جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

دور المرأة في إنشاء عقد الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأسرة

من إعداد الطالبين:

- بورقعة صلاح الدين
- لعـــداسي هشـــام

تحت إشراف الأستاذة:

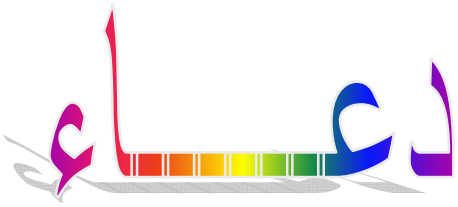
د/ بشير حفيظة

لجنة المناقشـــة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. عتـيق نظيـرة	أستـاذ محاضـــر	رئيســـا
د. بشـير حفيظـة	أستـاذ محاضـــر	مشرفـا ومقرّرا
د. سيليني كريمـة	أستـاذ محاضـــر	عضوًا مناقشـا

دورة جوان 2024

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠



﴿وَقُلِ اعْمَلُــوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُــولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

التوبة الآية 105

«النجاح يحققه فقط الذين يواصلون المحاولة بنظرة إيجابية للأشياء».

-حـكمة-

شكر وعرفان

إذا كان على المرء أن يذكر لكل ذي فضل فضله، امتثالا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ ، ولقوله صلى الله عليه وسلم: « لا يَشكُرُ اللهَ مَن لا يَشكُرُ النَّاسَ».

الحمد لله كثيرا نشكره ونحمده وهو المستعان على أن وفقنا لإتمام هذا البحث، فالعرفان بالجميل يقضي وفاء أهل الفضل، وبه نتقدم بجزيل الشكر وفائق التقدير واحترامنا لأستاذتنا المشرفة الدكتورة: "بشير حفيظة" على ما قدمته لنا من توجيهات ونصائح قيمة فجزاها الله كل خير إن شاء الله.

كما نتقدم بالشكر إلى الأساتذة الدكاترة أعضاء اللجنة المناقشة الموقرة لقبولهم قراءة المذكرة ومناقشتها.

كما لا ننسى الشكر لكل من قدّم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد.

الإهداء

قال تعالى: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾

مهما كتبت من عباراتٍ تخرج، فلن أجد أصدق من قوله تعالى: ﴿وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ"﴾

فالحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، والحمد لله الذي لا يضاهي نعمتهُ وفضلهُ أي شيء

ها قد انطوت صفحة من صفحات الحياة، صفحة كان فيها الجد والاجتهاد رفيقاً على الدوام، لحظة توديع الدراسة والتعب وجاء وقت الحصاد، لأجني فيها ثمرة تفوّقي ونجاحي بعد تعب وجهد وسهر لسنوات عديدة، لم تكن الطريق أو الرحلة قصيرة ولم يكن الطريق محفوفًا بالتسهيلات، لكنّني فعلتها.

أهدي ثمرة نجاحي إلى:

من قال فيهما الله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾

أهدي لهما فرحة سنيني وتعبي الذي أحصد ثماره، أبي وأمي فقد كانا بمثابة السند الذي أنار طريقي ودربي في هاته السنين

إلى إخوتي، جبالي الشامخة، أنتم النعمة التي زادتني عزمًا وإرادة

إلى أصدقائي جميعًا، جمعنا الله وفرّقنا تحت غطاء المحبّة

إلى كلّ من كان له الفضل في تعليمي منذ بداية مسيرتي إلى النهاية

اللهم إنه ليس بجهدي واجتهادي إنما بتوفيقك وكرمك وفضلك.

- بورقعـة صلاح الدين

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

والدي العزيز الذي وافته المنية وأنا على مقاعد الدراسة.

تغمّده الله برحمته الواسعة

شكرًا والدي

إلى من علّمتني الصمود والأمل، أمي الغالية أحبّ إنسانة أطال اله في عمرها، شكرًا أمي

إلى إخواني وكلّ العائلة الكريمة

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

- لعداسي هشام -

مقدمة

تُعد الأسرة هي الخلية الأساسية المكونة للمجتمع ونواة تأسيسه، باعتبارها المهد الحاضن لأفراده، حيث يلتمسون فيه معاني السكينة والرحمة والحميمية والسند، فالبشرية مذ أن خلقها المولى عز وجل في حاجة للعيش والتعامل مع بعضهم البعض وفق دافع فطري لا يحتاج في تكوينه إلى تأثير اجتماعي، بل هو المحرك الرئيسي لنشأة المجتمع، وهو السبيل الوحيد الذي يحفظ بقاء النوع البشري، ولا يستقيم المجتمع إلا باستقامتها مصداقا لقوله تعالى: ﴿«**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [1]، ولقد شرّع الإسلام للمرأة من الحقوق ما لم تشرّعه أمة من الأمم في كل العصور، فتحسنت في ظلّه مكانتها وحصلت على حقوقها كاملة غير منقوصة، فقد أعلن لها إنسانيتها وأهليتها التامة بوضع القواعد التي تكفل لها المساواة مع الرجل، مع مراعاة الخصائص والوظائف بينهما كلّ حسب طبيعته.

ويعتبر البحث في قضايا الأسرة وأحكامها من المواضيع الفقهية المتجددة، والتي رسمت الشريعة الإسلامية حدودها ومعالمها، وتبناها المشرّع من خلال نصوص قانونية تنظيمية، والتي تكون في غالب الأحوال عرضة للتغيير والتعديل بحسب المتطلبات الاجتماعية للعصر الذي نعيشه، مع بقائها في مظلة الشريعة الإسلامية، وذلك بالتنسيق والموازنة بين ثوابتها التي لا يجوز المساس بها ومتغيراتها التي تفرضها الحياة، كأهلية المرأة في إبرام عقد الزواج، وضرورة تحديد سن قانونية للزواج، ودور الولي في هذا العقد وما ارتبط به من ولاية إجبار وغياب دور المرأة في عقد زواجها.

وبصدور قانون الأسرة رقم 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 المتضمن مجموعة من النصوص القانونية العامة والمجرّدة، حيث جلّ أحكامه مستمدّة من الشريعة الإسلامية، غير أن البعض انتقد هذا القانون خاصة في المسائل المتعلقة بالمرأة، والسبب الرئيسي في ذلك هو الزوبعة التي أتت بها التيارات الغربية التي غزت الدول المسلمة بما فيها الدول العربية تحت غطاء العولمة ومحاولة إضفاء قانون أسري موحد، طالبت من خلاله إجراء تعديلات جذرية في بنية الأسرة العربية المسلمة، وإعادة توزيع الأدوار الأسرية انطلاقا من مبدأ المساواة، وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية

[1] – سورة الروم، الآية 21.

التي تحمل في طياتها أحكاما مخالفة للشريعة الإسلامية، ومخالفة أيضا لخصوصية الأسرة المسلمة التي تستمد أحكامها وقناعتها من النصوص الشرعية.

ومن أبرز هذه الاتفاقيات الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] في مادته 6، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته 23، ناهيك عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة [2]، وبما أن الجزائر صادقت على هذه الاتفاقيات، فقد عمدت إلى إعادة النظر في قوانينها بحيث تتماشى وهذه الاتفاقيات، وهو ما تمّ عند تعديل قانون الأسرة من خلال الأمر 05- 02 المؤرخ في 27 ماي سنة 2005، وأعاد صياغة العديد من النصوص القانونية بهدف تجسيده لمبدأ المساواة بين الجنسين، وبالنتيجة رفعه تحفظات بلادنا على بعض بنود هذه الاتفاقيات، وبالخصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

ولأن المسائل المتعلّقة بشؤون الأسرة هي مسائل خاصة وحساسة، فيجب أن تنظم تنظيما دقيقا، والحرية في الزواج لا تكون على إطلاقها بل تقيّد باسم النظام العام العائلي بقيود وحدود، فمنها ما يتعلّق بالقيود البيولوجية، لأنّ ه إذا كان للمرأة الحرية في إبرام عقد الزواج فإنها مقيّدة ببلوغ سن الزواج، والتمتع بالأهلية الكاملة، كما أن الحرية في الزواج تقتضي التأكيد على الرضائية من خلال إعمال مبدأ سلطان الإرادة، لأن الحرية في اختيار الزوج تتطلب أن يكون الرضا حرا كاملا خاليا من عيوب الرضا.

1- أهمية الموضوع:

فموضوع المرأة من المواضيع الحساسة التي شكلت أحد محاور النقاش العمومي والتدافع الوطني منذ الانخراط في بناء الدولة الجزائرية ما بعد الاستقلال، واكتسب هذا الموضوع أهمية كبيرة في السنوات الأخيرة بفعل تفاعل عدد من العوامل الداخلية والخارجية، نتجت من جهة أولى عن تصاعد قوة الحركة النسائيةّ، وتعمقت، من جهة ثانية، ّ على إثر

[1] – الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ّ اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د–3)، المؤرخ في 1948/12/10. صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، الجريدة الرسمية العدد 64، الصادرة بتاريخ 1963/09/10.

[2] – اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمد تها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 34/180 في 1979/12/18، ودخلت حيز التنفيذ في 1983/09/03، صادقت عليها الجزائر في 1996/01/22 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 51 المؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 جانفي 1996، الجريدة الرسمية العدد 06، الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1996.

تطور الاشتغال العالمي والأممي في مرحلة العولمة على قضايا المرأة وارتفاع الضغط الخارجي المستند على مجموع الاتفاقيات الدولية، وهو انشغال تنامى بشكل كبير منذ اعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكالّ التمييز ضد المرأة، كما يعتبر موضوع دور المرأة في إنشاء عقد الزواج من المواضيع المستحدثة، التي لم يتطرّق إليها الفقهاء الأوائل.

2- أهداف الدراسة:

من أهداف هذه الدراسة هو توضيح ما إذا كانت حرية المرأة في إبرام عقد الزواج في التشريع الأسري الجزائري مقيّدة أم مطلقة، وما إذا كان المشرع قد فرض قيودا وشروطاّ عليها بسبب ما يقتضيه الصالح العام للأسرة والمجتمع.

كما تهدف هذه الدراسة إلى عرض آراء الفقهاء الأوائل والمعاصرين في القضايا التي تتفرع عن هذه الدراسة كمسألة الولي وتحديد السن القانونية للزواج وهي من المواضيع المستحدثة التي ظهرت في العصر الحديث، كما تظهر كذلك أهمية الموضوع في توجه المشرع الجزائري في رفع تحفظاته على المادة 16 من اتفاقيات القضاء على جميع أشكال التمييز وهو ما دفعه إلى تعديل نصوص قانون الأسرة.

3- دوافع اختيار الموضوع:

يعود سبب اختيارنا للموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

- **الأسباب الذاتية**

– ميولنا للموضوع بحكم تخصصنا في شؤون قضايا الأسرة.

– رغبتنا الشخصية في استكمال مسارنا التعليمي من خلال إعداد مذكرة الماستر والتي كانت موسومة: «دور المرأة في إنشاء عقد الزواج».

- **الأسباب الموضوعية :**

من الأسباب التي دعتني إلى اختيار هذا الموضوع أيضا دراسة ما يتعلق بالمستحدث والمستجد من نصوص قانونية في مجال قانون الأسرة الجزائري، والتي تشكل في مجملها – من منظور المشرع طبعا – آليات لحماية الاستقرار الأسري، ذلك أن الناظر في موضوع **دور المرأة في إبرام عقد الزواج** ، يلحظ أنه اشتمل على أحكام أهلية المرأة في الزواج، حرية الزوجة في اختيار القرين، دور الولي في الزواج وغيرها من المسائل المتعلقة بالمرأة.

وكذلك من الأسباب التي دعتني إلى اختيار هذا الموضوع:

*كون مواد قانون الأسرة أغلبها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، واعتماد المشرع لأسلوب التلفيق في اعتماده للمذاهب الأربعة

*رغبتنا في معالجة أحكام الزواج من الناحية الفقهية والقانونية، وإبراز النقاط التي وافق فيها المقنن الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية وتلك التي خالفه فيها

4- إشكالية الدراسة:

إن التساؤل الذي يطرح من خلال دراسة هذا الموضوع هو: فيما يتمثل دور المرأة في إنشاء الرابطة الزوجية؟ سواء فيما تعلق بمرحلة الخطبة أو في مسائل الزواج من رضائية أو أهلية أو حرية الزواج واختيار الشريك أو في دور الولي في عقد الزواج، هل وفق المشرّع من خلال نصوص قانون الأسرة المعدلة في خلق توازن بين الحفاظ على الثوابت والأعراف وبين إحداث التطور الجديد.

وقد انبثق عن هذه الإشكالية الرئيسية تساؤلات فرعية:

- ما هي الطبيعة القانونية للخطبة؟ وإذا كان عدول المرأة عن الخطبة حق، فمتى تترتب المسؤولية عند استعمال هذا الحق؟
- هل وفق المشرّع الجزائري بتحديد السن القانونية للزواج؟ وما هي الأسباب التي اعتمدها في ذلك؟
- إلى أي مدى يمكن أن يمارس الولي ولايته في عقد زواج من تحت ولايته؟
- هل للمرأة حرية في اختيار زوجها؟

5- المناهج المستخدمة:

اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال عملية تحليل وتفسير الأحكام الشرعية سواء كانت نصوص قرآنية أو أحاديث نبوية شريفة من خلال رؤية الفقهاء سواء المتقدمين منهم أو المعاصرين أو المتأخرين، ومدى اعتماد التشريع الجزائري على هذه الأحكام. كذلك استعملنا المنهج التاريخي وذلك خلال الوقوف على التطورات التي عرفها تقنين الأسرة الجزائري وصولا إلى التعديل الأخير، كما لا تخلوا أي دراسة نقدية من المنهج المقارن، والذي وظفناه من خلال المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري للأسرة والوقوف على التوجهات التي اعتمدها المشرع في تأسيسه للمواد القانونية وفق اختلافات المذاهب الأربعة.

6- صعوبات الدراسة:

خلال فترة إعدادنا لهذه الدراسة صادفتنا مجموعة من الصعوبات أهمها:

- ضيق الوقت خاصة بين جمع المراجع والمعلومات وإعداد المذكرة، خاصة مع اتساع الموضوع وتشعبه خاصة عند الرجوع إلى المذاهب الفقهية وآراء الفقهاء سواء القدامى أو المعاصرين بخصوص المسائل وصعوبة الإلمام بكل جوانبها.
- قلة المصادر والمراجع المتخصصة في نطاق هذا الموضوع.

7- التصريح بالخطة:

للإجابة على إشكالية الدراسة وانطلاقا من تقيدنا بعنوان المذكرة ارتأينا أن نعتمد في هذه الدراسة إلى تقسيم الموضوع إلى فصلين، سنتناول في الفصل الأول دور المرأة في مرحلة الخطبة، حيث سنتحدث عن مفهوم الخطبة وطبيعتها القانونية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وحق المرأة في العدول، ثم سننتقل تبيان آثار العدول عن الخطبة فيما يخص المهر والهدايا وحكم التعويض المادي والمعنوي، أما الفصل الثاني يتمثل في دور المرأة في إبرام عقد الزواج، حيث سنتطرق لأهلية المرأة ومظاهر مساواتها مع الرجل، ثم حق المرأة في حرية الزواج من خلال تكريس مبدأ الرضائية في عقد الزواج مع الإشارة إلى أهم المسائل المطروحة في هذا الموضوع كالولاية وحرية اختيار الزوج، والشروط المقترنة بعقد الزواج كشرط التعدد الزوجات.

ثم سنختم بحثنا بخاتمة سنحاول من خلالها الخروج بنتائج واقتراحات كعصارة مختصرة لهذه الدراسة.

مقدمة

الفصل الأول: دور المرأة في مرحلة الخطبة

المبحث الأول: المرأة وحق العدول عن الخطبة

المبحث الثاني: التعسف في استعمال المرأة لحقها في العدول

الفصل الثاني: دور المرأة في إبرام عقد الزواج

المبحث الأول: أهلية المرأة ومظاهر مساواتها مع الرجل

المبحث الثاني: المرأة والرضا في عقد الزواج

خاتمة

الفصـــل الأول:

دور المرأة في مرحلة

الخطبة

تمهيد:

لقد اهتم المشرع الجزائري بعقد الزواج و أولى له أهمية بالغة بإعتباره أساسا لتكوين أسرة تسودها المودة و الرحمة، فقد نظم أحكامه وفقا للشريعة الإسلامية، حيث بين حقوق وواجبات كل زوج نحو الآخر بهدف إنشاء أسرة ثابتة، و من أجل ذلك وضع له مقدمات تسمى قانونا بالخطبة.

وتمثل الخطبة في تقاليدنا إجراءا أوليا وتمهيديا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب وأقاربه بالاتصال بالمخطوبة أو وليها، بهدف التعرف على العروس وأسرتها من أجل تبادل الرضا والقبول مع أسرة المخطوبة بشأن المصاهرة وإقامة علاقة طيبة قبل انعقاد الزواج، فالخطبة هي تلك المرحلة التي تسبق الزواج، ويجب على المراة اختيار زوجها عن رضا وقناعة، ولأن الخطبة قد تنجرّ عنها آثارا متى تعلق الأمر بالهدايا التي يمنحها الخطيب لخطيبته أو المرأة لخطيبها، جاء المشرّع في مادة الأسرة بأحكام خاصة للعدول عن الخطبة لما له من مضار للطرف الذي تمت مباغتته بالعدول.

والعدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلّي ائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق عقد الزواج كما كان مخططا في أول بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا وقع العدول انقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام العقد دون إرادته وهو عقد ينبني على الرغبة المعلنة والإرادة المتبادلة للخطيبين.

وبناءا على ما تقدم سنتناول في هذا الفصل حق المرأة في العدول عن الخطبة (المبحث الأول)، ثم نتناول المرأة وآثار العدول عن الخطبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المرأة وحق العدول عن الخطبة

يُعدّ الزواج رابطة مقدسة، فهو ذلك الميثاق الغليظ الذي بموجبه يجتمع رجلا وامرأة على نحو شرعي من أجل بناء أسرة شرعية، فهو إذن ذلك السبيل الذي بموجبه يمكن لكل من الزوج والزوجة المحافظة على الأنساب، ويُعرّف عقد الزواج طبقا لنص المادة 04 على أنه:«عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، الرحمة، التعاون، المحافظة على الأنساب...».

وكمرحلة سابقة على الزواج هناك مرحلة الخطبة والتي تترجم نية كل من الزوجين في الزواج، هذه المرحلة التي أولاها المشرع رعاية تشريعية خاصة، إذ تتولد في هذه المرحلة التزامات على عاتق كل من الخطيب والمخطوبة، مما يتطلب معه الوقوف على هذه الالتزامات ودور مشرع الأسرة في صيانة حقوق كل من الخاطب والمخطوبة قبل أن يصبحا زوجا وزوجة، أو تتوقف هذه الرابطة في مرحلة العزم على الزواج.

وتمثل الخطبة في تقاليدنا إجراء أوليا أو تمهيديا من الإجراءات التي يقوم الخاطب أو أقربائه للاتصال بالمخطوبة أو أوليائها من أجل التعرّف على العروس وعلى أسرتها، وتبادل الهدايا، من أجل تبادل الرضا والقبول بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة والتزاوج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما.

ولقد وصف المشرّع الجزائري الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة بأنها وعد بالزواج، فهي اتفاق يتمّ بإيجاب وقبول يتعلق بوعد بعقد الزواج، وأضاف المشرّع في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يجوز للطرفين العدول عنها، ومعنى ذلك أنه متى وقع الاتفاق بين الخطيبين كان ذلك إجراء تمهيديا لإتمام عقد الزواج، إلا أنه يمكن لأحدهما أو كلاهما التحلّل من هذا الالتزام، وبالتالي فما هي القيمة القانونية لها كإجراء مستقل عن عقد الزواج؟، وهل للمرأة حرية العدول عن الخطبة؟

وبالتالي سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول الطبيعة القانونية للخطبة، أما المطلب الثاني فسنتناول حق المرأة في العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية

سنتناول في هذا المطلب تعرف الخطبة الفرع الأول)، ثم بيان طبيعتها القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعرف الخطبة

سنتعرّض في هذا الفرع إلى تعريف الخطبة من الناحية اللغوية، الاصطلاحية، ثم من ناحية المشرّع الجزائري.

أولا- تعريف الخطبة لغة:

لغة بكسر الخاء ويكون الطاء مصدر خَطَبَ، خَطَبَ المرأة خِطبَةً، إذا طلب أن يتزوجها، ويقال خَطَبَ المرأة، إذا طلب أن يتزوج منها، واختطبه القوم، أي؛ دعوة إلى تزويجه [1].

ويقال أيضًا فلان اختطب المرأة فهو خاطب، أما إذا قيل اختَطَبَ القوم فلاناً فمعناه دعوه إلى تزويج امرأة منهم، ويُقال خَطِبَ فلانة أي؛ طلبها للزواج [2]، والخِطبَةُ لغة الرجل الذي يَخطِب المرأة، ويقال أيضا خطبة وخطبته للتي يخطبها واختطب القوم إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم [3].

ومما تقدّم يتبين لنا أنّ تلك المعاني اللغوية لكلمة الخِطبَة وإن اختلفت في صياغتها إلا أنها تتفق في معناها اللغوي والتي تعني طلب الرجل لامرأة معينة للزواج بها تحل له شرعاً، وبمجرد هذا الطلب يصبح القول بأن فلاناً خطب فلانة سواء قبلت المرأة هذا الطلب أو قبله وليها أو لم يتم قبوله بعد، وتبين كذلك أن كلمة الخِطبة من الناحية اللغوية هي مصدر من الفعل الثلاثي خَطَبَ، واستعمل العرب هذه الكلمة بضم الخاء عند الكلام المجمع وبكسر الخاء في طلب الزواج.

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، فصل الخاء المعجمة، الجزء 01، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1993، ص 361.

[2] – محي الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث للنشر، القاهرة، مصر، 2008، ص 478.

[3] – أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث للنشر، القاهرة، مصر، 2009، ص 328.

ثانيا- تعريف الخطبة اصطلاحًا:

كلمة الخطبة في الاصطلاح الشرعي لا تخرج عن معناها اللغوي، وعرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة وان اختلفت في صياغتها إلا أن المعنى واحد، حيث عرّ الحنفية الخطبة بأنها: «طلب التزوّج»، وعرّفها المالكية بأنها: «التماس التزوج أو التماس نكاح المرأة»، وعرّفها الشافعية على أنها: «التماس النكاح من جهة المخطوبة»، أما الحنابلة فقالوا بأنها: «خطبة الرجل المرأة لينكحها» [1].

ولقد عرّفها من الفقهاء المعاصرين الإمام أبو زهرة بأنها: «طلب الزواج وإبداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره وتكون خالية من الموانع الشرعية بالتقدّم إليها أو إلى وليّها ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد» [2]، كما عرّفها بدران أبو العنين بأنها: « الخطبة هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بامرأة يحلّ له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج، ولا ترقى إلى مرتبة العقد» [3]، وعرّفها أيضا الأستاذ العربي بلحاج بقوله: «الخطبة هي التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه الالتماس إليها أو لوليها» [4].

ويستخلص من التعاريف الفقهية السابقة أن الخطبة تُعدّ وسيلة من الوسائل التي من شأنها إذا روعيت كانت في الحياة الزوجية متانة من شأنها عدم التعرّض للانحلال والتفكك، إذن فهي سبيل للتعرف بين الطرفان، كما يتجلى فيها مبدأ المساواة بين الخاطبين، وبمعنى أدق، فالخطبة ما هي إلا وسيلة للتعرّف المتبادل بين الطرفين، فهو حق يتمتع به الطرفان على قدام المساواة، بل يرى جانب من الفقه الإسلامي، أن المرأة أولى بهذا الحق من الرجل، والسبب في ذلك يرجع إلى أن حقها في طلب فك الرابطة الزوجية مقيد بالموافقة عليه من

---

[1] – نظيرة عتيق، تعويض ضرر العدول عن الخطبة: دراسة تأصيلية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 13، العدد 01، 2021، ص 516.

[2] – محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، الطبعة 02، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971، ص 56.

[3] – محمد الصالح عومر، تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 02، العدد 02، 2014، ص 200.

[4] – العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 606.

قبل القاضي وبتوافر شروط محددة شرعا، خلافًا للزوج الذي بيده عصمة الزواج وليس للقاضي من سلطة تقيد طلبه للطلاق [1].

ثالثا- التعريف القانوني للخطبة

عرّف المشرّع الجزائري لم يعرّف الخطبة، بل اكتفى بالنص عليها في المادة الخامسة في فقرتها الأولـى من القانون رقم 84- 11 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05- 02 المتضمن قانون الأسرة [2] بأنها وعد بالزواج وذلك بالقول: « الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن عنها»، وقد كان المشرّع موفقا على غرار غيره من القوانين العربية في تجريد الخطبة من القوة الإلزامية، لأن هذا التوجه ينسجم مع والمنطق القانوني السليم، لأن الفشل في الخطبة وفسخها بالعدول عنها خير من الفشل في الزواج لما يرتبه من آثار خطيرة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

لقد ثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للخطبة سواء في إطار الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية، فإذا تمت الخطبة وأدّى ذلك إلى إبرام عقد الزواج فهنا لا يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنته هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج، فان من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تُعدّ عقدًا أم وعدًا بالعقد؟

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم إلى الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الجزائري (ثانيا).

أولا- طبيعة الخِطبة في الفقه الإسلامي

الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت باتفاق ورضا الطرفين وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك حق لأحدهما

[1] – زكرياء برياح، جيلالي تشوار، تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في أحكام الخطبة في القانونين الجزائري والمغربي على ضوء الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 59، العدد 01، 2022، ص 325.

[2] – قانون الأسرة رقم 84- 11 الصادر بتاريخ 09 جوان عام 1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05- 02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

نحو الآخر، حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة، أو قرأ الفاتحة، أو قدّم جزء من الصداق أو كله، أو قدم شيئا من الهدايا إلى المخطوبة أو إلى أهلها [1].

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الخطبة هي مجرّد وعد بالزواج لا تحمل الصفة العقدية بأي وجه من الوجوه، وليس لها صفة الإلزامية ولا القيمة القانونية، ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون أي ضغط لأنه من النظام العام وليس للخطبة أي إلزام إطلاقًا، وإلزامية الوعد باطلة لمنافاتها حرية الزواج التي هي من النظام العام [2].

فجمهور الفقهاء متفقين على أن الخطبة ليست أكثر من وعد تمهيدي للزواج وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري: «لا يجوز أن يتقيد شخص بوعد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام»، كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو وعدا به، ومنهم الشيخ أبي زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل واحد منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل حقه وليس لأحد عليه من سبيل [3].

وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد، انطلاقا من مبدأ الرضائية في عقد الزواج، ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة، لأن الأمر لا يعدو أن يكون وعدا بالزواج، والوعد في العقود ليست لها قوة العقد ذاتها، ولا يترتب عليها أثر ما، وهذا الحكم متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها.

---

[1] – يحي عبد العزيز، الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد 33، العدد 04، 2022، ص 444.

[2] – محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عها وأثره –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، المجلد 06، العدد 02، 2009، ص 43.

[3] – يعقوب بلبشير، الطبيعة القانونية لخطبة وآثار العدول عنها –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي–، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، المجلد 07، العدد 03، 2015، ص 304.

ثانيا- الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الجزائري

لقد تبنّى الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة المعدل بتكييف الخطبة على أنها وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة، مستندا إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي، وواضح من خلال هذا النص أن المشرع حدّد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز للطرفين العدول عنها، والملاحظ على هذه المادة هي لفظ "الوعد" الذي استعمله المشرع في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الطرف الأخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعمق منيا بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد» [1]، فالوعد بالتعاقد هو الذي يستوفي شروط العقد النهائي، يجب أن يتضمن من جهة جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي، مثل تحديد المبيع بدقة، وكذلك ثمن المبيع، كما يشترط من جهة أخرى تحديد المدة التي يبرم فيها العقد النهائي [2].

وبالتالي فإن هناك تضارب وعدم انسجام بين المادة 71 من القانون المدني والمادة 05 من قانون الأسرة من حيث الصياغة القانونية الأمر الذي يؤدي إلى وجود غموض أثناء تفسير هاته النصوص، وعليه على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 05 من قانون الأسرة حتى يُرفع هذا التناقض بين نصوص القانونين، حيث يمكن أن تكون الصياغة على الشكل التالي «الخطبة وعد بالزواج غير لازم» [3].

ولذلك اعتبر رجال القانون الخطبة وعدا بالزواج لكنه وعد من نوع خاص تمييزا له عن الوعد بالتعاقد الوارد في أحكام القانون المدني طبقا للمادتين 71- 72 منه، إذ أن

---

1 - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص 12، المعدل بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

2 - محمد بن عيسى، موسى سالمي، الطبيعة القانونية لخطبة دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 06، العدد 01، 2022، ص 2311.

3 - محمد الصالح عومر، المرجع السابق، ص ص 206- 207.

المحكمة العليا قرّرت عدم تطبيق أحكام القانون المدني على مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية [1].

أما موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للخطبة، نجد تطبيقات المحكمة العليا في هذا الصدد، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1989 بأنه: « من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة على تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقا من الرضائية في العقد» [2].

المطلب الثاني: الحق في العدول عن الخطبة

الخطبة من مقدمات عقد الزواج فهي مرحلة تمهيدية لهذا العقد الذي يجمع بين المرأة والرجل، ولذلك فإنه يمكن للخطبة أن تنتهي، وأسباب انتهاء الخطبة عديدة، فقد تنقضي بإتمام عقد الزواج وهذا هو الأصل فيها ولكنها قد تنقضي دون ذلك بوفاة أحد طرفيها، وقد تنتهي بتراجع أحد الطرفين عن مواصلة إتمام إجراء الزواج أي بالعدول عنها، وبالتالي يحق لأحد الخطيبين حق العدول بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه في ذلك كونه جائز قانونا، وعليه يجوز للمرأة استعمال هذا الحق، ولكن السؤال المطروح هل يحق لها استعماله كيفما تشاء؟ هل لها الحرية المطلقة في العدول عن الخطبة؟

وبناءا عليه سنتناوله بالدراسة في هذا المطلب مفهوم العدول من خلال (الفرع الأول)، ثم نتناول التعسف في استعمال المرأة لحقها في العدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حق العدول وأحكامه

أولا- مفهومه:

إن موضوع العدول عن الخطبة من أعقد المظاهر الاجتماعية بين النّاس وأكثرها خطرا على حسن استمرار العلاقات بينهم، لما له من آثار كثيرة خلقية واقتصادية تثير النزاع

[1] – الطيب شتوح، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 01، العدد 02، 2018، ص 337.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرارا بتاريخ 25 ديسمبر 1989، ملف رقم 34089، المجلة القضائية 1989، العدد 04، ص 102.

بينهم [1]، وتستعمل كلمة العدول في اللغة بعدّة معاني، لكننا سنورد المعنى الذي له علاقة بالمدلول الاصطلاحي لموضوعنا، عَدَلَ عن الشيء يَعْدِلُ عَدْلًا وعدولًا؛ أي: رجع، وعدل عن الطريق: مال وحاد وإليه رجع [2]، وفي الاصطلاح هو الرجوع عن الخطبة بع قبولها.

كما عرّفه أحد الفقهاء بأنه: « رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما» [3]، وعرّفها الأستاذ عبد العزيز سعد بأنها: « تراجع أحد الخطيبين نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان متفقا عليه في أول الأمر بعد إتمام الخطبة» [4].

ولقد منح المشرّع الجزائري للمرأة إمكانية العدول عن الخطبة بموجب المادة الخامسة في فقرتها الثانية، إلا أنه يجب التمييز بين العدول بالإرادة المنفردة وبين العدول عنها بالإرادة المشتركة، وما يهمنا في هذا المقام هو العدول بالإرادة المنفردة والذي يكون بالتعبير الانفرادي الصادر من المرأة باستعمال حق جائز شرعا ومكرس قانونا يؤدي إلى إرجاعهما للحالة التي كانا عليها قبل الخطبة، حيث يستوي أن يكون العدول راجع إلى وجود سبب جدّي أو حتى عند انعدامه لكن في هذه الحالة نكون أمام التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة [5]، وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها جواز العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة بقولها: « أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين وهي لا تبيح لهما اختلاط الأزواج وعلى هذا فإن الخطبة بعد

---

[1] – يعقوب بلبشير، المرجع السابق، ص 318.

[2] – مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة (ع د ل)، الطبعة الثالثة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 1975، ص 577.

[3] – عباس حفصي، آثار التعسف في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 05، العدد 01، 2022، ص 697.

[4] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص 85.

[5] – طارق زيتوني، العدول عن الخطبة: حق مطلق أم مقيد – دراسة على ضوء القانون الجزائري–، مجلة جيل حقوق الإنسان، بيروت، لبنان، المجلد 07، العدد 38، 2020، ص 50.

تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية» [1].

وتتعدّد أسباب العدول عن الخطبة حسب المجتمع وعاداته وتقاليده، وحسب المتغيرات التي يعرفها، ومن أكثر الأسباب انتشارا التي تؤدي إلى استعمال المرأة حقها في العدول ما يلي:

- سفر الرجل البعيد المنقطع والتي ينقطع معه المراسلات بينه وبين المخطوبة وانقطاع خبره كلية، وهو ما نرى فيه سبب للمرأة عدولها عن الخطبة.
- ردّة الخاطب والمرتدّ لا ينكح فلا يخطب.
- إذا لم يعد الخاطب بعد إجابته، وبالتالي تضرّر المرأة، أو إذا طال أمد الخطبة وطال الزمن بعد إجابته دون أن يقوم بتقديم ما اتفق عليه من مهر، أو تجهيز مسكن الزوجية، مما يشعر المرأة بأن الرجل غير جاد [2].

ثانيا- حكم العدول عن الخطبة شرعا وقانونا

1-شرعا:

إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي عن نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، لذلك فإذا وقع العدول والتراجع عن الخطبة لأن مشروع الخطبة يكون قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته ودون إرادته، ومن ثم يبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه في ذلك العدول لأنه مباح شرعا وقانونا [3].

يعتبر الحق في العدول عن الخطبة من القواعد التي تتصل بجوهر النظام العام، ولا يمكن النزول عنها أو الاتفاق على مخالفتها بالنسبة للخاطبين، وهو الأمر المقرّر لأسباب

---

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 34089 الصادر بتاريخ 1999/02/25.

[2] – محمد عبد الهادي عبد الستار، العدول عن الخطبة وأثره على حقوق الخاطبين –دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة وادي النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، كلية الآداب، جامعة القاهرة، مصر، العدد 28، 2020، ص 574.

[3] - يحي عبد العزيز، ص 445.

اجتماعية مرتبطة بالمصلحة العامة التي تسمو بطبيعة الحال على المصالح الخاصة للأفراد، وعليه، فإن الرغبة في إبرام عقد الزواج من عدمه، يرتبط باقتناع الخاطب بمخطوبته، وإلا كان له العدول دون أدنى حرج أو تردد، ونفس الأمر بالنسبة للمخطوبة أو وليها، وفي هذا يقول بن قدامة: « ولا يكره للولي الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك... ولا يكره لها الرجوع إذا كرهت الخاطب، لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حضها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، لأن الحق لم يلزمها بعد» [1].

ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء حول مدى استعمال هذا الحق، فيرى الحنفية والمالكية والشافعية الحنابلة، أنّ العدول عن الخطبة جائز، ولا مسؤولية على الطرف العادل مطلقا، وقد برّروا موقفهم بأن الزواج هو حق يمارسه أحد الخاطبين بكل حرية، والتي تستمد من المبدأ العام الذي يقضي عدم الإكراه في الزواج، ولعل علم طرفي الخطبة بأن هذا العدول هو حق يمارسه الخاطب أو المخطوبة كيفما شاء، فينبغي عليهما توقع العدول من جانب الطرف الآخر، والأكثر من ذلك، تقضي القاعدة الفقهية بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، فلا التزام للشخص الذي يمارس أمرا جائزا [2].

وهناك رأي قال بأن العدول عن الخطبة مكروه، وقد استدلّوا على كراهة العدول بالأدلة المانعة من خلف الوعد، وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وأوفوا بالعهد إنّ العهد كان مسؤولا﴾ [3]، فخلف الوعد خصلة وصفة من صفات النفاق، والاتصاف بها وإتيانها أمر مكروه، وبالتالي فالعدول عن الخطبة أمر جائز في الشريعة الإسلامية، كما أن العدول بغير مبرر هو أمر غير ممنوع إذا ظلت الخطبة مرحلة تمهيدية للزواج، إلا أن هذا العدول مكروه بما فيه من إخلال بالوعد.

---

[1] – علي حسن أولال، أحكام الزواج بين الثابت والمتغير في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022– 2023، ص ص 49– 50.

[2] – المرجع نفسه، ص 50.

[3] – سورة الإسراء، الآية 34.

2-حكم العدول قانونا:

من الناحية القانونية فإن أغلب التشريعات العربية سارت على مبدأ جواز العدول عن الخطبة مستمدّة ذلك من الفقه الإسلامي مرجعها الأساس [1]، وعلى نفس النسق سار المشرع الجزائري حيث جاء في المادة 05 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05- 02 بالقول: « الخطبة وعد بالزواج، يجوز لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض»، ويتضح لنا من خلال هذه المادة أنه يحق للمرأة أن تعدل عن الخطبة بإرادتها المنفردة دون الرجوع للطرف الثاني لأن عقد الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، ومن هنا فهل المشرع يقصد أن المرأة تُمارس حقا مطلقا؟ أم هو رخصة تستعملها في حدود معينة أو ظروف محددة ؟

إنّ استعمال المشرع لعبارة "يجوز" وذلك للدلالة على أن العدول عن الخطبة ليس حقا مطلقا يستعمله صاحبه كيفما شاء ولا مسائلة عليه، وإنما هو حق مقيد بالغاية التي وضع لأجلها، وكأنها رخصة يسمح المشرع باستعمالها في ظروف معينة فقط؛ أي من باب الإباحة لأحد الخاطبين في الرجوع عن الوعد إذا ما ظهر ما يمنع من المضي في إتمام عقد الزواج، وبالتالي يبقى للمرأة أو المخطوبة حق العدول بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه في ذلك العدول كونه مباح شرعا وقانونا.

وبناءا على ما تقدّم، فإذا جاز للمخطوبة العدول عن وعدها وعدم الالتزام بإتمام الزواج، إلا أنه من مكارم الأخلاق أن لا ينقض المؤمن وعده وفقا لما سبق ذكره من أسانيد من الكتاب والسنة، ولهذا كان خلف الوعد من الرذائل المنهي عنها ما لم يترتب عن الوفاء به ضرر بيّن، ولذلك فقد إلتفت المشرع الجزائري إلى إمكانية العدول في حالة وقوع ضرر لأحد الطرفين لأن العدول حق مقرر لكل من الطرفين، إلا أنه كغيره من الحقوق قد يُساء استعماله فيترتب عنه ضرر للطرف الآخر، ولذلك فقد أجاز العدول [2].

---

[1] – على سبيل المثال ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010 في نص المادة 04 منه: « لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة»، وكذلك قانون الأحوال الشخصية السوري نصت المادة 03 منه على: «لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة»، ونفس الأمر نجده في نص المادة 1/18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: « لكل من الطرفين العدول عن الخطبة ...»

[2] – مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009- 2010، ص 67.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال المرأة لحقها في العدول

الخطبة كما رأينا هي مجرد وعد بالزواج وليست عقدا ملزما، ومع ما اتخذه الشارع من ضرورة الحيطة حتى تنتج الخطبة أثرها، أي حتى تنتهي بعقد الزواج قد يحدث لهذا السبب أو ذاك أن يعدل أحدهما عن الخطبة فلا يتم الزواج، ولكن قد يصاحب هذا العدول ضرر يصيب أحد الخطيبين، فهل يتصور التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة بأن يعدل أحد الخطيبين عن خطبته بلا سبب بقصد الإضرار بالطرف الآخر؟ وهل يلزم المتعسف بتعويض مادي بسبب هذه الأضرار؟

للتوصل إلى معرفة تحقق التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة من عدمه، يجب أن يتوفر معياري التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

أولا- المعيار الشخصي في استعمال المرأة حق العدول عن الخطبة

يعتمد هذا المعيار على البحث في إرادة صاحب الحق للتصرف فيه قصد الإضرار بالغير، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، حيث يظهر قصد الإضرار من جهة العادل إذا عدل عن الخطبة قصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر أيضا في تكليف الطرف الآخر بأمور غير ما تم الاتفاق عليه في البداية ، فيظهر من ظروف الحال أن العادل لديه رغبة كامنة في إنهاء الخطبة يتم التصريح بها عادة بعد مدة وجيزة من طلب ذلك [1]، ومثاله أن يقوم الرجل بإعداد مسكن أو أثاث بيت الزوجية أو ما شابه ذلك ثم تعدل الخطيبة عن الخطبة.

ثانيا- المعيار الموضوعي

ويتحقق هذا المعيار قصد الإضرار أو مظنة هذا القصد باستعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه وتلحق بغيره في الوقت نفسه أضرارا راجحة، أو بالتصرف في حقه على وجه يمنع النفع عن نفسه أو عن غيره أو الانطلاق في التصرف بالحق تحت تأثير باعث غير مشروع لتحقيق أغراض غير مشروعة مما يعد احتيالا على الغاية التي قررها الشرع للحق [2].

---

[1] - طارق زيتوني، المرجع السابق، ص 51.

[2] – عباس حفصي، المرجع السابق، 702.

وبالتالي فطبقا لهذا المعيار إذا عدل أحد الخطيبين عن الخطبة اعتبر متعسفا في استعمال حقه، فيترتب عن العدول ضرر ومفسدة أكثر وأكبر من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول، مثل العدول عن الخطبة للسفر والعمل في بلد آخر والخاطب عامل في بلده، أو العدول عن الخطبة بسبب مشاكل تافهة بين عائلة الخاطب والمخطوبة إذ أن المتعارف على أن هذا النوع من المشاكل يتم تجاوزها والتسامح فيها [1].

ثالثا- أساس التعويض عن العدول

لا يوجد في كتب الفقه الإسلامي القديمة تعرضٌ لمبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، ولا نجد فقيها واحدا من فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة قال بجواز التعويض عن ضرر العدول، لأن الحياة الاجتماعية في العصور الماضية لم يكن من شأنها أن تترك مجالا للإضرار بالمخطوبة عند العدول، فالإسلام لا يبيح النظر إلا بحضور المحارم، ولا يتصور في مجتمع يقوم على آداب الإسلام أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلا مرة أو مرتين بحضور أقربائها [2].

أما اليوم فإن اختلاف الحياة الاجتماعية المعاصرة وتأثرها بتعاليم الحضارة الغربية، وفساد الأخلاق والابتعاد عن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بأحد طرفي الخطوبة، مما يوجب على فقهاء الشريعة والقانون ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض، تطبيقا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وعملا بنظرية التعسف في استعمال الحق، وحجة الفقهاء المعاصرين أنه ليس في الإسلام حق مطلق يتمسك به صاحبه دون رعاية لحقوق الغير، فالشرع يرسم لكل حق غاية من ورائه على صاحبه أن يقصدها عند استعماله لهذا الحق كي يتوافق قصده في الاستعمال مع قصد الشارع في التشريع وإلا كان استعماله لهذا الحق لغير غاية أو لقصد الضرر، وكل هذا يعتبر تعسف في استعمال الحق يستوجب المسؤولية عن الضرر الناجم عن التعسف في

[1] – طارق زيتوني، المرجع السابق، ص 51.

[2] – بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007، ص ص 42- 43.

استعماله، فإذا منح الشارع الحق للمرأة في العدول فيجب أن يؤخذ هذا الحق على وجه لا يضر بالغير بباعث سيء [1].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد ثبت على موقفه الذي تبناه في المادة الخامسة فقرة 02 من قانون الأسرة 11- 84 المعدل والمتمم التي تنص على أنه: « إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز له الحكم له بالتعويض»، غير أن هذا النص يحتاج إلى تقييد لأنه جاء مطلقا في حكمه بجواز التعويض عن العدول، مما يستنتج منه أن الحكم بالتعويض متعلق بالعدول في حد ذاته مجرد عن أي عمل آخر، وهو قول منتقد،لأن الخطبة وعد لا يترتب عليه أي التزام، وبالتالي يحقّ لكل من الطرفين العدول عنها،وإنما يطلب التعويض إذا ما ترتب على هذا العدول ضرر لأحد الخطيبين، وعليه فإن النص يحتاج إلى تعديل يضبط به أساس التعويض ويقيده بناءا على مبدأ التعسف في استعمال الحقوق، خصوصا أو أنه مبدأ أقربه المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون المدني، وعليه يقترح تعديل نص الفقرة 2 من المادة 05 كالآتي: « إذا ترتّب عن العدول التعسفي عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض».

وقد ورد في القضاء الجزائري أن الأصل في العدول عن الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج لا يعتبر خطأ موجبا للتعويض غير أنّه إذا اقترن بأفعال أخرى خاطئة في ذاتها ومستقلّة عن العدول استقلالا تاما، ونتج عنها ضرر للطرف الآخر، جاز الحكم بالتعويض عن هذه الأفعال على أساس المسؤولية [2].

المبحث الثاني: المرأة وآثار العدول عن الخطبة

إنّ العدول في حد ذاته مسألة لا تثير أي إشكال لأنه حق طبيعي لكلا الخطيبين إذا وجد أحدهما أو كلاهما أن هذا الزواج لن يكون مسعدا أو ناجحا، إلا أن العدول قد تنتج عنه آثار أهمها مسألة الضرر سواء المادي أو المعنوي، فبطبيعة الحال فإن تراجع أحد الخطيبين عن وعده قد يؤدي إلى إحداث أضرار مادية ومعنوية للخطيب الآخر مما يستلزم على الناكل أن يجبر الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، كذلك قد يهدي أحد الخطيبين للآخر بعض الهدايا، فما هو الوضع في هذه الحالة إذا كان هناك عدول.

---

[1] – محمد رشيد بوغزالة، المرجع السابق، ص ص 45- 46.

[2] - بختة بلبولة، المرجع السابق، ص 52.

والعدول قد يكون من الطرفين سواء بالنسبة للرجل والمرأة، فيمكن للرجل أن يغير رأيه في المخطوبة التي يريد أن يرتبط بها لسبب من الأسباب وقد يكون السبب وجيها أو غير وجيه، كما يمكن للمرأة أن ترجع في رأيها في الخاطب لأي سبب من الأسباب، كما قد يكون هناك تعسف من الرجل أو المرأة في استعمال حقهما في العدول –كما رأينا–، وقد يكون العدول في المهر والهدايا، وهو ما قد يسبب أضرارا لأحدهما نتيجة تعسف أحدهما عن الآخر فإن كلا من الشرع والقانون قد رتب تعويضا نتيجة ذلك الضرر.

وعليه سنتناول في هذا المبحث حكم العدول عن المهر والهدايا (المطلب الأول)، ثم نتناول حكم التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حكم العدول عن المهر والهدايا

إن حق العدول عن الخطبة حق أقرّه القانون لكل من الرجل والمرأة، واستخدام هذا الحق سينتج آثارا قانونية خاصة ما يتعلق منها بالمسائل الجوهرية والمتمثلة في المهر الذي يمكن للخاطب أن يكون عجل جزء منه أو قدّمه كله للمخطوبة، وكذا ما يتعلق بالهدايا التي قدمها الخاطب لمخطوبته أو التي قدمتها المخطوبة للخاطب.

ستناول في هذا المطلب حكم المهر بعد العدول (الفرع الأول)، ثم نبين حكم الهدايا بعد العدول من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم المهر بعد العدول

المهر هو ما يقدم نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل شيء مباح شرعا، وهو ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، والحكمة منه تكريم المرأة وإظهار الرغبة في الزواج ويعتبر المهر باتفاق الفقهاء أنه من مستلزمات عقد الزواج، واعتبره المشرع الجزائري شرط من شروط الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة [1].

أولا– حكم المهر بعد العدول في الفقه الإسلامي:

لا يوجد خلاف بين الفقهاء في وجوب ردّ المهر كلّه أو ما عُجّل منه إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة أو مات أثناءها، لأن المهر نظير عقد والعقد لم يتمّ، فيكون واجب الردّ بعينه إن كان قائمًا أو قيمته وقت دفعه إذا كان قد هلك أو استهلك، فالمخطوبة لا

[1] – المادة 09 من قانون الأسرة.

تستحق مهرا، لأن المهر للزوجة، وبالتالي عدم وجود المبرّر الشرعي الذي يمنحها هذا الحق للمرأة [1].

غير أنه جرى في العرف على أن تشتري المخطوبة بعض الجهاز من المهر، لذا ذهب رأي إلى القول أنه في حالة العدول عن الخطبة لا يجوز للمخطوبة أن تردّ للخاطب ما اشترت، سواء كان العدول من جهة الخاطب أو من جهتها، لأن الخطيبة لم تعلم يقينا أنها ستنتقل إلى بيت الزوجية لذلك وجب عليها ردّ المهر بعينه، أما إذا أمرها أن تشتري بهذا المال صراحة، ففي هذه الحالة تكون قد تصرّفت بماله وبإذنه كوكيل، فتردّ ما اشترت من جهاز إليه، بينما يفرّق رأي آخر بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، فيجوز للمخطوبة أن ترد له ما اشترت من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء، حتى لا يكون ضرر ولا ضرار، ففي استرداد المهر في هذه الحالة مضرة لها وقد يرهقها ذلك لعدم توفر مال لديها، أما إذا كان العدول من جهتها فترد المهر أو قيمته، ولا شك أن ما ذهب إليه الرأي الثاني حكم مصلحي ليس في الفقه ما ينافيه، خاصة وأن قيام الخاطب بدفع بعض المهر إلى المخطوبة ينطوي ضمنا على الإذن لها بتجهيز نفسها من هذا المهر، وهو يعلم عند دفع المهر[2].

ومن آراء الفقهاء في هذا المسألة، فقد ذهب الحنفية إلى ردّ ما دفعه من صداق لأن الصداق ما دفع إلا من أجل النكاح، فلم يتم فوجب ردّه بعينه إن كان قائمًا أو بقيمته إن هلك أو استهلك، والمالكية ذهبوا في هذا إلى قولين وهو أن يرجع بما اشترته من جهاز دون أن يلزمها ببيعه وذلك في حالة ما إذا كان أذن لها أو ما هو متداول في تلك المنطقة، أو أن يرجع المهر نقدًا عند انتفاء هذين الحالتين [3].

وهكذا تلتقي آراء الفقهاء جميعا عند نقطة واحدة وهي أنّ المهر لا يجب إلاّ بعقد النكاح، وفي حال الخطبة لا يوجد عقد نكاح، فاحتفاظ المرأة بالمهر بعد عدول أحد الطرفين حيازة للمال بغير سبب مشروع؛ فعليها إعادة المال لصاحبه.

---

[1] – محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص 646.

[2] – علي حسن أولال ، المرجع السابق، ص 56.

[3] – عباس حفصي، المرجع السابق، ص 701.

ثانيا- موقف المشرّع الجزائري

المشرع الجزائري لم يتطرق لأحكام تقديم الصداق للمخطوبة في فترة الخطبة لا ضمنا ولا صراحة، وطالما المهر لا يجب للمرأة إلّا بعد عقد الزواج كأصل فلم يتطرق لحكمه بعد أن عدل أحد الطرفين عن الخطبة [1]، إلّا أنّه المادة 222 من نفس القانون تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب الأحكام في هذا القانون –وهو ما تطرقنا إليه– في هذه المسألة.

وقد جاء القضاء الجزائري لتأكيد هذا التوجه في القرار المؤرخ في 13 جويلية 1993 أنه: «من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولِها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول» [2]، ولعلّ المشرع قد نظر إلى أن عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرّض لهذا الموضوع، لأنه قد تكون حالات معينة يتم فيها دفع الصداق أو المهر أثناء الخطبة، لإبراز جدية الرجل في الإقدام على الزواج، ويرى الفقه بأن الحلّ العادل والذي يبدو معقولا هو تحميل تبعات المهر لمن صدر منه العدول [3].

الفرع الثاني: حكم الهدايا بعد العدول

لقد جرت العادة أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا أو قد يحصل تبادل في الهدايا بينهما وذلك بعد إتمام الخطبة تعبيرًا عن مشاعر المحبة والتودد خلال فترة الخطوبة، تلك الفترة التي تُعدّ مرحلة ممهدة في غاية الأهمية لأهم وأخطر العقود التي يقدم عليها المرء في حياته ألا وهو عقد الزواج، ولكن خلال تلك الفترة قد يغلب على ضن أحد أطرافها استحالة العيش مع الطرف الأخر تحت سقف واحد لوجود الاختلاف فيما بينهما في الأخلاق والطباع والعادات والى غير ذلك من الصفات التي يصعب معها العيش سوية والاستمرار في

---

[1] – أنظر: المادة 09 مكرر من – قانون الأسرة رقم 84– 11 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة، والتي اعتبرت الصداق من شروط عقد الزواج.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، لـ 13 جويلية 1993، ملف رقم: 92714، المجلة القضائية، العدد. 1، 1995، ص 128.

[3] – عبد الله حاج أحمد، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر و الهدايا –دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري–، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة لخضر حمة، الوادي، المجلد 03، العدد 04، 2012، ص 180.

الحياة الزوجية مما يصبح العدول عن الخطبة أولى من إكمال مشروع الزواج لو تمّ، والحالة هذه لكانت نتيجته في اغلب الأحيان الطلاق وما قد يترتب على ذلك من سلبيات مؤثره على الأسرة والمجتمع، وقد يحصل العدول عن الخطبة لأسباب عديدة أخرى غير التي تم ذكره، وعندما نكون أمام مسألة العدول فما هو مصير الهدايا التي سلمها الخاطب إلى مخطوبته أو الهدايا المتبادلة بينهما خلال فترة الخطوبة من خلال موقف الفقه الإسلامي موقف المشرع الجزائري ؟ .

أولا- حكم الهدايا بعد العدول في الفقه الإسلامي

يؤكد الواقع أن الهدايا كثيرا ما تسبب العداوة والنزاع بين الخاطب والمخطوبة أو عائلتيهما في حالة العدول عن الخطبة، لأنها قد تكون في بعض الأحيان غالية الثمن. وعليه، فبمجرد الخطبة فإن الخاطب يلتزم عرفًا بتقديم الهدايا في كل مناسبة، وبدرجة أقل قد تقدم المخطوبة هدايا لخطيبها، ومع طول مدة الخطبة، سيجد أحد الخاطبين أنه قد تملّك هدايا كثيرة، وأنه ملزم بردها إلى الطرف الآخر، وهو الأمر أدى إلى تباين أقوال المذاهب في هذه المسألة، ولما كانت الهدية تأخذ حكم الهبة، فإن الفقهاء اختلفوا في ردّ الهدايا إلى أربعة أقوال.

الأول- الحنفية: فذهب الحنفية إلى إمكانية الرجوع في الهبة إلا لمانع من الموانع ومن هذه الموانع هي خروج العين الموهوبة من ملك الموهوب له، أو هلاك الشيء الموهوب أو إستهلاكه، أو تغير وصفه أو صورته، وبتطبيق حكم الهبة على هدية الخطبة، إن حصل عدول عنها، يكون حكم هذه الهدية أنها إن كانت قائمة بعينها، لم يحصل تغير فيها وهي في ملك المهدي إليه، فإن للمهدي أن يستردها بعينها، وإن حصل تغيير فيها أو هلكت أو استهلكت أو خرجت من ملك المهدي إليه، فإنه لا يرجع المهدي على المهدي إليه لحدوث مانع من موانع الرجوع، وذلك بصرف النظر عمن عدل عن الخطبة، وعما إذا كان هذا العدول بمبرر أو بغير مبرر [1].

الثاني- الشافعية: ذهب فقهاء الشافعية إلى أنه إذا قصد بهديته مجرّد الهبة ولم يقصد أنما من أهدى إليه ليزوجوه إياها فهذه الهدية ملكا للمخطوبة ولا يحق الرجوع بها، وأما إذا كانت الهدية يراد منها التزويج فإن الخاطب لم يقدم هديته إلا على هذا التقدير فإذا لم

[1] – مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 60.

يتحقق له ذلك كان له أن يرجع بهديته، والهدية التي يحل للخاطب استردادها هي التي تكون قائمة، ويستردّ قيمتها التي تلفت سواء كانت حلي أو مأكلا أو مشربا [1]، سواء أكان الترك من قبل الخاطب أو المخطوبة، وبالتالي فهم يعتبرون الهدايا في حكم المهر وما دام الزواج لم يتم وجب ردّها.

الثالث– الحنابلة: وعلى النقيض من ذلك، قال الحنابلة بألا يسترد الخاطب ما أهداه لمخطوبته سواء بعينه أو قيمته ومثله، ودون النظر في الطرف العادل سواء كان الخاطب أو المخطوبة، وعلتهم في هذا التوجه، أنه لا يجوز الرجوع في الهبة نهائيا حتى ولو كانت قائمة بعينها [2].

الرابع– المالكية: لقد وضع المالكية معيارا للمسألة حيث ميزوا بين إذا ما كان العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة، فإن كان العدول من طرف الخاطب فلا يحق له أن يسترّ شيئا من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج وهو المتسبب في عدم تحقيق هذا الشرط، أما إذا كان العدول من طرف المرأة (المخطوبة)، فللخاطب أن يرجع عليها بكل ما قدمه من هدايا إذا كانت قائمة، فإن استهلكت استردّ قيمتها؛ لأنه وهب بشرط إتمام الزواج وهي السبب في عدم تحقيق هذا الشرط، وكذلك حتى لا تجمع عليه بألمين، ألم رفضه، وألم أكل ماله [3].

وعلى العموم، فإن رأي المالكية أولى بإعماله، لتحقيقه نوع من العدالة للطرف المعدول عنه، على اعتبار أن هذا الأخير قد تضرر من فعل العدول فلا حاجة لمضاعفة ألمه من خلال مطالبته برد الهدايا، بينما الطرف العادل فتقضي القاعدة بأنه من سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردودا عليه، غير أنه بإجماع الفقهاء، لا يمكن المطالبة بالهدايا التي سلمها الخاطب، إذا انقضت الخطبة بوفاة أحد الخاطبين، على اعتبار أن الخطبة انقضت لسبب لا يد للمخطوبة فيه.

---

[1] – جواد حبيبي تبار، أثر العدول عن الخطبة في استرداد الهدايا: دراسة فقهية قانونية، مجلة الجامعة العراقية، بغداد، العراق، المجلد 03، العدد 59، ص 702.

[2] – علي حسن أولال ، المرجع السابق، ص 63.

[3] – عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 183.

ثانيا- حكم الهدايا بعد العدول في القانون الجزائري

أشارت المادة 5 من القانون 84- 11 قبل التعديل على مسألة العدول عن الخطبة من حيث مصير الهدايا المقدمة من الطرفين، حيث كانت تنص على ما يلي: «لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها ردّ ما لم يستهلك» [1]، من خلال تحليل هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري فرق بين المرأة و الرجل في مصير الهدايا المقدمة من الطرفين بعد العدول، ولم يكن يخضعها إلى نفس الحكم، فإذا كان العدول من الخاطب تعين عليه أن لا يسترد شيئا مما أهداه إلى المخطوبة، غير أن المشرع سكت عن مصير الهدايا التي قدمتها له المخطوبة، أمّا في حالة العدول من المخطوبة فهي ملزمة برد ما لم يستهلك من الهدايا، ومن هنا نستنتج أن المشرع لم يكن يساوي بين المرأة والرجل في مسألة الهدايا.

لذلك أعاد صياغة المادة 5 بطريقة يجسد فيها مبدأ المساواة بين الجنسين، حيث جاءت الصياغة الجديدة للمادة على النحو التالي: «لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته»

وبهذا نلاحظ أن المشرع شدد في حالة العدول من طرف الخاطب بالنص على عدم استرداد ما أهداه إياها ورد ما أهدته إياه، وفي المقابل ألزم المخطوبة في حالة مع إذا كان العدول منها، بردها للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته، خلافا لما كان عليه قبل التعديل إذ كان يلزمها برد فقط ما لم يستهلك، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بأنه: « من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن تردّ ما لم

[1] – حرّرت في ظل القانون رقم 84 –11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي:

الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.

– إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض،

– لا يستردّ الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه،

– وإن كان العدول من طرف المخطوبة، فعليها ردّ ما لم يستهلك

يستهلك من هدايا وغيرها» [1]، وفي حالة عدول الخاطب جاء في قرار المحكمة العليا بأنه: «من المستقرّ شرعا وقانونا أنه لا يستردّ الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه»[2].

وما يمكن كذلك ملاحظته على هذا النص أنه يأخذ برأي المالكية في المسألة؛ لأن فقهاء المالكية ميزوا ما إذا كان العدول من طرف المرأة أو من طرف الرجل، وبالتالي من يتسبب في العدول عن الخطبة فإنه يتحمل تبعة ذلك من الخسارة في الهدايا المقدمة مما يحقق العدالة في اقتسام الأضرار الناشئة عن العدول بين الطرفين، كما أن المشرع لم يذكر صراحة حق المخطوبة في استرداد ما أهدته للخاطب من هدايا في حال عدولها عنه، كما أن ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة على النحو المذكور قد يبدو منطقيا سهل التطبيق لكن الواقع عكس ذلك، ذلك أنه من الناحية العملية لا يتم العدول بدون سبب إلا ناذرا، والغالب أن يقترن بسبب كأن تكتشف المرأة من أحوال الخاطب ما يدعوه إلى إنهاء الخطبة كأن يطلب النفاذ المعجل لعقد الزواج يتعذر معه على المرأة أو أهلها قبوله، فيضطرهم ذلك إلى إنهاء هذه الخطبة [3].

وعليه، فمن باب العدل أن يتم التحري عن المتسبب في العدول عن الخطبة بدلا من التمسك بالطرف العادل، كما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا النص أنه كفى القاضي عناء التحقيق والتحري عن الطرف المتسبب في العدول. وهو الاعتقاد السائد لدى غالبية الفقهاء القانونيين الجزائريين، بأن يتعدى النص الحالي الذي يربط حق أحد الخاطبين بالمطالبة بالهدايا بعدول الطرف الآخر؛ إلى النظر في المتسبب في العدول، وعليه، ينبغي ربط الحق في استرداد الهدايا الذي جاءت به المادة 4/5 من قانون الأسرة، بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته، مع ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد ذلك السبب [4].

---

[1] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، لـ 13 جويلية 1993، ملف رقم: 92714، المجلة القضائية، العدد. 1، 1995، ص 128.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، لـ 23 أفريل 1991، ملف رقم: 73919، المجلة القضائية، العدد. 2، 1993، ص 58.

[3] – عبد الله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 185.

[4] – علي حسن أولال ، المرجع السابق، ص 65.

المطلب الثاني: حكم التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية

يستمد الحق في العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة شرعيته من تبعيته للحق الأصيل، ألا وهو الحرية في إبرام عقد الزواج، وهو الأمر الذي كان يعتبر بديهيا بالنسبة للفقه المتقدم، حيث لم يبحثوا في موضوع التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة العدول عن الخطبة، على اعتبار أن العدول جائز لكلا الطرفين إذا كان مبرر، غير أنّ الواقع يبين أن العدول عن الخطبة غالبا ما يصاحبه ضررا ماديا أو معنويا، كأن يُطلب من الخاطب إعداد منزل خاص في مدينة معينة وكلفه ذلك مبالغ طائلة ثم يحدث عدول من طرف المخطوبة إضافة إلى أن مجرّد العدول لوحده يسبب أضرارا معنوية تتمثل في المساس بسمعة الشخص المعدول عنه، وبالتالي فالسؤال الذي يطرح نفسه، هل يجب التعويض عن هذه الأضرار المادية والمعنوية أم لا؟.

الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي

الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، غير أن الفقهاء المعاصرين كانت لهم نظرة أشمل لمفهوم الضرر الموجب للتعويض حيث عرّفوه بمعناه الواسع للفعل الضار الذي يوجب التعويض سواء في شقه المادي أو المعنوي، أما الضرر في العدول عن الخطبة فهو ما يصيب المعدول عنه سواء الخاطب أو المخطوبة من ضرر مادي أو معنوي [1].

هذه المسألة لم يبحثها الفقهاء القدامى لأنها لم تقع في عصرهم وإنما هي أمر مستحدث كثيرا ما يقع في أيامنا هذه، إذ الخطبة التي رسمها لنا الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر، وإنما جاء هذا الضرر بسبب انحراف الناس عن التعاليم الإسلامية حيث طغت المظاهر على الناس، وقد ظهر في هذه المسألة قولين بين من يقول بعدم التعويض، ومن يقول به.

الاتجاه الأول: القائلين بجواز التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية

ذهب أصحابه إلى التعويض عن الأضرار التي تصاحب الخطبة سواء أكانت مادية أو معنوية، وممن ذهب لذلك الشيخ محمد شلتوت –شيخ الأزهر السابق–، حيث قال أن

[1] – نظيرة عتيق، المرجع السابق، ص 519.

العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر، أما الدكتور فتحي الدريني فقال أن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، ولو مجردا عما يلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية، أو التعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناجمة عنه لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق [1]، ومن أهم الحجج التي استند لها أصحاب هذا الرأي:

- الضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية، وعليه أتجه الفقه إلى منع جميع التصرفات التي تلحق أضرارا بالآخرين، وهذا لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [2].
- وحديث النبي (صلى الله عليه وسلم): «لا ضرر ولا ضرار»، وفي هذا قال أبو زهرة: « والضرر يُزال وطريقة إزالته التعويض».
- ليس في الإسلام حق مطلق يبيح لصاحبه التصرف كما يشاء دون مراعاة لحق الغير، فلا تحمي الشريعة حقا إلا بقدر ما يحقق لصاحبه من الغرض الذي شرّع له، فالحق مقيد بالغرض الذي ضرع من أجله وليس مطلقا، فالعدول إذا كان معيبا في باعثه ونتيجته ومآله يوجب المسؤولية إذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق مادي أو معنوي [3].

أما الشيخ محمد أبو زهرة فيرى، بأنه يرتب التعويض عن العدول في حال حصول ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يستوجب التعويض حال العدول، إذ لا يمكن أن يكون العدول سببا للتعويض، لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن يمكن أن يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة كأن يطلب منها إعداد البيت، أو شراء نوع من الجهاز، فالضرر نزل هنا لسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد العدول عن الخطبة [4].

---

[1] – سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 05، العدد 09، 2004، ص 02.

[2] – سورة البقرة، الآية 231.

[3] – الطيب شتوح ، المرجع السابق، ص 341.

[4] – زكرياء برياح، جيلالي تشوار ، المرجع السابق، ص 338.

الاتجاه الأول: القائلين بعدم جواز التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية

فلكل من طرفي الخطبة فسخها في الوقت الذي يشاء ولا مسؤولية عليه إطلاقا، ولا يطالب بالتعويض، وممن قال بذلك، الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية – سابقا–، والدكتور عمر سليمان الأشقر[1]، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى حجج وأدلة منها أنّ القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان،" أي أنه من يمارس حقا مشروعا له، لا يكون مسؤولا عما يترتب إثر ذلك من ضرر، والخاطب في حالة عدوله إنما استعمل حقه المشروع.

وهنا من حاول المزج بينهما بين هذين الرأيين، وذلك باعتبار الخطبة وعد بالزواج يجوز لأحد الخاطبين العدول عنها، دون أن يعتبر مسؤولا عن فعل العدول، وفي حالة ما إذا اقترن بالعدول أفعال أخرى ألحقت ضرر بأحد الخاطبين، التزم الطرف العادل بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، وعليه يكون هذا التوجه قد اعتد بالرأي الذي لا يجيز التعويض في العدول المجرد عن الخطبة، ولا تترتب عنه أية مسؤولية، غير أنه إذا اقترن أو سبقه فعل أوقع ضرر بالطرف الآخر، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية الطرف العادل، ليس لاستعماله لحقه في العدول، وإنما بسبب الأفعال الضارة المصاحبة له [2]، وهذا الرأي يُعدّ وجيها من الناحيتين العلمية والعملية، فلا يمكن أن يكون العدول حق لكلا الطرفين، وعند استعماله يوجب التعويض من طرف صاحبه، وهو الأمر الذي ذهب إليه المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: حكم التعويض في القانون الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري في حكم التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، فقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 3/5 على أنه: «إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض»، وما يلاحظ على هذا النص هو عبارة "لأحد الطرفين"، والتي يتضح من خلالها أن المشرّع الجزائري جعل التعويض عن الضرر يشمل كلا الطرفين المرأة والرجل بالتساوي، فالمشرع قد ساوى بينهما مساواة تامة ومطلقة في مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، إلا انه يعاب على المشرع بأنه لم

[1] – سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 04.

[2] – علي حسن أولال ، المرجع السابق، ص 77.

يفرّق بين العادل والمتسبب في العدول، حيث يمكن أن يعدل الطرفين إلا أن هذا العدول يكون ناتجا عن فعل الطرف الأخر وبالتالي هو المتسبب فيه، وهو الأمر الذي يحدث فارقا في العدول أو في التعويض عنه، إذ لابد من إعادة صياغة المادة 3/5على النحو الذي يجعل الخطيبين متساويين أيضا في مسألة التعويض عن العدول الذي تسبب فيه أحدهما، كأن يأتي النص مثلا:« يجوز للقاضي تعويض أحد الطرفين عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، إلا انه لا يجوز الحكم بالتعويض إذا كان طالبه هو المتسبب في هذا العدول» [1].

وقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه: «من المقرّر أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض»، فالقاضي له السلطة التقديرية في تعويض الضرر سواء كان ماديا أو معنويا تبعا لظروف الطرفين الشخصية والمالية، فقد يكون تعويضا عينيا أو يكون تعويضا بمقابل نقدي للضرر المادي أو المعنوي حسب ما نصت به المادة 132 من القانون المدني الجزائري مع الأخذ بعين الاعتبار العلاقة السببية بين العدول والضرر [2].

[1] – سمية بوكايس، مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 02، العدد 04، 2017، ص 337.

[2] – المكي صلوح، دور العرف في الخطبة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، المجلد 02، العدد 01، 2022، ص 123.

الفصل الثاني:

دور المرأة في إبرام عقد الزواج

تمهيد

لم ترد لا آيات ولا أحاديث نبوية تحدد سن الزواج ولكن الفقهاء المسلمين عالجوا هذه المسألة وكانت لهم آراء منها ما هي متفق عليها كعدم انعقاد زواج الصغير الغير المميز، وكذا اعتبارهم للشخص البالغ العاقل أهلا لإبرام عقد الزواج واختلفوا حول زواج الصبي المميز، فالحنفية اعتبرته أهلا للزواج وزواجه يكون موقوفا على إجازة وليه أما الجمهور فقد اعتبروه باطلا واختلفوا أيضا حول سن البلوغ أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى اعتبار سن البلوغ 15 سنة بخلاف المالكية التي اعتبرت نهايته في الثامن عشر للفتى والفتاة، هذا من حيث السن أما من حيث العقل فلقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط العقل لصحة الزواج واعتبروا تزويج المجنون والمجنونة، للمعتوه والمعتوهة صحيح إلا أنهم اختلفوا حول من يحق له تزويج من هو فاقد لعقله، فالحنفية والحنابلة يرون بأنة يحق للأب أو أي ولي آخر تزويجهم أما المالكية فقد قصرت ذلك على الأب فقط، وذهبت الشافعية إلى إعطاء صلاحية تزويجهم للأب ثم للجد ثم للسلطان وقرنتها بأنه يجب تزويج فاقد العقل بزوجة واحدة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ففي إطار تجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل سعى إلى تحديد سن الزواج وحددها بسنّ معينة، على خلاف الشريعة الإسلامية التي أناطت الأهلية إلى ظهور علامات البلوغ من غير تحديد سن معينة، وقد حددها ب 19 سنة بالنسبة للمرأة والرجل معا، إلا أن أنه أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة، راعي فيه وضعية وحالة بعض الأشخاص بموجب الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة على الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

المبحث الأول: أهلية المرأة ومظاهر مساواتها مع الرجل

يعتبر الزواج بوابة العلاقات الأسرية، ونقطة بدايتها وذلك ما رمت إليه سنن الله الكونية، ويوصف الزواج بأنه الارتباط الوحيد بين الرجل والمرأة والطريق الوحيد للتناسل والحفاظ على الجنس البشري، وبالمقابل، فإن الإقدام على الزواج وإنشاء أسرة يتطلب درجات كبيرة من الوعي والإدراك لحجم المسؤولية المترتبة على عاتق كلا طرفيه –الرجل والمرأة– نتيجة للدخول في رابطة الزواج، وهو الأمر الذي حتم على التشريعات الأسرية المعاصرة على غرار قانون الأسرة الجزائري؛ وجوب تحديد سن أدنى للزواج يتماشى مع حجم المسؤوليات والتكاليف والأعباء المقررة في حق كلا الزوجين مستقبلا.

وفي إطار تجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل سعى المشرع الجزائري إلى تحديد سن الزواج وحددها بسنّ معينة، على خلاف الشريعة الإسلامية التي أناطت الأهلية إلى ظهور علامات البلوغ من غير تحديد سن معينة، وبالتالي هل وفق المشرع الجزائري بتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مجال أهلية الزواج؟، وهو ما سنتناوله من خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، نتناول أهلية الزواج الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، ثم نتناول أثر مبدأ المساواة على أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الأهلية (الفرع الأول)، ثم نتناول مذاهب الفقهاء في تحديد سن أهلية الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الأهلية

الأهلية لغة مشتقة من كلمة أهل، وأهلُ الرجل وأهل الدّار وكذلك الأهْلة؛ وأهل الرّجل عشيرتُه، والجمع أَهْلُون وآهَالُ وأهَالٍ وأهْلاتُ، وأهلُ القرآن هم أهل الله وخاصّته، أي حفظة القرآن العاملون به، كما يُقالُ بيت الله، وأهلُ الإسلام من يدينُ به، وأهلُ البيتِ سكانه [1].

وعرّفت الأهلية أيضًا أيضا بأنها صلاحية الإنسان لصدور الشيء عنه، أو طلب منه وقبوله إياه، وهي مؤنث لمصطلح الأهلي، والأهلية لأمر هي الصلاحية والكفاية له

[1] - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ص ص 163- 164.

والاستحقاق والكفاءة والاستيطان، ويقال فلان أهل لهذا الأمر، أي أنه صالح له وجدير به وفلان من أهل هذا البلد أي من المستوطنين فيه [1].

ففي الفقه الإسلامي تعني الأهلية الصفة التي يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا للخطاب التشريعي، وتثبت له الحقوق وتتحمل عليه الواجبات وتصح منه التصرفات أو صلاحية ثبوت الحقوق والالتزامات في الذمة، أو صلاحية ثبوت الحقوق المشروعة للشخص وعليه أيضا، وصلاحيته لأداء ما وجب عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتب عليه آثارها الشرعية [2]، أما الأهلية في اصطلاح القانون هي صلاحية الشخص للالتزام والإلزام بالقدرة على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات وممارسة التصرفات القانونية فيكون الشخص ذا أهلية إذا صار قابلا لأن تثبت له حقوق مشروعة أو تثبت عليه واجبات مشروعة وقادرة على إبرام التصرفات المختلفة من عقود وإرادة منفردة، أو هي مقدرة الإنسان على الإدارة والالتزام فتفترض أن لديه المؤهلات الذهنية التي تمكنه من اتخاذ القرار والالتزام به بعد أدرك موضوعه ونتائجه وما يترتب ليه من أثار في شخصية أو في ذمته المالية أو نشاطه، نجد أن تعريف الأهلية في القانون ما خول في جملتها من الفقه الإسلامي وجميع هذه التعاريف متفقة مع بعضها البعض وجميعها تتفق في أن الأهلية تعني صلاحية الشخص لأمر من الأمور [3].

أولا- أنواع الأهلية

تعتبر الأهلية بمثابة المعيار الأساسي الذي يتوقف عليه معرفة ما يتمتع به الفرد من حقوق وما يتحمل من التزامات، وعلى هذا الأساس قسم الفقهاء الأهلية إلى قسمين أساسيين؛ يتمثلا في أهلية الوجوب، وأهلية الأداء؛ وبين هذا وذاك تدخل مجموعة من الاعتبارات والمعايير.

[1] – محي الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المصدر السابق، ص 345.

[2] – ساعد سلامي، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص 242.

[3] – محمد محجوب الصديق حسن، مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 07، العدد 04، 2022، ص 956.

1- أهلية الوجوب:

تعرّف أهلية الوجوب على أنها القدرة والصلاحية على اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وهي ترتبط بالوجود، فمتى وجد الشخص قامت أهلية وجوبه، ويتحقق هذا الوجود بولادته حيا، وقد يمّاها الفقهاء قديما بأهلية الوجود إذ تجب لكل شخص كان له وجود، وعلى هذا الأساس، يتساوى جميع الناس في اكتسابهم لأهلية الوجوب كأصل عام، وهي ترتبط بالشخص وجودا وعدما فإذا وجدت الشخصية وجدت بالضرورة أهلية الوجوب، وإذا انعدمت الشخصية انعدمت معها أهلية الوجوب، لأنها وصف في الشخص فإذا زال يزول معه هذا الوصف [1]

2- أهلية الأداء:

تعني قدرة الشخص في التصرف بأمواله أو هي صلاحية الشخص لمباشرة العقود، وهي لا تثبت لكل شخص كما هو الشأن بالنسبة لأهلية الوجوب وإنما تثبت لمن كانت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية لصالحه وفي حق غيره، فهي تبعا لهذا وثيقة الصلة بقدرة الشخص على التمييز، وحسب حالة الأشخاص حيث أنها تتأثر بالسن أو بعارض من عوارض الأهلية [2].

ثانيا- عوارض الأهلية:

الأصل في الإنسان أن يكون سليم العقل والنفس، إلى أن يثبت عكس ذلك، وهناك من العوامل التي قد تؤثر على القدرة العقلية أو النفسية للإنسان، فمنها ما يعدم الأهلية بانعدام العقل الذي قد يصاب كليا أو جزئيا، أو كأن كون سفيه أو معتوه، فيكون التميز عنده ناقص، والعوارض التي تعدم الأهلية تتمثل في الجنون والعته.

ويعتبر الجنون والعته من الأمراض التي تصيب العقل، فإذا كان الخلل كاملا يكون صاحبه مجنونا، أما إذا كان نقصانا فيه اعتبر معتوه، وبالتالي يؤثر هذا الخلل على تصرفاته فتنهيها وتعدمها [3]، فيأخذ حكم عديم التمييز وعليه لا يمكن مباشرة حقوقه المدنية،

[1] -علي حسن أولال، المرجع السابق، ص ص 205- 206.

[2] -محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 05، العدد 02، 2018، ص 76.

[3] - وهيبة بوطيش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، المجلد 14، العدد 03، 2022، ص 156.

وفي هذا الصدد نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه تعدّ تصرفاتهم منعدمة لانعدام الإرادة، فيتقرر بطلان التصرف مهما كانت طبيعته.

أما العوارض التي تنقص الأهلية فهي تتعلق بالمؤثرات النفسية وعوامل جعلت صاحبها يفكر بطريقة لا يقدر فيها على نتائج أفعاله الضارة، فيكون ضعيف الإدراك وعقله مصاب بخلل، ويتمثل في السفه وذو الغفلة.

أما السفه فهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل، وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمه، فكل تصرفاته تتعلق بعدم قدرته الرشيدة في إدارة الأموال، أما ذو الغفلة فقد عرفه الفقهاء على أنه من لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة كما يهتدي غيره، بل إنه يُخدع بسهولة وهو غير مفسد للمال، بحيث يستغل الغير ضعف إدراكه [1]، وقد نص المشرع الجزائري على هاتين الآفتين واعتبر من أصيب بهما ناقص للأهلية، حكمه حكم الصبي المميز [2].

الفرع الثاني: تحديد سن أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

تعتبر قضية تحديد سن الزواج بسنّ معينة من القضايا المعاصرة التي أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين على حدّ سواء، ومردّ ذلك إلى اختلافهم في حكم الشرع في تحديد سن الزواج المناسب للقصر، أما قوانين الأحوال الشخصية العربية فقد حرصت على تحديد السن الأدنى للزواج وإن اختلفت في ذلك، ومنها من ساوى بين سن الفتى والفتاة، على غرار قانون الأسرة الجزائري، ويقصد بتحديد سن الزواج وضع حد أدنى لسن الزواج للذكور والإناث، بحيث لا يُسمح للأولياء ولا للقضاة شرعًا تجاوزه إلى ما هو دونه، وقد اختلف الفقهاء في حكم تحديد سن معينة للزواج.

أولا- الفقهاء الأوائل

لم تأخذ الكتب الفقهية القديمة في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ، وهو البلوغ الجنسي الفعلي الذي يكون بظهور أماراته الطبيعية وهي اثنان يشترك فيها الذكر والأنثى تتمثل في الإنزال وإنبات شعر العانة، وأمارات أخرى تنفرد بها الأنثى دون الذكر

[1] – وهيبة بوطيش، المرجع السابق، ص ص 156- 157.

[2] – أنظر: المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

ومنها الحيض والحمل [1]، وعليه اتفق الفقهاء على بعض هذه العلامات، واختلفوا في بعضها الآخر، ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- العلامات التي اتفق عليها الفقهاء:

الاحتلام: يعتبر الاحتلام بل مطلق الإنزال أحد أسباب بلوغ المرأة، وقد دلت عليه مجموعة من الآيات والأحاديث، فقد جاء في قوله تعالى: ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾ [2]، وقول الرسول –صلى الله عليه وسلم– (رُفع القلمُ عن ثلاثة، عن الصبيّ حتى يحتلم ...)، فالمراد بالحلم هنا (الاحتلام) أي خروج المني مطلقا سواء كان في النوم أو اليقظة، وقد عبر الفقهاء عن الاحتلام كأحد علامات بلوغ الأنثى والذكر يشتركان فيها [3].

الحيض: وهي علامة خاصة بالأنثى، اتفق الفقهاء على كونه علامة بلوغ، أما الحيض فهو الدم الذي ينفضه رحم المرأة بصورة دورية كل شهر قمري غالبا، تمتد من البلوغ إلى سن اليأس، ويتوقف مؤقتا أثناء الحمل والنفاس.

أما العلامات التي اختلف عليها الفقهاء فهي:

الإنبات: ويُقصد به ظهور شعر العانة، حيث اعتبر الفقهاء الإنبات علامة بلوغ الإناث كالذكور، باعتباره أمارة طبيعية، وقد ذهب في كونه على البلوغ إلى أربعة أقوال، **فالأول** يرى فيه علامة البلوغ مطلقا في إثبات حقوق الله والعبادة، وغالبا ما يكون الإنبات ملازما للبلوغ، أما **الثاني** أنه ليس علامة على البلوغ مطلقا، لا في حقوق الله، ولا في حقوق العبادة، واستدلوا بأن ذلك يختلف بحسب أحوال الناس، أما **الثالث** فقالوا أنه علامة البلوغ في حق ولد الكافر أو مجهول الإسلام فقط، واستدلوا بحديث عطية القرظي المتقدم، ولكنهم خصصوه في سبب وروده، وهم أطفال غير المسلمين، أما القول **الرابع** أن الإنبات علامة على البلوغ فيما يتعلق من أحكام حقوق العباد، كالقذف والقتل ونحوها، أما فيما يتعلق

---

[1] – جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 65.

[2] – سورة النساء، الآية 06.

[3] – وسام عادل كاظم، بلوغ الأنثى وأثره في عقد الزواج –دراسة فقهية قانونية مقارنة–، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، ذي قار، العراق، العدد 18، 2019، ص 227.

بحقوق الله تعالى فلا يكون علامة على البلوغ، وقال بذلك بعض المالكية بناء على أحد قولي مالك فيمن وجب عليه الحدّ، وأنبت ولكن لم يحتلم، لوجود الشبهة في بلوغه [1].

السن: السنّ من علامات البلوغ التي يشترك فيها الذكور والإناث، وقد اتفق الفقهاء على اعتبار السن كعلامة من علامات البلوغ، لكنهم اختلفوا في تحديد السنّ التي بها يكون الذكر أم الأنثى بالغا على أقوال ثلاثة، **فالقول الأول** فقد حدّد سن البلوغ خمس عشرة (15) سنة للذكر والأنثى على السواء، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، والصالحين من الحنفية، أما **القول الثاني** فقد حدّدوا سن البلوغ بثمانية عشرة (18) سنة للذكر والأنثى على السواء، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية، أما **القول الثالث** فقد حددوا سن البلوغ ثمانية عشر سنة للذكر، وسبع عشرة سنة للأنثى، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله [2].

ومن خلال هذه الآراء والتعاريف التي تناولناها، يتبين لنا أنّ البلوغ هو انتهاء مرحلة الصغر بعلامات معتبرة شرعا، كالاحتلام والحيض، أو الإنبات، أو بلوغ خمسة عشرة سنة، والوصول إلى مرحلة نضج وإدراك تؤهل للعمل بمقتضى الحكم الشرعي.

ثانيا- الفقهاء المعاصرون

إن فكرة تحديد سن معينة للزواج لم ترد على ألسنة عامة الفقهاء المتقدمين، إلا ما ورد عن بعضهم من القول بتحديد الزواج بالبلوغ، وخصه بعضهم باليتيمة دون غيرها، فلا تُزوج إلا إذا بلغت، أما نشأة فكرة تحديد سنّ الزواج، وجعلها نظامًا عامًا، وحمل الناس عليها، وإلزامهم بها فتلك فكرة مستحدثة، أدى إلى ظهورها اختلاف الأعراف والعادات والظروف الاجتماعية، وقد تدرجت هذه الفكرة، ومرّت بمراحل متعددة، حتى آلت إلى ما هي عليه الآن.

فأول ظهورها كان إبان نهاية عهد الدولة العثمانية، حين أصدر السلطان "محمد رشاد" مشروع قانون يتضمن مجموعة من القرارات الخاصة بحقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق، ثم انتفض العالم الغربي بمنظماته الأممية، ومحافله الدولية، فسعى جاهداً بقراراته

[1] – مقال بعنوان: علامة البلوغ بين الفقه الإسلامي والتقنيات العلمية الحديثة، ص 240، متاح على الموقع الالكتروني: https://sobider.com/?mod=tammetin&makaleadi=&makaleurl=91003e99-b729-4221-869b-dd5c8d3cb2a9.pdf&key=71920 ، تم الاطلاع بتاريخ 20-05-2024، على الساعة: 14.06 .

[2] – رمضان رزق بدوي السيد، تقييد الزواج بسن معين وآثاره في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية لبنين، أسوان، جمهورية مصر، المجلد 02، العدد 02، 2019، ص 1911، 1913.

إلى وضع بصمته في قضية تزويج الصغيرة، ولزوم تحديد سن أدنى للزواج، مهدّدا ومتوعّدا الدول التي تخالف ذلك بالعقوبات المناسبة، ومن هذه القرارات، نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، واتفاقية القضاء والتمييز على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" [1].

وبناءا على ما تقدم فالمعاصرين من الفقهاء فقد اختلفت آرائهم في تحديد السن القانوني للزواج على مذهبين: فهناك مذهب يُجيز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة، وهناك مذهب قائل بعدم جواز تحديد سن معينة للزواج.

1- لا يجوز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة

أنه لا يجوز إصدار قانون بتحديد سن ابتداء الزواج، وهذا ما ذهب إليه ثلة من أهل العلم، من أبرزهم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي مصر والشيخ عبد العزيز بن باز والشيخ عبد المحسن العباد، والدكتور مصطفى السباعي والشيخ صالح الفوزان والشيخ عبد الرحمن البراك والشيخ أحمد العسال والدكتور حسام الدين عفافة.

استدل القائلون بأنه لا يجوز إصدار قانون يحدد سن ابتداء الزواج بالأدلة الآتي:

إن عدم تحديد سن للزواج فيه تحقيق للمصلحة في بعض الحالات، فقد يجئ الكفء بطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة، فيزوجها حتى لا تفوت الكفء إذا ما انتظر بلوغها، كما أنّ فيه استجابة للدعوات العالمية المشبوهة التي تصدر عن منظمات وهيئات تسعى لإشاعة الثقافة الغربية وإفساد المجتمعات الإسلامية. وتحديد سن الزواج هو جزءٌ من التّبعيَّة للغرب والبلاد العربيّة المُغرَّبة [2].

2- يجوز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة

حيث يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بجواز تحديد سن الزواج في عمر معين، وهو ما ذهب إليه الدكتور يوسف القرضاوي، والشيخ بن العثيمين، وغيرهم من الفقهاء المعاصرين، حيث استندوا أصحاب هذا الرأي بالقرآن والسنة النبوية والآثار والمعقول، كما

[1] – أحمد خيري أحمد عبد الحفيظ، تزويج الصغيرة في ظل التحديات المعاصرة –دراسة فقهية مقاصدية مقارنة–، مجلة كلية الدراسات الإسلامية لبنين، أسوان، جمهورية مصر، المجلد 03، العدد 03، 2020، ص 3476، 3478.

[2] – عبد العالي شويرف، اشتراط الأهلية في الزواج دراسة فقهية قانونية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 09، العدد 02، 2016، ص 214.

استندوا إلى قاعدة شرعية مفادها حق الإمام وولي الأمر بتقييد المباح، حيث يحق للإمام أو من يلي أمور المسلمين في بلد معين في أن يختار لهم طريقة إعمال ما داء مباحا في الشرع من أجل درء المفسدة وجلب المنفعة [1]، كما استند هذا الفريق على مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع، من خلال قدرة المرأة على التحمل للمسؤولية، أما مصلحة الأسرة فتكمن في نجاح الزواج واستقراره ولا يتأتى ذلك إلا ببلوغ سن الرشد.

المطلب الثاني: أثر مبدأ المساواة على أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

لقد جعلت معظم التشريعات العربية سنّا معينة لأهلية الزواج، فلا تكتمل إلا بإتمام المرأة والرجل المتمتعين بقواهما العقلية سنا معينة، ووضعت مجموعة من الضوابط والشروط لمن لم يبلغ السنّ المحددة والذي يرغب في الزواج ذكرا كان أو أنثى، في أن يرفع أمره للقضاء لينظر القاضي في أمره، وبأذن له بالزواج إن رأى مصلحة في ذلك.

وبناءا عليه سنتناول في هذا المطلب تجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل (الفرع الأول)، ثم نتناول أثر هذه المساواة على أحكام الترخيص القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل

يشترط في العاقدان أن يكونا كاملا الأهلية، حتى يرتب عقد الزواج آثاره من حيث الحقوق والواجبات، وبالتالي فالأهلية شرط لازم فيه، وهو ما أدى بعديد من الدول والبلدان العربية على غرار الجزائر أن تفرض سنّا لا يمكن من دونه الإقدام على الزواج، وقد روعيت في تحديده الاعتبارات الخاصة بالنمو الطبيعي والأدبي في كل بلد من حيث الجنس والطقس والبيئة الاجتماعية [2].

وقد حدّد المشرّع الجزائري السن القانونية للزواج بـ 19 سنة مساويا في ذلك بين المرأة والرجل، حيث نصت المادة 7 من الأمر 84- 11 المعدل والمتمم على أنه: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو

[1] – عبد الستار كريم سعد، حكم تحديد سنّ الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة جامعة جيهان، أربيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 02، 2019، ص 63.

[2] – لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة–، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014- 2015، ص 55.

ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات».

وعند تفحصنا لتطور سن الزواج في الجزائر نلمس بصمة المستعمر الفرنسي في محاولته لتحديد سن معين للزواج، حيث كان له عدّة محاولات لتحديد سن الزواج في الجزائر، وكان الهدف من وراءه هو محاربة الزواج المبكر خوفا من النموّ الديمغرافي المتسارع ومحاولة تغييب أحكام الشريعة الإسلامية في المجتمع الجزائري، وقد نظّر لذلك بعض الفقه الفرنسي ومنهم الفقيه BOUSQUET الذي يقول: « إنّ الرضا في الزواج لدى المسلمين يختلف عنه في النظام الفرنسي إذ يقتضي، هذا الأخير رضا الوالدين معا زيادة على رضا المعني بالزواج، ليصبح الزواج ممكنا، هذا قانون غير معمول به في النظام الإسلامي، إذ ليس للزوجين الإعلان عن إرادتهما، إذن نحن بصدد إكراه، وهو ما يسمى بقانون الجبر، هذا القانون قد يمس الطفل منذ ولادته غير أن المذهب الأرتودوكسي لا يتم الدخول لديهم إلا بعد البلوغ» [1].

وبعد عدة قوانين صدرت في فترة الاستعمار الفرنسي، تم إصدار أول قانون متعلق بتنظيم سن الزواج المؤرخ في 29 جوان سنة 1963 [2]، والذي حدد سن الزواج ببلوغ ثمانية عشرة (18) سنة بالنسبة للذكر، وسبعة عشرة سنة (17) للأنثى، مع جواز طلب الترخيص بالزواج للقاصر، وقد حاول المشرع برفعه سن الزواج من خلال هذا النص مجابهة النمو الديموغرافي الذي بلغ ذروته أتذك، والذي لم يكن للدولة الجزائرية الإمكانات المادية لمواجهته، والذي ترتب عليه بالضرورة تراجع القدرة المالية للشخص، التي تجعله غير قادر على تحمل مسؤوليات الزواج، وبصدور أول قانون للأسرة في التشريع الجزائري بموجب القانون رقم 84- 11 جعل المشرع سن الزواج ثمانية عشرة (18) سنة للمرأة وواحد وعشرون (21) سنة للرجل، كما أجاز هو كذلك للقاضي استثناء أن يرخص بالزواج دون هذا السن في حالة وجود ضرورة لذلك.

---

[1] – عدة عليان، إشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 08، العدد 01، 2022، ص 717.

[2] – القانون رقم 63- 224 المؤرخ في 29 جوان سنة 1963 المتعلق بسن الزواج، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 02 جويلية سنة 1963.

وقد ترتب على هذا التحديد نوع من التعارض بين أهلية الزواج والأهلية المدنية، فيصبح الرجل راشدا في معاملاته المدنية وقاصرا فيما يخص عقد الزواج، وفي الجهة المقابلة، تكون المرأة أهلا لإبرام عقد الزواج، وقاصرة في تصرفاتها المدنية نظرا لعدم بلوغها السن القانونية المقدرة بـ 19 سنة [1]، ولتدارك المشرّع هذا التعارض والإشكالات القانونية المترتبة عنه وهو التعارض بين أهلية الزواج والأهلية المدنية هذا من جهة، ومن جهة ثانية هو استجابته مع التوجهات الدولية في هذا المجال والتي أقرتها مختلف الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تنادي بضرورة المساواة بين الرجل والمرأة في أهلية الزواج بالخصوص، قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 07 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05- 02 وهو ما أسفر عن توحيد السن المؤهلة للزواج بتسعة عشرة (19) سنة لكلا الزوجين.

وبناءا على ما تقدّم نستطيع القول أنه لا تطرح أي مشكلة حول مدى توافق توجه المشرع الجزائري من عدمه مع أحكام الشريعة الإسلامية من حيث منعه لزواج ما دون السن القانونية، لأن المشكلة ظهرت في إحجام الشباب عن الزواج وتأخره لما بعد سن الثلاثين بسبب البطالة وأزمة السكن والعجز عن تحمل تكاليف الزواج، مما نتج عنه مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة والذي يشهد ارتفاعا فاحشا في الوقت الحالي [2].

الفرع الثاني: أثر المساواة على أحكام الترخيص القضائي

إن الغاية القانونية من اشتراط الأهلية في الزواج تكمن أساسا في رعاية مصلحة القاصر، لأن من يؤسس أسرة يجب أن يكون قادرا على تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق، وهذا هو الأصل، والاستثناء هو إمكانية السماح للقاصر بالزواج مع وضع بعض القيود على ذلك.

ومن الأسباب التي اعتمدها المشرع وأعطى فيها للقاصر رخصة الزواج دون السن القانوني وذلك وفق قيود وضوابط مراعاة لمصلحته، هو الاعتراف القانوني بحقوقه الشخصية لاسيما أن منحه هذا الحق تقف وراءه جملة من الأسباب الاجتماعية [3] ومنها: أن ظاهرة

---

[1] – علي حسن أولال ، المرجع السابق، ص 223.

[2] – المرجع نفسه، ص 224.

[3] – إسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القصر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، امجلد 12، العدد 04، 2019، ص 256.

الزواج المبكر أو زواج القاصر هي ظاهرة خاصة بالإناث، تقف وراءها خلفيات ثقافية وأعراف وتقاليد ولا يمكن إلغاؤها لأنها متجذرة في المجتمع وهو ما استدعى إقرارها بموجب نصوص قانونية، أما السبب البخر يتمثل في انتشار الفقر والامية الذي يحتم على الأولياء تزويج القصر بغية دفع مخاطر عنوستهنّ.

وبالرجوع إلى الأصل في أن الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد بلوغ سن 19 سنة المنصوص عليها في نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المشرع أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة، راعي فيه وضعية وحالة بعض الأشخاص فنص في الفقرة الثانية من المادة 7على ما يلي: «... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج»، فقد أجاز لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج أن يتزوج قبل ذلك؛ إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، واستطاع أيضا أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب من القاضي المختص [1].

ومن خلال تفحصنا لهذه المادة نلاحظ أن المشرّع قد منح القاضي سلطة منح الإذن إذا لم تتوافر في المقبل على الزواج متى تبين له أن الزواج فيه مصلحة للطرفين أو أحدهما أو وجود ضرورة تتطلب تزويجهما، كما ينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج وتحمل أعباءه من إنفاق، والسكن وغيرها من الآثار التي تترتب على عقد الزواج، ومن أمثلة الفقه في هذا الصدد و يورد الفقه أمثلة على معيار المصلحة والضرورة؛ في الفتاة القاصر التي لا معيل لها من أب أو أخ، فالأصلح لها ومحافظة على عرضها الزواج، و كذلك فيمن خافت على نفسها الزنا، فعلى القاضي السماح بذلك؛ لكون الضرورة والمصلحة تستلزم هذا [2].

والجدير بالذكر أنه يتوجب أن تكون المصلحة في المسألة المدروسة أكيدة، وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج وهو ما يجب على القاضي التأكد منه جيدا قبل منح الإذن، وأن المشرع لم يحدد بصفة إرادية هذه المصلحة في حالات محددة

[1] – محمد الأمين مستاري، أحكام الزواج على ضوء الشريعة والقانون، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة آفلو، المجلد 05، العدد 02، 2022، ص 586.

[2] – المرجع نفسه، ص 587.

حصرا، وذلك راجع إلى أن معيارها هنا معيارا مرنا بحيث تختلف مبرراتها من شخص لآخر، فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو رأي الطبيب المختص، أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع [1].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي السن الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه وهو بصدد دراسته لطلب الترخيص بالزواج، على غرار بعض التشريعات التي أقرت بالحد الأدني الذي يلتزم به القاضي، فعلى سبيل المثال نجد في قانون الأحوال الشخصية السوري حدد السن الأدنى بخمسة عشرة (15) سنة بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء، وهو ما دعا به بعض من الفقه الجزائري إلى ضرورة تدخل المشرع وتحديده لسن أدنى للزواج لا يمكن في جميع الأحوال النزول عنه، وقد اقترحوا تحديده بخمسة عشرة سنة [2].

المبحث الثاني: المرأة والرضا في عقد الزواج

لقد ركزت الشريعة الإسلامية على العلاقات القائمة بين الزوجين، فالأصل ان تقوم هذه العلاقة في إطار المودة والمحبة والرحمة والتعاون والتعاطف، ومن هذا المنطلق كان لا بد من رضا كلا الزوجين بالآخر في اختيار شريك حياته، والانسجام فيما بينهما، فيختار الرجل شريكة حياته، وكذلك المرأة تختار الزوج الذي ترغب به، كما يمكنها أن تختاره عن طريق أوليائها من العصبات أو من يقوم مقامهم، وهؤلاء يختارون لها الزوج الذي يرونه مناسبا، مراعين مصلحتها في ذلك، كيف لا وهم أشفق الناس بها وأرحمهم، ويرضيهم ما يرضيها، ويؤذيهم ما يؤذيها.

ويُعد موضوع الولاية في عقد الزواج من المواضيع الشائكة والمتشعبة، والتي عرفت اختلافات فقهية ارتبطت بتحديد مركز الولي في عقد الزواج بين الركن والشرط، بالإضافة إلى تحديد سلطاته في تزويج من هم في ولايته، حيث كان لتوجهات المذاهب الفقهية الأثر الواضح في قانون الأسرة الجزائري خاصة قبل تعديل قانون الأسرة، غير أن تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05- 02 المؤرخ في 27-02-2005 كان له الأثر البالغ وذلك

[1] – زكرياء برياح، أثر مبدأ المساواة بين الجنسين على تحديد السن القانوني للزواج –دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والمغربي–، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص 77.

[2] – عدة عليان، المرجع السابق، ص 720.

بإغفال دور الولي في عقد الزواج، نتيجة الضغوطات المنادية لحرية المرأة في تزويج نفسها واختيار شريك حياتها الذي يتعارض مع مبدأ تقييد حريتها، والمطالبة بمساواتها مع الرجل في عقد الزواج، وهو ما تحقق نتيجة المصادقة على اتفاقية سيداو التي ترى أن ولاية الإجبار تمييز عنصري ضد المرأة.

ومن هذا المنطلق سنعالج هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين، سنتناول حرية المرأة في اختيار زوجها من خلال (المطلب الأول)، ثمّ نتناول الولاية في عقد الزواج (المطلب الثاني)، بعدها نقوم بدراسة حرية اشتراط المرأة في عقد الزواج (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تكريس الرضائية في عقد الزواج

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات، وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساس ي في عقد الزواج، وهو القائم الذي يقوم عليه، ويتوقف وجوده عليه، واختلف في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، وهناك من يسميه العنصر النفس ي في عقد الزواج، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري المادة 09 من قانون الأسرة بأنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، وبذلك يكون المشرع الجزائري أقر بحق المرأة في اختيار الزوج وذلك باشتراطه الرضا.

وعليه سنتناول في هذا المطلب المقصود بالرضائية في عقد الزواج (الفرع الأول)، ثم حرية المرأة في اختيار زوجها (الفرع الثاني)، ثم نتناول مسألة الاشتراط (الفرع الثالث)

الفرع الأول: المقصود بالرضائية في عقد الزواج

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي على أن الرضا ركن أساسي في عقد الزواج على اختلاف لفظي بينهم، فهناك من يسميه الإيجاب والقبول، وهناك من يطلق عليه اسم الصيغة، والمهم في عقد الزواج وجود الإيجاب والقبول، فهو الركن الأساسي فيه لأنه يستلزم وجود العاقدين وهما الزوج والزوجة [1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنه لم يعرّف ركن الرضا وإنما اكتفى فقط بتحديده واللفظ بصفة عامة الذي يجوز التعبير به عن الإيجاب والقبول، وبالتالي ترك للفقه مجالا

[1] – لعلى سعادي، المرجع السابق، ص 63.

لتعريفه، ومن بين التعارف الفقهية نجد تعريف الدكتور بدران أبو العنين بدران بأنه:« الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما [1]، كما يعرّفه السيد سابق بأنه: « هو توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا» [2].

إن تحقق الرضا في الزواج يلزمه توفر شروط في العاقدين كأن يكون كلٍ من الزوجين معُلوما للآَخِر ومعروفا؛ كما يشترط خلوّهما من أسباب تحريم الزواج، فإن تحققت هذه الشروط أمكن لهما إبرام العقد الذي يجد أساسه في تحصيل الرضا من كلا العاقدين بموضوع العقد، وذلك عن طريق الإيجاب والقبول الدالان على عن الرضا وهما ركنا العقود حسب بعض الفقه، ويقترن بهما شروط انعقاد عقد الزواج، فبهما تتجه إرادة المتعاقد لما يريده وتترتب عليه الآثار، وليتحقق ذلك يلزم للإيجاب والقبول شروطا تحقق غايتهما، كأن يصدر ممن يتمتع بأهلية، ويجب خلوهما من كل العيوب التي تصيب الإرادة [3].

وبناءا عليه، تتجلى أهمية الرضا في وقاية الأسرة من أي نزاع أو خلاف؛ وقد اعتمدت التشريعات العربية في تحديدها لركن الرضا في عقد الزواج على الجانب النفسي له، على أساس أنه ينظر للرضا كمفهوم مخالف للإكراه، وبالتالي يجب أن يتم إبرام عقد الزواج من غير إكراه ولا إجبار، وهو الأمر الذي سيترتب عليه بالضرورة التوافق والتفاهم بين الزوجين أثناء الحياة الزوجية، وتفادي النزاعات التي تترتب في حالة انعدام الرضا لأحد الطرفين بالطرف الآخر [4].

أما المشرّع الجزائري فنجده قد كرّس مبدأ الرضائية في عقد الزواج، وذلك من خلال نص المادة 04 من قانون الأسرة، فقد عرّفت الزواج على أنه: « الزواج هو عقد **رضائي** يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسيا المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة عمى الأنساب»، فمن خلال نص هذه المادة يتبين لنا سعي

[1] – محمد الأمين مستاري، المرجع السابق، ص 570.

[2] – لعلى سعادي، المرجع السابق، ص 44.

[3] – عادل لموشي، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018– 2019، ص 182.

[4] – علي حسن أولال، المرجع السابق، ص 171.

المشرّع صراحة نحو تكريس الرضائية والمساواة بين الجنسين في عقد الزواج، فالعقد الرضائي يتطلب حرية الإرادة والرضا المرتبطين في الزمان والمكان [1]، كما أكد المشرّع الجزائري كذلك على رضائية عقد الزواج في المادة 09 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:«ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، وبالتالي جعلت ركن الرضا الركن الوحيد لعقد الزواج ويبطل الزواج في حال انعدامه [2].

الفرع الثاني: حرية المرأة في اختيار زوجها

سنتناول حق المرأة في اختيار زوجها في الاتفاقيات الدولية (أولا)، ثم الشريعة الإسلامية (ثانيا)، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة (ثالثا).

أولا- حرية المرأة في اختيار الزوج في المواثيق الدولية

يعدّ الزواج من الحريات العامة، مما يقتضي ضرورة تمتع الشخص بكامل الإرادة والحرية في تقرير الزواج، وفي اختيار الشريك الذي سيتقاسمه معه الحياة من دون قيود ولا شروط، لأن تكوين الأسرة وحق الزواج متاح لكل شخص ابتداءا من سن البلوغ، بصرف النظر عن الجنسية أو الأصل أو الدين طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان [3]، ويعتبر هذا التوجه متماشيا مع الاتفاقيات الدولية، التي صادقت عليها الجزائر، نذكر منها ما جاء في البند الثاني من المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه»، وما جاء في البند 03 من المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: «لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه».

كما اعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 الكرامة الإنسانية أصيلة في الشخص، وأن حقوق الإنسان أصلا تنبثق من كرامته، كما أكد على مبدأ المساواة وعدم التمييز على أساس الجنس، أما المادة 23 منه فنصت صراحة على حق

---

[1] – زكرياء برياح، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي –البدائل والمقترحات–، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي، النعامة، المجلد 04، العدد 07، 2018، ص 274.

[2] – وهو ما أشارت إليه المادة 33 من قانون الأسرة بنصها: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ...»

[3]– مليكة منادي، الحرية في الزواج، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، المجلد 03، العدد 02، 2016، ص 11.

المرأة والرجل في الزواج، وأن يكون الرضا بينهما هو أساس انعقاد هذا الزواج، وبالتالي فلهما الحرية الكاملة في اختيار كل منهما لشريك حياته.

وقد حددت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واجبات الدول الأطراف فيما يخص القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة المسائل المتصلة بالزواج، وذلك بالمطالبة بأن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة الحق نفسه في اختيارها للزوج، وذلك برضاها وموافقتها الحرة، حيث تنص المادة 1/16 ب منها على أنه: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة ... لتضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة ... نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل ...»، بمعنى أن تكون الزوجة راضية بكل تفاصيل هذا العقد بدءا من اختيار الزوج إلى غاية يوم الزواج؛ وحرا، بمعنى ألا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها، وذلك عند إفصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه.

ثانيا- حرية اختيار الزوج في الشريعة الإسلامية

كما أن الشريعة الإسلامية قد خوّلت للمرأة الحق في اختيار زوجها، فليس للوالدين أن يكرها ابنتهما على زوج لا تريده، ومن الأدلة التي لمسناها من خلال النصوص القرآنية في هذه المسألة، قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [1]، فالله سبحانه وتعالى رسم للحياة الزوجية طريقا سويَ يحقق كل معاني الألفة والتعاون والتفاهم والحب بين الزوجين، حيث جعل الأساس الأول للعلاقة الزوجية هو السكن النفسي، وهو أول وسائل الاستقرار العاطفي بين الزوجين حتى يشعر كل طرف من طرفي العلاقة الزوجية بالطمأنينة والأمان النفسي[2].

ومن الأحاديث النبوية التي دلّت على حرية الزوجة في اختيار زوجها، قوله صلى الله عليه وسلم-، « لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن . قالوا : يا رسول الله ، فكيف إذنها قال : أن تسكت»، وهذا هو الواجب على الأولياء ألا يزوجوا البكر حتى تستأمر وتستأذن، وإذنها السكوت، وأما الأيم وهي التي قد تزوجت فلا بدّ من إذنها

[1] – سورة الروم، الآية 21.

[2] – هجيرة حمداني، الولاية وحق المرأة في اختيار الزوج بين الشريعة والقانون، دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي، تيبازة، المجلد 09، العدد 02، 2021، ص 212.

صريحًا لا تنكح الأيم يعني التي قد تزوجت حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن وليس لأبيها ولا غيره أن يزوج واحدة منهما إلا بالإذن، فالأيم التي قد تزوجت لا بدّ من إذنها صريحا تقول: نعم لا بأس، وأما البكر التي ما تزوجت يكفي إذنها بالسكوت، إذنها صمتها، وليس له جبرها، بل يستأذنها أبوها وغيره من أوليائه، فإذا أذنت بالكلام وهي الثيب أو بالصمت وهي البكر[1].

وهذا الحكم المستقر دلت عليه نصوص كثيرة من شرعنا الحنيف، ووقائع فعلية تبين للعالم كله كيف تعامل الرحمة المهداة، إمام العالمين – صلى الله عليه وسلم – مع المرأة ووليها في تحد واضح لكل نظم الجاهلية التي تظلم المرأة، وأثبت حقها في اختيار زوجها، وأبطل زواج من حاول إجبارها حتى وإن كان ذلك الشخص هو الأب، ولا يخفى ما في ذلك من مخالفة لعادات العرب وقتها، فكان ذلك امتحانًا لقلوب المؤمنين بأن يرضوا بالشرع الحنيف الذي يكرم المرأة، ويحترم إرادتها واختيارها، ويتبرءوا من كل النظم التي تهين المرأة وتحتقرها وتظلمها.

ثالثا– موقف المشرع الجزائري من حرية المرأة في اختيار زوجها

لم يكن المشرع الجزائري يمنح للمرأة حق مباشرة عقد زواجها بنفسها، بل كان يربط إرادتها بإرادة وليها في مقابل إرادة الرجل، مّما اعتبره البعض نوع من التمييز بين الجنسين، على اعتبار أن إرادة المرأة غير مساوية لإرادة الرجل فيما يتعلق بإنشاء عقد الزواج، وهو ما تضمنته المادة 9 قبل التعديل والتي نصت على ما يلي: «يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق»، الأمر الذي اعتبره البعض حسب رأيهم صورة من صور القصور عند المرأة، و جاء الأمر 05. 02 ليعيد ترتيب المراكز القانونية بين المرأة و الرجل ، وإعادة الاعتبار لإرادة المرأة بصفتها طرف في عقد الزواج شأنها شأن الرجل ، وبهذا أصبحت إرادة المرأة مساوية لإرادة الرجل في إنشاء عقد زواجها بنفسها دون تدخل لإرادة ثالثة ألا وهي إرادة الولي، و نعني هنا بالمرأة المرأة الراشدة، لأن الأمر يختلف بالنسبة للمرأة القاصرة ، وهو ما كرسه المشرع في المادة 4 باعتبارها أن عقد الزواج هو عقد رضائي، ناهيك عن نص المادة 9 من قانون الأسرة والتي تضمنت "ينعقد الزواج بتبادل رضا

[1] – الموقع الإلكتروني: https://binbaz.org.sa/audios/2897/17 ، تاريخ الإطلاع: 2024/05/26، على الساعة 00.08.

الزوجين"، من خلال تحليل هاتين المادتين يتضح أن عقد الزواج ينعقد بإرادة المرأة وإرادة الرجل، وبذلك يكون المشرّع الجزائري أقرّ بحق المرأة في اختيار الزوج عند اشتراطه الرضا.

وخلاصة القول هو أن المشرع الجزائري قد خصّ ركن الرضا بعناية بالغة تجسيدا لتأثره بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها، ومن هنا يبرز تأكيد المشرع وسعيه نحو تعزيز مكانة المراة من خلال إرساء مبدأ المساواة بين الزوجين ضمن أهم ركن لانعقاد الزواج، وهو الرضا، ويتبين مسعاه من خلال توسيع مجال حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بعقد الزواج، وهو ما يظهر تأثر المشرع بالاتفاقيات الدولية الناشئة في هذا المجال، كما حاول التوفيق بين حدود هذه الحرية من جهة والحفاظ على الموروث الحضاري والثقافي والعرفي للمجتمع الجزائري.

الفرع الثالث: الاشتراط في عقد الزواج

سنتناول في هذا الفرع مفهوم الاشتراط فقها وقانونا(أولا)، ثم موقف المشرع الجزائري من مسألة الاشتراط (ثانيا).

أولا- مفهوم الاشتراط فقها وقانونا

من أبرز صور تمكين المرأة من الحرية المطلقة في عقد الزواج والرضا به بشكل حرّ هو تكريس المشرع الجزائري لمبدأ الاشتراط في عقد الزواج بصفة مطلقة، والذي نصت عليه المادة 19 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بنصها: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط تعدد الزوجات ...»، وفي ذلك ضمان صريح لمبدأ تكريس مبدأ رضا المرأة بعقد الزواج وحماية لها في إطار الحياة الزوجية القادمة من تعسف الزوج والاستفراد برأيه بعد الدخول بها، كما يعد تطبيقا من تطبيقات المشرع لمبدأ المساواة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في طريقة إبرامها لعقد الزواج وحريتها الكاملة فيه [1].

إن حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد، بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود؛ فيجعلون للعاقد أن يشترط عند إنشاء العقد ما

[1] - زكرياء برياح، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي –البدائل والمقترحات–، المرجع السابق، ص 277.

شاء من الشروط، وعلى العكس من ذلك، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها؛ لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود [1].

وقد عرفت هذه المسألة في الشريعة الإسلامية خلافا أساسيا بين الأئمة الأربعة، إذ يرى الحنفية وجمهور المالكية، والشافعية أن الأصل في ذلك الحظر، فلا يباح منها إلا ما جاء بنص، في حين يرى الحنابلة بإباحة جميع الشروط ما عدا تلك التي نهى عنها الشرع أو تلك التي تتنافى ومقتضيات العقد [2]، وهو النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري عندما أخذ برأي الحنابلة في هذه المسألة، فبموجب المادة 19 جعل المشرع الجزائري الأصل في الشرط الجواز إلا ما خالف أو تنافى مع هذا القانون، وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها، ومن حق المشترط مطالبته الوفاء بالشرط وإذا امتنع فله حق المطالبة بالفسخ.

ثانيا- موقف المشرّع الجزائري من مسألة الاشتراط في عقد الزواج

لا يختلف موقف المشرع الجزائري عما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع؛ وهذا ما يبدو واضحا من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون»، باستقراء نص المادة 19 نجد المشرع الجزائري أكد على شرطي عدم تعدد لزوجات، وشرط عمل المرأة، حيث اعتبرت المادة 67 من قانون الأسرة أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل.

وهو ما جرى العمل به في القضاء الجزائري الذي ذهب إلى اعتبار شرط الزوجة على زوجها بأن لا ينقلها من بلدها بأنه شرط صحيح يجب الوفاء به، إذ قرّرت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 03 مارس 1971 ما يلي: «حيث أنه من المقرّر فقها وقضاءا

---

[1]- فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 02، العدد 07، 2017، ص 244.

[2] - هجيرة خدام، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد 06، العدد 01، 2015، ص 347.

جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج، والتي التزم بها الزوج مما يرتب فك العصمة الزوجية، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد» [1].

أما بالنسبة للإشكال المتمثل في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة، كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها وحول ما إذا كان هذا الاشتراط يعد في مضمونه تحريما لشيء محلل شرعاً؟ يعتبر هذا الشرط باطلاً لتنافيه مع نص المادة 08 التي تسمح بتعدد الزوجات، لذلك فإن 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 اعتمادا على عدم الوفاء بهذا الشرط [2].

فكان في وسع المشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة نص كل من المادتين لو نص 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 أنّه: «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، ومن ثم يكون إدراج المشرع وإقراره بحق الزوجة في اشتراط عدم الزواج عليها من باب التأكيد على حقوقها، ولكون الشرط تتجاذبه حقوق متباينة، فالتعدد حق للزوج، وعدمّ التعدد فيه مصلحة للزوجة، وأن تنازل الزوج عن حقه في التعدد بإرادته لا يبطل المبدأ من أصله،

[1] – العربي بلحاج، قانون الأسرة –مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا– ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 24.

[2] – فاطمة حداد، ياسين حجاب، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 254.

بل يبقى التعدد في أصله مباح دون أن ينفيّ ذلك إعطاء الحق للزوجة في أن تشترط على زوجها أن لا يتزوج عليها.

المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الولاية في عقد الزواج (الفرع الأول)، ثم نتناول تحديد مركز الولي في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج

أولا- تعريف الولاية لغة واصطلاحا

أ- لغة

الْوَلَايَةُ: أي: المُوالاةُ والنُّصرةُ. والوَلايةُ والوِلايةُ قيل: كلاهما بمعنًى، وقيل: بالكَسْرِ معناها الإمارةُ، يُقالُ: هم على وَلايةٍ: إذا اجتمعوا على النُّصرةِ. والوَلِيُّ -وِزانُ فَعيلٍ- ضِدُّ العَدُوِّ، مِن وَلِيَه: إذا قام به.

ب- تعريف الولاية والولي اصطلاحًا

قال ابنُ تَيميَّةَ: (الوَلايةُ: ضِدُّ العَداوةِ، وأصلُ الوَلايةِ: المَحَبَّةُ والقُرْبُ، وأصلُ العَداوةِ: البُغضُ والبُعدُ. وقد قيلَ: إنَّ الوَليَّ سُمِّي وليًّا مِن مُوالاتِه للطَّاعاتِ، أي: مُتابَعَتِه لها، والأوَّلُ أصَحُّ. والوَليُّ: القَريبُ، يُقالُ: هَذا يَلي هَذا، أي: يَقرُبُ منه)، وقال أيضًا: (وَلايةُ اللهِ مُوافقَتُه بأن تُحِبَّ ما يُحِبُّ، وتُبغِضَ ما يُبغِضُ، وتَكرَهَ ما يَكرَهُ وتَسخَطَ ما يَسخَطُ، وتُواليَ مَن يُوالي، وتُعادِيَ مَن يُعادي).

وقال ابنُ القيِّم) :الوَلايةُ عِبارةٌ عَن مُوافَقةِ الوَليِّ الحَميدِ في مَحابِّه ومَساخِطِه.

وقال أيضًا: (وَلِيُّ اللهِ هو القَريبُ منه المُختَصُّ به).

وقال الصَّنعانيُّ) :اعلَمْ أنَّ اللهَ تعالى قد عَرَّفَنا بأوليائِه في كِتابِه العَزيزِ، فقال: ﴿أَلَا إِنَّ أَوْلِيَاءَ اللَّهِ لَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ ثُمَّ فسَّرَهم تعالى بقَولِه﴿الَّذِينَ آمَنُوا ... ﴾ فإنَّها مُستَأنَفةٌ استِئنافًا بيانيًّا كأنَّه قيلَ: مَن هم؟ فقال : ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَكَانُوا يَتَّقُونَ﴾ ذا عَرَفْتَ هَذا عَرَفْتَ أولياءَ الله، وأنَّ صِفاتِهم الخَوفُ مِنَ الله، والإقبالُ على ما يَرضاه، والإعراضُ عَن كُلِّ ما سِواه [1].

[1] – تعريف الولاية والولي اصطلاحا، متاح على الرابط: https://dorar.net/aqeeda/1627 ، تم الاطلاع بتاريخ 2024/05/23 على الساعة 00.48.

ومن الناحية القانونية، جاء تعريف الولاية موافقا للمعنى الاصطلاحي، فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على الإجازة، وقد نص المشرع الجزائري على الولاية على المال في الباب الثاني بعنوان النيابة الشرعية، أما الولاية على النفس التي تتضمن الولاية في عقد الزواج، فقد نص عليها المشرع الجزائري في القسم الثاِني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم تحت عنوان الزواج وانحلاله.

ثانيا- شروط الولي

تعددت شروط الولي، الأهلية الكاملة، والبلوغ، واتحاد الدين، وهذه شروط لا يكاد فقهاء الشريعة الإسلامية الاختلاف عليها، وتتمثل فيما يلي [1]:

- **الأهلية الكاملة:** فلا ولاية للمجنون أو المعتوه في الزواج لأنه لا ولاية على نفسه في الزواج؛ فأولى أن لا يكون أهلاً للولاية على غيره.
- **البلوغ:** فلا ولاية للصبي على غيره في الزواج؛ لأنه لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره لأولى.
- **اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه:** فلا ولاية لغير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿**لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين**﴾[2]، وكذا فلا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: ﴿**والذين كفروا بعضهم أولياء بعض**﴾[3].

ثالثا- أقسام الولاية

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية اختيار وولاية إجبار

ولايـة الإجبـار: وهي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد وهي تثبت كما أتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة وزاد على ذلك الشافعي والإمام مالك وأحمد بن حنبل على أن البكر حتى ولو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإجبار مادامت لا تزال بكرًا، أما لمن تثبت هذه الولاية فقد اختلفوا فيها، فالحنفية ترى بأنه تثبت للعصبة وذوي الأرحام أما الشافعي فقد ثبتها للأب أو للوصي الذي

[1] – لعلى سعادي، المرجع السابق، ص 63.

[2] – سورة آل عمران، الآية 28.

[3] – سورة الانفال، الآية 73.

جعل له الأب ولاية الزواج وهذا ما ذهب إليه أحمد إلا أن الوصي أشترط أن يكون الأب قد حدد الزوج [1].

ولاية الاختيار: هي التي لا يستطيع فيها الولي أن يستبد بتزويج من في ولايته، بحيث يكون الرضا بالزواج مشتركا بينهما، حيث ذهب الحنفية إلى أن المرأة البالغة الراشدة العاقلة لا ولاية عليها وتبرم عقد زواجها بنفسها، ويستحب أن يتولى وليها ذلك فقط، واستبدلت الولاية بشرطين يجب على الفتاة المقبلة على الزواج مراعاتهما وهما الكفاءة ومهر المثل [2].

ثالثا- مشروعية الولاية في الزواج وحكمتها

تبرز حكمة مشروعية الولاية في عقد الزواج من عناية الإسلام بهذا العقد، وصيانته ورفع مكانته ورعاية مقاصده، فالمولى عليه قد يكون عاجزا عن إدارة المصلحة أو درء المفسدة بنفسه، إضافة قد يكون المولى عليه في الزواج أنثى ففي الولاية عليها رعاية لحقها، وصيانة لأدبها وحيائها، وهذا دون هضم لحقها في اختيار زوج لها [3]، كما تظهر الحكمة كذلك من خلال إشراك المرأة أسرتها في الرأي والمشورة تفاديا للسلبيات المتوقعة، فزواج المرأة ليس شأنا خاصا بها، بل له انعكاساته على أهلها، من خلال المصاهرة بين أسرتين، وارتباط المرأة بزوج صالح يريح أسرتها [4].

الفرع الثاني: مركز الولي في عقد الزواج

تباينت آراء الفقهاء حول مدى اعتبار الولي ركنا في عقد الزواج أو شرطًا لصحته، ولعل هذا التباين راجع إلى عدم وجود النص القطعي الثابت، سواء في القرآن الكريم أو في السنة النبوية، فالركن والشرط أمران مختلفان لأن الركن هو جزء من ماهية الشيء، أما الشرط فهو خارج عن ماهية الشرط وحقيقته، وهذا ما يلاحظ من اختلاف أقوال الفقهاء حول شرطية أو ركنية الولاية في عقد الزواج، وفيما يلي نستعرض التوجهات الفقهية التي تعتبر

[1] – محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاءا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، المجلد 01، العدد 01، 2015، ص 146.

[2] – محمد الأمين مستاري، المرجع السابق، ص 575.

[3] – العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، الولاية في الزواج بين التشريع الإسلامي والاتفاقيات الدولية، مجلة الشهاب، جامعة الشهيد لخضر حمة، الوادي، المجلد 08، العدد 02، 2022، ص 400.

[4] – محمد بجاق، المرجع السابق، ص 149.

الولي ركنا لعقد الزواج، ثم نتناول تلك التي تعتبره شرطا لعقد الزواج، ثم نتطرق لموقف التشريع الجزائري من مركز الولي في عقد الزواج.

أولا- القائلون بأن الولي ركن في عقد الزواج

وهذا القول يتزعمه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية الذين اتفقوا على أن الولي ركن من أركان الزواج، وأن كل زواج بدون ولي أو من ينوبه يقع باطلًا، لأن المرأة في جميع الحالات لا يمكنها أن تبرم عقد زواجها بنفسها سواء كانت قاصرة أم راشدة [1]، يقول ابن جزي: «فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرا كانت أم ثيبا أو دنية أو رشيدة أو سفيهة أو حرة ... أذن لها وليها أو لم يأذن فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده وإن طال ولا حد في الدخول في للشبهة وفيه الصداق المسمى» [2].

وقد استدلوا من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنّ﴾ [4]؛ فالشارع أسند النكاح للأولياء في هذه الآية ولم يسنده للنساء، فلم يجز لها عقد زواجها لنفسها ولا لغيرها حتى ولو كان هذا الغير امرأة مثلها، ولو كان للنساء ولاية على أنفسهن كان حكم التكليف موجهاً إليهن كما في سائر الأعمال والتكاليف الخاصة بهنّ.

[1] – عمار مزياني، الولاية في زواج المرأة بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 09، العدد 20، 2022، ص 733.

[2] – العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، المرجع السابق، ص 403.

[3] – سورة النور، الآية 32.

[4] – سورة النساء، الآية 25.

وعن عائشة – رضي الله عنها– تقول : سمعت رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم، يقول: «أيما امرأةٍ نُكحتْ بغيرِ إذنِ وليِّها ؛ فنكاحُها باطلٌ, فنكاحُها باطلٌ, فنكاحُها باطلٌ فإنْ دخل بها؛ فلها المهرُ بما استحلَّ منْ فرجِها, فإنِ اشتجَروا ؛ فالسُّلطانُ وليُّ من لا وليَّ لهُ»؛ لا بُدَّ للمرأةِ مِنْ وَليٍّ يقومُ على شأنِها، ولا يَصِحُّ لها أنْ تتصرَّفَ بدونِ إذنِه في النِّكاحِ؛ فلا تُزوِّجُ نَفْسَها بدونِ إذنِ وَليِّها [1].

ثانيا– القائلون بأن الولي شرط في عقد الزواج

اعتبر الحنفية الولي شرط صحة في عقد الزواج، حيث قالوا إن نكاح الحرّة بلا ولي هو نافذ، على اعتبار أنها تصرفت في خالص حقها، والولاية بالنسبة لها هو أمر مستحب بأن تفوض أمر التزويج لوليها كي لا تنسب للوقاحة، غير أنه حتى يلزم النكاح يشترط أن يكون الزوج كفء، وألا يقل مهرها عن مهر المثل، وفي حالة انعدامه يكون للولي حق الاعتراض على العقد [2].

واستدلوا على ذلك من الكتاب في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [3]، فوجه الدلالة في هذه الآية إسناد النكاح للمرأة نفسها، مما يدلّ على جواز إبرام عقد زواجها بنفسها دون الرجوع إلى الولي [4].

ومن السنة النبوية قوله **صلى الله عليه وسلم** عن عبد الله بن العباس: {الأيمُ أحقُّ بنفسِها من وليِّها ، والبكرُ تُستأذنُ ، وإذنُها صماتُها}، والأيمُ كل من لا زوج لها بكراً كانت أم ثيباً، لها الحق في تولي أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد الزواج بدون وليها.

وبناءا على ما تقدم نستنتج من قول الجمهور باعتبار الولي ركنا في عقد الزواج، وقول الحنفية باعتباره شرطا لعقد الزواج، أنه يبقى دور الولي في عقد الزواج إيجابيا، يتمكن بموجبه من الحفاظ على مصلحة المرأة المقبلة على الزواج، وكل ما في الأمر أن الميزة

---

[1] – الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصابيح والمشكاة،تخريج العلامة محمد ناصر الدين الألباني، المجلد الأول، دار ابن القيم، 2001، ص 2083.

[2] – علي حسن أولال، أمال علال، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص ص 51– 52.

[3] – سورة البقرة، الآية 230.

[4] – عمار مزياني، المرجع السابق، ص 733.

التي يتمتع بها مركز الولي في قول الجمهور، هو إن دوره سابق أو معاصر لعقد الزواج. بينما مركز الولي في قول الحنفية هو لاحق لإبرام عقد الزواج [1].

ثالثا- موقف المشرع الجزائري

إن المتصفح لقانون الأسرة الجزائري ما بين قانون 1984 والأمر 2005 يلاحظ تغييرا جذريا في المنهج المتبع من قبل المشرع الجزائري، والذي استنبطه على أحكام الفقه الإسلامي؛ فبعد أن كان يعتبر الولاية ركنا أساسيا في عقد الزواج بموجب المادة 9 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، أصبحت الولاية شرطا من شروط صحة عقد الزواج بموجب المادة 9 مكرر من الأمر 05- 02 لتصبح الصيغة -الإيجاب والقبول- بمثابة الركن الوحيد لعقد الزواج بموجب المادة 09 من الأمر 05-02.

وبالتالي من خلال المادة 1/11 من قانون الأسرة يلاحظ أن المشرّع تبنى رأي الحنفية، حيث كرس حق المرأة في مباشرة عقد زواجها بنفسها إذا كانت راشدة (19) سنة، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد دون أن يبين الدور الحقيقي له، ثم جاء بما يلغي هذا الحضور الرمزي للولي، حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة [2]، فالمشرع استبدل معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة وهو ما أكدته المادة 11 بقولها: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره».

وما إسناد المشرع الجزائري ولاية إبرام عقد الزواج إلى شخص أجنبي إلا تمويها، وفي الحقيقة فقد ألغي الولي من عقد الزواج بموجب هذا التعديل. استجابة للاتفاقيات الدولية التي تطالب بالمساواة بين الرجل والمرأة في الولاية والقوامة والوصاية...، رغم أن هذا الأمر مستهجن ولا يتوافق مع الأعراف الجزائرية، ولا نجد لها أي سند في الشريعة الإسلامية خاصة في حالة وجود الولي [3].

---

[1] - علي حسن أولال، أحكام الزواج بين الثابت والمتغير في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص 294.

[2] - العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، المرجع السابق، ص 404.

[3] - سميرة عبدو، مداخلة بعنوان: المركز القانوني للولي في عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، الملتقى الدولي الموسوم بـ: قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، يومي 27- 28 نوفمبر سنة 2018، ص 229.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع دور المرأة في إبرام عقد الزواج، تبين لنا أن المشرّع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة الذي جاء تحت ضغوطات كبيرة، نظرا لتأثره بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها خصوصا اتفاقية سيداو التي تناولت مسألة حرية الزواج، قام بتعديل نصوص تقنين الأسرة بما يتماشى وهذه النظرة، وهو الأمر الطي سنوضحه من خلال براز نتائج هذه الدراسة فيما يلي:

✓ اعتبر المشرّع الجزائري الخطبة من مقدمات الزواج وكيّفها بأنها وعدا غير ملزم يحق للمخطوبة العدول عنها، آخذا بذلك بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، إذ أن حرية العدول عن الخطبة من حرية الزواج، وتأكيدا لذلك يعتبر العدول عن الخطبة من الحقوق الأصيلة المقررة شرعا وقانونا التي تتماشى مع المبدأ العام الذي يقضي بالحرية في الزواج دون إكراه أو قيد، ورغم ذلك فهي مقيّدة بشرط عدم استعمالها بقصد الإضرار بالخاطب، فللتراجع عنها انعكاس على حكم التعويض، ومآل الهدايا والصداق.

✓ تعتبر المرأة طرفا أصيلا في عقد الزواج فقد راع المشرعون أن تتمتّع بالحرية الكاملة في التعبير عن رضاها في الزواج، حيث قام المشرع بإبراز إرادة الزوجة كطرف أساسي وأصلي في عقد الزواج وذلك بموجب أحكام المادة 04 التي اعتبرت أن عقد الزواج هو عقد رضائي بين الرجل والمرأة.

✓ لقد ساير تعديل قانون الأسرة حركة تقنين سن الزواج، وذلك من خلال هجر ما كان معتمدا في الشريعة الإسلامية التي اعتمدت على البلوغ الطبيعي لتحديد أهلية الشخص المقبل على الزواج، وهو الأمر الذي بقي محل نزاع شرعي حول مدى شرعية هذا التقنين من عدمه، لأنه من المسائل المستجدة التي لم يتطرّق لها الفقه الإسلامي القديم ما عدا الفقهاء المعاصرين، مع التأكيد بشكل قاطع على أنه لا يمكن اعتبار هذه المسألة من قبيل المسائل الثابتة في الشريعة الإسلامية.

✓ بالنسبة لنصوص الولاية للمرأة الراشدة في التشريع الجزائري للأسرة جاءت متسرعة منقادة إلى المطالب النسائية ومتأثرة بالاتفاقيات الدولية، مما يعدّ خرقا صريحا لحم شرعي ثابت، وذلك من خلال إلغاء دور الولي بصفة كلية من زواج من هم في ولايته؛ وتم

منحها للمرأة الراشدة على نفسها، على الرغم من أن الفقهاء على اختلافهم، أجمعوا على الدور الإيجابي للولي في عقد الزواج.

✓ إن النصوص المتعلقة بالنسبة لزواج القاصر، اتخذت سبيلا مختلفا عما هو مألوف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال نزع الولاية الخاصة بزواج القاصر من الولي ومنحها للقاضي باعتباره صاحب الولاية العامة، بالإضافة إلى مجموعة الضوابط التي تعتبر إجرائية إلى حد كبير، وهي ما تعرف الترخيص القضائي.

فمن خلال هذه الدراسة، وقفنا عند بعض الملاحظات والاقتراحات المتمثلة فيما يلي:

✓ مراجعة حكم الهدايا المقدمة في فترة الخطبة عند العدول من أحد الخطيبين وذلك بربط حق استرجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته.

✓ أغفل المشرع حكم المهر المقدم في فترة الخطبة، مما يستوجب تدخل القانون لحسم النزاع مثل ما فعل بالنسبة للهدايا، لأن القضاة عادة ما يضفون صفة الهدايا على المهر، بحجة أن النزاع كان في فترة الخطبة.

✓ يجب تحديد الضرر الموجب للتعويض وجعله يقتصر على الأضرار الناتجة عن التعسف في استعمال أحد الخطيبين لحقه في العدول من أجل إخراج الأضرار الناتجة من مجرد العدول من دائرة التعويض.

✓ فيما يتعلّق بتنظيمه لأهلية الزواج، يحتاج إلى بيان القاضي المختص بمنح الإذن، وإلى تحديد سنّ أدنى للزواج مثل بعض الدول العربية التي حددت سن أدنى للزواج.

✓ إعادة السلطة الإيجابية للولي في زواج المرأة، فبالنسبية لتوجه المشرع الجزائري فإن دور الولي في عقد الزواج سلبي محض، فعلى الأقل أن يتخذوا من المذهب الحنفي سندا شرعيا، ذلك أن سلطة الولي على زواج مواليه لاحقة لعقد الزواج.

قائمة المصـــادر والمراجع

القرآن الكريم، رواية ورش عن نافع

أولا- الكتب

1. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

2. الحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصابيح والمشكاة،تخريج العلامة محمد ناصر الدين الألباني، المجلد الأول، دار ابن القيم، 2001.

3. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996.

4. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

5. العربي بلحاج، قانون الأسرة -مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

6. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، الطبعة 02، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971.

ثانيا- الرسائل والمذكرات

1. بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007.

2. عادل لموشي، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018- 2019.

3. علي حسن أولال، أحكام الزواج بين الثابت والمتغير في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022- 2023.

4. لعلى سعادي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-،، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014- 2015.

5. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق –دراسة مقارنة–، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009– 2010.

ثالثا– المقالات

1. أحمد خيري أحمد عبد الحفيظ، تزويج الصغيرة في ظل التحديات المعاصرة –دراسة فقهية مقاصدية مقارنة–، مجلة كلية الدراسات الإسلامية لبنين، أسوان، جمهورية مصر، المجلد 03، العدد 03، 2020.

2. إسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القصر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، امجلد 12، العدد 04، 2019.

3. جواد حبيبي تبار، أثر العدول عن الخطبة في استرداد الهدايا: دراسة فقهية قانونية، مجلة الجامعة العراقية، بغداد، العراق، المجلد 03، العدد 59، 2019.

4. رمضان رزق بدوي السيد، تقييد الزواج بسن معين وآثاره في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية لبنين، أسوان، جمهورية مصر، المجلد 02، العدد 02، 2019.

5. زكرياء برياح، أثر مبدأ المساواة بين الجنسين على تحديد السن القانوني للزواج –دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والمغربي–، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص 77.

6. زكرياء برياح، جيلالي تشوار، تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في أحكام الخطبة في القانونين الجزائري والمغربي على ضوء الشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 59، العدد 01، 2022.

7. زكرياء برياح، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي –البدائل والمقترحات–، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي، النعامة، المجلد 04، العدد 07، 2018.

8. ساعد سلامي، مراحل الأهلية وأثر عوارضها على صحة التصرفات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، المجلد 06، العدد 02، 2021.

9. سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، المجلد 05، العدد 09، 2004.

10. سمية بوكايس، مبدأ المساواة بين الجنسين في الخطبة في القانونين الأسريين الجزائري والتونسي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 02، العدد 04، 2017.

11. طارق زيتوني، العدول عن الخطبة: حق مطلق أم مقيد – دراسة على ضوء القانون الجزائري–، مجلة جيل حقوق الإنسان، بيروت، لبنان، المجلد 07، العدد 38، 2020.

12. الطيب شتوح، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 01، العدد 02، 2018.

13. عباس حفصي، آثار التعسف في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 05، العدد 01، 2022..

14. عبد الستار كريم سعد، حكم تحديد سنّ الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة جامعة جيهان، أربيل للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 02، 2019.

15. عبد العالي شويرف، اشتراط الأهلية في الزواج دراسة فقهية قانونية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 09، العدد 02، 2016.

16. عبد الله حاج أحمد، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر و الهدايا –دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري–، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة لخضر حمة، الوادي، المجلد 03، العدد 04، 2012.

17. عدة عليان، إشكالية التحديد القانوني لسن الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 08، العدد 01، 2022.

18. العروسي الأشراف، محمد لطفي كينة، الولاية في الزواج بين التشريع الإسلامي والاتفاقيات الدولية، مجلة الشهاب، جامعة الشهيد لخضر حمة، الوادي، المجلد 08، العدد 02، 2022.

19. علي حسن أولال، أمال علال، الولاية في عقد الزواج بين سيادة التشريع الإلهي وتسيّد القانون الوضعي، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، المجلد 07، العدد 02، 2022.

20. عمار مزياني، الولاية في زواج المرأة بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، المجلد 09، العدد 20، 2022.

21. فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 02، العدد 07، 2017.

22. محمد الأمين مستاري، أحكام الزواج على ضوء الشريعة والقانون، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة آفلو، المجلد 05، العدد 02، 2022.

23. محمد الصالح عومر، تجسيد المساواة بين الجنسين في الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 02، العدد 02، 2014.

24. محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاءا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، المجلد 01، العدد 01، 2015.

25. محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة–، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 05، العدد 02، 2018.

26. محمد بن عيسى، موسى سالمي، الطبيعة القانونية لخطبة دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 06، العدد 01، 2022.

27. محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عها وأثره –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، المجلد 06، العدد 02، 2009.

28. محمد عبد الهادي عبد الستار، العدول عن الخطبة وأثره على حقوق الخاطبين –دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة وادي النيل للدراسات

والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، كلية الآداب، جامعة القاهرة، مصر، العدد 28، 2020.

29. محمد محجوب الصديق حسن، مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 07، العدد 04، 2022.

30. المكي صلوح، دور العرف في الخطبة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة البحوث الأسرية، جامعة الجزائر 1، المجلد 02، العدد 01، 2022.

31. مليكة منادي، الحرية في الزواج، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، المجلد 03، العدد 02، 2016.

32. نظيرة عتيق، تعويض ضرر العدول عن الخطبة: دراسة تأصيلية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 13، العدد 01، 2021.

33. هجيرة حمداني، الولاية وحق المرأة في اختيار الزوج بين الشريعة والقانون، دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي، تيبازة، المجلد 09، العدد 02، 2021.

34. هجيرة خدام، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد 06، العدد 01، 2015.

35. وسام عادل كاظم، بلوغ الأنثى وأثره في عقد الزواج –دراسة فقهية قانونية مقارنة–، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، ذي قار، العراق، العدد 18، 2019.

36. وهيبة بوطيش، الأهلية القانونية في التشريع الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، المجلد 14، العدد 03، 2022.

37. يحي عبد العزيز، الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد 33، العدد 04، 2022.

38. يعقوب بلبشير، الطبيعة القانونية لخطبة وآثار العدول عنها –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي–، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، المجلد 07، العدد 03، 2015.

رابعا- المداخلات:

1. سميرة عبدو، مداخلة بعنوان: المركز القانوني للولي في عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، الملتقى الدولي الموسوم بـ: قضايا الأسرة المسلمة المعاصرة في ضوء أصول ومقاصد الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، يومي 27- 28 نوفمبر سنة 2018.

خامسا- القوانين والأوامر:

1. قانون الأسرة رقم 84- 11 الصادر بتاريخ 09 جوان عام 1984 المعدل والمتمم بموجب الأمر 05- 02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.
2. الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص 12، المعدل بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.
3. القانون رقم 63- 224 المؤرخ في 29 جوان سنة 1963 المتعلق بسن الزواج، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 02 جويلية سنة 1963.

سادسا- القواميس

1. ابن منظور، لسان العرب، فصل الخاء المعجمة، الجزء 01، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1993.
2. أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث للنشر، القاهرة، مصر، 2009.
3. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة (ع د ل)، الطبعة الثالثة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 1975.
4. محي الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث للنشر، القاهرة، مصر، 2008.

المعاهدات الدولية:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسانّ، اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 1948/12/10. صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، الجريدة الرسمية العدد 64، الصادرة بتاريخ 1963/09/10.

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمد تها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضها للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار 34/180 في 1979/12/18، ودخلت حيز التنفيذ في 1983/09/03، صادقت عليها الجزائر في 1996/01/22 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 51 المؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 جانفي 1996، الجريدة الرسمية العدد 06، الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1996.

سابعا- الأحكام القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرارا بتاريخ 25 ديسمبر 1989، ملف رقم 34089، المجلة القضائية العدد 04، 1989.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 34089 الصادر بتاريخ 1999/02/25.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، لـ 13 جويلية 1993، ملف رقم: 92714، المجلة القضائية، العدد. 1، 1995.
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، لـ 13 جويلية 1993، ملف رقم: 92714، المجلة القضائية، العدد، 1، 1995.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، لـ 23 أفريل 1991، ملف رقم: 73919، المجلة القضائية، العدد. 2، 1993.

ثامنا- المواقع الالكترونية:

https://sobider.com/?mod=tammetin&makaleadi=&makaleurl=91003e99-b729-4221-869b-dd5c8d3cb2a9.pdf&key=71920

https://binbaz.org.sa/audios/2897/17،

https://dorar.net/aqeeda/1627

فهرس

إهداء: ..... /
شكر وعرفان: ..... /
مقدمة ..... أ
الفصل الأول: دور المرأة في مرحلة الخطبة..... 07- 32
تمهيد: 07
المبحث الأول: المرأة وحق العدول عن الخطبة 08
المطلب الأول: ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية..... 09
الفرع الأول: تعرف الخطبة..... 09
أولا- تعريف الخطبة لغة:..... 09
ثانيا- تعريف الخطبة اصطلاحًا:..... 10
ثالثا- التعريف القانوني للخطبة..... 11
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة..... 11
أولا- طبيعة الخِطبة في الفقه الإسلامي..... 11
ثانيا- الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الجزائري..... 13
المطلب الثاني: الحق في العدول عن الخطبة..... 14
الفرع الأول: مفهوم حق العدول وأحكامه..... 14
أولا- مفهومه:..... 14
ثانيا- حكم العدول عن الخطبة شرعا وقانونا..... 16
الفرع الثاني: التعسف في استعمال المرأة لحقها في العدول..... 19
أولا- المعيار الشخصي في استعمال المرأة حق العدول عن الخطبة..... 19
ثانيا- المعيار الموضوعي..... 19
ثالثا- أساس التعويض عن العدول..... 20
المبحث الثاني: المرأة وآثار العدول عن الخطبة..... 21
المطلب الأول: حكم العدول عن المهر والهدايا..... 22
الفرع الأول: حكم المهر بعد العدول..... 22

أولا- حكم المهر بعد العدول في الفقه الإسلامي:..... 22
ثانيا- موقف المشرّع الجزائري..... 24
الفرع الثاني: حكم الهدايا بعد العدول..... 24
أولا- حكم الهدايا بعد العدول في الفقه الإسلامي..... 25
ثانيا- حكم الهدايا بعد العدول في القانون الجزائري..... 27
المطلب الثاني: حكم التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية..... 29
الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي..... 29
الفرع الثاني: حكم التعويض في القانون الجزائري..... 31
الفصل الثاني: دور المرأة في إبرام عقد الزواج 34- 60
تمهيد: 34
المبحث الأول: أهلية المرأة ومظاهر مساواتها مع الرجل 35
المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي..... 35
الفرع الأول: مفهوم الأهلية..... 35
أولا- أنواع الأهلية..... 36
ثانيا- عوارض الأهلية:..... 37
الفرع الثاني: تحديد سن أهلية الزواج في الفقه الإسلامي..... 38
أولا- الفقهاء الأوائل..... 38
ثانيا- الفقهاء المعاصرون..... 40
المطلب الثاني: أثر مبدأ المساواة على أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري..... 42
الفرع الأول: تجسيد مبدأ المساواة بين المرأة والرجل..... 42
الفرع الثاني: أثر المساواة على أحكام الترخيص القضائي..... 44
المبحث الثاني: المرأة والرضا في عقد الزواج 46
المطلب الأول: تكريس الرضائية في عقد الزواج..... 47
الفرع الأول: المقصود بالرضائية في عقد الزواج..... 47
الفرع الثاني: حرية المرأة في اختيار زوجها..... 49

أولا– حرية المرأة في اختيار الزوج في المواثيق الدولية..... 49
ثانيا– حرية اختيار الزوج في الشريعة الإسلامية..... 50
ثالثا– موقف المشرع الجزائري من حرية المرأة في اختيار زوجها..... 51
الفرع الثالث: الاشتراط في عقد الزواج..... 52
أولا– مفهوم الاشتراط فقها وقانونا..... 52
ثانيا– موقف المشرّع الجزائري من مسألة الاشتراط في عقد الزواج..... 53
المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج..... 55
الفرع الأول: مفهوم الولاية في عقد الزواج..... 55
أولا– تعريف الولاية لغة واصطلاحا..... 55
ثانيا– شروط الولي..... 56
ثالثا– أقسام الولاية..... 56
ثالثا– مشروعية الولاية في الزواج وحكمتها..... 57
الفرع الثاني: مركز الولي في عقد الزواج..... 57
أولا– القائلون بأن الولي ركن في عقد الزواج..... 58
ثانيا– القائلون بأن الولي شرط في عقد الزواج..... 59
ثالثا– موقف المشرع الجزائري..... 60
خاتمة 62
قائمة المصادر والمراجع 65
فهرس الموضوعات 73
ملخص الدراسة: ..... /

ملخص الدراسة:

عندما جاء الإسلام لم تكن للمرأة في مجتمعات الجزيرة العربية حقوق تذكر، فقد كانت ملكا للرجل بكل ما تعنيه الكلمة، ولئن جاء القرآن الكريم منحها حقوقا لم تكن تحلم بها في ذلك السياق التاريخي، ورغم ذلك بقيت تعاني من استبداد وتسلّط الرجل، وبذلك انحرفت عن المكانة التي خصّها بها الإسلام، حتى أصبح موضوع النهوض بالمرأة من المسائل الدولية التي عالجتها عديد المؤتمرات تمخض عنها مبادئ كرّستها الإعلانات الأممية والاتفاقيات الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اتفاقية الرضا بالزواج والحدّ الأدنى لسنّ الزواج، واتفاقية سيداو.

لقد كرّس المشرع الجزائري حرية المرأة وتمتعها بكامل حقوقها، وضمان حقها في أن تكون متمتعة بجميع الحقوق الواردة بأحكامه دون تمييز بينها وبين الرجل، وهو ما تحقق من خلال تعديله لقانون الأسرة الجزائري، الذي بموجبه حظيت المرأة باهتمام كبير، حيث كرّس لها عدّة مواد كالتأكيد على مبدأ الرضائية في عقد الزواج، توحيد أهلية الزواج بين الرجل والمرأة، إلغاء ولاية الإجبار، تقييد التعدّد، الحرية في في الاشتراط في عقد الزواج.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية – حرية المرأة – الرضا– الأهلية – اشتراط

Abstract :

When Islam came, women in the societies of the Arabian Peninsula had no significant rights. They were the property of men in every sense of the word, and if the Holy Qur'an came, it granted them rights that they had not dreamed of in that historical context. Despite this, they continued to suffer from the tyranny and tyranny of men, and thus they deviated from their status. Which Islam singled out for her, so that the issue of women's advancement became one of the international issues that were addressed by many conferences that resulted in

principles enshrined in international declarations and international agreements such as the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage, and Registration of Marriages, and Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW).

The Algerian legislator has enshrined the freedom of women and their full enjoyment of their rights, and guaranteed their right to enjoy all the rights stipulated in its provisions without discrimination between them and men. This was achieved through its amendment to the Algerian Family Code, according to which women received great attention, as it devoted several articles to them, such as the emphasis on The principle of consent in the marriage contract, unifying the eligibility for marriage between a man and a woman, abolishing compulsory guardianship, restricting polygamy, freedom to stipulate in the marriage contract.

Key words: Islamic Sharia - Freedom, women –Consent- Capacity - Stipulation