتفاق إلا بعد انتهاء فترة التفكير المنصوص عليها في المادة 229-4 ق.م.ف وهي خمسة عشر يوماً، ومن ثم يعطي الموثق الموافقة ويأخذ الاتفاق إطار حكم الطلاق².

فالطلاق في مثل هذه الحالة يتم بمشاركة الطرفين معا إذ لا يقع من جانب الزوج وحده وبإرادته المنفردة ولا برغبة الزوجة فقط وطلبها التطليق، وإنما يقع بمشاركة الزوجين معا وإرادتهما المشتركة، وذلك تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإذا كانت إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج بالتراضي فيما بينهما فإنه وفق مبدأ سلطان الإرادة، الأولى أن تحترم هذه الإرادة عند الرغبة في إنهاء هذا العقد خصوصا بعد تأكد استحالة العشرة بين الطرفين، ولهذا فإنه لا يمكن الحديث عن الطلاق الإتفاقي بمعزل عن الإرادة

¹ كان الطلاق بالتراضي قضائيا قبل التعديل ق.م.ف بالقانون رقم 2016/1547.

Loi n° 2016-1547, du 18/11/2016, modernisation de la justice, promulguée au journal officiel n°0269, du 19/11/2016.

² Art229-1.c.civ: « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire. »

الحرية السليمة من العيوب، التي قد تؤثر على رضا الزوجين، ولا يتحقق ذلك إلا بصدور التعبير الصريح عن الإرادة.

والملاحظ على هذه الصورة أنها تجسيد فعلي لمبدأ سلطان الإرادة في إنهاء عقد الزواج من خلال تمكين الزوجين وإيرادتهما الحرية من فك الرابطة الزوجية معا بتوقيعهما على الاتفاق وبحضور المحامين، وهو ما يعتبر تكريسا لحرية الإرادة والمساواة المطلقة بين المرأة والرجل في إنهاء الزوجية بصفة تضمن تساوي المراكز القانونية بينهما.

الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية

إن كان الأصل في العقود أن لا يتم حلها إلا بتراضي الطرفين كما تم إبرامه بتوافق إرادتهما، فقد تميز عقد الزواج في الشريعة الإسلامية بالخروج عن هذا الأصل نظرا لطبيعته الخاصة، ذلك أن غيره من العقود ليس فيه قوامة لطرف على آخر، أما عقد الزواج فينشئ مؤسسة اجتماعية أسرية لا بد لانتظام أمرها من قوامة الرجل نساءه.

وقد أسندت هذه القوامة بحكم الشرع للرجل دون المرأة، ومنه فلا يتوقف إيقاع الطلاق من الرجل على رضا الزوجة ولا على إذن القاضي كونه صاحب العصمة الزوجية، وإرادته المنفردة كافية في إحداث الفرقة بالطلاق، واستثناء من هذا الأصل جعل للمرأة الحق في طلب الفرقة تطليقا أو خلعاً¹.

وعليه لا بد من التأكيد على ضرورة إيقاع الطلاق من الزوج في صورة فك الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة بين الزوجين لصحته شرعا أو أن يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين ويصادق على ما اتفقا عليه من آثار الطلاق، إذ من المقرر شرعا أنه ليس للمرأة سلطة إيقاع الطلاق إلا بما فوضه لها الزوج باعتباره الطرف الأصيل في إيقاعه والمالك لعصمة الزواج، وقد أجاز الشارع للزوج أن يفوض زوجته في إيقاع الطلاق؛ لأن القاعدة الشرعية تنص على أنه "من ملك تصرفا يملك الإنابة فيه إن كان قابلا للإنابة"²

فلا يكفي لإيقاع الطلاق مجرد التوقيع على العقد (الاتفاق) الذي يجره المحامي أو الموثق بصيغة يتساوى فيها الزوجين في سلطة إيقاع الطلاق بغرض فك الرابطة الزوجية كما هو معمول به في القانون المدني الفرنسي.

ذلك أن الطلاق بالتراض لا يخرج في صورته الشرعية عن اتفاق يتراضى عليه الطرفين إما بطلب من الزوجة (الإيجاب) وقبول الزوج لهذا العرض، فيوقع الطلاق استجابة لطلبها ورضا بما اتفقا عليه.

¹ أنظر: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 603.

² أنظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 282.

أو أن يعرض الزوج على زوجته فكرة الطلاق (إيجاب) في صورة اتفاق يضمن للزوجة حقوقها فتقبل به الزوجة، فيطلقها بناء على رغبتها ورضاها.

وأهم ما يميز الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري أنه لا يقاعه لابد من توافر الشروط الآتية:
- أن يكون الزواج صحيحا متوفرا على ركن الرضا وشروط الصحة طبقا لأحكام المادتين 09 و 06 مكرر من الأمر 05-02.

-تقديم طلب مشترك لكلا الزوجين في شكل عريضة واحدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط (المادة 428 ق.إ.م.إ.)، وتتضمن هذه العريضة الوحيدة طبقا للمادة 429 ق.إ.م.إ.، عرضا موجزا يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق¹.

-أن يكون كلا الزوجين كامل الأهلية، طبقا لأحكام المادة 432 من نفس القانون التي تنص 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."

-أن تكون إرادتهما خالية من عيب الإكراه، بحيث إذا كان أحد الزوجين مكرها على طلب أو قبول الطلاق فإنه لا يقع².

وعليه، فإذا توفرت هذه الشروط فإنه يجب على القاضي أن يحدد العناصر التي تم الاتفاق بشأنها لأن تطابق إرادة كل من الزوجين على الطلاق مع الموافقة على جميع آثاره يجعل من القاضي موثقا يوثق إرادة الزوجين في حكم يعدّ إسهادا لا يوصف بما يوصف به الأحكام عادة³، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/05/23 بقولها: "من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إسهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير"⁴.

¹ وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص ص 208، 209

² شامي أحمد، بن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مج 57، ع 4، السنة 2020، ص 298

³ سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 288.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 243943، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 112 .

فالواضح أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا في هذا القرار ترسيخ لمبدأ التراضي في إحداث الأثر القانوني، وجعل لها اجتهادا خاصا لخصوصيتها النابعة من المادة 48 من قانون الأسرة، وعليه فقد اعتبر هذا القرار صورة الطلاق بالتراضي¹:

- 1- مجرد إسهاد عن رغبة الطرفين في الطلاق، وما اتفقت عليه إرادتهما، فلا يشترط في هذا النوع من الطلاق أن يتم فيه تسبب الدعوى، بحيث يمكن أن يكون أساس الطلاق وجود عيب في أحد الزوجين وهو عيب خفي فإنه من مصلحة الزوجين عدم الإدلاء بذلك العيب².
- 2- حصر دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني المصادقة عليها ولا يتعداه إلى مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه، ما لم يشمل هذا الاتفاق على عناصر تمس بمصلحة الأطفال ومقتضيات النظام العام، مما يقتضي تدخل القاضي لتعديلها أو إلغائها.
- 3- لا يجوز الاستئناف في حكم الطلاق بالتراضي، لا في شقه المتعلق بفك الرابطة الزوجية ولا في شقه المتعلق بالجوانب المالية.

ورغم أن قانون الأسرة يشترط على القاضي إجراء محاولة صلح وذلك للتأكد من عزم الزوجين على الطلاق، إلا أنه يمكن اعتبار الطلاق بالتراضي تكريسا من المشرع لمبدأ سلطان الإرادة في إنهاء عقد الزواج لأنه يتم بإرادة الزوجين المشتركة ويكون بالرضا الحر والكامل للمرأة والرجل حول آثار الطلاق كالاتفاق على حضانة الأولاد وحق الزيارة ونفقة الأولاد وتحديد النفقة.

وعلى اعتبار أن هذا النوع من الطلاق يكون تحت رقابة القضاء، فإنه يفترض أن لا يكون الاتفاق منافيا لمصلحة الأولاد أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، أما ما يتعلق بالتعويض فلا يكون في الطلاق بالتراضي إذ ليس هناك أي تعسف أمام موافقة الزوجين على فك الرابطة الزوجية.

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 610.

² وحياني جيلالي، المرجع السابق، ص 207.

خاتمة

خاتمة:

تبين من خلال هذه الرسالة أنه يُعبر عن سيادة الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بمبدأ سلطان الإرادة، ذلك المبدأ الذي كان له الحظ الأوفر من الأثر في القوانين الحديثة بعد انتشار المذهب الفردي، ويظهر الطابع السيادي للإرادة الفردية في ما يميّزها من قدرة على خلق التصرف القانوني، وما لها من السلطان في تكوين العقد ورسم نطاقه وتحديد أثاره وقدرتها على إنهاء مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، فالإرادة عند أنصار هذا المبدأ هي جوهر التصرف القانوني وكنهه وماهيته؛ وكل شيء عدى الإرادة يبقى ثانويا، وعرضيا، وبدون قيمة جدية بالاهتمام.

وأن أصل انعقاد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يقوم على الرضائية، ويعتمد ركني الإيجاب والقبول، كأرضية رئيسية تتركب عليها كافة الشروط الموضوعية والشكلية، وقوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية أغلبها مستوحاة من الشريعة الإسلامية، ومعظمها تُعرّف الزواج بأنه عقد شرعي أي أنه يستمد مرجعيته من الشريعة ويرتبط ارتباطا وثيقا بالعقيدة الإسلامية.

وأن المقصود بعقد الزواج في الإسلام إنما هو ارتباط رجل بامرأة ارتباطا يفيد حل المعاشرة على الوجه المشروع، وهو بهذه الخصوصية عقد مميز عن بقية العقود المدنية لأهميته وخطورته وقدسيتها، ولأنه يتعلق بتنظيم العلاقة الجنسية والنسب، ولورود النصوص الشرعية الدالة على أركانه وشروطه والمحددة لأحكامه وآثاره.

والحكمة من تنظيم الشرع لأثار عقد الزواج هي الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية، الذي هو أساس تكوين الأسرة والمجتمع، وصيانته من الشروط التي تنافي مقاصد الشريعة ومقتضى ذلك الميثاق الغليظ، إذ يقتصر عمل الزوجين على إبداء رغبتهما ورضاهما الحر بإبرام عقد الزواج دون أن يكون لهما حق الاعتراض على آثاره الأصلية أو رفض بعضها، واستثناء من هذا الأصل العام فقد أباح الشارع للزوجين الاتفاق على الشروط التي لا يترتب عليها خلل بالمقصد الأصلي من العقد، كأن تكون الشروط مؤكدة لمقتضى عقد الزواج أو تحقق منفعة مقصودة لأحد الزوجين، أو مصلحة معتبرة شرعا.

ولا شك أنه يمكننا استيضاح مخالفة صورة عقد الزواج الشرعي وخصائصه لبقية صور العقود المدنية وغيرها من صور العلاقات المذمومة لاقتران الرجل بالمرأة، من خلال استقراء أحكام النكاح وما يمكن أن يُستخلص منها من مقاصد شرعية؛ خاصة وأن الشريعة قد راعت في مقاصدها من عقد الزواج التفرقة بين النكاح والسفاح، واشترطت فيه ما لم تشترط في غيره، وجعلته لازما في ذمة المكلفين، وواجب النفاذ، ولا يجوز أن يستبدل بغيره من الأطر الحقوقية المستحدثة في القوانين الوضعية.

وحرصاً على تحقيق هذه الخصوصية ومعاني حرية الإرادة في عقد الزواج، ذهب الفقه الإسلامي إلى تعزيز الرضا وحمائته بشروط إضافية، فقد استلزام بعض الفقهاء الشكلية اللفظية في التعبير عن الرضا بعقد الزواج وأتبعته الأنظمة القانونية في تقييد الرضائية باشتراط التعبير الصريح عن الإرادة.

وإضافة إلى ذلك اشترطت الشريعة إلزام الزوج دفع المهر برهاناً على إرادته وقصد دوام العشرة وحسن نيته في إخلاص المحبة لزوجته.

واشترطت شكلية الإشهاد على عناصر العقد وإعلان الدخول بالزوجة وشهره بالدف والوليمة لكي يُعتد به شرعاً كحد فاصل بينه وبين السفاح، وهي شروط لم تشترطها في غيره من صور التعاقد، أما القوانين المعاصرة فقد استلزمت التوثيق بورقة رسمية لحماية الإرادة الزوجين، وصيانة لرضاهما.

وجعلت الولي مستشار المرأة وراعي لمصلحتها، والناطق باسمها، وسفير إرادتها، والمعبر عن اختيارها؛ فهي ولاية مُشاركة في إبرام العقد وتحمل نتائجه برضا المرأة الكامل والحر من غير إكراه ولا تعسف.

والظاهر أن الصورة التعاقدية في تكوين عقد النكاح على الوجه الأكمل في الشريعة الإسلامية، صورة عارضة غير مقصودة بذاتها لأن الزواج وضع في منزلة أسمى من منازل العقود، فقد اشتهر عند الفقهاء أن "النكاح مبني على المكارمة، والبيع مبني على المكايسة"؛ ولأن المقصود هو حلّ المعاشرة بين الزوجين والسكن النفسي وبقاء النسل، وتحقيق مرضاة الله تعالى، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية، فليس المهر عوض البضع كعوض الثمن عن الإيجار والبيع، وليست المرأة محلاً للعقد ولكنها طرف أصيل في عقد الزواج، لا يتم إلا برضاها وموافقتها من غير إجبار ولا إكراه.

ومن ثم فإن الزواج يبقى رابطةً عقديةً تتميز عن باقي الروابط بحكم أنها تخضع من حيث التكوين لشروط خاصة نصت عليها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، الأمر الذي يدفعنا إلى مراعاة خصوصية أحكام هذا العقد وآثاره عند محاولة إسقاط القواعد العامة لنظرية العقد أو إخضاعه لمبدأ سلطان الإرادة على الوجه المقرر في القانون المدني.

وقد خلصنا من خلال صفحات هذه الدراسة إلى نتيجة رئيسية مفادها أن نطاق الخيار الفردي وإسهام الإرادة في إبرام العقود وترتيب آثارها يختلف بحسب طبيعة التشريع والأسس الفلسفية التي يقوم عليها، وبحسب طبيعة العقد الذي يستهدف التشريع تنظيمه.

أولاً - من حيث طبيعة التشريع وأساسه الفلسفية: فالقوانين التي تقوم على أساس المذهب الفردي تُغلب دور الإرادة الفردية في إبرام العقود وترتيب آثارها، في حين يتضاءل دور الإرادة في الشرائع التي تقوم على أساس المذاهب الاجتماعية، وذلك بسبب اتساع دائرة النظام العام فيها.

ولما كانت الشريعة الإسلامية شرعة ربانية كاملة تستجيب في خصائصها لحاجات الجماعة دون أن تهمل حق الفرد، كان طبيعياً أن لا يُلزم فيها أحد بعقد على غير رضا منه واختيار، وأن يعظم دور الشارع في ترتيب آثار العقد، على نحو من العدل بين أطرافه حتى لا تؤدي بهم إلى نزاع ولا ينافهم منها غبن، ولا يلحقهم بسببها غرر، ولا يتخذوها وسيلة إلى ما نهى الله عنه، إذ الجميع يخضع إلى قواعد موضوعية لا تدع مجالاً للتسلط والاستئثار.

وحتى في ظل الفقه الإسلامي نفسه نلاحظ ضمور ومحدودية القيود الواردة على حرية الإرادة في الاشتراط في الفقه الحنبلي الذي أعطى للإرادة دوراً وسلطاناً واسعاً في إنشاء العقد وترتيب آثاره، بينما يعظم دور الشارع في تحديد الآثار في المذاهب التي قيدت سلطان الإرادة بنظرية مقتضى العقد تحقيقاً لمقاصد الشارع من العقود.

وعليه لا يمكن القول بأن أحكام العقود وآثارها توجبها إرادة المتعاقدين لوحدها، دون إرادة الشارع وذلك في ظل أي تشريع، إنما تعتبر هذه الآثار من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأن ترتيب حكم العقد وأثره عليه وإلزام عاقده به هو اعتبار تشريعي صرف لدى أي مشرع، وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة، وليس ثمة فارق بين التشريعين الإسلامي والوضعي في هذا الشأن إلا في مدى ما فوضه الشارع للعاقد من سلطان على تعديل الأحكام والآثار التي قررها التشريع مبدئياً في كل عقد مسمى.

ويكاد يتفق كل منهما أيضاً على حرية العاقد في إنشاء غير المسمى من العقود؛ إذ أنها مسألة تحكمها الأسس العامة للتشريع نفسه، وهذا يعني بالضبط مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لآثار وأحكام العقود، وليس معناه أن العاقدان هما المشرعان لآثار العقد وموجباته.

واتضح من خلال مناقشة هذا الموضوع أن شرعية آثار العقد في الفقه الإسلامي (مبدأ الجعلية) مبدأ عام في كل التصرفات والعقود لاعتبارات عقديّة تقتضي أن الله سبحانه وتعالى هو المهيمن على حركة الكون، وهو سبحانه من يحكم تصرفات الإنسان، وأن كل الأسباب والمسببات من عند الله تعالى خلقاً وتقديراً، وأن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، لأن العقود أسباب شرعية وأن أحكامها وآثارها شرعية، أي أن تسبب العقود لآثارها ليس باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط، بل لأن الشارع جعل الآثار مترتبة عليها، فالنكاح مثلاً سبب حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين ويقتضيه العقد بمجرد إنشائه؛ وبالتالي يكون دور العاقد قاصر على تكوين العقد وإنشائه بإرادتهما الحرة وبالصيغة والشروط المعتبرة شرعاً لا ترتيب آثاره؛ إذ أن مقتضيات العقود جميعها من أعمال الشارع.

وقد جعل الشارع العقد طريقاً لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام وذلك بأمرين :

أولهما: إذن عام من الشارع يجعل الرضا طريقاً لإنشاء العقود: وذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 29]، ثم أوجب الله الوفاء بالعقود وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة، من الآية: 1].

وثانيهما: أن الشارع جعل لكل عقد من العقود الغاية الشرعية المقصودة من إنشائه وحدد الآثار الخاصة به والمترتب عليه، فبه تتحقق الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه وتثبت به إذا توافرت عناصره وأركانه، وليس للعاقد أن يفر من هذه الآثار والأحكام؛ وهذا هو ما يعرف "بمقتضى العقد"؛ الذي لا يملك العاقد أن يتخلص منه بشرط يشترطه قبل العقد أو في أثناءه ولا أن يزيد ما يخالف هذا المقتضى، لأن مشروعية العقد من أجله، بل هو لازم مجرد العقد وذكره في العقد لا يؤثر كما أن إهماله لا يسقطه.

وعليه فالإنسان له الحرية الكاملة في تكوين العقد وترتيب آثاره في حدود الضوابط والأصول المقررة شرعاً إذ لا ينبغي لإرادة العاقد أن تصادم إرادة الخالق والمقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله، ولهذا تمنح الشريعة الإسلامية للقاضي سلطة مراقبة نطاق الإرادة في تحديد آثار العقد؛ حيث يباشر سلطته في تعديل وإلغاء اشتراطات المتعاقدين التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

وانطلاقاً من هذه الفكرة التي تعني أن آثار العقد من تقرير الشارع عز وجل وجعله، يمكن القول أنه لا مجال لإطلاق مبدأ سلطان الإرادة في دائرة القانون الخاص وما يتعلق بالروابط الأسرية إلا بقدر محدود، لاسيما الزواج باعتباره العقد التأسيسي للأسرة والمجتمع، فرغم أن قانون الأسرة قد نص على رضائته، إلا أن الآثار الأصلية التي تترتب عليه ليست خاضعة لإرادة الأفراد، بل ينظمها المشرع بما يستقيه من أحكام الشريعة الإسلامية.

فالله سبحانه وتعالى هو الذي مَلَكَ الزوج منافع البضع، وجعلها خاصة له في بالحدود والآداب الشرعية، وخوّل القوامة على المرأة ومَلَكَه عصمتها، وأوجب العشرة بالمعروف على الزوجين وجعل المهر من لوازم النكاح وواجباته؛ فلا حاجة لاشتراط هذه الأحكام أو نفيها لأنها مضمون العقد بحكم النصوص والقواعد العامة للشريعة الإسلامية؛ فحماية المصالح الزوجية الأساسية أوجبها الله لعباده وجعل العقد متضمناً لها، وأما المصالح والمنافع التي تختلف باختلاف الظروف والأحوال فلا بد أن يشترطها المتعاقدان.

فسلطان الإرادة وإن كان له النطاق الواسع في ترتيب أحكام الالتزامات التعاقدية، كما هو مقرر في القوانين الوضعية، إلا أنه يبقى محصوراً في نطاق أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد النظام العام والآداب لا

يستطيع تجاوزها، فلكل عقد من العقود الشرعية آثاره الجوهرية التي لا تنفك عنه، والتي من أجلها يُقدم عليه الأطراف دون غيره من العقود، فما يتضمنه العقد من أحكامٍ أساسيةٍ مستحقةٍ للعاقدة إنما هي مقاصد الشارع وعزائمه لا بجعل المكلف واشتراطه.

ثانياً- من حيث طبيعة العقد: رأينا من خلال هذا البحث أن بعض الفقه المعاصر يذهب إلى أن دور الإرادة في إنشاء العقد وحريرتها في ترتيب آثاره يختلف بحسب طبيعة العقد، فالعقود المالية مثلاً لا تتسم بالخطورة، وبالتالي يكون للإرادة حرية أكبر في ترتيب آثارها ولها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام من الشارع في جعل الرضا أساساً لإنشاء ونقل الحقوق وإسقاطها، أما بالنسبة لعقود الزواج ونظراً لأهميتها البالغة وآثارها الخطيرة، فإنه يُلاحظ هيمنة النظام العام الشرعي على أحكام الأسرة؛ بحيث يكاد الشرع ينفرد بترتيب آثار العقد دون إرادة المتعاقدين، ذلك أن الأبضاع الأصل فيها الحرمة، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح، فكان لا بد أن يكون السلطان في آثار النكاح للشارع نفسه.

ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك فكرة شرعية آثار العقد واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا أن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح، فإن الأسرة لمكانها من الحرمة وما يجب لها من الصيانة ولما تستلزمه من القرار والثبات، كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه، فلا ينبغي التوسع في حرية الاشتراط إلا بالقدر الذي يضمن تحقيق الاستقرار ودوام الزوجية القائمة على المودة والرحمة، وصيانتها عن الأهواء والنزوات التي تذهب عن الحياة الزوجية ما يحيط بها من قداسة.

كما أن عقد الزواج تصرف ذو طبيعة خاصة ومعقدة، فهو عقد على اعتبار أن إرادة الزوجين ورضاهما يساهم بشكل أساسي في إنشائه وإنهائه، لكنه يصبح نظاماً إذا نظرنا إلى آثاره التي يحددها القانون وفق أحكام الشريعة الإسلامية، فهو الذي ينظم أحكامه ويوجب لانحلاله تدخل القضاء، خاصة أن إرادة الزوجين لا يمكن أن تلغي المراكز القانونية الناشئة عن عقد الزواج أو الاتفاق على مخالفة أحكامه لاسيما ما حدده الشرع كالمحارم والعدة والمواريث، وما تعلق بنسب الأولاد ونفقتهم وحضانتهم باعتبارها من أحكام النظام العام التي نص عليها قانون الأسرة بقواعد آمرة.

إلا أن موقف المشرع الأسري قد جاء موافقاً فيما ذهب إليه الاجتهاد الحنبلي الذي أجاز في النكاح عامة الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح أو تحقق منفعة مقصودة لا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة، وجعل الضابط الشرعي فيما يقبل التعليق بالشروط وما لا يقبل، يركز على قاعدتين كليتين :

الأولى: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه، وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط، فهو لازم بالشرط.

ولا يستثنى من هاتين قاعدتين شيء، لا في النكاح ولا غيره من العقود، إذ الأصل في الشروط الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة، وهو الصحيح لأن الشارع جعل الوفاء بالشروط التي تُستَحَلُّ بها الفروج أحق وأوكد من غيرها في العقود الأخرى، وحق للمشرط لا يمكن إبطاله وإضاعته عليه إلا بأمر الشارع، وسند ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»¹؛ والقول بالوفاء بالشروط التي فيها مصلحة لأحد المتعاقدين مما حافظ عليه الشرع وأثبتته للمستحق، فتطور الحياة قد اقتضى ضرورياً وأنواعاً من الشروط لم تكن معروفة من قبل ولم يرد بشأنها نص في الشرع، فيكون من الحكمة إباحتها والوفاء بها ما لم تنافي مقتضى عقد الزواج أو تحرم حلالاً أو تحلل حراماً.

وقد تضمنت المادة 19 من ق.أ.ج من خلال صياغتها ومضمونها أحكاماً عامة وشاملة، تبيح للزوجين كقاعدة عامة حرية اشتراط كل الشروط التي يريانها ضرورية في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة؛ المقصود بهذه الأحكام: كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد، وهذا ما يتضح جلياً من خلال المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على أنه: "يطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

وهذا اجتهاد يمتاز بالمرونة والملائمة مع واقع الناس ومتطلباتهم، ويتوافق مع تحقيق مصالح الأفراد ويراعي الدور الذي تقوم به هذه الشروط في الحفاظ على انسجام الأسرة واستقرارها وتحقيق التوافق بين الزوجين، وحماية المصالح المشتركة وتقوية أواصر المودة والرحمة بينهما، وتتماشى أسسه مع النظريات القانونية الحديثة، وتصلح أن تكون أساساً للمقارنة مع ما اصطلاح على تسميته بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح العاقدين الحرية في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام والآداب العامة.

كما نجد أن أغلب التشريعات الأسرية العربية تكاد تكون متفقة على اعتبار الزواج عقداً ذو طبيعة شرعية، وقد جاء في المادة 04 من ق.أ.ج بأنه "عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وتتفق هذه القوانين مع الشريعة في أن تقرير آثار عقد الزواج وأحكامه هي من إرادة الشارع وعمله لا من عمل العاقد، والفارق بينها يكمن في مدى ما يفوضه المشرع من سلطان لإرادة الزوجين في تعديل تلك الأحكام والآثار، ويظهر

¹ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، ج3، ص 375؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم 1418، ج1، ص 641.

نطاق هذا التفويض في مظاهر تكريس القانون لحرية الإرادة في الاشتراط ومدى تقييدها بنظرية مقتضى العقد ومقاصد الشريعة الإسلامية وقواعد النظام العام والآداب، وهذا ما يجعل حرية الاشتراط هي التعبير الصريح عن مبدأ سلطان الإرادة المعروف في الفقه القانوني.

نتائج البحث:

1- مبدأ سلطان الإرادة يستمد أسسه الفلسفية من فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان: يجمع الفقهاء على أن مبدأ سلطان الإرادة يستمد أصوله العميقة من تعاليم مدرسة القانون الطبيعي التي يرى أنصارها أن الناس ولدوا أحراراً متساوين في الحقوق، وما وجد المجتمع والقانون إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق الطبيعية، فالنظام الاجتماعي يتركز على الفرد؛ واحترام حرته وإرادته، ولخدمته يسخر المجموع، فهو مبدأ يقوم على أساسين، هما: الحرية والمساواة

أ- الحرية: تعني أن كل التزام لا يكون قائماً على أساس حرية الإرادة يكون منافياً للعدالة، وحرية الإرادة تعني أن لا يخضع الإنسان إلا لشرعيته الذاتية، وهي المصدر الوحيد للالتزام، فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد، ولا يجوز انتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد بإجباره على أداء التزام لم يكن حراً في التعهد به ولم تتجه إرادته إليه.

ب- المساواة: لا يقصد بها المساواة الفعلية في الاداءات، إذ أنه أمر لا يمكن تحقيقه في الواقع، بل يقصد بها المساواة في المراكز القانونية أي أن الأفراد متساوون أمام القانون في مظهر نشاطهم .

2- مضمون المبدأ: إن فكرة حرية الإرادة في القانون المدني، لها معنى واسع جداً عندما يتم تصورها كمصدر ومقياس للحقوق والالتزامات الفردية من زاوية فلسفة القانون:

أ- فمن ناحية الشكل: يُترجم هذا المعنى اعتبار الرضائية مبدأً مشتقاً عن مبدأ سلطان الإرادة، وما يفسر أنهما مبدأان مرتبطان؛ أنه لن يكون من الصحيح القول بسيادة حرية الإرادة إذا كان من الضروري أداء طقوس أو شكليات معينة لإبرام العقد، وينطبق الشيء نفسه على نظرية عيوب الرضا.

ب- من ناحية موضوع العقد ومضمونه، فالقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن إرادة الفرد تشترع بذاتها لذاتها وتنشئ لذاتها التزاماتها، فلأفراد أن يبرموا أي عقد يشاءون وهم أحرار في تحديد آثاره، وليسوا مقيدين بالأحكام التي يضعها القانون لعقد من العقود إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام الذي هو في حقيقته يحمي حرية المتعاقدين أنفسهم وصحة التراضي بينهم.

3- الإرادة أساس النظام التعاقدى والبناء القانوني: عملت مدرسة القانون الطبيعي على القضاء على النظم التي تقيم نشأة الالتزام في ذمة الفرد نتيجة لحالته في الأسرة والمجتمع دون اعتبار لإرادته، والانتقال به

إلى نظام التعاقد الحر حيث لا يلتزم الشخص إلا إذا أراد أن يلتزم، فركن العقد هو الرضا، والأثر القانوني المتولد عن العقد ينشأ في ذمة المتعاقدين لأن إرادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الأثر، وهو ما دفع الفقه التقليدي الفرنسي إلى اعتبار الإرادة أساس النظام التعاقدى بل البناء القانوني جميعه. فالنظام التعاقدى يميل إلى أن يتجسد في القانون المدني بأجمعه لأن الإرادة نفسها هي التي تضع القانون الذي تخضع له، ونظام الميراث مثلاً يقوم على إرادة المورث الضمنية أي انه وصيه مفترضه، ونظام اشتراك الأموال بين الزوجين وكالة من الزوجة لزوجها، والتشريع إنما هو تعبير عن الإرادة الجماعية، وكل ذلك مرده إرادة مفترضه، ولهذا يجب أن يكون سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين ولكل الواجبات التي تملها هذه القوانين.

4- تكريس القانون المدني الفرنسي لمبدأ سلطان الإرادة:

لقد تأثر القانون الفرنسي بأفكار الثورة وفلسفة مدرسة القانون الطبيعي التي تعتبر حرية الإرادة حالة فطرية في الإنسان فلا يُتصور أن يُلزم إلا بإرادته الحرة الواعية، وكل تجاوز على الإرادة هو تعدي على الحقوق الطبيعية للإنسان، وقد تجسدت هذه الفلسفة في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804م الذي قام على تقديس حرية الفرد واحترام إرادته، بحيث صاغت المادة 1134 منه مبدأ سلطان الإرادة بنصها على أن: "الاتفاقات المعقودة شرعاً تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها"، فالعقد إذن قانون بين أطرافه، وهو من صُنِعهم ولهذا يُعبر عن هذه الحقيقة بأن: "العقد شريعة المتعاقدين".

5- تكريس مبدأ سلطان الإرادة في مجال الأحوال الشخصية:

لقد ظلت الكنيسة الكاثوليكية لقرون طويلة صاحبة السلطان في قانون الزواج، فجمعت في رجاها سلطتي التشريع والقضاء في مسائله، إلا أن هذه السيادة التي مكّنت لها الحكم تيفاً وخمسائة سنة أخذت منذ القرن 16م في الاضمحلال، وبدأ نفوذ السلطات الزمانية يتغلغل في مسائل الزواج شيئاً فشيئاً بنزع الصبغة الدينية عن عقد الزواج، حتى إذا قامت الثورة الفرنسية واجتاحت سلطان الكنيسة في فرنسا رأينا عقد الزواج يتجرد من كل طابع ديني ليأخذ مكانه بين التشريعات الوضعية.

ويعتبر الزواج المدني فكرة ابتدعها التشريع الفرنسي المشبع بالأفكار التحررية اللائكية على أنقاض نظام الزواج الديني، كحاجة بديلة لتجاوز قيود الزواج الكنسي، عبّر عنها الفرنسيون وتبناها الغرب انتصاراً للعلمانية الليبرالية، ويمكن القول أن من أهم نتائج شعار الحرية والمساواة الذي رفعته الثورة الفرنسية لسنة 1789م، استرداد السلطة المدنية لتشريع الزواج في أعقاب صدور قانون نابليون، وبعده أصبح من الشائع إطلاق تعبير الزواج المدني على الزواج الذي يخضع في إنشائه ومفاعيله وانحلاله إلى ولاية القانون المدني،

تميزاً له عن الزواج الذي يتم كنسياً، وتم بذلك اعتبار الزواج عقداً كسائر العقود وإن كان يخضع في تنظيمه لقواعد خاصة تجعل له طابعاً متميزاً.

كما تبين من خلال دراسة نطاق مبدأ سلطان الإرادة في التشريعات الغربية أن الزواج المدني استهدى منذ الوهلة الأولى بمبدأ سلطان الإرادة كإطار يفسح للإفراد حرية الاختيار والتراضي في جل الأحكام والعلاقات الأسرية ويحقق لهم المساواة في الحقوق والواجبات، فكان أن تبنته التشريعات الحديثة وروجت له الاتفاقيات والمنظمات الدولية متخذةً الإيديولوجية العلمانية وفلسفتها المادية منهجاً حقوقياً يدعي حماية المرأة ويقدم الفردانية تحت شعار الحرية والمساواة، ثم بعد تحولات متتالية تصدع الزواج المدني بشكل ظاهر لينهار هيكله التقليدي، مما تسبب في فوضى عارمة وأزمات عنيفة طالت أركان الرابطة الأسرية وحرمة العلاقة الزوجية، وأطرت التكاثر البشري ورعاية الأطفال ومعاني السلطة الأخلاقية والتربوية، ما أدى إلى تشوهات عميقة في مفهوم الزواج عزت حصون الأسرة والمجتمع أمام هجمات الثقافة الإباحية وهوس أنصار السحاق واللواط والشذوذ.

وفي سياق تقنين هذه الفلسفة أصبحت بعض الدول الغربية تعدد استمرار العلاقات الجنسية الرضائية قرينة قانونية تُحوّل لأطرافها الدخول تحت الحماية التشريعية التي يضمنها الزواج المدني، فأضحى نظام الاتحاد المدني والشراكة المنزلية والزواج المثلي قيمة قانونية تتماشى جنباً إلى جنب مع الإطار الحقوقي للزواج في أغلب الديمقراطيات الغربية مع إصرارها على رفض أحكام الزواج الإسلامي خاصة في فرنسا.

تبين من خلال استقراء التطبيقات التشريعية الوطنية والدولية لحرية الإرادة في عقد الزواج:

أن تقارير اللجان المستحدثة بموجب الاتفاقيات الدولية لاسيما ردود لجنة سيداو على التقارير التي قدمتها الجزائر، قد أجمعت على أن شرط الولي ومنع زواج المسلمة بغير المسلم، وإباحة تعدد الزوجات، تعتبر في نظر هذه الاتفاقيات قيوداً على حرية الإرادة في الزواج وهي شكل من أشكال التمييز ضد المرأة، ولذا جاءت هذه التقارير لتحث الجزائر على إلغاء كافة أشكال التمييز على أساس الجنس في عقد الزواج، واستبعاد كل ما يمس بحق المرأة وحرمتها في الزواج برضاها الحر والكامل، ومن بين التوصيات المقدمة لإصلاح قانون الأسرة:

- حضر تعدد الزوجات قانوناً وممارسة.
- إلغاء الشرط القانوني المتعلق بالولي في الزواج.
- اعتماد ما يلزم من تغييرات قانونية تعترف بزواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

ورغم أن الجزائر قد تحفظت على المادة 16 من اتفاقية سيداو، باستثناءها للأحكام المتعارضة وأحكام قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه استجابةً لضغوط المنظمات الدولية والحركات النسوية، عمِل المُشرِّع على تكييف أحكام قانون الأسرة مع هذه اتفاقية بتعديل وإلغاء بعض النصوص المنظمة لعقد الزواج بموجب الأمر 05-02.

وبات من الواضح أن السياسة التشريعية الأسرية تتجه نحو إضفاء الطابع العلماني على عقد الزواج، بإدخال عناصر الحرّية وعدم التمييز بين الجنسين على نحو تدريجي، لينتظم تحت ولاية القانون المدني وتخضع أحكامه لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك بتكريس حرّية الإرادة والاختيار في إبرام عقد الزواج وأثنائه وعند انحلاله، وتجسيد لمبدأ المساواة بين الجنسين، ونلّمخ هذا الاتجاه جليا من خلال المظاهر التالية:

أولا- بالنسبة لإبرام عقد الزواج:

1- جاء الأمر 05-02 ليؤكد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج، بنص المادة 4 ق.أ: "الزواج هو عقد رضائي..."، ووظّف المُشرِّع مصطلح "عقد رضائي" ليستبعد كل أشكال الإكراه والإكراه، وقد ذُكر الرضا في المواد 4, 6, 9, 10 و 33 من هذا القانون.

وإن كانت رضائية الزواج تنبع من كونه عقد يكفي لإبرامه توافق إرادتي الرجل والمرأة، عن طريق اقتتران الإيجاب بالقبول الصريحين، جاءت المادة 9 المعدلة لتختزل أركان عقد الزواج في ركن واحد بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فلم يبق المُشرِّع من الأركان الأربعة التي نصت عليها المادة 9 قبل التعديل إلا الرضا الذي أثبتته ركنا وحيدا في الزواج، وما عداه- بما فيها الولاية- أصبح مندرج تحت الشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ق.أ. ج بعد التعديل.

2- ألغى المُشرِّع الوكالة في عقد الزواج، بموجب المادة 18 المعدلة التي تنص صراحة على إلغاء المادة 20 والمادة 12 من القانون رقم 84-11، والتأكيد على ضرورة الحضور الشخصي للزوجين.

3- مساواة المُشرِّع بين المرأة والرجل في تحديد السن القانونية للزواج من خلال المادة 7.

ثانيا- بالنسبة لركن الولي: إن الطابع الحمائي الذي أحاط به المُشرِّع الأسري طرفي العلاقة الزوجية عندما ضيَّق من سلطة الولي في تزويج المرأة وألغى الوكالة في إبرام العقد؛ ليضمن رضاهما وخلو إرادتهما من أي عيب قد يشوبهما، يعكس بشكل واضح توجه السياسة التشريعية الوطنية نحو تكريس مفاهيم حرّية الإرادة وتحقيق المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج؛ خاصة وأن مشرع التعديل 05-02 قد جاء بمعياري جديد للولاية على المرأة الراشدة: هو معيار الاختيار الحر للولي، أبطل من خلاله سلطة هذا الأخير في

مباشرة زواج موليته وحقه في الاعتراض على خياراتها، إلا فيما اقتضته ضرورة وجوده في زواج القاصرة حماية لها ورعاية لمصلحتها.

وهذه المقاربة في نظرنا يمكن اعتبارها خطوة تشريعية نحو اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في مجال الأحوال الشخصية، وتجسيدا من المُشرِّع لفلسفته الفردانية الليبرالية التي لا ترى للخصوصية الدينية والأعراف الاجتماعية قيمة تشريعية خاصة إذا ما تعارضت مع قيم الحرية والمساواة.

إن هذه المقاربة القانونية المستحدثة التي تسوي بين الجنسين، وتُقدِّم حرية المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها بديلا عن الولاية كسلطة شرعية حدد الفقه الإسلامية أسبابها وصلاحتها، يراد من ورائها تهميش دور الولي في عقد الزواج حتى لا يكون له أي دور مؤثر في نظام الأسرة مستقبلاً، فينتقل بذلك الزواج من مدلوله الشرعي والاجتماعي الصحيح إلى مفهوم فرداني متحرر من القيم الإسلامية وأعراف المجتمع، مفهوم يشجع الأنانية على حساب التضامن الاجتماعي، فيحرم المرأة من سندها ووقوف أهلها إلى جانبها عندما تحتاج إليهم.

ثالثاً- بالنسبة لأثار عقد الزواج: من مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة تأكيداً للمشرع على الطابع التعاقدية إذ جعل أغلب الحقوق والواجبات الزوجية، قائمة على أساس تبادلي بين الزوجين، بنص المادة 36ق.أ.ج، إطلاق المُشرِّع حرية الزوجين للتراضي حول إدارة شؤونهما الأسرية، وأجاز للزوجين الاتفاق على النظام المالي الذي يرضيانه في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق. المادة 37ق.أ.ج.

هذا وقد وسع المُشرِّع من نطاق حرية الزوجين في ترتيب الشروط والالتزامات الناشئة عن عقد الزواج، وخاصة بالنسبة للمرأة كشرط العمل بعد الزواج، وشرط عدم الزواج عليها وفق المادة 19 من ق.أ.ج، ورتب المُشرِّع على عدم وفاء الزوج بالشروط الاتفاقية الحق للمرأة في طلب التطلق وذلك وفقاً للفقرتين 9 و6 من المادة 53 والمادة 8 مكرر من قانون الأسرة.

رابعاً- بالنسبة لتعدد الزوجات: ضيق المُشرِّع حرية الزوج في تعدد الزوجات، وقيده بعدة شروط تتعلق بوجود الظروف التي تبرره وتوفر نية العدل، إذ يجب على الزوج:

إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج معها، وموافقتها على التعدد.

استصدار رخصة مسبقة من القاضي رئيس محكمة مقر بيت الزوجية، وإذا لم يستصدر الزوج من القاضي، ترخيصاً بالزواج، يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، وفي حالة التدليس يحق لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلق.

التأكد من قدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية، للحياة الزوجية.

خامسا- بالنسبة لفك الرابطة الزوجية: يظهر دور مبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح من خلال الحماية القانونية للرضا المطلوب في العلاقة الزوجية، واتجاه المشرع نحو تفضيل الحلول الرضائية لإنهاء الزواج، وتيسير إجراءاتها كالطلاق بالتراضي والخلع الاتفاقي، ليخضع بذلك عقد الزواج لإرادة الزوجين ابتداءً وانتهاءً، ويحقق مبدأ المساواة بين الزوجين في نشأة العقد وانحلاله.

ولذلك حصر المشرع دور القاضي في توثيق إرادة الطرفين في طلاقهما بالتراضي، والمصادقة عليه ولا يتعداه إلى مراقبة صحة وسلامة ما اتفق عليه، ما لم يشمل هذا الاتفاق على عناصر تمس بمصلحة الأطفال ومقتضيات النظام العام، وجعل الحكم المتعلق بالطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف حتى في شقه المتعلق بالجوانب المالية.

- اتجه المشرع نحو تكريس المساواة بين الرجل والمرأة في حق إنهاء الرابطة الزوجية عندما وسع من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطليق بموجب الفقرة 6 و8 و9 من المادة 53 من ق.أ.ج. (الشقاق، التعدد، ومخالفة الشروط الاتفاقية).

- منح المشرع للمرأة الحق في الخلع دون موافقة الزوج وفقا للمادة 54 من ق.أ.ج التي جاء فيها أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي" وذلك في مقابلة حق الرجل في الطلاق، حيث ارتقى حقها في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل.

نتائج ومآلات التكريس التشريعي لمبدأ سلطان الإرادة:

على الرغم من التحولات التي عرفتها التشريعات الأسرية بفعل إملاءات المؤتمرات الدولية وتحت وطئت المنظمات والاتفاقيات الدولية، استطاع قانون الأسرة الجزائري أن يتشبهت بجملة أحكام الزواج الشرعي التي كرسها بعد سلسلة المحاولات التشريعية الهادفة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية¹، وقد أكد المشرع الجزائري هذا التوجه في المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص بكل وضوح على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما أن المادة 223 تعلن بكل قوة بأنه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"، ومنه يمكن اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية.

كما استطاع المشرع أن يقاوم إلى حد ما التيار الجارف الذي يسحب التشريعات العربية نحو تبني صيغة الزواج المدني، رغم أن التجربة قد كشفت عن أزمات بنوية طالت قابليته للحياة، بل كان هو نفسه من

¹ ونذكر منها مشروع 1966، و مشروع 1973 ، و مشروع سبتمبر 1981 و الذي قدم للمجلس الوطني الشعبي في جانفي 1982.

جملة الأسباب التي دفعت الشباب في الغرب إلى اللجوء للعلاقات الجنسية خارج إطار الزواج بشكل أقص طابعه النظامي، فصيغة الزواج المدني التي أسستها الرؤية الفرنسية لم تستطع أن تنتج مساحة جمهور يكافئ الزخم الذي أُحيطت به كمنظرة ناظمة للحقوق الزوجية، ليجد نفسه في منافسة مع أنواع أخرى من الاتفاقات، لاسيما الاتحاد الحر، واتفاقية التضامن المدني الحر التي تم تقييدها في فرنسا سنة 1999، والأصل أن هذا الشكل من الاتحادات كان المقصود منه السماح بالاتحاد بين المتماثلين جنسياً، إلا أنه لقي إقبالا واسعا للغاية مع المغايرين جنسياً، لأنه على عكس الزواج المدني، يسمح في حالة الانفصال بتجنب الإجراءات القانونية الطويلة والمكلفة:

وقد تم تشجيع فكرة تأسيس أسر على أساس الزواج من نفس الجنس في كواليس المؤتمرات الدولية، كبديل للزواج الفطري المبني على قيام العلاقات الشرعية بين جنسين مختلفين، تكريسا من المنظومة الأممية للحرية الجنسية وحق اختيار شريك من نفس جنسه، ومن تلك المؤتمرات: المؤتمر العالمي للسكان والتنمية الذي انعقد بالقاهرة سنة 1994م، حيث نصت الوثيقة المقدمة من الأمم المتحدة كبرنامج عمل للمؤتمر على ضرورة اتخاذ الدول الإجراءات الكفيلة لتقنين الزواج المثلي، ونفس الفكرة تبناها مؤتمر بكين العالمي المعني للمرأة الذي انعقد بالصين سنة 1995م.

والسر في ثبات وترسخ منظومة الأحوال الشخصية في الإسلام راجع لطبيعة الأركان والشروط التي شرعها الله تعالى لرعاية هذه الرابطة الزوجية، ومرونتها في قبول ما يمكن أن يدخل عليها من اعتبارات عرفية أو عادات اجتماعية من باب حرية الإرادة في ترتيب بعض الآثار عن طريق اشتراط كل ما يمكن أن يحقق المصالح والمنافع الشخصية للزوجين أو الأسرة دون الإخلال بالمقتضيات والمقاصد الشرعية للعقد. وبمقارنة فكرة تقييد حرية الإرادة في الاشتراط بعدم مخالفة الشروط لمقتضى العقد التي نص عليها قانون الأسرة في المادة 32، مع ما يقابلها في القوانين الوضعية من تقييد مبدأ سلطان الإرادة بقواعد النظام العام والآداب العامة، نجد أنهما يختلفان من جهة أن الآثار الأصلية لعقد الزواج ومقاصد الشريعة الإسلامية من نظام الأسرة أحكام ثابتة وصالحة لكل زمان ومكان، فلا يجوز تغييرها ولا تبديله بخلاف، قواعد النظام العام التي تدخل عليه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله خاضع للتغيير والتبديل بما يتمشى مع تطورات العصر، إذ هي وسيلة المشرع الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني للدولة والتغيرات التي يعرفها المجتمع، فتتسع دائرة النظام العام أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما تواضعوا عليه من الآداب.

ونتيجةً للثورة الهادئة التي عرفتها أوروبا في ميدان حقوق الإنسان بسبب مبادئ الحرية والمساواة، أصبحنا نشهد منذ بداية القرن 21م اهتمام استثنائياً بين فقهاء الغرب بمفهوم الزواج يعكس الجدل الدائر حول تصور الأسس التي يمكن أن تنظم تشريعه، وتبرر الاعتراف القانوني بالزواج المثلي والشراكة الأسرية، إذ إن الإجماع الفقهي الذي كان سائد في مجتمعاتنا الإنسانية حول أساس نشأة الأسرة يبدو أنه قد انتهى بالفعل مع مطالب الوصول إلى الزواج من نفس الجنس، وحتى التعديلات المتتالية التي عرفها القانون المدني الفرنسي تؤكد حقيقةً أن كل التعاريف السابقة لعقد الزواج عفا عليها الزمن؛ خاصة وأن القانون الحالي لا يحدد بأي حال من الأحوال مفهوم الزواج، ومنذ عام 2013م أصبح ينص في المادة 143 على أنه يمكن عقد الزواج من قبل شخصين من نفس الجنس أو جنس مختلف.

الأمر الذي أثر بشكل لافت في قدرة المجتمعات المعاصرة على تحديد مفهوم الزواج، ويمهد لتحولات تشريعية عميقة في نظام الأسرة تمس بشكل مباشر القوانين الداخلية والتشريعات الدولية على حد سواء. وباستقراء التطورات الحاصلة في القوانين الأوروبية المتعلقة بالأحوال الشخصية لأكثر من قرن باعتبارها التشريعات الأكثر تأثيراً في المنظومة التشريعية الدولية، يمكن تلخيص مآلات الاتجاهات الحديثة لتكريس مبدأ سلطان الإرادة والتجسيد التشريعي لمبادئ الحرية والمساواة في عقد الزواج من خلال:

● الدور المركزي الذي تخوله هذه القوانين لحرية الإرادة الفردية في ترتيب الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقد الزواج.

● إسناد مفهوم الزواج إلى التنظيم المادي للعيش المشتركة بين شخصين، والمبني على مجموع الخصائص المتعلقة بالسلوك الجنسي والحب بدلاً من الإنجاب.

● جعل الغاية من هذا التعايش تتلخص في قدرته على إشباع الرغبات والغرائز وتحقيق الرضا الشخصي لأطرافه، بعيداً عن اعتبارات اختلاف الجنس أو الأدوار الاجتماعية النمطية أو المصلحة العامة.

● الاعتراف بوجود وضع قانوني للأسرة خارج مؤسسة الزواج: وهو إقرار نابع عن الاعتراف الرسمي بحرية المعاشرة وإنشاء اتفاقات مدنية وشراكات أسرية تضاهاي مؤسسة الزواج في آثارها والحقوق التي يضمنها القانون لأفرادها (التعايش الأسري - ميثاق التضامن المدني - الشراكة المدنية).

● المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات.

● المساواة في النسب والحقوق بين الأطفال المولودين في إطار الزواج وخارجه.

● المساواة في الحقوق بين الأسرة التقليدية الناشئة عن الزواج والأسرة (الطبيعية) الناتجة عن المعاشرة

غير الشرعية.

● حرية اللجوء إلى الطرق الجديدة للإنجاب بعد التطور الكبير الذي عرفته العلوم الطبية، كالتلقيح الاصطناعي والأم البديلة واستئجار الأرحام، وانتشار مفاهيم تحديد النسل.

ومما لا شك فيه أن هذه التحولات جعلت المعنى المشترك بين الإنسانية لمفهوم الزواج ينحرف نحو تصور أكثر مادية حيث لم يعد الإنجاب ورعاية الأطفال يشكل المحور الأساسي لمؤسسة الزواج، ففي أعقاب اضطراب الأخلاق وعلى مدار الإصلاحات القانونية التي عرفتها قوانين الزواج، تم عكس أسسها تدريجيًا؛ فبعد أن كان من المقرر في القوانين المدنية القديمة أن الزواج هو العقد التأسيسي للعائلة، وأن البنية الشرعية هي النتيجة؛ أصبحت اليوم البنية هي التي تأخذ المركز الأول حتى قبل تصور العلاقة الزوجية، فلم يعد الزواج يُؤسس للنسب ولا النسب يُؤسس على الزواج.

وأدت هذه التطورات التشريعية في آخر المطاف إلى ظهور تعريف أوربي مشترك للعلاقة الزوجية قدمته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بكونها: التزام عام، يسير جنبًا إلى جنب مع مجموعة من الحقوق والالتزامات التعاقدية، وهو في حقيقته تعريف يكرس مبدأ سلطان الإرادة العقدية ليشمل أشكالًا مختلفة من الاتحادات الأسرية ومتأثرة بالتعريف البريطاني للشراكة المدنية لعام 2004م، الذي كان الغرض منه تزويد الأزواج من نفس الجنس بآلية رسمية للاعتراف بعلاقتهم وتمكينهم من بعض الآثار القانونية، التي تمنح الأطراف القدر الممكن من الحقوق والالتزامات المطابقة لتلك المشتقة من الزواج.

ويمكن القول أن الزواج بمفهومه المعاصر: يمثل التعبير الحر عن الإرادة في إنشاء علاقة قانونية تعاقدية بين شخصين متساويين في الحقوق والواجبات؛ علاقة تبتعد بها القوانين المدنية الحديثة ومواثيق حقوق الإنسان يوما بعد يوم عن تدخل الدولة والمجتمع، لتتجه بها نحو الخصخصة الليبرالية للروابط الأسرية، فتجعل من الزواج علاقة شخصية بحتة متحررة من أي التزام أخلاقي أو ديني، حتى أنه لا يرى فيه الزوجين إلا الإطار التعاقدي الحر الذي يسهل عليهما فكه والتنصل من التزاماته متى تعذر عليهما من خلاله تحقيق الذات الأنانية.

ورغم هذا التطور الحاصل في مفهوم الزواج، فإنه في الواقع لم يخرج بتصوره المعاصر عن الإطار الحقوقي العام الذي لا طالما رسم معالمه فلاسفة النهضة وأرباب عصر التنوير عندما جعلوا من نظرية سلطان الإرادة المبدأ الأساسي والمصدر الأصيل للقاعدة القانونية.

الخلاصة: وقد وصلنا في ختام هذه الدراسة إلى نتيجة مفادها عدم صلاحية مبدأ سلطان الإرادة لأن يكون نظرية ناظمة لعقد الزواج في قانون الأسرة، وهذا لسببين رئيسيين يرجع الأول إلى أصل المبدأ وأساسه، أما السبب الثاني فيرجع إلى نتائجه ومآلات تطبيقه في نظم الأحوال الشخصية الغربية:

السبب الأول: تناقض أسسه الفلسفية مع المرجعية الإسلامية لقانون الأسرة، فمبدأ سلطان الإرادة يقوم على مبادئ مدرسة القانون الطبيعي التي تجعل الحرية حقا طبيعيا للإنسان يخول للإرادة سلطة التشريع بنفسها لنفسها، ويجعلها مصدر وأساس القوة الملزمة للعقد.

أما الشريعة الإسلامية التي هي مصدر التشريع في قانون الأسرة، فتتطلب للحقوق باعتبارها منحة إلهية وليست حقوقا طبيعية، وتقوم على أساس مفاده أن التشريع المطلق حق خالص لله وحده لا ينازعه فيه أحد، ومن زعم لنفسه الحق في التشريع بغير سلطان من الله، فقد تجاوز حد العبودية، وتناول إلى مقام الألوهية، قال تعالى: ﴿وَلَا يُشْرِكْ فِي حُكْمِهِ أَحَدًا﴾ [سورة الكهف، الآية: 26]، وقال سبحانه: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سورة يوسف، الآية: 40]

ولذلك أوجبت الشريعة التحاكم إلى الشرع وجعلته شرط الإيمان، قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية: 65] ، وهذه حقيقة الرضا بحكمه، فالتحكيم في مقام الإسلام، وانتفاء الحرج في مقام الإيمان، والتسليم في مقام الإحسان.

السبب ثاني: إن ما آلت إليه مؤسسة الأسرة من إختيار في المجتمعات الغربية لخير دليل على فشل القوانين الوضعية التي اعتمدت مبدأ سلطان الإرادة، وكرست حرية الاختيار والمساواة بين الجنسين كإطار فلسفي وحقوقى لتنظيم عقد الزواج، وهي نفسها التشريعات التي عانت ولا تزال تعاني إلى اليوم من عيوب تحفيزية وبنوية، أعجزتها عن تصور مفهوم الزواج وتبرير غاياته، ما حال بينها وبين تحقيق التوازنات الضرورية للعلاقة الزوجية السعيدة.

في حين أن أي محاكمة فكرية أو إحصائية للزواج الشرعي، ستؤكد صلاحية الإطار الحقوقي الذي توفره الشريعة الإسلامية للرابطة الزوجية، واستغناء قانون الأسرة عن النظريات والمبادئ القانونية الحديثة، فمصدر هذا النظام شرعة ربانية ما زالت إلى يوم الناس هذا، الأثبت في أحكامها وغاياتها بعيدا عن أي تعديل أو تبديل، والأقدر على الإمساك بزمام الحياة الأسرية السعيدة في كنف المودة والرحمة.

التوصيات:

بعد أن تبين للباحث أن مصدر القوانين الوضعية الحديثة الذي لا تحيد عنه الحضارة الغربية هو القانون الطبيعي، وأنها ترى الحرية الحقة في أن يطبق الإنسان القوانين التي اشترعها لنفسه، فإنه ينبغي على المشرع التمسك بالشريعة الإسلامية كمصدر أصلي ووحيداً للقانون خاصة في إعداد التعديلات القادمة لقانون

الأسرة، ولا شك أن مقاصد الشريعة تحقق أعظم المصالح وأدومها، فهي الغايات والأسرار التي وضعها الشارع سبحانه عند كل حكم من أحكامها.

وأن التمسك بالمرجعية الإسلامية ما هو في الحقيقة إلا استلام لمشعل السياسة التشريعية الوطنية التي انتهجتها الدولة بعد الاستقلال عندما أرادة التخلص من عيوب التبعية القانونية، فجعلت الشريعة الإسلامية مصدراً للقاعدة القانونية، ومصدراً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية، واحتياطياً في غيرها (م/1 من ق.م.ج).

وأنه لا ينبغي كذلك أن نرتاب في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان فنستبدل الذي هو أدنى بالذي هو خير لاسيما في عقد الزواج، فالله عزّ وجل لا يحاب امرأة على رجل ولا رجل على امرأة، إذ الجميع في ذمة شرع يأمر بالعدل والأحسن، وما حال بعض أتباع التيارات الفكرية التغريبية في معارضتهم للمرجعية الإسلامية في قانون الأسرة، إلا كحال الذين يخافون أن يجور الله ورسوله عليهم في الحكم، قال تعالى: ﴿أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحْيِفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ ۗ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾¹.

أما العيوب والأخطاء التي تعترى قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية فهي لا تبرر إلغاء القانون أو إخضاع خصوصية عقد الزواج للأحكام والقواعد العامة المقررة في القانون المدني؛ ذلك أن العيوب والتجاوزات هي من خصائص التشريع الوضعي بصفته عمل بشريا يعتره الخلل، والذي يجب في هذا المقام هو الإصلاح والتقويم لا الإلغاء والمصادرة لإرادة الأمة التي لا تتبغى بديلا عن أحكام الشرع الحنيف، خاصة وأننا نرى المُشَرِّعَ الجزائري يحدّ في السير نحو استقلالية القضاء وإصلاح المنظومة القضائية والتشريعية، وهو ما يدفعنا إلى تأييد دعاة إصلاح قانون الأسرة الذين يقفون في وجه التيار العلماني الاستتصالي، وينشطون في سبيل الوصول به إلى مستوى أفضل وأكمل شكلا ومضمونا.

● فيما يتعلق ببعض مواد القانون: من حيث ضرورة إعادة النظر:

- الرضا ضمان وتجسيد فعال لحرية المرأة في الزواج، ولهذا من المستحسن أن ينظم المشرع عيوب الإرادة في عقد الزواج ضمن أحكام التشريع الأسري.
- إعادة النظر في المادة: 11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره . " ويكون ذلك على النحو الآتي:

¹ سورة النور، الآية: 50.

- إذا كانت إرادة المُشرِّع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إذنه فإنه ينبغي أن تكون صياغة نص المادة على النحو الآتي: "يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، فإن عدموا فواحد من ذوي الأرحام، والقاضي ولي من لا ولي لها، فإن عدموا جميعاً، فرجل عدل من المسلمين."
- أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء ركن الولي في عقد الزواج فيجب على الأقل أن تكون صياغتها موافقة لما تقرر في الاجتهاد الحنفي وفق النحو التالي: "تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند عدم الكفاءة أو مهر المثل."
- تعديل نص المادة: 49 ق.أ على الشكل التالي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجربها القاضي خلال فترة العدة الشرعية."
- كما تصاغ المادة 50 على النحو الآتي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ما لم تنته العدة الشرعية، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد إذا انتهت العدة الشرعية."
- إعادة النظر في المادة 8 مكرر 1 ، وذلك لأن فسخ الزواج الثاني بسبب عدم استصدار الزوج المعدد لرخصة من القاضي لا يعد من الأسباب الشرعية الموجبة لفسخه قبل الدخول، خاصة إذا تم ذلك بعلم ورضا الزوجتين. ويمكن الاستعاضة عن المادة 8 مكرر 1 بالمادة 8 مكرر عند التدليس فيجوز للزوجتين طلب التطليق.

هذا وإن أصبت فمن الله والفضل له وحده، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.
 وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
 والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم، موقع المصحف الإلكتروني، جامعة الملك سعود.

أولا - المصادر:

- التفاسير:

- 1- تفسير ابن كثير، <https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer1>
- 2- تفسير البغوي، <https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/baghawy/sura33>
- 3- تفسير القرطبي، <https://quran.ksu.edu.sa/tafseer/qortobi>
- 4- تفسير الطبري: جامع البيان، <http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary>
- 5- محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي - الخواطر، ج2، مطابع أخبار اليوم، د ط، 1997م.
- 6- سيد قطب، في ظلال القرآن، المجلد الخامس، بيروت، دار الشروق، 1988.

- كتب الحديث:

- 1- البخاري: الجامع الصحيح-تصحيح وتحقيق محب الدين الخطيب-المطبعة السلفية، القاهرة، ط، 1979.
- 2- أبو داود، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط01، 2009.
- 3- مالك بن أنس، الموطأ، ج 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 4- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تعليق عصام الدين الصباطي، دار الحديث القاهرة، ط 1، 1994
- 5- أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة: المجددة والمزيدة والمنقحة.
- 6- أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي، صحيح رياض الصالحين، ط 1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط 2002.
- 7- محمد ناصر الدين الألباني، مختصر صحيح الإمام البخاري، كتاب اللباس، باب إخراج المتشبهين بالنساء من، البيوت، مج4، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط 1، 2002.
- 8- الإمام أحمد، المسند، دار الحديث، القاهرة، ط 1995 م.
- 9- موطأ الإمام مالك، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت. د س ن.
- 10- البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3. م. 2003.

- 11- الدارقطني، السنن، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، 1966 م.
- 12- البخاري، صحيح البخاري الجامع الصحيح، المطبعة السلفية، القاهرة، ط1، د س ن.
- 13- الدارمي، سنن الدارمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، م 1997 .
- 14- مسلم، صحيح مسلم، دار طيبة، السعودية، ط1، 2006م.
- 15- النسائي، السنن الكبرى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001م.
- 16- الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991م.
- 17- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1996م.

- الدساتير والقوانين:

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية معدل ب: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
- القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.
- المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في إستفتاء 01 نوفمبر 2020 ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82 الصادرة في 30 ديسمبر 2020.
- 2- المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ومصادقتها على اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.
- 3- القانون رقم 63/224 ، المؤرخ في 29 يونيو 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.
- 4- الأمر 75-58 المؤرخ 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.
- 5- 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 .
- 6- قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، الجريد الرسمية، العدد 21 ، لسنة 2008.

- 7- قانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 يعدل ويتمم قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08.
- 8- قانون رقم 15-19 ، مؤرخ في 2015/12/30 ، المعدل والمتمم للأمر 66-156 ، مؤرخ في 08 يونيو 1966 ، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريد الرسمية، العدد 71 ، مؤرخة في 2015/12/30 .
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 ، المؤرخ في 07 محرم عام 1413 الموافق ل 06 جويلية 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج . ر . العدد 52 ، الصادرة في 08 جويلية 1992 .
- المعاجم:**
- 1- إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، المعجم الوسيط، ج1، ط2، د.ن، د س ن.
- 2- إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د.ط، د.س.ن.
- 3- ابن فارس أحمد بن زكرياء الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج2، تحقيق عبد السلام محمد هارون، لبنان، دار الفكر، د.ط، 1399هـ-1979م.
- 4- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج4، بيروت - لبنان، دار صادر، ط 3، 1414هـ.
- 5- بدوي عبد الرحمن، موسوعة الفلسفة، ج1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1984.
- 6- الخليل الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: المخزوم وإبراهيم السامرائي، لبنان، مكتبة الهلال، د.ط، د.ت.
- 7- الفيروز آبادي مجد الدين يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1995م .
- 8- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1978م.
- 9- الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 10- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس ، ط2، 1988 م.

ثانيا- المراجع:

- كتب الفقه:

- 1- ابن أبي زيد القيرواني المالكي، التّوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمّهات، ج10، تحقيق عبد الفتّاح محمد الحلو ومحمّد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، ط1، 1999 م .
- 2- ابن الحاجب المالكي، جامع الأمّهات، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2 ، 2000م.
- 3- ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى، تحقيق :محمد عبدالقادر عطا ، دار الكتب العلمية، ط1، 1987.
- 4- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية ، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1422 هـ .

- 5- ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج31، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، د.ط، 1995م.
- 6- ابن تيمية، نظرية العقد العقود، المحقق، محمد حامد الفقي، محمد ناصر الدين الألباني، مطبعة السنة المحمدية، ط1، 1386هـ.
- 7- ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، د ط، د س ن.
- 8- ابن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط2، 1988 م.
- 9- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، د.ط، 2004.
- 10- ابن رشد، المقدمات الممهديات، ج1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1988 م
- 11- ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج4، دار الفكر، ط2، 1966م.
- 12- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج3، دار الفكر-بيروت، ط2، 1992م.
- 13- ابن عاشور، محمد الطاهر، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، دار سحنون، تونس، دار السلام، مصر، ط، 1427 هـ.
- 14- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د.ط، 1425هـ.
- 15- ابن عبد البر القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، 1387هـ.
- 16- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، المطبوع مع المقنع والإنصاف، ج20، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط1، 1415هـ-1995م.
- 17- ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، ب ط، 1968م.
- 18- ابن قدامة المقدسي، مختصر منهاج القاصدين، مكتبة دار البيان، دمشق، 1978م.
- 19- ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج7، أشرف على طباعته، محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، مصر، د ط، د س ن.
- 20- ابن قدامة، الكافي، خرج احاديثه سليم يوسف، تحقيق سعيد اللحام، راجعه صدقي جميل، ج1، دار الفكر، بيروت، ط1، 1988.

- 21- ابن قدامة، المغني على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين عبد الله بن أحمد الخرقى، مكتبة زهران خلف الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية. د س ن.
- 22- ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان، ط 02 ، 2002م.
- 23- ابن قيم الجوزية: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، قدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التحرير: أبو عمر أحمد عبد الله أحمد، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية ط1، 1423 هـ.
- 24- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج 02.
- 25- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، ط1، بيروت، لبنان، 2005م.
- 26- ابن مفلح ، المبدع في شرح المقنع، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1997 م.
- 27- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري ، وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، ط2، د س ن.
- 28- ابن همام، فتح القدير، تعليق وتخرىج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 2003م.
- 29- أبو حامد الغزالي ، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417.
- 30- أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1413هـ.
- 31- أسامة بن سعيد القحطاني، علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضير وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1433هـ-2012م.
- 32- البابرقي محمد بن محمد، العناية شرح الهداية بهامش شرح فتح القدير، ج4، دار احياء التراث العربي، بيروت، د ط، 1340.
- 33- البابرقي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، ب. ط، د. ت. ن، ج6، ص110.
- 34- بدر الدين ابي عبد الله الحنبلي، مختصر فتاوى ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د س.
- 35- بدر الدين العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ج11، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر، ط1، 2008م.

- 36- البهوتي منصور بن يونس بن ادريس : كشف القناع عن متن الاقناع، ج2، مراجعة وتعليق هلال مصلحي هلال، دار الفكر بيروت، د ط، 1982م.
- 37- الجرجاني علي بن محمد بن علي ، كتاب التعريفات ، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ط: 1 1403هـ - 1983م.
- 38- الجصاص احمد بن علي، أحكام القرآن، مراجعة صدقي جميل، ج2، دار الفكر، بيروت، ط1، 2001.
- 39- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01 ، 1983.
- 40- الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992م.
- 41- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج 03 ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 02، 1997م.
- 42- خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج4، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ - 2008م.
- 43- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د . ط، د ت ن.
- 44- الزحيلي وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر ،دمشق، الطبعة الثالثة، 1989.
- 45- الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج 03، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2002.
- 46- السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 01، 1989م.
- 47- سيد سابق، فقه السنة، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط3 ، 1977 م.
- 48- السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، ط 02 ، 1997.
- 49- الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج3، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ / 1997م.
- 50- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس ، الأم، ج5، دار المعرفة - بيروت، ب ط، 1990م، ص40.
- 51- الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، دار الكتب العلمية، ط1 ، 1994م.
- 52- الشربيني شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار الكتب العلمية، ط1، 1994 م.

- 53- الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 02، 1997م.
- 54- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد ابن سعيد النابلسي الحنبلي ، المسائل المهمة فيما يحتاج إليه العاقد عند الخطوب المدلهمة، المحقق: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار المدني المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، ط1، 1990م.
- 55- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1990م.
- 56- عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري : كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق : عبد الله ، محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1، 1997 م.
- 57- عبد الغني بن طالب الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، ج4، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد،: المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
- 58- عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، ج4، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد،: المكتبة العلمية، بيروت - لبنان. دط، دس ن.
- 59- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع "فقه الأسرة"، ج1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1431 هـ - 2010 م.
- 60- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 06 ، د. س. ن.
- 61- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5 ، دار الكتب العلمية، ط2، 1986م.
- 62- علال الفاسي ، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دراسة وتحقيق: إسماعيل الحسني، دار السلام، القاهرة - مصر، ط 2، 1424 هـ .
- 63- علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح مشكلاتها ، ج3، تحقيق: أحمد بن علي الدمياطي، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب - دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1428هـ-2007م.
- 64- القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، أنوار البروق في أنواء الفروق، دار عالم الكتب، د م ن، دط، دت.
- 65- القرافي، الذخيرة، المحقق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، ج4، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، 1994 م.
- 66- كمال الدين ابن الهمام ، فتح القدير شرح الهداية، دار احياء التراث العربي، بيروت، دط، 1340هـ.

- 67- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، - رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم العتقي، ج4 ، دار سدار، بيروت، لبنان، د. س. ن.
- 68- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج4 ، دار المعرفة - بيروت، د ط، 1993م.
- 69- محمد بن أحمد السفاريني الحنبلي، لوامع الأنوار البهية وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدرّة المضية في عقد الفرقة المرضية، منشورات مؤسسة الخافقين ، ط 2، 1402هـ- 1982م.
- 70- محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط01، 2001.
- 71- محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، ج5، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، أم إسرائ بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، ط1، 2006.
- 72- محمد بن علي ابن القاضي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، ج1، تقديم وإشراف: رفيق العجم، مكتبة لبنان ناشرون. بيروت ط1996، 1م.
- 73- محمد بن علي القرني، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع10، منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.
- 74- محمد بن قاسم الرصاع ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، ج1، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.
- 75- محمد صديق حسن خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج2، دار المعرفة، د. ط، د. س. ن.
- 76- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر. دمشق ط1، 2006 م.
- 77- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، سوريا، ط2، 2006 .
- 78- المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج11، تحقيق وتصحيح عبد الله عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة، مصر، ط1، 1980م.
- 79- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج 08، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
- 80- مصطفى احمد الزرقا، مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2، 2004.
- 81- الملا علي القاري ، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج5، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط1، 1422هـ - 2002م.
- 82- الموسوعة الفقهية الكويتية، جماعة من العلماء، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، دار السلاسل، الكويت ، ط2، 1427هـ.

- 83- ناصر الدين الألباني: أبو عبد الرحمن محمد ، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، ج8، دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 1992 م.
- 84- نظام الدين البلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ج1، دار الفكر، ط: الثانية، 1310 هـ.
- 85- النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج12، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ-1991م.
- 86- النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، فتنأوى الإمام النُّوَوِيّ المِسْمَاءة: "بالمسائل المنثورة"، ترتيب: الشيخ علاء الدين بن العطار، تحقيق وتعليق: محمد الحجار، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط6، 1417هـ-1996م.
- 87- النووي، المجموع، شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، ط1982م.
- 88- النووي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423 هـ، 2003م.
- 89- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق ، ط3، 1989.
- المراجع القانونية العامة:**
- 1- أحمد زغلول، شرح القانون المدني، دار الثقافة، دار المعارف، مصر، دط، 1980.
- 2- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، م ن ج، الدار البيضاء، ط1، 2000.
- 3- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي - النظرية والتطبيقات -، مؤسسه الثقافة الجامعية، مصر، د.ط، د.ت.ن.
- 4- إلياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج07، دار النشر، دط، 1997م.
- 5- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة، عمان، ط1، 1987.
- 6- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط.
- 7- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، بيروت لبنان، الدار الجامعية، 1988.

- 8- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، 1992.
- 9- ثروت بدوي، النظم السياسية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 1964م.
- 10- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2000.
- 11- جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزء الأول، جامعة القاهرة ط 1976.
- 12- حسام فرحات أبو سيف، الحماية الدستورية للحق في المساواة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- القاهرة، د.ط، 2004.
- 13- حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلاميين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دط، 2006 .
- 14- رضا فرج، تاريخ النظم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1976.
- 15- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ب. د.ط، 1987.
- 16- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1966.
- 17- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.
- 18- عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، القاهرة، دار المعارف، 1967م.
- 19- عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 1998.
- 20- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - منشورات الحلبي .الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3 الجديدة، 2000 .
- 21- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،- دراسة مقارنة بالفقه الغربي -، ج 03 ،، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط 01 ، د .س .ن.
- 22- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المجمع الإسلامي، بيروت، 1980.
- 23- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، موسوعة القانون الدولي، دار الثقافة، الأردن، ط، 200901.
- 24- سوار محمد وحيد الدين، الشكل في الفقه الإسلامي، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1985م.
- 25- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1 ، 1996.
- 26- صابر أحمد طه، نظام الأسرة في اليهودية والنصرانية والإسلام، مطبعة تحضة مصر ، ب د ط، 2000م.

- 27- صالح المنجد، الرضا، ط1، مجموعة زاد للنشر، السعودية، 2009.
- 28- صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، د.ط، 1986.
- 29- الطبري محمد بن جرير، تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج5، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 1422هـ - 2001م.
- 30- طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، القاهرة، 1964م.
- 31- الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر، دار القصة الجزائر، 2008.
- 32- عادل مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية -دراسة مقارنة-، مج1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د.ط، 1978.
- 33- عباسية لعسري، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر 2006.
- 34- عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضمائنها ومستقبلها، منشأة المعارف، مصر، 1975، ص24.
- 35- عبد الرحمن، طه، سؤال العمل بحث عن الأصول العملية في الفكر والعلم، المغرب: المركز الثقافي العربي، ط1، 2012م.
- 36- عبد الفتاح عبد الباقي، نظريه العقد والإرادة المنفردة - دراسة متعمقة ومقارنه بالفقه الإسلامي، ط1، 1984.
- 37- عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ط01، 2006.
- 38- عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 2010.
- 39- عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، د ت ن.
- 40- عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 41- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- 42- العبيدي نوال، الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، د.ط، 2008.
- 43- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5.
- 44- العشاوي أيمن إبراهيم، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

- 45- غرايبة، محمد رحيل، الحقوق والحريات السياسية في الشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الأردن، ط 1، 1421 هـ.
- 46- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1984.
- 47- كريم يوسف، أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- 48- ماجد عبد المجيد طهبوب، جراحة التجميل بين المفهوم الطبي والممارسة، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية.
- 49- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د. س. ن.
- 50- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، د. ط، د. ت. ن.
- 51- محمد أبو فارس، حقوق المرأة المدنية والسياسية في الإسلام، عمان، دار الفرقان، د ط، 2000.
- 52- محمد أحمد سراج، نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- 53- محمد آل بورنو، مُوسُوعَةُ الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 2003 م.
- 54- محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 1، 2010 م.
- 55- محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، تطبيق تراث: <https://app.turath.io>
- 56- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، حكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط 2، 1994 م.
- 57- محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994 .
- 58- محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 م.
- 59- محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1994.
- 60- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1981.
- 61- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للإلتزامات -، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ط 1 1992-1993 .
- 62- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية، ج 2، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط 1، 2003 م.

- 63- محمد نجم صبحي، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية ، دار الثقافة للنشر، عمان، ط 1 ، 2000.
- 64- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية- مصر، ط 3، 1994.
- 65- مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ج 2 ، مج 1، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مكتبة صادر- بيروت ، ط 4، 1987.
- 66- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 2001 .
- 67- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص ، دار الهدى، الجزائر، 2009 .
- المراجع المتخصصة:**
- 1- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- 2- أحمد الخليلشي، وضعية المرأة وعقدة تفسير النصوص، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط 1، 1988.
- 3- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ط 2010 ، القاهرة، دار الجامعة الجديدة.
- 4- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة، مطابع شتات دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 5- السدلان صالح بن غانم بن عبد الله، الشروط في النكاح، دار التقوى، ط 2، 1988م.
- 6- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 05.
- 7- العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2007 .
- 8- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964.
- 9- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط 1، 2008.
- 10- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغيير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 01، 2011.

- 11- داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، ط 01، 2007.
- 12- رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية، ج2، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2007 .
- 13- رنا مازن السلايمة، حرية الإرادة والاختيار في اليهودية والإسلام دراسة عقدية مقارنة، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2013.
- 14- زهدي يكن، الزواج ومقارنته بقوانين العالم المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الثانية، د س ن.
- 15- سعادي لعلی، الزواج والحلاله في قانون الأسرة الجزائري " دراسة مقارنة" ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 ، 2014-2015.
- 16- سوار وحيد الدين ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ط 2، 1979.
- 17- طارق كافييا، الزواج الإسلامي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر، جدة، ط2، 1986م.
- 18- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر، ط 3، 1996.
- 19- عبد الفتاح كبتارة، الزواج المدني دراسة مقارنة، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 20- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص165
- 21- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج09، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1993م، ص116.
- 22- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط2، 1990 .
- 23- عصام الأحمر، تغيير الجنس، م. ق. ت.، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2010 ، ع .09.
- 24- علي القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج1، دار البشائر، بيروت، ط 1، 1985.
- 25- علي محمد علي قاسم، نشوز المرأة- أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي-دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 .
- 26- عمار عبد الواحد عمار الداودي، لعلاقات بين الزوجين :جدلية التقليد والتجديد في القانونين التونسي والمقارن ، مركز النشر الجامعي، 2007
- 27- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، ط، 196304.
- 28- لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عين مليلة -الجزائر، ط2014، 1.

- 29- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 02، 2005.
- 30- محمد أحمد سراج، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 31- محمد بن مسفر بن حسين الطويل الزهراني، تعدد الزوجات في الإسلام، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، ج 36، ص 227.
- 32- محمود حسن، الأسرة ومشكلاتها، دار النهضة العربية، بيروت، د. س. ن.
- 33- ميشال غريب، الزواج المدني، مطبعة سيما، بيروت 1965م، ص 41.
- 34- نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ج 01، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 01، 1997.
- 35- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص 20.
- 36- أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام محكمة النقض، بدون دار النشر، ط 1994.
- 37- أحمد سلامة، الوسيط في الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، دارالفكر، ط 1، 1968م، ص 328.
- 38- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 39- البري زكريا، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط.
- 40- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، 2010.
- 41- حسن الاشموني ومحمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول التشريع في الفرنسي الأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية المطبعة العالمية-القاهرة.
- 42- حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها دراسة شرعية اجتماعية، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2005.
- 43- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم، الكويت، ط 2، 1990.
- 44- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
- 45- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
- 46- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 01، 1968.

- 47- ساسي بن حليلة، قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، د ط، د ن، دس ن.
- 48- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة الجزائر، ط 1، 2010.
- 49- شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات "دراسة فقهية نقدية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2010.
- 50- صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964.
- 51- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، ط 2، الجزائر، 2003.
- 52- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط 1، الجزائر، 2007 .
- 53- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة، بيروت، مؤسسة الرسالة، د ط ، 1993 .
- 54- عبد الله محمد صديق محمد :موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2012 .
- 55- عبد الوهاب خلاف، حكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1938م.
- 56- العربي بلحاج ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 57- العربي بلحاج ، قانون الأسرة-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. د.س.ن.
- 58- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2001، 2002 .
- 59- عطية محمد سالم ، نكاح المتعة عبر التاريخ وفيه إلزام الشيعة بتحريمها في الشريعة ، مطبعة المدني مصر، ط 1396هـ.
- 60- على حسن نجيده- دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي - بحث منشور بمجلة القانون والإقتصاد، 1985.
- 61- علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة للنشر، مصر، 2005 .
- 62- علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البشائر الإسلامية، ط ، 20083 .
- 63- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، ط 2، الأردن، 1997.
- 64- عيسى حداد، عقد الزواج،- دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006.

- 65- لوعيل محمد مين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه الجزائر، د ط: 2004.
- 66- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، مطبعة دار الفكر العربي، بيروت، د ط، د س ن.
- 67- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا - دراسات قانونية وحالات شاذة -، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط1، 2001م.
- 68- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة-الجزائر، د.ط، 2009م.
- 69- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية - شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008.
- 70- محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب. د س ن.
- 71- محمد علي ضناوي، الزواج الإسلامي أمام التحديات، الكتاب الثاني: تحافت دعوى الزواج المدني في لبنان والعالم الإسلامي، المكتب الإسلامي، دار الايمان، بيروت، ط3، 1987م.
- 72- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998 .
- 73- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1996م.
- 74- محمد مين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط1، 2004.
- 75- محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1985.
- 76- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، ط9، المكتب الإسلامي، سوريا، 2001.
- 77- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام، دار الوراق، بيروت، ط07، 1999.
- 78- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، دط، 2006.
- 79- هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2011 .
- 80- يوسف بوشي، الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2015.
- مراجع عامة:

- 1- إبراهيم بن عمر السكران، مآلات الخطاب المدني، دار الوعي للنشر والتوزيع، ط1، 1435هـ.
- 2- عبد الله بن صالح العجيري، فهد بن صالح العجلان، زخرف القول معالجة لأبرز المقولات المؤسسة للانحراف الفكري المعاصر، تكوين للدراسات والأبحاث، المملكة العربية السعودية، ط 2، 2019م.
- 3- عبد الوهاب المسيري، دراسات معرفية في الحداثة الغربية، القاهرة: مكتبة الشروق الدولية، 1427هـ - 2006، ط 1.
- 4- فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، ط2، 1434هـ.
- 5- أحمد بن سليمان أيوب ونجدة من الباحثين، موسوعة محاسن الإسلام ورد شبهات اللثام، فكرة وإشراف: د. سليمان الدريع، ج11، دار إيلاف الدولية للنشر والتوزيع، ط 1، 2015 م.
- 6- احمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، د ط، دار الفكر العربي، مصر.
- 7- هيثم مناع، الإمعان في حقوق الإنسان، موسوعة عامة مختصرة، الأهالي، سورية، ط01، 2000.
- 8- نبيل السمالوطي، بناء المجتمع الإسلامي، دار الشروق، ط3، 1418هـ-1998م.
- 9- جدعان فهمي، المقدس والحرية وأبحاث ومقالات أخرى من أطراف الحداثة ومقاصد التحديث، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2009.
- 10- حاتم يوسف أبو زائدة، الظاهرة الإسلامية في المشرق العربي والمستقبل، مركز دراسات المستقبل، ط2، 2018.
- 11- خالد عبد الله عيد، مبادئ التشريع الإسلامي، المطبعة العربية للطباعة والنشر - الرباط، ط1، 1986.
- 12- زكريا إبراهيم، مشكلة الحرية، مكتبة مصر، القاهرة، 1971م.
- 13- عبد الله العروي، مفهوم الحرية، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط5، سنة النشر 2012.
- 14- أندري هوريو: القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، ترجمة: على مقلد، شفيق حداد، عبد المحسن سعد، الأهلية للنشر و التوزيع بيروت، لبنان 1977.
- 15- إليزابيث بريك، الزواج والشراكة الأسرية، موسوعة ستانفورد للفلسفة، ترجمة: علي الحارس.
- 16- ألكساندرا كولونتا، العلاقات الجنسية والصراع الطبقي، موقع الاشتراكي، الرابط:
- 17- بول هازار، الفكر الأوروبي في القرن الثامن عشر، ترجمة محمد غلاب، مصر: دار الحداثة للنشر.
- 18- ويليام جيمس ديورانت، قصة الحضارة، تقديم: الدكتور محيي الدين صابر، ترجمة: الدكتور زكي نجيب محمود وآخرين، ج 41، دار الجيل، بيروت - لبنان، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، سنة النشر: 1408هـ-1988م.
- 19- هيغل، المؤلفات الكاملة، ترجمة: امام عبد الفتاح امام، المجموعة (2)، مكتبة مدبولي، القاهرة، د س ن.

- 20- جون استيوارت ميل، استعباد النساء، ترجمة وتعليق وتقديم إمام عبد الفتاح إمام، سلسلة الفيلسوف والمرأة (5)، القاهرة: مكتبة مدبولي، 1998.
- 21- جون جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة: مهدي الموسوي، عادل زعتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر، د ط، 2012.
- 22- ديفيد بوز، مفاهيم التحررية وروادها: التشكيك في السلطة، ترجمة صلاح عبد الحق، ج1، ط1، رياض الريس للكتب والنشر، لبنان، 2008.
- مراجع باللغة الاجنبية:

- 01- Alain SERIAUX ,« Une définition civile du mariage », Recueil Dalloz 2005.
- 02- Alex Weill et Francois TERRE , Droit civil , Les obligations, 2e éd (Précis DALLOZ) Paris 1975.
- 03- Christian l'arroumet, droit civil, les obligations, le contrat tom3.4eme édition .
- 04- Chron. M. FABRE-MAGNAN ; *LPA*, 17octobre 1997, p. 328,
- 05- D.TCHOUR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O.P.U,2004.
- 06- E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, Paris, 1912.
- 07- F. Dekeuwer-Défosse, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998.
- 08- FAGARO (France), *La volonté*, Paris, ARMAND COLIN, 2002.
- 09- Gérard Légier, droit civil, les obligations, 16ed, Dalloz, 1998
- 10- Ghaouti Ben Melha ,*Le Droit Algerien De La Famille*, Office Des Publications Universitaires ,1993
- 11- Guyon, *Droit des Affaires, Droit Commercial Général et Sociétés*, 2e éd., Economica, no 96.
- 12- H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008.
- 13- H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité: métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité, Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2009.
- 14- HENRI CAPITANT: *De la cause des obligations*, 3eme édition, Dalloz , Paris .1927
- 15- J. FLOUR et J-L .AUBERT, *Les obligations, l'acte juridique*, 6ème édition, Armand Colin, 1994.
- 16- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Sirey, 12^{ème} édition, 2006

- 17- J.-M.-E. Portalis, Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Joubraire, libraire de la Cour de cassation, Paris, 1844.
- 18- Jan GICQUEL - Droit constitutionnel et institutions politiques - 16^{ème} édition
- 19- Jean CARBONNIER. Droit Civil, les obligations t. 4, Paris (COLL Themis) 1972. no8 .
- 20- Jean GICQUEL - Droit constitutionnel et institutions politiques - 16^{ème} édition .
- 21- Julliot De La Monrandière, Droit Civil, T II, Dalloz, Paris. 1966.
- 22- *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006
- 23- M. Ghestin « *Le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées, en vue de produire des effets de droit*». M. Ghestin, Droit civil, Les Obligations, Le Contrat, L.G.D.J. 1980,
- 24- M. WALINE , *L'individualisme et le droit*, Domat, Montchrestien, Paris, 1945 .
- 25- M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002 .
- 26- M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*, Paris, 1957.
- 27- Malaurie ph. «Aynes, et stoffel MUNCK, droit civil des obligation, paris ,02^{ème} édition,2005.
- 28- Niboyet: La théorie de l'autonomie de la volonté, La Haye, 1927 .
- 29- Olivier. Martin (Fr.): Histoire du droit français des origines à la Révolution, Paris, 1951.
- 30- P.RAYNAUD, Droit civil, Les personnes, Sirey, 3^{ème} édition, Paris 1976.
- 31- Planiol et Reipert : Traité élémentaire de droit civil, Paris 1938.
- 32- S. Melchior-Bonnet et C. Salles dir., Histoire du mariage, Robert Laffont, Paris, octobre 2009.
- 33- S. NICINSKI, “Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs”, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, vol. 1, CREAM, Montpellier, 2006.
- 34- V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980.
- 35- William Blackstone. Commentaries on the Laws of England. Vol, 1. 1765,
- 36- Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2008.
- 37- Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J, Paris, 1972

الرسائل والاطروحات الجامعية: -

- 1- بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2015-2016.
- 2- الحسن رحو، نظام الزواج بين التاريخ والقانون الإسلامي - محاولة للتأصيل - " أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق جامعة محمد الخامس، الرباط السنة الجامعية، 2001 / 2002.
- 3- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015 .
- 4- خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة-دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد-تلمسان، 2018/2017.
- 5- رزيق بخوش، عيوب الرضا في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2018.
- 6- سعادي لعلی، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.
- 7- سمير شيهاني، شرط الولي في عقد المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2014/10/22
- 8- السيد عبد الحميد علي فودة، مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996.
- 9- الشهابي إبراهيم الشرقاوي، تثبيت الجنس وآثاره، دراسة مقارنة ، دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002.
- 10- صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2018/2017.
- 11- عبد الحميد بن شنين ، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر 1996، ص54.
- 12- عبد المحسن سعد الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1983.
- 13- عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

- 14-** عماري نور الدين، دور ارادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد- تلمسان، 2018/2017.
- 15-** عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية ط1، 1423هـ-2002م.
- 16-** فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وأثار الإخلال به، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، 2003/ 2002.
- 17-** كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، رسالة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوي قسنطينة، 2014-2015، ص23.
- 18-** ماهر ياسين فحل، أثر اختلاف الأسانيد والمتون في اختلاف الفقهاء - أصل الكتاب رسالة دكتوراه، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ط، 2009 م.
- 19-** محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.
- 20-** محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012.
- 21-** موحى أسيد أعمار، خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة-من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2014/2015.
- 22-** هشام عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2002.
- 23-** وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2018/2019.
- 24-** يوسف بوشي، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016.
- رسائل الماجستير:
- 01-** سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2011- 2012.

- 02- مرزوقي قدار، اتجاه المُشرِّع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2012/2013.
- 03- أحمد عبدو، مدى حرّية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير - فرع عقود ومسؤولية-، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998.
- 04- آمنة محمود سليمان الرواشدة، حيوات المرأة في الدولة المملوكية في مصر والشام (1250-1517م)، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 1997م-1417هـ.
- 05- حاتم دايدو، المسؤولية المدنية في الخطبة والزواج محاولة في التأسيس، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2005-2006.
- 06- حدي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة ابوبكر بلقايد، السنة الجامعية 2012-2013.
- 07- عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014.
- 08- محمد عثمان حلس، الإرادة الإنسانية في ضوء القرآن الكريم، رسالة ماجستير في التفسير وعلوم القرآن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009، ص3.
- 09- مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2006م، 2007م.
- المقالات العلمية:**
- 1- صالح حمليل، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ع06، 2005.
- 2- أبو سفيان مصطفى باحو السلاوي المغربي، العلمانية والمذهب المالكي، جريدة السبيل، المغرب، ط1، 2012م.
- 3- أحمد باسل، نور الدين الرفاعي، حقوق الإنسان في فلسفة الثورة الفرنسية، مجلة جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، العدد 19، د.س.ن.
- 4- احمد زكي، حكم جراحة تغيير الجنس في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، مج8، ع2، 2020.

- 5- أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المغرب، مطبعة السلام، 2010، العدد 43 .
- 6- أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، محمد علي العمري، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني الدراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، بحث مقدم ل:دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43 ، ملحق1 ،كلية الشريعة، جامعة آل البيت، الأردن، 2016..
- 7- آدم أبكر صافي النور، انتقادات التي يقوم عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مجلة العدل، مج8، ع19، 2006/12/30، وزارة العدل إدارة التأصيل والبحث والتدريب، السودان.
- 8- إسحاق إبراهيم منصور، الثورة التشريعية الجزائرية وانجازاتها الضخمة. مجلة الشرطة، عدد 34 ، 1987.
- 9- أ عمر سعيد شاحبة، عيسى امعيرة، المركز القانوني للمرأة في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 9.
- 10- أ عمر مجايوي، الإجراءات الايجابية، أي حل لمعالجة اللامساواة الفعلية بين الرجل والمرأة؟، م.ج. إ.س، العدد، 01، 2008.
- 11- أم الخير بوقرة، مبدأ التراضي في إطار إبرام عقد الزواج، مجلة البحوث الأسرية، الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر، مج1، ع2، 2021.
- 12- إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 3، المجلد10.
- 13- أيمن فتحي محمد علي، جراحات تصحيح الجنس وآثارها: دراسة فقهية مقارنة في ضوء المعطيات الطبية الحديثة، 2009.
- 14- بسام سليمان وأكرم حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء ادارة المخاطر والتشريعات القانونية)، العراق: جامعة الموصل.
- 15- بن بيهي فرحاية، ثلاثية الحرّية والاخلاق والدين عند كانط، مجلة تطوير، مخبر تطوير البحث في العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة سعيدة، مج 5، العدد2، ديسمبر 2018.
- 16- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، ع11، سبتمبر 2018.
- 17- بوخاتم آسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج -دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج 3، ع 2.

- 18- بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري-دراسة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية-، مجلة القانون والعلوم السياسية، مج5، ع 01 الرقم التسلسلي 09، جانفي 2019 .
- 19- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الاذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد36، العدد4.
- 20- تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط01، 2001.
- 21- تشوار جيلالي ، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق، العذري والتغيير الجنسي نموذجاً ، م . ع . ق .إ.د.، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- 22- تشوار جيلالي ، خواطر حول بعض جوانب في العلاقات الزوجية ،م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد الثاني، 2007 .
- 23- تشوار جيلالي ، عولمة بعض الاكتشافات المعاصرة للعلوم الطبية والبيولوجية ومدى تأثيرها على حقوق الإنسان الأسرية، المجلة القانونية التونسية، 2003 .
- 24- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، دط، د.س.ن.
- 25- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك ،م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، 2012 ، العدد12، ص09.
- 26- تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك ،م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، 2012، العدد 12ص7 وما بعدها .
- 27- سماحي خالد، اتجاهات القوانين العربية في مدى إيجاب ولاية الأب والقرابة في زواج البالغة، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد 06 ، العدد 01، 2015، ص45.
- 28- شامي أحمد ، بن شنوف فيروز، الرضائية في إبرام عقد الزواج والحلاله :الزوجة معقود معها أم عليها؟، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مج :57 ، العدد4 ،السنة 2020.
- 29- عبد الرحمن بن حسن النفيسه، مسائل في الفقه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية متخصصة في الفقه الإسلامي، مارس، أبريل، مايو، 2006 ، العدد 70، مطابع دار البحوث، الرياض.
- 30- عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، بحث محكم قدم حلقة البحث التي أقامها مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة بعنوان (نفقة الزوجة في ضوء متغيرات العصر) ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المملكة العربية السعودية ط: 1، 1432 هـ - 2011 م.

- 31- عيسى جعنيط، المرأة والأسرة الجزائرية في مواجهة التغريب والعملة، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، سبتمبر 2004، العدد 8.
- 32- كسار طارق حسن، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، مج 5، ع 1، 2015.
- 33- منذر شباني، وهانبا بهجت مهنا، الحب عند هيغل، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة الآداب والعلوم الإنسانية، المجلد 38، العدد 5، سورية، 2016.
- 34- نصر الدين بن غنيسة، إشكالية الأمومة في الخطاب النسوي الغربي، مجلة التواصل الأدبي، كلية الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية، مخبر الأدب العام والمقارن، جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 09، العدد 02، جوان 2020.
- 35- هجيرة خدام، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مج 5، ع 2، 2020.
- 36- وحياني جيلالي، رضا المرأة في الزواج في قانون الأسرة 05-02 على ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 7، ديسمبر 2019.
- مقالات على الانترنت:**
- 1- عبد الحميد الصالح، مقال: الحرية، الفلسفة وعلم الاجتماع والعقائد، المجلد 8، ص 241؛ موقع الموسوعة العربية، الرابط: <http://www.arab-ency.com.sy>
- 2- كسار، طارق حسن، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، مج 5، ع 1، 2015. <https://search.emarefa.net/detail/BI>
- 3- كريم مأمون، اشتهاؤ تغيير الجنس - الشكل الأكثر تطرفاً من عدم الرضا الجنسي -، انظر الرابط:
- 4- <https://www.enabbaladi.net/archives/491025>
- 5- كريمة خلاص، مقال صحفي، قانون الأسرة يعيد الجدل بين المطالبين بالإلغاء والمكتفين بالتعديل، 2020/11/27، موقع جريدة الشروق، الرابط: <https://www.echoroukonline.com/writer/>
- 6- ليندا زيربلي، النقد النسوي لليبرالية، ترجمة سنية نمر ياسين، رابط الموضوع: <http://cutt.us/vFBZe>
- 7- مصطفى حلمي، المنفعة العامة كأحد المذاهب الأخلاقية في الفلسفة الحديثة، الرابط: <http://www.alukah.net/sharia/0/44004/>
- 8- منة الرفاعي، قراءة في الزواج المدني في العالم العربي، نشر بتاريخ: 04/12/2018، الرابط:

<https://www.noonpost.com/author/25747>

9- أيمن أبو العيال، مبدأ سلطان الإرادة، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، مج 6، الرابط:

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/164140>

10- عبد الصمد الديالمي، الجنسانية قبل الزوجية: من الزنا إلى الفساد إلى الحرية الفردية، موقع مؤمنون بلا

حدود الرابط: <https://www.mominoun.com/articles/%D8%A7%D9%84%>

11- صلاح الصاوي، مقالة: صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان - من كتاب "شبهات حول تطبيق الشريعة

الإسلامية"، موقع الألوكة الشرعية: <http://www.alukah.net/sharia/0/44004/>

المواقع الالكترونية:

- 1- <http://www.arab-ency.com.sy>
- 2- <http://www.gao.gov/archiv/1997/og79016.pdf>.2003 update.
- 3- <https://ar.nsp-ie.org/dogmatismo-206>
- 4- <https://cours-de-droit.net/>
- 5- <https://hekmah.org>
- 6- <https://legal-agenda.com/wp-content/uploads/>
- 7- <https://political-encyclopedia.org/dictionary/>
- 8- <https://undocs.org/ar/E/C.12/DZA/CO/4>
- 9- <https://www.bibliotdroit.com>
- 10- <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions>
- 11- <https://www.doctrine.fr>
- 12- <https://www.gouvernement.fr/>
- 13- [/https://www.larousse.fr](https://www.larousse.fr)
- 14- <https://www.bibliotdroit.com>

فهرس الموضوعات

نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج

في ضوء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

01.....:مقدمة:

16	فصل تمهيدي: الاطار الفلسفي والتاريخي لمفاهيم الإرادة والزواج
18	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحرية والإرادة
18	المطلب الأول: مفهوم الحرية
19	الفرع الأول: مدلول الحرية في اللغة والاصطلاح
21	الفرع الثاني: الحرية عند الفلاسفة
24	الفرع الثالث: مفهوم الحرية في الإسلام
26	المطلب الثاني: مفهوم الإرادة
26	الفرع الأول: تعريف الإرادة
27	الفرع الثاني: مراحل الإرادة
29	المبحث الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة وتطوره.
29	المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في ظل القوانين القديمة
29	الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني
32	الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الكنسي
34	المطلب الثاني: تطور مبدأ سلطان الإرادة في العصر الحديث
35	الفرع الأول: أسباب ظهور مبدأ سلطان الإرادة
36	الفرع الثاني: نشأة نظرية سلطان الإرادة في أحضان مدرسة القانون الطبيعي
38	الفرع الثالث: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة
42	المطلب الثالث: انتكاس مبدأ سلطان الإرادة والقيود المفروضة عليه
42	الفرع الأول: بداية الشك في صحة مذهب الإرادة
44	الفرع الثاني: نقد مبدأ سلطان الإرادة
49	المبحث الثالث: التطور الفلسفي لمفهوم الزواج.
49	المطلب الأول: الزواج في الفلسفة اليونانية والرومانية
49	الفرع الأول: الزواج في تصور أفلاطون
50	الفرع الثاني: الزواج في تصور أرسطو
50	المطلب الثاني: الزواج في اليهودية والنصرانية وفلسفة العصر الحديث.
50	الفرع الأول: مفهوم الزواج في الشريعة اليهودية.
51	الفرع الثاني: مفهوم الزواج في المسيحية وخصائصه

53	الفرع الثالث: مفهوم الزواج في فلسفة العصر الحديث
61	الباب الأول: سلطان الإرادة في عقد الزواج بين الحرية والتقييد
64	الفصل الأول: "مبدأ سلطان الإرادة" النظرية وتطبيقاتها في ميدان الأحوال الشخصية
65	المبحث الأول: المضمون الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة في القانون الوضعي
65	المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة
65	الفرع الأول: التعريف الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة
68	الفرع الثاني: خصائص مبدأ سلطان الإرادة
69	الفرع الثالث: دور نظرية العقد الاجتماعي في تفسير خصائص مبدأ سلطان الإرادة
72	المطلب الثاني: المبادئ المتعلقة بمبدأ سلطان الإرادة
74	الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل "مبدأ الرضائية"
76	الفرع الثاني: حرية الإرادة في تحديد آثار العقد "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"
79	المبحث الثاني: الإرادة العقدية بين الحرية والتقييد في الفقه الإسلامي
81	المطلب الأول: حرية الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي
81	الفرع الأول: مفهوم حرية الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي
83	الفرع الثاني: خصوصية سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي
84	المطلب الثاني: المضمون الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة عند الفقهاء المعاصرين
84	الفرع الأول: حرية التعاقد ورضائيه
86	الفرع الثاني: حرية العاقدين في إنشاء أنواع العقود وفي القوة الإلزامية للعقد
87	الفرع الثالث: حرية الإرادة في تحديد آثار العقد
89	المطلب الثالث: العقد بين مبدأ سلطان الإرادة مع مبدأ الجعلية
90	الفرع الأول: مفهوم مبدأ الجعلية في العقود
91	الفرع الثاني: نظرية مقتضى العقد
92	الفرع الثالث: نطاق مبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي
95	الفرع الرابع: مدى تقييد مبدأ الجعلية لسلطان الإرادة
99	المبحث الثالث: عقد الزواج من قيود الكنيسة إلى ولاية القانون المدني
100	المطلب الأول: الإطار التاريخي لفكرة الزواج المدني
100	الفرع الأول: المركز القانوني للمرأة الأوروبية في عقد الزواج قبل القانون المدني
102	الفرع الثاني: ظهور فكرة الزواج المدني
104	المطلب الثاني: المضمون الفقهي لفكرة الزواج المدني
104	الفرع الأول: الزواج المدني مفهوم علماني قابل للتطور
105	أولاً- المفهوم التقليدي للزواج المدني:

- 107 ثانيا- المفهوم المعاصر للزواج:
- 108 ثالثا- الزواج مفهوم متجدد:
- 110 الفرع الثاني: خصائص الزواج المدني.
- 117 المبحث الرابع: مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الزواج المدني
- 119 المطلب الأول: تكريس حرية الإرادة في عقد الزواج
- 119 الفرع الأول: الزواج حق طبيعي وحرية إنسانية
- 121 الفرع الثاني: إبرام عقد الزواج تعبير حر عن الإرادة
- 122 الفرع الثالث: حرية الزواج في الفلسفة الليبرالية
- 122 أولا- غلو الحضارة الغربية في مبدأ سلطان الإرادة جرد الزواج من طابعه المؤسسي:
- 123 ثانيا- عولمة الأسرة:
- 124 ثالثا- مظاهر تكريس حرية الزواج في التشريعات الغربية:
- 126 المطلب الثاني: تكريس مبدأ المساواة في عقد الزواج
- 127 الفرع الأول: اعتراف القانون بالمساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات
- 127 الفرع الثاني: الاعتراف بالحقوق الأسرية المتساوية خارج مؤسسة الزواج
- 129 الفرع الثالث: انفتاح الزواج على التأثيرات المتبادلة للثقافات الوطنية
- 130 الفرع الرابع: الزواج مؤسسة أوروبية مشتركة في طور الانهيار.
- 132 المطلب الثالث: مفهوم الحرية والمساواة في إبرام عقد الزواج في الفقه الإسلامية
- 132 الفرع الأول: العدل قيمة مركزية في الشريعة الإسلامية وليس ملازم بالضرورة للمساواة
- 133 الفرع الثاني: الحرية والمساواة في الزواج بين عدل الشريعة الإسلامية وشطط الخطاب العلماني.
- 141 الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية بين حرية الإرادة العقدية وقيود النظام القانوني
- 142 المبحث الأول: أسس الرابطة الزوجية في فلسفة القانون
- 143 المطلب الأول: الرؤية المؤسسية للرابطة الزوجية
- 143 الفرع الأول: الأسس النظرية لمؤسسة الزواج
- 144 الفرع الثاني: مبررات الرؤية المؤسسية
- 145 المطلب الثاني: الرؤية التعاقدية للرابطة الزوجية
- 146 الفرع الأول: الأسس النظرية لعقد الزواج
- 147 الفرع الثاني: مبررات الرؤية التعاقدية للزواج
- 151 المبحث الثاني: التكيف القانوني لعقد الزواج بين حرية الإرادة العقدية وقيود النظام القانوني
- 152 المطلب الأول: التكيف القانوني للرابطة الزوجية بين العقد والنظام
- 152 الفرع الأول: الزواج نظام قانوني
- 158 الفرع الثاني: الزواج عقد قانوني

- 165 الفرع الثالث: الزواج عقد ونظام قانوني
- 167 الفرع الرابع: مظاهر التكيف التعاقدى للرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري
- 172 **المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للرابطة الزوجية بين العقد المدني والديني**
- 172 الفرع الأول: عقد الزواج بين الحرية المدني وقيود الاحكام الشرعية
- 177 الفرع الثاني: الزواج عقد شرعي
- 180 **المبحث الثالث: عقد الزواج بين شمولية الشريعة وظرفية القاعدة القانونية**
- 180 **المطلب الأول: الاتجاه نحو مدنية التشريع الأسري**
- 181 الفرع الأول: مآلات تقنين الزواج المدني
- 183 الفرع الثاني: مدى اعتبار تقنين الزواج المدني ضرورة يستدعيها النظام القانوني والاجتماعي.
- 185 الفرع الثالث: الموانع الشرعية التي تحول دون تقنين الزواج المدني
- 192 **المطلب الثاني: تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية**
- 193 الفرع الأول: قانون الأسرة يستمد سلطانه وغاياته من الشريعة ومقاصدها.
- 197 الفرع الثاني: الخصائص التشريعية والحقوقية للزواج الشرعي
- 198 الفرع الثالث: صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.
- 203 الباب الثاني: مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج وتحديد آثاره**
- الفصل الأول: مدى حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج والقيود الواردة عليها**
- 205 **(مظاهر تكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج)**
- 206 **المبحث الأول: الرضائية في إبرام عقد الزواج تجسيد لحرية الإرادة**
- 206 **المطلب الأول: مفهوم ركن الرضا في عقد الزواج**
- 207 الفرع الأول: مفهوم الرضا
- 209 الفرع الثاني: مفهوم الرضا في الفقه الحنفي وأثره في إبرام عقد الزواج
- 212 الفرع الثالث: مفهوم الرضا عند الجمهور وأثره في إبرام عقد الزواج
- 214 **المطلب الثاني: خصوصية الرضا في عقد الزواج**
- 214 الفرع الأول: ضرورة التراضي في إبرام عقد الزواج
- 216 الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج
- 218 **المطلب الثالث: رضائية الزواج بين خصوصية الصيغة وشكلية اللفظ**
- 219 الفرع الأول: خصوصية الصيغة في الفقه الإسلامي
- 222 الفرع الثاني: الشكلية اللفظية في الفقه الإسلامي
- 225 الفرع الثالث: خصوصية الصيغة في القانون الوضعي
- 228 الفرع الرابع: خصوصية الصيغة في قانون الأسرة
- 233 **المبحث الثاني: الحماية القانونية لحرية التراضي في عقد الزواج**

- 233 **المطلب الأول: وجوب الأهلية للاعتداد بالتعبير عن رضا الزوجين**
- 234 الفرع الأول: حماية حرية الإرادة باشتراط بلوغ السن القانونية للزوج
- 235 الفرع الثاني: الترخيص القضائي للقصر كاستثناء على شرط بلوغ السن القانونية للزوج
- 239 الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج
- 242 الفرع الرابع: جزاء مخالفة سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري
- 246 **المطلب الثاني: مدى تأثير عيوب الرضا على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج**
- 247 الفرع الأول: مفهوم عيوب الرضا في الفقه الإسلامي والقانوني
- 249 الفرع الثاني: مدى تأثير الإكراه على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج
- 255 الفرع الثالث: مدى تأثير التدليس على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج
- 257 الفرع الرابع: مدى تأثير عيب الغلط على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج
- 262 **المبحث الثالث: القيود الواردة على حرية الإرادة في إبرام عقد الزواج**
- 263 **المطلب الأول: القيود الواردة على حرية الإرادة في قانون الأسرة من منظور الاتفاقيات الدولية**
- 263 الفرع الأول: المواثيق الدولية المؤسسة للحرية والمساواة في عقد الزواج
- 266 الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة من منظور اتفاقية سيداو
- 271 **المطلب الثاني: حرية تعدد الزوجات والقيود الواردة عليها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**
- 271 الفرع الأول: حرية تعدد الزوجات والقيود الواردة عليها في الشريعة الإسلامية
- 275 الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من تعدد الزوجات
- 277 **المطلب الثالث: تقييد سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج بمبادئ النظام العام**
- 278 الفرع الأول: حرية الزواج مبدأ أساسي من مبادئ النظام العام
- 278 أولاً- حقيقة الحرية الجنسية
- 279 ثانيا- رسم حدود حرية زواج من خلال قيد الاختلاف في الجنس
- 279 ثالثا- تصحيح الجنس تكريسا لمبدأ الحرية في الزواج بما يتماشى مع النظام العام:
- 282 الفرع الثاني: دور النظام العام في حماية الركن البيولوجي لعقد الزواج.
- 283 أولاً- تعارض ما يسمى بزواج مثلي الجنس مع النظام العام:
- 286 ثانيا -تعارض تغيير الجنس مع النظام العام:
- 295 **المبحث الرابع: مدى اعتبار ركن الولي قيذا على حرية إرادة المرأة في إبرام عقد الزواج**
- 296 **المطلب الأول: أحكام ولاية الزوج في الشريعة الإسلامية**
- 296 الفرع الأول: الحكمة من الولاية في الزواج
- 297 الفرع الثاني: حكم الولاية في عقد الزواج
- 297 القول الأول: لا يصح عقد النكاح من غير ولي، وهو شرط في صحة العقد
- 300 القول الثاني: قول الأحناف
- 304 **المطلب الثاني: حدود سلطة الولي في الزواج في الفقه الإسلامي**

- 304 الفرع الأول: نطاق ولاية الإيجار في الفقه الإسلامي
- 310 الفرع الثاني: ولاية الاختيار في الفقه الإسلامي
- 311 الفرع الثالث: تعبير المرأة عن إذنها بالزواج
- 312 الفرع الرابع: عضل الولي وحكمه
- 314 الفرع الخامس: ترتيب الأولياء في الشريعة الإسلامية
- 319 المطلب الثالث: حدود سلطة الولي في ظل قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05**
- 319 الفرع الأول: نطاق سلطة الولي وأثرها على رضا المرأة وحرية اختيارها
- 321 الفرع الثاني: نطاق سلطة الولي في مباشرة عقد الزواج
- 323 الفرع الثالث: سلطة الولي من حيث الاستحقاق وترتيب الأولياء
- 323 أولا- بالنسبة للمرأة القاصر التي لم تبلغ سن الرشد:
- 324 ثانيا- بالنسبة للمرأة الراشدة:
- 326 المطلب الرابع: أثر تخلف الولي على عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**
- 326 الفرع الأول: أثر تخلف الولي في ظل قانون الأسرة 84-11 قبل تعديله
- 328 الفرع الثاني: أثر تخلف الولي في ظل قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05
- 330 الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة من عضل الولي
- 331 الفرع الرابع: أثر اتفاقية سيداو على تعديلات التي طالت ركن الولي في قانون الأسرة
- 339 الفصل الثاني: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج وانحلاله**
- 340 المبحث الأول: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**
- 341 المطلب الأول: إطلاق سلطان الإرادة في اشتراط ما يوافق مقتضى عقد الزواج**
- 341 الفرع الأول: حكم اشتراط ما يقتضيه عقد الزواج
- 343 الفرع الثاني: الشروط الموجبة والمؤكدة لمقتضى عقد الزواج
- 343 أولا- الشروط الموجبة لحكم من أحكام عقد الزواج
- 345 ثانيا- الشروط المؤكدة لحكم يقتضيه عقد الزواج:
- 345 الفرع الثالث: الشروط التي جرى بها العرف أو دل على اعتبارها دليل شرعي
- 345 أولا- الشرط الذي جرى به العرف
- 346 ثانيا- الشروط التي دل على اعتبارها دليل شرعي
- 346 المطلب الثاني: تقييد حرية الإرادة عن اشتراط ما ينافي مقتضى عقد الزواج أو ثبت النهي عنه.**
- 347 الفرع الأول: تقييد حرية الإرادة عن اشتراط ما ينافي مقتضى عقد الزواج.
- 353 الفرع الثاني: تقييد سلطان الإرادة بالشروط المنهي عنها شرعا
- 354 1- أن تشتط الزوجة طلاق ضررها
- 354 2- اشتراط تأقيت النكاح ويدخل في ذلك نكاح المتعة:
- 355 3- نكاح الشغار

- 356 4-نكاح التحليل
- 356 **المطلب الثالث: مدى حرية الإرادة في اشتراط ما ليس من مقتضى عقد الزواج وفيه منفعة للزوجين**
- 357 الفرع الأول: مذهب الحنفية والشافعية
- 359 الفرع الثاني: مذهب المالكية
- 361 الفرع الثالث: مذهب الحنابلة
- 368 الفرع الرابع: جزاء عدم الوفاء بالشروط في النكاح
- 370 **المبحث الثاني: مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**
- 371 **المطلب الأول: تكريس قانون الأسرة لمبدأ سلطان الإرادة في أخذه بحرية الاشتراط**
- 371 الفرع الأول: حرية الاشتراط في ظل القانون الأسرة قبل التعديل
- 372 الفرع الثاني: حرية الاشتراط في ظل الأمر رقم 05-02
- 376 **المطلب الثاني: القيود الوارد على سلطان الإرادة في الاشتراط في قانون الأسرة الجزائري**
- 376 الفرع الأول: عدم مخالفة الشرط للنظام العام والآداب.
- 380 الفرع الثاني: عدم مخالفة الشرط لأحكام قانون الأسرة
- 382 الفرع الثالث: جدية المصلحة
- 384 الفرع الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في تعديل أو نقض بعض الشروط
- 387 **المطلب الثالث: جزاء عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج**
- 387 الفرع الأول: جزاء عدم الوفاء بالشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
- 389 الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه
- 390 **المبحث الثالث: تطبيقات عن الشروط المقترنة بعقد الزواج**
- 391 **المطلب الأول: اشتراط عدم تعدد الزوجات**
- 392 الفرع الأول: حكم اشتراط الزوجة على زوجها عدم تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية
- 393 الفرع الثاني: رأي القانونين في مسألة اشتراط الزوجة على زوجها عدم تعدد الزوجات
- 395 **المطلب الثاني: حرية المرأة في اشتراط العمل**
- 396 الفرع الأول: حكم خروج المرأة إلى العمل الكسبي
- 401 الفرع الثاني: حكم اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل
- 405 **المبحث الرابع: دور الإرادة المنفردة للزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية**
- 406 **المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج والقيود الواردة عليه**
- 406 الفرع الأول: مفهوم الطلاق في الشريعة الإسلامية
- 408 الفرع الثاني: مبررات حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة
- 411 الفرع الثالث: تقييد حرية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة
- 419 الفرع الرابع: القيود الواردة على حرية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة في قانون الأسرة.
- 428 **المطلب الثاني: إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة عن طريق الخلع والقيود الواردة عليه**

429	الفرع الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية.
433	الفرع الثاني: دور إرادة الزوجين في إيقاع الخلع في الفقه الإسلامي
434	الفرع الثالث: مظاهر حرية الإرادة في إيقاع الخلع
437	الفرع الرابع: القيود الشرعية الواردة على إرادة المرأة عند طلب الفرقة والاختلاع من زوجها
438	المطلب الثالث: دور إرادة الزوجين في إيقاع الخلع في قانون الأسرة
438	الفرع الأول: دور إرادة الزوجين في إيقاع الخلع في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل
442	الفرع الثاني: دور الإرادة في الخلع في قانون الأسرة المعدل بالامر 05-02
444	المطلب الرابع: إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة عن طريق التطليق
444	الفرع الأول: مفهوم التطليق
445	الفرع الثاني: أسباب التطليق المضافة بموجب الامر 05-02
446	أولاً- التطليق بسبب الشقاق المستمر
447	ثانياً- التطليق لمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة:
448	ثالثاً- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها:
449	المبحث الخامس: إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المشتركة للزوجين
449	المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي
450	الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي
452	الفرع الثاني: صور الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية.
453	1- حالة الخلع الاتفاقي
454	2- حالة الطلاق على مال
454	3- حالة تفويض الزوجة في الطلاق
455	الفرع الثالث: الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري
457	المطلب الثاني: مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في الطلاق بالتراضي
457	الفرع الأول: الطلاق بالتراضي آلية لتحقيق الحرية والمساواة
458	الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي بين أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية
462	خاتمة
480	قائمة المصادر والمراجع:
507	فهرس الموضوعات

تهدف هذه الرسالة إلى الوقوف على مدى حرية الإرادة في رسم نطاق الخيار الفردي عند إبرام عقد الزواج ودورها في ترتيب آثاره، وبيان حدود انفتاح قانون الأسرة على مبادئ القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكل القوانين، خصوصاً ما تعلق بتوظيف المشرع الأسري لمبدأ سلطان الإرادة في إعداده للتعديلات الأخيرة التي جاءت في مجملها تمس مكامن الخصوصية الشرعية لعقد الزواج، وتسهدف إعادة تنظيم روابط الأسرة بما ينسجم والاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

الكلمات المفتاحية: مبدأ سلطان الإرادة- قانون الأسرة- حرية الزواج- المساواة - الرضائية- الاشتراط.

CONCLUSION :

Cette thèse vise à déterminer l'étendue de la liberté de la volonté et du choix individuel lors de la conclusion du contrat de mariage, et son rôle dans la détermination de ses effets, et à indiquer les limites de la conformité du droit de la famille aux principes de droit civil comme source générale de toutes les lois, en particulier en ce qui concerne l'emploi par le législateur de la famille du principe de l'autonomie de la volonté dans sa préparation des récents amendements, qui sont venus dans leur intégralité, affectent la confidentialité juridique du contrat de mariage, et visent à réorganiser les liens familiaux conformément aux conventions internationales pertinentes.

Les mots clés: Le principe de l'autonomie de la volonté – droit de la famille – liberté de mariage – égalité – consensuel-

CONCLUSION:

This thesis aims to determine the extent of the freedom of the will to determine the extent of individual choice when concluding the marriage contract, and its role in determining its effects, and to indicate the limits of the conformity of the family law to the principles of civil law as the general source of all laws, in particular with regard to the employment by the family legislator of the principle of the autonomy of the will in its preparation of the recent amendments, which are come in their entirety, affect the legal confidentiality of the marriage contract, and seek to reorganize family ties in accordance with relevant international conventions.

Keywords: The principle of the autonomy of the will – family law – liberty of marriage – equality – consensual-