

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج

إشراف الأستاذ:

من تقديم الطلبة :

✓ كيفاجي الضيف

✓ جلطايي حسينة

✓ بن جامع مروة

اللجنة المناقشة		
الصفة	الرتبة	الاسم و اللقب
رئيسا	أستاذ مساعد	أ/ مسيخ محمد لمين
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر أ	د/ كيفاجي الضيف
مناقشا	أستاذ مساعد	أ/ جدع أمال

دورة جويلية 2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

الحمد والشكر لله عز وجل قبل كل شيء.

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد ولو بكلمة تشجيع في إنجاز هذا العمل المتواضع.

ونخص بالذكر الدكتور المشرف "كيفاجي الضيف" الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة والذي كان له الفضل الكبير في إتمام هذا العمل المتواضع.

وإلى كل أساتذة وموظفي وعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية.

نتقدم بجزيل الشكر إلىالأستاذ" مسيخ محمد لمين" الذي كان عوناً و سندا و ساعدنا كثيرا.

و أيضا أحر شكر و أفضل التحيات إلى صاحب مكتبة الزاد الذي أتقن عمله و كان عوناً لنا في إنجاز هذا البحث

وأخيرا نتقدم بجزيل شكرنا إلى كل من مدوا لنا يد العون والمساعدة في إخراج هذه الدراسة على أكمل وجه.

جلطاوي حسينة

بن جامع مروة

إهداء

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على هذا الواجب ووقفنا إلى إنجاز هذا العمل.

أهدي ثمرة جهدي:

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع البياض

"أمي الحبيبة"

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم، إلى القلب الكبير

"أبي العزيز" رحمة الله عليه و أسكنه فسيح جنته.

إلى الشموع والزهور التي داعبت تفاصيل حياتي كما يداعب النسيم أوراقها وبعثت ألوانها في نفسي متعة أجل وسط الآخرين في هذه الحياة

"إخوتي وأخواتي"

إلى من تحلوا بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء، إلى ينباع الصدق الصافي

"أصدقائي وصديقاتي"

خاصة زميلتي ورفيقتي التي ساعدتني على إتمام هذا العمل "بن جامع مروة"

إلى كل من أعرفهم من قريب أو بعيد أن يذكرهم قلبي.

"حسينة"



إهداء

الحمد لله الذي هداني و أنار لي طريقي فلولا فضلها العظيم لما أنا عليه و لولا نعمته لما استطعت إتمام هذا العمل البسيط و لولا كرمه و جوده لما وصلت لهذه الدرجة من العلم و المعرفة.

أهدي ثمرة جهدي إلى كل من :

أمي الحنونة و فرحة عمري و نور حياتي حفظها الله.

أبي الغالي الذي رباني على الإيمان و أثار لي درب العلم و الإحسان رحمه الله و أسكنه جنة الفردوس.

إلى زوجي وعائلته الكريمة

إلى كل إخوتي و أخواتي

إلى زميلتي و رفيقتي " جلطاي حسينة "

إلى من ترك أثرا طيبا في حياتي

إلى كل من يقدر العلم و يسعى في طلبه

إلى كل من ذكره قلبي و نسيه قلمي.

"مروة"



مقدمة

مقدمة

شرع الإسلام عقد الزواج وجعل له ضوابط وقيوداً، ذلك أن الزواج هو شراكة بين الزوجين، تحقق أهدافاً سامية من تكثير النسل وإنشاء مجتمعات نظيفة تملؤها المودة والرحمة والطمأنينة، لذا نجد أن الإسلام يؤيد عقد الزواج، ويجعله ميثاقاً غليظاً، ومن الضوابط التي وضعها الإسلام أن جعل للزوجين حرية الاختيار أو الموافقة على شريك حياته، ومنع أن يقع الزواج تحت تأثير الإكراه على أي منهما.

وقد شرع الإسلام للزواج أحكام خاصة من شأنها أن تضمن استمرارية هذا العقد في إطار من الترابط والتكافل والاحترام لحقوق وواجبات كلا من الطرفين، ولذلك فقد أولت الشريعة الإسلامية قيوداً وضوابط لهذا العقد وحتى قبل انعقاد عقد الزواج أي مرحلة التحضير والإعداد بحيث أن هذه المرحلة الجادة من العقد هي التي تتجلى في نظرية الولاية في الزواج.

ولما كان لحرية المرأة ورضاها في زواجها الأثر الكبير على الحياة الزوجية، فقد اخترنا هذا الموضوع ليكون مذكرة تخرجنا.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

تظهر أهمية الموضوع وأسباب اختياره في النقاط الآتية

أ - رضا الزوجة في عقد الزواج موضوع حيوي، يمس واقع الأسرة التي هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع والأسرة ينبغي أن لا تقوم على الإجبار.

ب - اهتمام الفقهاء قديماً بهذا الموضوع، إلا أنه يحتاج إلى مزيد من البحث والترتيب لينتفع به طلاب العلم.

ج - إثبات أن المرأة يحق لها طلب فسخ عقد نكاحها إذا تم بالإكراه دون رضاها.

د - أن هذا الموضوع يشكل رداً على مزاعم أعداء الإسلام بأن الإسلام يقيم العلاقات الزوجية بالقهر والظلم.

هـ - تبيان دور الولي ومركزه القانوني في عقد النكاح.

2 - منهجية البحث :

اعتمدت المذكرة على المنهج الوصفي التحليلي عبر النقاط التالية :

أ - عرض أقوال الفقهاء وبيان أدلتهم ومناقشتها، وبيان الرأي الراجح منها .

ب- توثيق معلومات البحث، ورد كل قول إلى صاحبه، والرجوع إلى مصدره

ج - الرجوع إلى مواد قانون الأسرة الجزائري، ومقارنتها بأقوال الفقهاء .

3- إشكالية البحث :

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج كونه أهم ميثاق في المجتمع، وقد انعكس هذا الاهتمام الخاص الذي توليه الشريعة لعقد الزواج، على شكل العلاقة الزوجية وطريقة تكوينها، فلم يشأ المولى سبحانه وتعالى أن يكون اتصال الزوجين كباقي العوالم الأخرى فوضى بلا ضوابط أو قيود بل اتصالاً كريماً مبنياً على الرضا والبر والتقوى، قال سبحانه: {فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ}. البقرة 232

ويعتبر الرضا جزءاً هاماً من العقود بأنواعها سواء مدنية أو تجارية أو دولية الخ ، وهو جزء أيضاً من العقود في مجال الأحوال الشخصية وأولاه قانون الأسرة الجزائري أهمية كبرى لمكانته في الحياة الأسرية، وبذلك طرح الإشكال التالي:

كيف كرس المشرع الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج وفق قانون الأسرة الجزائري ومادى موافقة الشريعة الإسلامية لذلك ؟

الإجابة على هذه الإشكالية تكون وفق الخطة التالية

الفصل الأول: المركز القانوني لإرادة المرأة

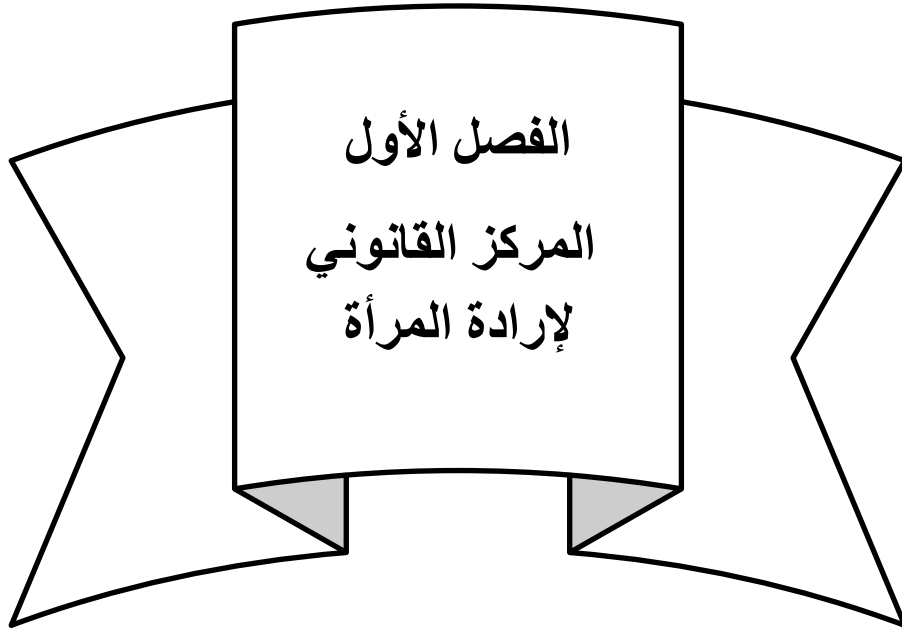
المبحث الأول : وجود رضا المرأة في عقد الزواج

المبحث الثاني: الرضا في عقد الزواج مفهومه وعيوبه

الفصل الثاني : الإيجاب والعرض من طرف الولي في عقد الزواج

المبحث الأول : ولاية الإيجاب في عقد الزواج

المبحث الثاني: ولاية العرض في عقد الزواج



الفصل الأول: المركز القانوني لإرادة المرأة في عقد الزواج

لبيان المركز القانوني لإرادة المرأة في عقد الزواج، لا بد أن يكون الرضا موجوداً، وأن يكون سليماً من العيوب، ونوضح ذلك في مبحثين، حيث نخصص المبحث الأول لوجود رضا المرأة في عقد الزواج، ونخصص المبحث الثاني، لعيوب الرضا التي قد تطرأ على إرادة المرأة أثناء إبرام عقد الزواج.

المبحث الأول : وجود رضا المرأة في عقد الزواج

تناول هذا المبحث في مطلبين ، نبين في المطلب الأول : مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج، وفي المطلب الثاني : التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج

المطلب الأول : مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التراضي ركن أساسي في عقد الزواج على اختلاف في التسمية بينهم، إذ الأصل في العقود الرضا، يقول السباعي: "لا بد من الرضا والإرادة، ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قولٍ أو فعل، فقد اعتبر الشارع الإيجاب والقبول دليلين ظاهرين على الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين".

واختلفوا فيما يعتبر من الرضا هل الرضا الظاهر المعبر عنه بالإيجاب والقبول، أم لا بد من الرضا النفسي (الباطني)، على قولين: فذهب الحنفية إلى أن الرضا الظاهر يكفي في عقد الزواج، وهذا الرأي مبني على قاعدتهم في التقريب بين الاختيار والرضا، فالاختيار (قصد التعبير) هو الذي يعد ركناً في العقود عندهم، أما الرضا (قصد الأثر) فليس ركناً فيها، بل هو شرط صحة في العقود المالية التي تقبل الفسخ، أما العقود التي لا تقبله كالزواج فلا يشترط فيها الرضا¹ أصلاً، بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط مطابقة الرضا الظاهر للرضا الباطن، إلا أنهم جعلوا الأول ركناً في الزواج والثاني شرطاً لصحته، وعليه سنوضح رأي كل من المذهب الحنفي والمالكي في فرعين.

الفرع الأول : رأي المذهب الحنفي

قال أبو حنيفة: يجوز للمرأة أن تعقد الزواج بنفسها، وأن تعقد لغيرها، ما دامت تملك إيقاعها من غير موافقة الولي، ويؤيد ذلك الآيات التي تسند عقد الزواج إلى النساء، قال الله تعالى : ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ البقرة 232 وقال أيضاً : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ البقرة 232.

وجه الاستدلال في الآية الكريمة أن المرأة ليس لها أن تتولى عقد زواجها، فلو كان يصح ذلك لما كان لعضل وليها تأثير، وهو دليل على اعتبار الولي في النكاح، فهو من يتولى عقد موليته.

¹ السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، ط 9 سنة 2001، ج 1 ص 6.

خطاب موجه للأولياء، وفي هذا قال القاضي أبو بكر بن العربي: أنه دليل قاطع على أن المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح وإنما هو حق للولي، خلافاً لأبي حنيفة، ولولا ذلك، لما نهى الله عن منعها. كذلك يظهر من سبب نزول هذه الآية أن أخت معقل وهي كانت ثيباً أو كان يجوز لها أن تعتد زواجها لزوجت نفسها، دون الحاجة إلى إذن أخوها ولما كان هناك داع إلى نهي الأولياء عن عضل النساء.¹

والحق أن مذهب أبي حنيفة متفق مع قواعد الشريعة ومبادئها، فما دامت المرأة كاملة الأهلية، تملك أن تعتد من العقود المالية ما تشاء كان لها أن تعتد الزواج بنفسها، والآيات التي أضافت إنشاء العقد إلى الأولياء جرت على ما هو معتاد من ذلك في عرف المجتمع، ولا يدل ذلك في عرف المجتمع، ولا يدل ذلك على عدم صحة الزواج بألفاظ المرأة.

لم يشترط الإمام أبي حنيفة الولي في زواج المرأة، فهل ترك الأمر هكذا دون أن يحتاط لحق الولي؟

أعطاهما الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا كان المهر أقل من مهر المثل، فالجمهور جعلوا الولاية شرط صحة النكاح، ولم يجيزوا للمرأة الانفراد بتزويج نفسها ابتداءً، بينما أعطى الإمام أبو حنيفة المرأة الحق في تزويج نفسها، ولكنه جعل للولي الحق في إيقاف العقد إذا لم يكن الزوج كفاً، وبذلك يكون قد اتفق الجمهور والحنفية في إعطاء الولي حقاً في زواج مواليته، وإن اختلف طريق إعطاء هذا الحق.

أما الكفاءة عند الحنفية: تكون في ستة أمور هي: النسب، الإسلام، الحرية، المال، والديانة، الحرفة. فهذه هي الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة عند المذهب الحنفي، فهي أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها، لأن أبا حنيفة إذا أطلق حرية المرأة في الزواج فقد احتاط للولي بالتوسع في معنى الكفاءة، والتشدد في اشتراطها، لكيلا تسيء المرأة في الزواج إليه.²

إن ما يؤكد وجوب اشتراط الولي هو الحكمة المتوخاة من ورائها، وتتمثل فيما يلي

1- أن الرجال هم أقدر على البحث عن أحوال الخاطب من النساء، فلو تركت المرأة وحدها تقرر مصيرها بلا معونة من أهلها أو أقاربها، فقد لا توفق في اختيارها الرجل المناسب لها.

2- إن اشتراط الولي في زواج المرأة فيه مزيد من الإعلان عن النكاح، وإشهاره، فمن أجل ذلك شرع الولي والشهود والوليمة والتهنئة.

¹ نزلت هذه الآية بسبب معقل بن يسار، وكان قد زوج أختا له من رجل، فطلقها، ثم بعد انقضاء عدتها منه جاء يخطب من أخيها، فقال له معقل زوجتك، وأفرشتك، وأكرمك، فطلقها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً وكانت المرأة تحب العودة إليه، فنزلت الآية وقال معقل لرسول الله صلى الله عليه وسلم الآن أفعل يا رسول الله ثم زوجها إياه. نقل عن د/ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، ص 87.

² في هذا القول محمد إدريس الشافعي، تفسير الشافعي، تحقيق، أحمد بن مصطفى الفران، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الخرطوم، السودان، 2004، دار التدمرية، ط 1، السعودية، 1427 هـ/2006 م، مج 2، ص 584. مشار إليه لدى د/ شيهاني سمير، ص 343.

3- ارتباط المرأة بالرجل الذي تختاره ليس أمراً خاصاً بالمرأة دون غيرها من الأهل، فالزواج يربط بين الأسر بحيث يشكل شبكة من العلاقات بين الأسرتين، لذلك فإن الآباء والإخوة يهتمهم أن تكون الأسرة التي يرتبطون بها على مستوى من الفضائل والأخلاق، فعند ارتباط المرأة بالزوج الصالح صاحب الدين والخلق والفضل يريح أسرتها من أن تقلق عليها منه في المستقبل.

4- أن المرأة بطبيعتها عاطفتها يستطيع الرجل أن يغمر بها، ويتلاعب في عواطفها، فيكون اختيارها غير صائب، وتحدث بعدها من المشاكل والقضايا، وفوق كل ذلك والأهم تشتد الأطفال وضياعهم... الخ، فتفشل الأسرة، وتنشأ العداوة والبغضاء بين الأسرتين، لذلك كان الرجل هو الأقدر على أن يدرك أحوال الخاطب دون أن يغمر، لأنه يعلم كيف يبحث ويستفسر عن ذلك الخاطب لمعرفة مدى أهمية هذا الأمر.

يقول الشيخ أبو زهرة رحمة الله:- "أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار"¹.

فالذي يعلم بأحكام الشريعة يعلم أن هذا التشريع فيه خير للمرأة حيث أنه يجنبها المزالق والمهالك، ويعطيها الحماية من شيطان الإنس الذين يريدون التلاعب بها، فالله سبحانه وتعالى لم يشرع الولاية لقهر المرأة أو إذلالها كما يراه ويظنه البعض بل على العكس من ذلك ففيه تكريم للمرأة وتشريف لها، بأن تظهر أن ورائها أهل وأسرّة تحميها وترعاها وتسعى لمصلحتها، وتخطط لمستقبلها في البحث لها عن زوج كفء ذو دين سليم وخلق حسن، لتعيش معه باقي حياتها بخلوها ومُرّها دون أن يظلمها معه.

الفرع الثاني : رأي فقهاء المالكية

وقال مالك والشافعي:- لا يصح لفظ المرأة في عقد الزواج، ما دامت لا تملك ذلك إلا بإذن الولي، لأن القرآن جعل إنشاء العقد من حق الأولياء، وذلك في مثل قوله:- «وأنكحوا الأيامى منكم» وقد جرى عرف الناس منذ عصر النبوة حتى اليوم على أن لا تقوم النساء بإجراء العقد، وإنما يفعل ذلك الرجال.

بالنسبة للمرأة، وفضلاً عن اختلاف السن المطلوبة لزوجها عن السن المطلوبة لزوج الرجل، فحتى لو بلغت هذه السن وأصبحت راشدة، فلا يمكنها أن تتمتع بحريتها في الموافقة على الزواج بمعزل عن الولي، مادام قانون الأسرة قبل تعديله، نص على أن الذي يتولى زواج المرأة الراشدة هو وليها، والقاضي ولي من لا ولي له، ويكون المشرع الجزائري بذلك قد اعتبر المرأة وكأنها قاصراً، لا تستطيع حتى إبرام زواجها بنفسها، مما يشكل وصاية للرجل عليها وإهانة لكرامتها².

ومع أن هذا المركز القانوني المكرس للمرأة عند اتخاذ الفقه الإسلامي مصدراً لحرية المرأة في إبرام زواجها لا يعد منقوصاً، وإلا يترتب عنه أي إخلال بمبدأ المساواة بين

¹. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص 8/د. شيهاني سمير، المرجع السابق، ص 329.

². عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة، الأنكحة الفاسدة (دراسة فقهية مقارنة)، المكتبة الدولية، الرياض السعودية، ط1 سنة 1983م، ص5.

الجنسين، ما دامت أحكامه لا تجيز الزواج بدون ولي، ودون إذن المرأة واستشارتها ورغبتها فيمن تريد الزواج منه، فهو مركز قد لا يتفق حتى مع مفهوم مبدأ المساواة بين الجنسين.

وبالرجوع إلى موضوع المذهب المالكي فالولي عند المالكية شرط في صحة العقد، وليس ركناً كما اعتبره الشافعية والحنابلة، إلا أن الأثر المترتب على عدم وجود الولي في عقد الزواج، هو الأثر نفسه عند من يعتبره ركناً، فلا يصح عقد زواج المرأة بدون الولي الشرعي بكرة كانت أو ثيباً، بل يكون للولي المجرى وهو الأب فقط أن يزوج ابنته دون أخذ إذنها إذا كانت بكرة ولكن يستحب استئذنها، أما إذا كانت ثيباً فيجب أخذ إذنها.

قال ابن جزى المالكي: "بأن المرأة لا تعقد النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكرة كانت أو ثيباً، راشدة أو سفیهة حرة أو أمة، أذن لها وليها أو لم يأذن، فإن وقع أن زوجت نفسها بغير وليها يفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال وولدت الأولاد ولا حد في الدخول للشبهة وفيه الصداق المسمى.

وجاء في مدونة الإمام مالك "وأما ما عقده المرأة على نفسها أو على غيرها... فإن هذا يفسخ دخل أو لم يدخل بغير طلاق ولا ميراث فيه"، وإن كان نقل عنه ثبوت التوارث بينهما.

نجد عند المالكية أن حكم ولي المرأة في عقد الزواج يختلف باختلاف حالها من ناحية الشرف وغيره.

استدلال الجمهور بالأدلة التي تثبت اشتراط الولاية في عقد الزواج، وإلا بطل العقد لم يسلم من النقد من الفريق القائل بخلاف ما ذهب إليه، كما سوف نبينه في موضعه. وكان لهؤلاء تفسير واستدلال آخر للآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تبطل عقد الزواج بدون الولي الشرعي، تأويلاً لمذهبهم.

ناقش الأحناف استدلال الجمهور بهذه الآية، كون أن النهي الوارد في الآية خطاباً للأزواج بدليل قوله: (وإذا طلقتم) فالشخص الذي له سلطة الطلاق هو الزوج لا الولي.¹

كما قيل بأن الجصاص شكك في سبب نزول هذه الآية، فمنهم من قال بأنها نزلت في معقل بني يسار في أخت له، ومن قال بأنها نزلت في حق امرأة منعها وليها من الرجوع إلى زوجها، هذا الحديث غير ثابت على المذاهب، باعتبار أن سنده مجهول، بمعنى أن التسليم بثبوته لا يصح لأنه لا دلالة على اشتراط الولي في عقد الزواج.²

¹ شرط أن يكون زوجها من كفاء، والزواج الكفاء هو المساوي للزوجة في أمور اتفق العلماء على اعتبارها في الكفاءة في الزواج وهي الكفاءة في الدين والكفاءة في النسب، غير هذه الأمور اختلف الفقهاء في اعتبارها.

² الملاحظ أن الأحناف استدلوا بالآية ذاتها التي استدلت بها الجمهور. وفيها قال أبو بكر الجصاص دلت على وجهين سيتم الإشارة إليهما في رأي الأحناف و أدلتهم.

تمّ الردّ على مناقشتهم بأنّ الكثير من المفسرين قالوا " أنّ الخطاب موجه للأولياء الذين يعضلون من تحت ولايتهم عن التزويج بأزواجهن الذين طلقوهن مرة أو مرتين، ولقد نزلت في معقل بن يسار حيث كانت أخته زوجة لأبي البداح"¹ وأن الحديث رواه البخاري مرتين².

المطلب الثاني : التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج

إنّ التعبير عن رضا المرأة في إبرام عقد الزواج يملّي عليها أن تعلن عن رضاها بألفاظ خاصة بعقد الزواج (الفرع الأول)، وأن تتبّع طرق معينة للإفصاح عن قبولها ورغبتها لإنشاء هذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الألفاظ الدالة على رضا المرأة في عقد الزواج

يبرم عقد الزواج بألفاظ معينة منها ما اتفق الفقهاء على انعقاد عقد الزواج بها (أولاً)، ومنها ما اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها (ثانياً)، ومنها ما كانت محل اختلاف بينهم (ثالثاً).

أولاً : الألفاظ التي اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بها : ينعقد الزواج بلفظي الإنكاح والتزويج، فلا خلاف بين الفقهاء حول هذا لأنّهما اللفظين اللذين وردا في أكثر نصوص كتاب الله العزيز القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وذلك في قوله تعالى: {وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا}³. النساء 22

وكذلك ما ورد في السنة النبوية أنّ الرسول (ص) قال: " يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغضللبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء".

ثانياً : الألفاظ التي اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها : لا ينعقد الزواج بلفظ الإباحة والإعارة والإجارة والتمتع والوصية والرهن والوديعة ونحوها، فهي لا تدلّ على تملك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدة الحياة⁴.

والعلة من اتفاق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها لأنها تدلّ على تملك المنفعة في الحال وبالتالي فهي منافية لما تدلّ عليه حقيقة الزواج لأن الزواج يعقد للدوام لا لمدة معينة.

ثالثاً : الألفاظ التي اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بها : اختلف الفقهاء حول مدى انعقاد الزواج بلفظ البيع، الهبة، العطية، الصدقة وغيرها⁵.

¹ وسع أبو حنيفة في موضوع الكفاءة حتى قال أبو زهرة، الكفاءة عند الحنفية سنة أمور، النسب، الإسلام، والحرية، المال والديانة والحرفة، ثم قال أنّ هذه الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي وهو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها. فإعطائها الحرية للمرأة البالغة في الزواج، شدد في اشتراط ذلك الكفاءة. د/ عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 141.

² تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408 هـ - 1988 م، ص 108.

³ سورة النساء، الآية 22.

⁴ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1985، ج 7 ص 28.

⁵ الفقي، عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2005، ج 1 ص 30.

لأنها لم توضع أصلاً لإفادة معنى الزواج لكنّها تدل عليه بطريق المجاز لوجود العلاقة بين المعاني التي وضعت لهذه الألفاظ وبين المعنى المجازي وهو الزواج.

فانقسم الفقهاء بشأن هذه الألفاظ إلى رأيين :

الرأي الأول: ذهب الحنفية وبعض المالكية إلى أن الزواج ينعقد بهذه الألفاظ لكن يشترط ذكر الصداق فيه، كما ينعقد النكاح بكلّ لفظ دلّ على التّمليك كالبيع، فيكفي أن يقول الرجل قبلت إذ تقدم من الوليا لإيجاب ولا يشترط أن يقول قبلت نكاحها، إذن ينعقد الزواج بلفظ الهبة والبيع وغيرها من الألفاظ السالفة الذكر بشرط تسمية الصداق في العقد حقيقة أو حكماً.

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، فيرى الإمام الشافعي رحمة الله عليه أنه لا يصح الزواج إلا بلفظ النكاح والتزويج واستدلّ بقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكِ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا }¹. الاحزاب 50

فقد جعل النكاح بلفظ الهبة خالصاً لرسول الله (صلى الله عليه وسلم) دون غيره من المؤمنين، بالإضافة إلى ذلك انعقاد الزواج بلفظ الإنكاح والتزويج لفظان لا يدلان على الملك لأن المقصود من النكاح ما لا يحصى من مصالح الدين والدنيا وألفاظ التّمليك لا تدلّ على شيء من ذلك، فلا ينعقد بها هذا العقد.²

كما أن الأشهر هو استعمال لفظ "النكاح" في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ثم لو قدر كونه مجاز في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية، والأشهر أن لفظ النكاح مشترك بين العقد والوطأ، فيطلق على كلّ منهما على انفراده حقيقة والذي يرد عليه عقد النكاح منفعة الاستمتاع لا ملك المنفعة، إذ منفعة البضع لا تملك بعقد النكاح، إنما يستباح الانتفاع بها".

وأمام كلّ هذا الاختلاف بين الفقهاء حول مدى انعقاد الزواج بلفظ الهبة والتّمليك فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكية والحنفية في عدم تقييد الرجل والمرأة في التعبير عن إرادتهما بلفظي الإنكاح والتزويج فيجوز لهما أن يعبرا عن إرادتهما بكلّ لفظ له دلالة على نية الزواج.³

أما عن قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 10 التي جاء فيها : "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"، فالمشرع في هذه المادة لم يشترط إبرام عقد الزواج بألفاظ معينة بل اكتفى

¹. سورة الأحزاب، الآية 50.

². لرحيبياني، مصطفى بن سعد بن عدة، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، المكتب الإسلامي (د.ب.ن)، (د.ت.ن) ص5.

³. حمد عبود، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسات قانونية الجزائر العدد 10، فيفري 2011، ص 72-25.

بالإشارة أنالزواج ينعقد بكلّ لفظ يفيد معنى التّكاح شرعا، فيكون المشرع الجزائري بذلك قد تبني موقف الحنفية والمالكية في عدم تقييد المرأة في التّعبير عن إرادتها بلفظي الإنكاح والتزويج بحيث يجوز لها أن تعبر عن إرادتها في إبرام عقد الزواج بكلّ لفظ له دلالة على نية الزواج، فرضا المرأة قد يكون إيجابا، كما قد يكون قبولا فلا يشترط أن يصدر الإيجاب من طرف معين فاللفظ الذي يصدر ابتداء هو إيجاب واللفظ التّالي له هو قبول.¹

لكن وإن كان الرأي الراجح في انعقاد الزواج بلفظ الهبة، التّمليك، البيع، إلّا أننا نرى أن الرأي الأصوب هو ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية لأن الزواج ينعقد بلفظي الإنكاح والتزويج لأن أغلب ألفاظ الزواج الواردة في القرآن الكريم كانت بعبارة "الإنكاح والتزويج" كقوله تعالى: { فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَرْوَاحٍ أَدْعَيْنَاهُمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا }². الاحزاب 37

إلى غير ذلك من الآيات، بالإضافة إلى ذلك فإن نصوص السيرة النبوية الشريفة فيما يخص الأحكام المتعلقة بالزواج قد جاءت بعبارة الإنكاح والتزويج كقوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغضللبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء".

فقد خاطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الشباب وحثهم على إعفاف أنفسهم بعبارة "الزواجي قوله: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"³.

الفرع الثاني : طرق التعبير عن رضا المرأة في إبرام عقد الزواج

تعبر المرأة عن رضاها في عقد زواجها إما بتعبير صريح (أولا)، وإما بتعبير ضمني (ثانيا).

أولا : التعبير الصريح : يقصد بالتعبير الصريح للإرادة كلّ عمل أو تصرف يهدف إلى إخبار الغير بما اتجهت إليه الإرادة والإعلان عنها.⁴

فالتعبير الصريح هو الأسلوب الأفضل الذي يمكن تبين الإرادة منه على نحو لا يدعوا مجالاً لشك، فيكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الخارجي الذي أتخذ كلاما أو كتابة، أو إشارة موضوعة للكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس.

وبالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون الأسرة التي تعرضت إلى التعبير عن الإرادة لكنّها لم تنص على حالة التعبير الصريح أو الضمني فقد جاءت بصفة عامة.

حيث تنص: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، لذا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة بشأن التعبير لصريح

¹. المرجع نفسه.

². سورة الأحزاب، الآية 37.

³. بن ملحّة، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص

34.

⁴. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، الجزائر، 1986، ص 67.

والضمني عن الإرادة فتنص المادة 60 من قانون المدني: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه"، فالكلام والكتابة تعبيران صريحان من النوع الأول.

في عقد الزواج اتفق الفقهاء على كيفية صدور الإذن والرضا من المرأة بالزواج بحسب حالها بكراً أو ثيباً وفي هذا السياق، فإذا كانت المرأة ثيباً فرضاها لا يكون إلا بالقول الصريح، فلا بد أن تفصح عن رأيها وعمّا في ضميرها من رضا أو منع بتعبير صريح ولا يكتفي منها بالصمت لأن الأصل ألا ينسب لساكت قول، وألا يكون السكوت رضا لكونه محتملاً في نفسه، فالثيب نظراً لاعتيادها على معاشررة الرجال فلا تستحي عادة من إعلان رضاها أو رفضها.

فقد أجمع الفقهاء بشأن الثيب على أن ألا يقوم الولي بتزويجها حتى يستأذنها في زواجها ولا يعقد عليها حتى تصرح بموافقتها.

وقد استدلت الفقهاء على هذا الرأي المتفق فيه بشأن ضرورة التعبير الصريح للثيب بما رواه عدى بين عدي الكندي عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم¹: "الثيب تعرب عن نفسها بلسانها والبكر رضاها صمتها"، وكذلك ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر"².

ثانياً : التعبير الضمني : يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذته العقاد ليس في ذاته واضحاً للكشف عن إرادته، لكن لا بد من الإشارة أن التعبير الضمني للإرادة جائز في الجانب الشرعي، أما في قانون الأسرة الجزائري لا بد من التعبير الصريح. فيكون التعبير ضمناً بسكوت المتعاقد أو كل ما يدل على الرضا كالضحك بدون استهزاء والتبسم والبكاء بلا صوت أو ضرب خد، أما إذا كان التبسم أو الضحك باستهزاء، وكان البكاء بصياح أو ضرب خد لم يكف ولم يعد إذناً ولا رداً لأنه يشعر بعدم الرضا.³

فإذا كان الأصل في العقود عامة، أن السكوت لا يكون تعبيراً عن الإرادة لأنه يفيد العدم فلا يمكن أن نؤول سكوت شخص على أنه قد رضي أو رفض الالتزام بشيء ما، لكن في عقد الزواج بالتحديد يمكن أن يكون سكوت المرأة تعبيراً عن رضا، كما تقول القاعدة الفقهية السكوت في معرض الحاجة بيان لكن هذه القاعدة الفقهية لا تنطبق على أي امرأة في التعبير عن رضاها بالزواج إنما تنطبق على البكر التي لم يسبق لها الزواج. لأن المرأة البكر تستحي عادة من إظهار الرضا بالزواج صراحة فيكتفي منها بالسكوت محافظة على حياتها.

فاستدل الفقهاء على اعتبار سكوت البكر دلالة على رضاها بالزواج من السنة النبوية.

¹ أخرجه الإمام أحمد في كتاب مسند الشاميين، باب حديث ابن عميرة، طبعة 2، ج 29، ص 260، نقلاً عن، قاضي سعيد، ص 105.

² الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص ص 213-212.

³ نفسه، ص 212.

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله إن البكر تستحي، قال: رضاها صماتها".¹

إذا كانت البكر تعبر عن رضاها بالسكوت كأصل عام، فإن هناك استثناءات لا يكفي سكوت البكر فيها بل لابد من الكلام لتعبير عن رضاها، ومن هذه الاستثناءات ما يلي:

1/ البكر التي رشدها أبوها أو وصيه، بان أطلق الحجر عنها بالتصرف المالي وهي بالغ، فلا بد من إذنها بالقول.

2/ البكر التي عضلت أي منعها وليها من الزواج من دون مبرر، فرفعت أمرها إلى القاضي ليتولى تزويجها فلا بد من أن يكون رضاها بالقول.²

3/ البكر إذا زوجت برجل فيه عيب يوجب لها الخيار كالجدام وبرص وجنون وخصاء، فلا بد من نطقها.

4/ البكر التي تعدى الولي عليها فعقد عليها بغير إذنها ثم بلغها خبر زواجها فرضيت ويصح الزواج، فلا بد من رضاها بالقول صراحة حتى ولو كانت رضيت به في الخطبة، فلا بد على كل من استأذنها في العقد لان الخطبة غير ملزمة فلا تغني عن استئذنها في العقد.

هذا بالنسبة لرضا المرأة البكر في التعبير عن رضاها بالسكوت، أما في حالة عدم الموافقة أو رفضها الزواج فلا بد من النطق بالرفض لان الحياء يمنع البكر من أن تفصح بأنها قد رضيت بذلك الخاطب، فلا ينبغي عليها أن تستحي أو يصعب عليها أن تبدي برفضها وامتناعها وبعدم رغبتها بالزواج بالخاطب الذي تقدم إليها.

من خلال كل ما تقدم فإن الشريعة الإسلامية الغراء قد أوجبت استئذان المرأة في أمر زواجها، بل أكثر من ذلك فإنها قد راعت حالة كل امرأة بالغة عاقلة (راشدة) فجعلت للثيب طريقاً صريحاً للتعبير عن رضاها، أما البكر نظراً لشدة حيائها سهلت عليها الأمر بأن اعتبرت سكوتها دليلاً على رضاها في الزواج وأي تصرف أسهل من السكوت واعتباره كافياً شافياً لتعبير عن رضاها وقبولها على الزواج!! فما أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة، فهي قد أعطت للمرأة حقها في التعبير عن رضاها لإبرام عقد الزواج، فلا يبرم بمجرد الطلب وإعلان الرغبة فيه من جانب واحد دون اعتبار لرضا المرأة التي لا تميز بينها وبين رضا الرجل فاعتبرت ضرورة وجود الرضا في كل واحد منهما على حد سواء ضروري وجوهري لصحة عقد الزواج وكذلك الأمر لا يختلف عنه في القوانين الوضعية إذ يحكم العقود مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام، فلا بد من توفر ركن الرضا في أطراف العقد و

¹ أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب ولا غيره البكر والثيب إلا برضاها، انظر، العسقلاني أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، ص 110.
² الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 213.

معلوم أن الزواج عقد مدني إذن يخضع لمبدأ سلطان الإرادة في إبرامه وحالة تختلف الرضا في كل من المرأة أو الرجل يؤدي ذلك إلى بطلان عقد الزواج.¹

المبحث الثاني: الرضا في عقد الزواج مفهومه وعيوبه

عقد الزواج كغيره من العقود له أركان وشروط يقوم عليها ويتحقق بها وهي زوجان، صيغة ولي صداق والشاهدان وهو ما قال به أغلب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، فقد ذهب أحد فقهاء المالكية إلى أن الإشهاد شرط والباقي أركان كما قال العلامة الشيخ خليل أركان الزواج هي ولي صداق، محل وصيغة في حين ذهب الحنفية إلى أن الزواج له ركنان فقط يتمثلان في الصيغة التي يستلزم وجودها العاقدين والمعقود عليه وعلى هذا الأساس اقتصر أغلبية الفقهاء في تحديد أركان الزواج في الإيجاب والقبول وهذا ما اخذ به التعديل الجزائري الجديد وفقا للمادة 9 من ق أ المعدلة بالأمر 02، 05 فأركان الزواج تنحصر أساسا في الصيغة التي يتم العقد بها وهو الإيجاب والقبول أي الرضا طبق المواد 4، 13 من ق.أ المعدلة وما عداها فهي تعتبر شروط صحة طبق المواد 7، 7 مكرر، 9 مكرر و 18 ق.أ المعدلة.

ومن هذا المنطلق نتعرض في هذا المبحث إلى فكرتين أساسيتين هما نظرية الرضا بوجه عام مفهوم الرضا (كمطلب أول) وعيوب الرضا (كمطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم الرضا

إن مفهوم الرضا واسع يشتمل على أفكار عديدة غير أنه يتم تركيزنا على فكرتين أساسيتين تعريف الرضا (كفرع أول) وما ينعقد به الرضا في العقود ما يعرف بالصيغة (كفرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الرضا

الرضا لغة: وهو من مصدر رضي رضا فيقال: "رضيت الشيء رضيت عنه وعليه وبه وهو بمعنى سرور القلب وطيب النفس وهو ضد السخط والكرهية"² ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح "اللهم أي أعوذ بك برضائك من سخطك" ويراد به تقبل ما يقضي به الله عز وجل من غير تردد ولا معارضة ويعرف أيضا بأنه الرضا بالشيء الركون إليه وعدم النفرة منه لقوله تعالى "أفمن اتبع رضوان الله كمن باء بسخط من الله ومأواه جهنم وبئس المصير" آل عمران الآية 162 وقوله تعالى "ذلك بأنهم اتبعوا ما اسخط الله وكرهوا رضوانه فاحبط أعمالهم" محمد الآية³ 28.

أما تعريفه اصطلاحا فيحتاج إلى تدقيق وتفصيل لأنه محل خلاف بين الفقهاء وسبب هذا الخلاف كون الحنفية يميزون بين الاختيار والرضا في مجال التعاقد في حين جمهور الفقهاء يعتبرون الاختيار والرضا متلازمين لا يتحقق أحدهما دون الآخر.

1. سمارة محمد، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة لنشر والتوزيع الأردن 2008، ص 119.

2. تدوينة، الموسوعة الفقهية الكويتية، www.islimport.com، تم الاطلاع 2021/06/7 على الساعة الخامسة مساء.

3. شنوف شهرزاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجلفة زيان عاشور، 2014. 2015، ص 13.

وعلى هذا الأساس اختلف تعريف الرضا عند الفقهاء وبالتالي تباينت الآثار المترتبة عنها.¹

أولاً: الرضا عند الاحناف

ميز الاحناف بين الاختيار والرضا على النحو التالي:

1_ تعريف الرضا: حيث عرف الاحناف الرضا بعدة تعريفات تلتقي جلها في تعريف ومن بينها الارتياح إلى العقد والرغبة فيه وامتلاء الاختيار أي بلوغ نهايته وبعبارة أخرى هو آثار الشيء واستحسانه² حيث يتضح من خلال هذه التعريفات كذلك أن الرضا عند الاحناف يتحقق بقصد كامل يشيع في جوائح النفس وعلى ذلك لا يتحقق الرضا مع الهزل والخطأ والإكراه³.

2_ تعريف الاختيار:

قدمت تعريفات متقاربة منها القصد إلى القول والفعل الذي هو سبب النتائج والقصد إلى السبب ويترتب على ذلك أنه لا يتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه، وهذا اثر في غاية الأهمية ويتضح من تعريف الرضا والاختيار أنه يمكن أن يتحقق الاختيار في تخلف الرضا أما الرضا فلا يتحقق إلا بوجود هذا الاختيار⁴.

ثانياً: الرضا عند جمهور الفقهاء:

جمهور الفقهاء لم يميزوا بين الاختيار والرضا واعتبروهما متلازمين لا يتحقق أحدهما في غياب الآخر وهذا خلافاً عن ما جاء به الاحناف ولقد اجمعوا على تعريف واحد هو أن القصد من إنشاء العقد بالعبرة بالمنشئة طلب لأثاره ورغبته فيه، وهو القصد إلى العبارات المنشئة للعقد بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عما في النفس دليلاً على الرغبة في العقد و آثاره⁵.

ويترتب على هذا التمييز بين الاختيار والرضا عند الاحناف آثار مهمة منها:

- إن الأساس في تكوين العقود عند الاحناف هو الاختيار و وجد الرضا أو لو يوجد وعليه فإن الاختيار يعتبر شرط انعقاد أما الرضا فشرط صحة.
- ابتكر الاحناف مرتبة وسط بين الصحة والبطلان في العقود وهي الفساد بحيث يكون البطلان جزاء لتخلف الاختيار في جميع العقود دون استثناء في حين الفساد يكون جزاء تخلف الرضا في العقود التي يكون الرضا فيها شرط صحة.
- وعلى ضوء الاثرين السابقين يبني اثر ثالث هو التمييز بين التصرفات التعاقدية من حيث الآثار المترتبة على تحقيق الاختيار وتخلف الرضا:
- التصرفات التي لا تتحقق نتائجها بمجرد تحقق العبارات المنشئة لها أي بمجرد تحقق الاختيار وهي التصرفات التي تكون الأموال مقصد أساسي فيها كعقد البيع فهي تنعقد بمجرد توفر الاختيار.

1. شنوف شهرزاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة أفي عقد الزواج أفي التشريعات الجزائري، المرجع السابق، ص 13.

2. تدوينه، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق.

3. شنوف شهرزاد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

4. مرجع نفسه، ص 14.

5. شنوف شهرزاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة أفي عقد الزواج أفي التشريعات الجزائري، مرجع سابق، ص 16.

- التصرفات التي تتحقق نتائجها بمجرد تحقق العبارات المنشئة لها أي بمجرد الاختيار وهي التي لا تكون الأموال فيها غرضاً أساسياً كعقد الزواج¹.
- أما الآثار المترتبة على موقف الجمهور يخالفون فيها الاحناف وهي :
- تقسيم الجمهور العقود من حيث اثرها إلى باطلة وصحيحة ولم يجعل مرتبة وسط بينهما كما فعل الاحناف حيث أن الفساد والبطلان عند الجمهور مصطلحان مترادفان يشكلان وصفا لكل عقد تخلف فيه الرضا.
- عدم تصحيح تصرفات المكره والناسي والمخطئ والهازل فالمكره عند الجمهور غير حتى في عبارته لأن ما قصد إليها وسيلة للتعبير عما في نفسه وانما هي حركة لسانية ناتجة عن الأذى الذي هدد به وكذلك الحال بالنسبة للناسي والمخطئ والهازل².

فرع الثاني : ما ينعقد به الرضا في العقود

إن التعاقد يقتضي التقاء رضا المتعاقدين وهذا ما يسمى بالتراضي ونضرا لأهمية هذه العقود منأثارها على الغير فإن الفقه الإسلامي أوجب ظهور علامة الرضا في شكل واضح بعيدا على كل إلتماس أو شك من خلال تبادل العاقدان الإيجاب والقبول فيما بينهما و هذا ما يطلق عليه بمصطلح صيغة العقد.

صيغة العقد : وهو ما صدر من المتعاقدين دلالة على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه وتعرف تلك الإرادة بواسطة اللفظ أو القول باعتباره أوضح وسائل التعبير دلالة على المعنى المقصود حيث اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بأن شاء التزام بينهما وهذا هو ما يعرف بصيغة العقد عند فقهاءنا ويسمى عند القانونيين التعبير عن الإرادة³ وقد قصر الفقهاء القول في الالفاظ والعبارات التي تتم بها هذه الصيغة لاسيما عقد الزواج فان تعدد اللفظ يصار إلى فعل أو اشارة أو الكتابة أو أي وسيلة اخرى تحقق المقصود وهو الايجاب والقبول.

وتجدر الاشارة إلى أن الفقهاء لم يعتدوا بالمعاطاة بديلا عن الصيغة في العقود في بعض العقود دون غيرها حيث يقصد بالمعاطاة تبادل الارادتين والتراضي دون صيغة العقد حيث ميز الفقهاء بين نوعين من العقود من الانعقاد بالمعاطاة حيث اجمعوا على أن العقود التي يكون موضوعها الاساسي الاموال يمكن إنعقادها بالمعاطاة دون وجوب صيغة واضحة، أما عقد الزواج فقد اتفقوا على اشتراط الصيغة فيه وان تكون بألفاظ مخصوصة لا ينعقد إلا بها⁴.

المطلب الثاني : عيوب الرضا

إذا كان سلطان الارادة يقوم على إرادة الشخص من خلال ارادته التعاقدية وفق مبدأ الرضائية فإنه يلزم لقيام العقد صحيحا اتفاق ارادتين خاليتين من عيوب الرضا وهي الغلط باعتباره وهما يقوم بالنفس ثم التدليس باعتباره يقوم بالنفس ولكن بطرق احتيالية من أحد اطراف العقد واخيرا الإكراه باعتباره عاملا خارجيا يتمثل في رهبة وخوف يقوم في النفس

¹ نفسه، ص15.

² نفسه، ص16.

³ شنوف شهرزاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص184.

⁴ بن سونة اسماء، دراسة التعديلات الواردة في قانون الأسرة في مجال الزواج واثاره، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2019، ص27.

بسبب وسائل مادية يستعملها أحد اطراف العلاقة وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع الآتية على ضوء الترتيب السالف الذكر.

الفرع الأول : الغلط

الغلط في اللغة: إن تعنيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه.
أما الغلط في الاصطلاح: فقد عرفه الفقه بأنه وهم في ذهن فيصور الأمر على خلاف الواقع "وهو" حالة بالنفس تحمل على توهم غير الواقع " فإذا وقع الغلط في ماهية العقد وطبيعته أو في شرط من شروط انعقادها أو في ذات المعقود عليه فان هذا التعامل يحكم ببطلانه في رأي جمهور الفقهاء وهو ما أخذت به القوانين العربية¹.
 كما تجدر الإشارة كذلك إلى أنه يكون عقد الزواج المشوب بغلط في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها أو في صفة من صفاته الأساسية باطلا لانعدام تطابق الإرادتين الإيجاب والقبول طبقاً للمادة 33 من قانون الأسرة².

وذلك خلافاً للمادة 82 ق م فان شخص المتعاقد معه في عقد الزواج يشكل في الواقع موضوع العقد ذاته الدافع للتعاقد والغلط في موضوع العقد يترتب عنه عن اقتران الإيجاب بالقبول وبالتالي يكون العقد باطلاً وبالتالي طبقاً للمادة 82 من ق م يجوز للمتعاقد المتضرر وقت إبرام العقد أن يطلب الإبطال وبالإضافة إلى هذا نجد أيضاً العيوب المرضية المخولة لحق الفسخ حيث جعلها القانون سبباً لطلب التخليق من طرف المرأة طبقاً للمادة 53 ق. المعدلة فإنه يجوز للزوج الذي اكتشفها والذي كان ضحية عيب مرضي أو جنسي ما عند إبرام العقد أن يطلب الإبطال للغلط ما دام لم يطلع عليه وقت التعاقد كما هو الشأن عند اشتراط الزوج عذرية الزوجة أو في حالة عقم الزوج أو ضعفه الجنسي على اعتبار أنها الصفة والسبب الرئيسي للتعاقد في الزواج.

ومن ناحية أخرى فإن إخفاء الأمراض المعدية أو الخطيرة وعيوب وتشوهات الأعضاء الجنسية التناسلية تخول للزوجة حق التخليق المادة 4 و53 ق.أ وتعطي للزوج حق ابطال العقد لأن الشخص العادي لا يتحملها اختياراً في الحياة الزوجية خيار العيب ما لم يكن عالماً بالعيب أو ظهر منه ما يدل على الرضا به بعد اكتشافه في الطرف الآخر طبق المادة 100 ق م³.

الفرع الثاني : التدليس

التدليس في اللغة: مشتق من دلس وهو الظلمة أو اختلاط الظلام وهو كتمان عيب السلعة عن المشتري⁴.

أما الاصطلاح: فهو إخفاء العيب أياً كان أو التغرير باستعمال الحيلة والخديعة أو الغش أو الخيانة⁵ لحمل المتعاقد على التعاقد معه أو مع غيره وهو يساوى مع الغلط في كونه يخول

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج 1، ص103 وما يليها.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 1، ص160.

³ علم الحديث النبوي، facebook.com، تم الاطلاع عليه في 8 جوان.

⁴ مقال، التراضي في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي، ص 29.

⁵ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص19 إلى 114، د.علي فلالي. الالتزامات نظرية العقد، ص107 وما يليها.

للضحية حق ابطال العقد فالتدليس وفقا للمادتين 87.86 من ق م هو تضليل أو تشويه الحقيقة فاستعمال طرق الاحتيال والخداع للوصول إلى غرض غير مشروع كاستعمال الخديعة والغش والسكوت عن الحقيقة لدفع الطرف الآخر للتعاقد فالتدليس يعتبر غلط مدبر للتأثير في إرادة المتعاقد ودفعه لإبرام عقد الزواج، وهو يعتبر خطأ عمد حيث تعتبر الحيلة فعل ضار يستوجب التعويض عنه طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 من القانون المدني.

ومن جهة أخرى مقولة الفقيه الفرنسي لوازيل التي مفادها أن الحيل من مقتضيات الزواج تتنافى مع طبيعة عقد الزواج الذي يقوم على الصدق والصراحة سواء عند التنفيذ م 9.4 مكرر ق أ أو قبله أي فترة الخطوبة م 5 و6 من ق أ المعدلة عام 2005¹. وعليه فقهاء المالكية يناقشون التدليس باعتباره سببا مستقلا للفسخ متميزا عن الغلط والمراد به عندهم كتم أحد الزوجين عيب أو مرض أو معلومات هامة للطرف الآخر وهو من أسباب الخيار في الزواج يجب للمتضرر الحق في طلب فسخ الزواج وهذا ما أكده الإمام مالك رضي الله عنه في ما رواه فقال "أما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجد بها برضا أو جنون أو جداما فلها الصداق بمسيسه إياها وهو له على من غره منها"². فالفقه الإسلامي خول للمدلس عليه طلب فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده لأنه مشوب بعيب من عيوب الرضا و يجوز لضحية هذا التدليس طلب التعويض عن الضرر ولقد أشار ق أ الجديد في م 8 مكرر المضافة بالأمر 02/05 في حالة التدليس في مسألة التعدد يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر³. ومن هنا فإن الملاحظ أن التدليس لا يتحقق إلا حيث يكون الغلط قائما⁴.

الفرع الثالث : الإكراه

لقد عني الإسلام بالإكراه عناية متميزة باعتباره عيب من عيوب الرضا وعارض من عوارض الأهلية وتكمن هذه العناية من خلال تخصيص أغلب الفقهاء بابا خاصا بالإكراه في مؤلفاتهم باعتباره اشد العيوب تأثيرا على الإرادة وكونه أساس الإكراه أساس موضوعي بسبب ما يتصل به من وسائل العنف التي هي اكثر ما تكون وسائل مادية ظاهرة³ بصفة خاصة فقه الحنفية هذا الفقه الذي ساهم في بسط أحكام بالإكراه بالتفصيل.

حيث ذكر السرخني أن الإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة حيث ألف كتابا مستقلا فصل في مسائل الإكراه لقد تجاوزت عيائه الاحناف بالإكراه حد أفرادها بالتأليف حتى صاروا يحتاطون فيه عند كتابة الشروط فيما بين المتعاقدين فكانوا ينصون فيها على أن العقد «تم بين فلان وفلان دون إكراه وأنهما رضيا بالعقد غير خائفين و لا مكرهين ولا مضطرين»⁵.

ونظرا لكون الإكراه له علاقة مباشرة بموضوع هذا البحث فإن المقام يقتضي التعرض له من عدة جوانب منة حيث مفهومه، أنواعه، أركانه وشروطه.

1. موطا الإمام مالك، ج 2، ص 528.

2. موطا الإمام مالك، ج 2، ص 162.

3. محمد صبري السعدي النظرية العامة للالتزامات في ق م ج ج 1 رقم 175، ص 189.

4. السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه المغربي توافق الإرادتين في مجلس العقد.

5. شنوف شهرزاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 27.

أولاً : مفهوم الإكراه

الإكراه لغة : الكره هو الإيذاء والمشقة وبالضم ما أكرهت عله وبالفتح ما أكره كغيرك عله وبمعنى آخر هو إيقاع الكره فمعنى أكرهت فلان أثبت ما يكرهه و أوقعته فيه و حملته عليه وهو الاصل في المعنى الشرعي لان معناه في الشريعة دعوة الانسان غيره إلى فعل من الافعال أو قول من الأقوال بالإبعاد والتهديد وانزال الأذى الشديد أن لم يجب داعيه. أما في تعريفه في الاصطلاح فقد عرفه ق ج بعدة تعريفات كثيرة منها الإكراه هو الرهبة أو الخوف الذي ينشأ في نفس المتعاقد والذي يدفعه لإبرام التصرف¹.

والإكراه هو ضغط يتعرض له المتعاقد فيولد في نفسه رهبة وخوف فتحمله على التعاقد بوجه غير مشروع ومنه يعتبر من عيوب الإرادة أي أنه يفسد الرضا ولا يعدمه فالإرادة موجودة ولكن معيبة بفقدان عنصر الحرية و الاختيار حيث عرفه م ج في م88 في ق م بأنه هو الرهبة التي تبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التعاقد فالإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فتندفع إلى التعاقد وهو يتحقق بالتهديد المفزع أو القهر الواضح في النفس أو المال مما ينتج على ذلك الإقرار بقبول ما لم ليقبله اختياراً².

ثانياً : أنواع الإكراه

الإكراه في الفقه الإسلامي نوعان : ملجئ أو كامل و غير ملجئ ناقص. فالإكراه الملجئ هو الذي يبقى الشخص معه قدرة ولا اختيار كان يهدد بالقتل أو الضرب الشديد المؤدي للقتل.

أما الإكراه الناقص أو الغير ملجئ هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو كالتهديد بالحبس مثلاً أو بالحقاظ الظلم كمنع الترقية.

وهناك نوع ثالث هو الإكراه الأدبي وهو يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع ويرى الشافعية أو الإكراه نوع وأحد إكراه ملجئ فقط أما الغير ملجئ فلا يعتبر إكراهاً، والإكراه بأن واعه لا يزيل الأهلية وإنما يزيل الرضا وقد يزيل الاختيار³. والفرق بين الملجئ وغير الملجئ أن الأول أشد جسامة من الثاني يؤثر في التصرفات القولية والفعلية جميعاً أي التصرفات القانونية والوقائع المادية فيفسد الأولى ويصلح عدرا يعفى من المسؤولية عن الثانية أما غير الملجئ فيقتصر على التأثير في صحة التصرفات القولية ولا يصلح عدرا يعفى من المسؤولية عن التصرفات الفعلية لأنه لم يبلغ حد الجسامة الواجب لذلك ولكن لما كان كل من النوعين يعدم الرضا ويفسد التصرف القانوني فان اطلاق الإكراه دون تخصيص ينصرف إلى الملجئ وغير الملجئ ويجب أن يكون الإكراه جسيم وجسامة الإكراه في الفقه امر نسبي يتوقف على حالة الشخص الذي يقع عليه الإكراه⁴.

أما الإكراه في القانون فقد قسم إلى نوعين :

1- الإكراه المادي أو الحسي وهو الإكراه الجسماني الذي تستخدم فيه قوة مادية لا يستطيع دفعها من المتعاقد فتفشل إرادته تفقده حرية الاختيار كالضرب وإمساك اليد بالقوة.

1. عمران عبد الرزاق، اثر الإكراه في إحكام الزواج و انحلاله في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018، ص12.

2. بلحاج العربي النظرية العامة في القانون، مرجع سابق، ص115.

3. المرجع نفسه، ص12.

4. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص12.

2- الإكراه المعنوي أو النفسي، الأدبي وهو التهديد بالوعيد الذي يوجه إلى نفسية المتعاقد فيخلق فيه حالة من الخوف والفرع والرعب فيدفع إلى التعاقد تحت تأثير هذه التهديدات كالتهديد بالقتل أو المساس بالعرض والشرف أو التعرض لأحد الأقارب¹.

ثالثا: أركان الإكراه:

جاء في المبسوط عند الحديث عن الإكراه: تم في الإكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكرهه به يفهم من ذلك أنه لتمام الإكراه لا بد من توافر 4 أركان :

1. المكره: وهو الحامل لغيره على عمل شيء قهرا
2. المكره: وهو الشخص الذي يجبر على القيام بفعل المكره عليه
3. المكره عليه: القول أو الفعل الذي يقع فيه الإكراه على أن يكون القول أو الفعل المكره عليه من المحرمات شرعا وقد يكون إكراه على بيع شيء لا يريد بيعه
4. المكره به: وهو نوع التهديد الذي يوجه للمكره كالقتل².

رابعا: شروط الإكراه

يشترط في الإكراه باعتباره عيب من عيوب الرضا بعض الشروط ذكرها الفقهاء وهي كالتالي :

- 1_ أن يكون المكره قادر على تنفيذ ما هدد به فإذا كان باستطاعة المكره تفادي ادى المكره بالهرب مثلا بطل الإكراه.
 - 2_ أن يحدث المستكره رهبة في النفس يخاف أن يقع عليه مما هدد به اذا لم ينفذ ما امر به.
 - 3_ أن يكون الشيء المهدد به عاجلا حالا فإذا كان سيقع عليه في المستقبل لم يتحقق بذلك الإكراه.
 - 4_ أن تكون هناك علاقة سببية وثيقة بين الوسيلة المستعملة للإكراه والتصرف الذي يراد من المستكره للقيام به.
- وبالتالي متى تحققت هذه الشروط اعتبر الإكراه و يحق للطرف ضحية الإكراه أن يتحلل من تبعات الالتزام ومتى اختل أحد هذه الشروط كان التصرف صحيحا والإكراه غير معتبر شرعا³.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون، مرجع سابق، ص 243.

² عمران عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 13.

³ شنوف شهرزاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 32.

الفصل الثاني

الإجبار والعضل من
طرف الولي في عقد
الزواج

الفصل الثاني : الإجبار والعضل من طرف الولي في عقد الزواج

نتناول في هذا الفصل ولاية الإجبار في عقد الزواج (المبحث الأول)، والعضل في الزواج في (المبحث الثاني).

المبحث الأول : ولاية الإجبار في عقد الزواج

يقوم عقد الزواج بتراضي طرفيه على إحداثه فهو عقد رضائي بامتياز، لكن بالرجوع إلى الواقع المعاش قد نجد أن المرأة تجبر على الزواج بشخص لم ترض به ولم توافق على تكوين أسرة معه، ولا يمكنها أن تواصل بقية حياتها بجواره وهذا ما يسمى عند لغة الفقهاء بالإجبار وعليه سنقوم بدراسته ببيان مفهومه في (المطلب الأول)، وموقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الإجبار

و يقوم التعريف ببيان أوجه المفاهيم لغة (فرع أول) و اصطلاحاً (فرع ثاني).

الفرع الأول : تعريف الإجبار لغة

يقال أجبر القاضي الرجل على الحكم، إذ أكرهه عليه.¹

الإكراه في اللغة: يقال: قام على كُرهِ أي على مشقة، وأقامه فلان على كُرهِ أي أكرهه على، وبالضم ما أكرهت نفسك عليه، أو هو حمل إنسان على أمر لا يريده طبعاً أو شرعاً القيام، والكُرهِ بمعنى المشقة، وهو ما يكرهه الإنسان ويشق عليه، وبالفتح ما أكرهَكَ غيرك عليه وإنما سمي الشر مكرهاً لأنه ضد المحبوب وامرأة مستكرهة غصبت نفسها فأكرهت عليه، والإكراه في أصل اللغة هو حمل الشخص على فعل شيء يكرهه ذلك مما سبق يتبين أن الإكراه في اللغة لا يتفق مع المحبة بل ينافيها، وكما أن جميع المعاني تدل على أن الإكراه يكون في حالة إذا أكره شخص على شيء لا يحب القيام به.²

الفرع الثاني : تعريف الإجبار اصطلاحاً

الإجبار في عقد الزواج، يقصد به أن يباشر الولي العقد نافذاً على المولى عليه دون الرجوع إليه لأخذ رأيه، أو يتوقف النفاذ على رضاه.

هناك تعريفات كثيرة للإكراه في اصطلاح الفقهاء منها : ما عرفه الحنفية: بأنه فعل يفعله المرء بغيره، فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره من الغير. كما عرفه ابن عابدين في حاشيته "فعل تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطأ، أو يوجد من المكره في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طُلب منه". أو "هو عبارة عن الدعاء إلى الفعل بالإبعاد والتهديد".³

¹. سمارة محمد، أحكام وأثار الزوجية، المرجع السابق، ص 120.

². الرازي مختار، الصحاح، ص 596.

³. د/ جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر، قسنطينة، ص 104، 100.

وعرفه المالكية بأنه: "ما يفعله بالإنسان مما يضره، أو يؤلمه من ضرب أو غيره" أما الشافعية فقالوا: الإكراه أن يصير الرجل في يدي من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء، ويكون المكره يخاف خوفاً عليه، دلالة أنه أمر امتنع.¹

من قبول ما أمر به، يبلغ به الضرب المؤلم أكثر من إتلاف نفسه أما الحنابلة فقالوا: "لا يكون الشخص مكرهاً حتى ينال من العذاب كالضرب أو الخنق أو العصر.

أو الحبس أو الغط في الماء مع الوعيد وما أشبهه" أما مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت الإكراه بأنه: "هو إجبار أحد أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه، ويقال له المكره، ويقال لمن أجبره مجبر، ولذلك العمل مكره عليه، وللشيء.

الموجب للخوف مكره به" الإكراه هو حمل الغير وعرفه بعض الفقهاء المحدثين منهم الإمام محمد أبو زهرة حيث قال على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر عليه الحامل على إيقاعه، فيصير الغير خائفاً.

ملاحظة على التعاريف :

إن المعنى اللغوي والشرعي يلتقيان التقاء كاملاً من حيث إن الإكراه هو حمل الشخص على فعل هو كاره له، وبعد النظر في تعريف الحنفية للإكراه أرى أنه يضم أنواع الإكراه من حيث إن الإكراه قد يعدم الرضا مطلقاً ولا يكون للشخص فيه أي اختيار، وقد لا يعدم هذا الإكراه الاختيار إعداماً كلياً ولكنه قد يفسد هذا الاختيار، إلا أن الشافعية أرى في تعريفهم للإكراه أن الاختيار باق، فللشخص أن يقدم على ما أكره عليه أو لا يقدم، لذلك يمكنني القول: إن الإكراه قد يفسد الاختيار ويعدم الرضا كذلك، وقد لا يحدث ذلك، لأن المكره قد يلزم بالإقدام على ما أكره عليه في حالات، ويرخص له في حالات أخرى، وقد يحرم في حالات أخرى كذلك، فالإكراه يختلف أثره من شخص إلى آخر ومن حاله إلى أخرى.²

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من الإكراه على الزواج

نبين موقف الشريعة الإسلامية من مسألة إجبار المرأة على الزواج في (الفرع الأول)، وموقف قانون الأسرة الجزائري في (الفرع الثاني).

الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من الإكراه على الزواج

اتفق الفقهاء على عدم جواز إجبار المرأة البالغة العاقلة الثيب على الزواج (أولاً) إلا أنهم اختلفوا في مسألة إجبار المرأة العاقلة البكر (ثانياً).

¹ .د/جمال الضمراني، الوالية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 72.
² .د/زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام الأسرة، مؤسسة دار الرسالة، 2005، ج 1 ص 229.

أولاً: إجبار المرأة العاقلة البالغة الثيب على الزواج : اتفق فقهاء المذاهب الأربعة (الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة) على عدم جواز إجبار الثيب على الزواج إلا برضاها، فسنفقوم بعرض كل مذهب على حدى.

1/ الحنفية: قال الكاساني: "ولا خلاف في أنهما (الأب والجد) لا يملكان إنكاح الثيب البالغة بغير رضاها"، وكما جاء في المبسوط ما يؤكد هذا في قوله "قد بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا زوج ابنته وهي كارهة، ففرقا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وبين الذي زوجها منه أبوها ثم زوجها عن أولدها"

وهذه المرأة كانت ثيب فهذا دليل على أن نكاح الأب الثيب لا ينفذ بدون رضاها، فإن امتنع الولي من تزويجها ممن أرادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الإمامة وفيه دليل على أن اختيار الأزواج إليها لا إلى الولي، لأنها هي التي تعاشر الأزواج فإنما تحسن العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولي.

2/ المالكية: جاء في المنتقى شرح الموطأ²: ومعنى كونها أحق بنفسها من وليها (لثيب) أنه ليس له إجبارها على النكاح ولا إنكاحها بغير إذنها وإنما له أن يزوجه بإذنها ممن ترصاه"، "فكل واحد منهما حق في عقد النكاح ووجه كونها أحق به أنها إن كرهت النكاح لم ينعقد بوجه وإن كرهه الولي ورغبته الأيم عرض على الولي العقد فإن أبى عقده غيره من الأولياء أو السلطان فهذا وجه كونها أحق به من وليها"³.

3/ الشافعية: (قال الشافعي) "فأي ولي امرأة ثيب أو بكر زوجها بغير إذنها فالنكاح باطل إلا الآباء في الأبكار والسادة في المماليك لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح خنساء بنت خدام حين زوجها أبوها كارهة ولم يقل إلا أن تشائي أن تبيري أباك فتجيزي إنكاحه ولو كانت إجازته إنكاحها تجيزه أشبه أن يأمرها أن تجيز إنكاح أبيها ولا يرد بقوته عليها".

4/ الحنابلة: قال ابن قدامة: "وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد وجملت ذلك، فالثيب تنقسم قسمين، كبيرة وصغيرة، فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا غيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم، إلا الحسن قال: له تزويجها وإن كرهت، أما الثيب الصغيرة، وفي تزويجها وجهان، أحدهما لا يجوز تزويجها، وهو ظاهر قول الخرقى وإختاره ابن حامد، وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي، لعموم⁴ الإيجاب، ولأن الإيجاب يختلف بالبكارة والثبوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب، أما الوجه الثاني أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها، اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة، لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر".

¹. قنديل، محمد حسين، ولاية الإجبار في عقد الزواج، مجلة كلية الشريعة والقانون للبحوث الفقهية والقانونية والاقتصادية، جامعة الأزهر، العدد 1987، 3، ص 243-218.

². الباجي، سليمان بن خلق، المنتقى شرح الموطأ، الجزء الثالث، دار السعادة، 1322 هجري، 266.

³. مرجع نفسه، ص 266.

⁴. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، الجزء الثلاثون، دار الفكر (د.ب.ن)، (د.ت.ن)، ص 9-10.

فاستدل فقهاء المذاهب الأربعة في مسألة عدم جواز إجبار الثيب على الزواج بالسنة النبوية وبالمعقول.

1 - السنة النبوية : عن ابن عباس رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها".

-كما استدل الفقهاء بحديث "الخنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها".

2- المعقول : الثيب البالغة العاقلة عالمة بمصالح النكاح وبالممارسة ومصاحبة الرجال فانقطعت ولاية الإستبداد عليها.

وجاء في بدائع الصنائع أيضا: " لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولاية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذ بلغ والجامع أن الولاية إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين¹ والدنيا وحاجتها إليه حلا ومآلا وكونها عاجزة إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا [الضرورة فتزول بزوال الضرورة".

ثانيا: إجبار المرأة العاقلة البالغة البكر على الزواج : اتفق الفقهاء على أنه يستحب للولي أن يستأذن المرأة الراشدة البكر في أمر زواجها فقد قال ابن قدامة: " ولو استأذن البكر البالغة والدها، كان حسنا، لا نعلم خلافا في استحباب استئذنها فإن النبي صلى الله عليه أمر به".²

لكن هؤلاء الفقهاء انقسموا إلى رأيين، الرأي الأول يرى أنه لا يجوز للولي أن يجبر البكر الراشدة على الزواج فالولي ملزم باستئذنها والتقييد بقرارها وهذا ما أخذ به الحنفية ورواية عن الإمام أحمد (الحنبلي) أما الرأي الثاني يرى أنه يجوز للولي أن يجبر ابنته البكر على الزواج وهذا ما أخذ به المالكية، الشافعية وأحمد في إحدى الروايتين عنه.

1 - المذهب الحنفي ورواية الإمام أحمد : يرى فقهاء المذهب الحنفي أنه لا يجوز للولي أن يجبر المرأة الراشدة على الزواج سواء كانت بكرا أو ثيب فقد جاء في فتح القدير " وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها الولي بكرا كانت أو ثيب عند أبي حنيفة وأبي يوسف"، وكما جاء في بدائع الصنائع " ...وعلى هذا ينبني أن الأب والجد لا يملكان إنكاح البكر البالغة بغير رضاها عندنا".³

¹ الكاساني أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، (د.ب.ن.) (د.ت.ن)، ص342.
² بن إبراهيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، دار الكتاب الإسلامي، (د.ب.ن.) (د.ت.ن) ص118.

³ العانس هي التي طال مكثها في بيت أهلها بعد بلوغها واختلف في حد التعنيس فقبل 30 سنة، 40 سنة وقيل غير ذلك، أنظر، العدوي، علي الصعيدي، حاشية العدوي، الجزء الثاني، دار الفكر، (د.ب.ن.)، (د.ت.ن)، ص42.

كما يرى فقهاء المذهب الحنبلي في رواية الإمام أحمد بعدم جواز إجبار البكر على الزواج إلا برضاها، فقد قال المرداوي: "المسألة الخامسة: البكر البالغة، له (الأب) إجبارها أيضا على الصحيح في المذهب مطلقا، وعليه جماهير الأصحاب.. قال في الإفصاح: هذا أظهر الروايتين".

وسئل ابن تيمية، عن إجبار الأب لابنته البكر البالغ على النكاح، هل يجوز أم لا؟ فأجاب: "وأما إجبار الأب لابنته البكر البالغة على النكاح ففيه قولان مشهوران هما روايتان عن أحمد... والثانية، لا يجبرها، كمذهب حنيفة وغيره وهو اختيار أبي بكر عبد العزيز بن جعفر".

"فاستدل هذا الاتجاه الرافض لإجبار البكر بالسنة النبوية، وبالمعقول :

1 - السنة النبوية : عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم". عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا تتكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تسكت".

2 - المعقول: المرأة البالغة العاقلة البكر تصرف في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها إختيار الأزواج وإنما يطالب الولي بالتزويج كي لا¹ ينسب إلى الوقاحة، فكل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه.

2 - المذهب المالكي، والشافعي وأحمد : في إحدى الروايتين عنه (الحنبلي): (يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجوز للولي أن يجبر البكر البالغة العاقلة على الزواج.²

جاء في الخرشي على مختصر سيدي خليل (المذهب المالكي): "الأب له جبر ابنته البكر الصغيرة اتفاقا ولا خيار لها إذ بلغت على المشهور والبالغ غير العانسة بل ولو (كانت عانسا) على المشهور وقيل ليس له جبرها كما عند ابن وهب لأنها لما عنست صارت كالثيب والأب له جبر ابنته البكر مقيد بعدم الضرر"³....

كما جاء في حاشية العدوي "وللأب إنكاح أي جبر (ابنته) البكر على الزواج مما شاء ولو كان أقل من صداق المثل (بغير إذنهما وإن بلغت) ولو عانسا ما لم يضربها أما إذ ضربها كتزويجها من مجذوب أو أبرص ونحوهما، فليس له جبرها". أما عن المذهب الشافعي فقد جاء في حاشية البجيرمي "...وللأب وإن علا (تزويج بكرا بلا إذن) منها (بشرطه) بأن يزوجه وليس بينهما عداوة ظاهرة بمهر مثلها من نقد البلد من كفؤ لها موسر به كبيرة كانت، أو صغيرة عاقلة، أو مجنونة لكمال شفقته"، والأمر لا يختلف عنه في المذهب

¹. ابن تيمية، أحمد، مجموع الفتاوى، الجزء السادس عشر، مكتبة العبيكان، الرياض (د.ت.ن)، ص 238.

². علي الصعيدي، مرجع نفسه، ص 42.

³. مرجع نفسه، صفحة نفسها.

الحنبلي فقد قال البهوتي: "ويجبر الأب البكر ولو كانت مكلفة لحديث ابن عباس، "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها صماتها"¹.

فقسم النساء إلى قسمين وأثبت الحق في إحداهما فدل على نفيه عن الأخرى وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئثار والاستئذان في الحديث السابق مستحب غير واجب.

فاستدل هذا الاتجاه الذي يبيح للأب إجبار ابنته البكر على الزواج بالسنة النبوية وبالمعقول

1 - السنة النبوية: عن ابن عباس رضي الله عنه قال أن النبي (ص) قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها". وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي (ص) قال: "لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا تتكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت".

- **المعقول:** قال الشافعي: البكر وإن كانت عاقلة بالغة فلا تعلم بمصالح النكاح لأن العلم به يقف على التجربة والممارسة وذلك بالثيابة ولم توجد فلتحق بالبكر الصغيرة فبقيت ولاية الاستبداد عليها ولهذا ملك الأب قبض صداقها من غير رضاها.

فبعد عرض آراء الفقهاء حول مدى جواز إجبار المرأة البكر على الزواج فإن الرأي الراجح هو رأي الحنفية، وقد رجح هذا الرأي فقهاء كبار، كابن تيمية فقد قال: "وأما جعل البكارة موجبة للحجر فهذا مخالف لأصول الإسلام، فإن الشارع لم يجعل² البكارة سببا للحجر في موضع من المواضع المجمع عليها فتعليل الحجر بذلك تعليل بوصف لا تأثير له في الشرع.

وقال ابن تيمية أيضا: "وأما المفهوم: فالنبي صلى الله عليه وسلم فرق بين البكر والثيب كما قال في الحديث الآخر (لا تتكح البكر حتى تستأذن والثيب حتى تستأمر)، فذكر في هذه لفظ "الإذن" وفي هذه لفظ "الأمر" وجعل إذن هذه الصمات، كما أن إذن تلك النطق، فهذان هما الفرقان اللذان فرقا بهما النبي صلى الله عليه وسلم، بين البكر والثيب ولم يفرق بينهما في الإجماع وعدم الإجماع، وذلك أن "البكر" لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها لم تخطب إلى نفسها، بل تخطب إلى وليها ووليها يستأذنها فتأذن له، لا تأمره ابتداء: بل تأذن له إذا استأذنها وإذنها صماتها. وأما الثيب فقد زال عنها حياء البكر فتتكلّم بالنكاح فتخطب إلى نفسها وتأمر الولي أن يزوجه، فهي أمره له، وعليه أن يعطيها فيزوجها من الكفاء إذا أمرته بذلك فالولي مأمور من جهة الثيب ومستأذن من جهة البكر، فهذا هو الذي دلّ عليه كلام النبي صلى الله عليه وسلم.

¹. بن إبراهيم زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، دار الكتاب الإسلامي، (د.ب.ن) ص118.

². لبهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص635.

وأما تزويجها مع كراهيتها للنكاح: فهذا مخالف للأصول والعقول والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على مباحة ومعاشرة من تكره مع معاشرته والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه فأى مودة ورحمة في ذلك؟¹.

ويضاف إلى ذلك أن كلتاهما امرأة راشدة، لهما قلب ومشاعر وأحاسيس والقول بمنح ولاية الاستبداد للولي كي يجبر ابنته البكر على الزواج من أغرب الناس إلى قلبها فهذا يكون بعينه ظلم في حقها، وإنما نعلم أن الشريعة الإسلامية ما جاءت إلا لرفع الظلم والقهر على الناس دون استثناء بين الرجال والنساء فما بال بين المرأة والمرأة.

الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة من إجبار المرأة على الزواج

لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل تعديله قد منع ولاية الإيجار بنص صريح وذلك في المادة 13 منه التي نصت "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه دون موافقتها"².

تؤكد هذه المادة أمرا واضحا وهو رضا المرأة في عقد الزواج، بحيث لا يمكن للولي أن يزوجه إذا لم تكن راضية وموافقة على هذا الزواج، وهذا أمر متفق فيه في مختلف المذاهب والقوانين الوضعية. وبذلك يكون المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة قد منع ولاية الإيجار سواء كانت المولى عليها قاصرة، بالغة، بكرا أو ثيب وهذا ما يستخلص من خلال عبارة "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج..".

فهذه العبارة جاءت صياغتها بألفاظ عامة. وبالرجوع إلى قانون الأسرة بعد التعديل فإننا نجد المشرع لا يسمح للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، وذلك طبقا للمادة 13 منه³ التي نصت على أنه: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وبذلك لم يكون المشرع قد يتعرض لمسألة إجبار المرأة الراشدة بكرا كانت أو ثيبا بنص صريح.

لكن بالرجوع إلى نص المواد 04، 11، 13، من قانون الأسرة، نستنتج ضمنا أنه لا يمكن للولي أن يجبر المرأة الراشدة على الزواج، وذلك من خلال اعتبار عقد الزواج عقد رضائي حسب المادة 04، هذا من جهة من جهة أخرى، قد منح قانون الأسرة للمرأة الراشدة سلطة إبرام عقد زواجها بنفسها، فاكتفت المادة 11 باشتراط حضور الولي الذي قد يكون أي شخص تختاره، حتى ولو لا تجمع بينهما أية صلة قرابة، بالإضافة إلى ذلك فإن المادة 13 بنصها على عدم إجبار الولي القاصرة على الزواج، فما بال المرأة الراشدة البالغة العاقلة؟ وبهذا يكون قانون الأسرة الجزائري يمنع على الولي أن يجبر من في ولايته على الزواج سواء كانت قاصرة بنص صريح أو راشدة بمفهوم ضمني. لكن القول أن للمرأة الراشدة عقد

¹. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء الثاني والثلاثون، مكتبة العبيكان، الرياض، (د.ت.ن)، ص23.

². رواق فتيحة، تميز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام، رسالة ماجستير نوقشت في معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1985، ص56.

³. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج، عدد 24 الصادر بتاريخ 12 جوان 1984.

زواجها بنفسها بمقتضى التعديل الجديد واشترط فقط حضور الولي فهذا يكون منافيا لمنطق العقل لأن "أو" الواردة في المادة 11 تفيد 4 التخيير وبالتالي فتح المجال للمرأة بأن تستغني عن الولي بكل سهولة فيمكنها أن تجعل من الغير وليا لها بكل يسر وهذا أمر منافي لمقاصد شريعتنا الغراء ويتناقض مع أعراف المجتمع السارية ويرفع بذلك الحياء الذي تتصف به المرأة المسلمة فعادتنا وتقاليدنا تفرض علينا بعض القواعد التي من بينها عدم مباشرة المرأة عقد زواجها بنفسها إنما مباشرة عقد الزواج يكون للولي الذي تفوضه ليعقد لها. بالإضافة إلى ذلك هناك تناقض بين المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، والمادة 11 فجاء في المادة 9 مكرر "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

- أهلية الزواج، والصداق، والولي، وشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

فهذه المادة تعتبر الولي شرط لصحة العقد وإلا اعتبر العقد فاسدا يترتب عليه الفسخ إذ لم يحصل الدخول وهذا طبقا للمادة 33 في الفقرة الثانية "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه. ويثبت بعد الدخول بصدق المثل. "في حين تمنح المادة 11 الحرية للمرأة لتعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأحد أقربائها أو أي شخص تختاره، وبذلك يمكن أن يغيب الولي والعقد صحيح طبقا للمادة 11 فحين المادة 33 تعتبر العقد بدون ولي عقدا فاسدا قبل الدخول.

فإذا ما صلح الزواج بدون الاعتماد على الولي بحكم التحرر من قيود الأب فالأمر لا يطرح إشكال، لكن المشكل المطروح مصير المرأة التي يفشل عقد زواجها وهي استغنت كليا عن وليها عندما أبرمت عقد الزواج لأنها كانت في أحسن حالها هل في ذلك الوقت تتذكر أن لها وليا فتعود إلى أحضانها لحمايتها من الضياع والتشرد؟.

المبحث الثاني: ولاية العزل في عقد الزواج

إن الولاية في الزواج من مقاصد النكاح الإسلامي المثل، وكذلك تعد من المسائل الهامة التي تمس أعظم رابطة وهي الزواج، بحيث أنها الميثاق الذي ينظم الرابطة على وجه المشروع في إطار حقوق وواجبات، "فمسألة الولاية في التزويج من أهم المسائل التي تجاذبها التيارات الفكرية والأيدولوجية المختلفة في الحجج والبراهين تبعا لاختلافها في المصادر والمؤثرات، وكان قانون الأسرة في هذه المسألة وسطا بين طرفي نقيض¹ بناء على عوامل خارجية عن الأطر الشرعية التي تحكم هذه المسألة".

فرغم اختلاف الفقهاء وتنوع مفاهيم فيما يخص الولي كشرط صحة الزواج أو دون ذلك فإنه بالرجوع لقول الرسول صلى الله عليه وسلم، فالزواج بغير الولي مصيره البطلان، والأصل في الولي وفرة الشفقة على المولى عليه، والحرص على تحقيق المصلحة له، ولكن قد يظهر من تصرفات المولى خلاف ذلك أحيانا، كأن يحصل الولي موليته، فلا يزوجه، وهنا يتدخل الشارع ليووقف الولي عن حده، فليس الولاية مجالاً للقهر والتسلط، بل هي تعاون

¹ محفوظ بن صغير، ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، العدد الثامن، ص 32.

على البر والتقوى وتوخي لمصلحة المولى عليه، عندما لا يستطيع تحقيقها بنفسه، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم العضل وموقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة منه.

المطلب الأول : مفهوم العضل

يعتبر مصطلح "العضل" أحد نتائج الحالات الاجتماعية التي جمعت بين الفهم الخاطئ للمرأة ووجودها في حياة الرجل ودورها في تنمية المنظومة الحياتية وعماراة الأرض في الدنيا¹، وبناء على هذا فالولي الذي يمنع الزواج أكثر من مرة يعد عضل ومن هذا المنطلق عرضنا إلى مفهوم العضل من خلال اللغة والاصطلاح في الفروع الموالية.

الفرع الأول: تعريف العضل في اللغة

جاء في لسان العرب تعريف العضل في قول ابن منظور: "عضل المرأة عن الزوج: حبسها، وعضل الرجل أيه يعضلها ويعضلها عضلا وعضلها: منعها الزوج ظلما... وعضل عليه أمره تعضيلًا: ضيق من ذلك وحال بينه وبين ما يريده ظلما..."²، فمعنى العضل هنا هو المنع والضيق والحبس.

وقال الأزهري: أصل العضل من قولهم: عضلت الناقة إذا نشب ولدها، فلم يسهل خروجه، وعضلت المرأة بولدها تعضيلًا، إذا نشب الولد، فخرج بعضه ولم يخرج بعض فبقي معترضًا³. ويقول الفيروز أبادي: "عضل عليه: ضيق وعضل الأمر: اشتد... وعضل المرأة يعضلها: منعها الزواج ظلما"⁴. ويأتي ذكر العضل في القرآن في قوله تعالى: {فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن} سورة البقرة آية (232). وكذلك قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فإن كرهتموهن، فعسى أن تكرهوا شيئًا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا} سورة النساء الآية (19).

فعضل المرأة عن الزواج يعني حبسها، فالعضل هو الحبس والمنع وعدم ترك الشيء وإطلاقه والعضل هو منع التزويج وعضل المرأة عن الزوج، حبسها.

الفرع الثاني: تعريف العضل في الاصطلاح

العضل هو منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، أو يكون بامتناعه - أي الولي - عن التزويج من غير حق كأن يكون المولى عليه مجنونًا أو مجنونة وأثبت الطب أن في الزواج علاجا، أو ثبت أن المصلحة في الزواج ووجد من يقبل الزواج، ولكن امتنع الولي بغير سبب شرعي أو من غير مبرر، ويعد الولي عاضلا إذا امتنع عن التزويج عند حاجة المولى عليها إليه، كما إذا طلبت المرأة البالغة الإنكاح من كفاء موجود راغب فيها بمهر المثل كما يعتبر امتناعه هذا تعسفا وظلما لأنه استغل استعمال حق الولاية الثابت له شرعا على وجه يلحق بغيره الأضرار ويخالف حكمه

¹ محمد بوديونو، ظاهرة العضل في النكاح، الحكمة، 2018، مج 08، العدد 01، ص 198.

² ابن منظور لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ط1، ج 6، ص 533 534.

³ ابن الفارس، معجم مقاييس اللغة، ج 4، ص 356.

⁴ الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الكتاب الحديث، بيروت، 2004، ط1، ص 1046.

مشروعيتها التي هي مقصد الشارع والتي تتمثل في توظيف هذه الولاية في مصلحة المولى عليها¹.

ولعل ما يؤخذ على هذا التعريف، أن مصطلح "المرأة" ورد فيه مطلقاً من كل قيد ليشمل كل امرأة مقبلة على الزواج، كبيرة كانت أو صغيرة، عاقلة أو غير عاقلة، لذلك ينبغي ضبط هذا المصطلح وتقييده بما يتماشى وطبيعة العضل وجوهره، وتحقيقاً لذلك فإن تعريف الدكتور وهبة الزحيلي للعضل، يستجيب لهذا الضبط ويتسم بالدقة المطلوبة في التعريف الاصطلاحي، قال الدكتور: العضل هو منع العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه².

ومن خلال هذه التعريفات فإن العضل هو امتناع الولي من تزويج موليته بغير حق شرعي، كامتناعه من تزويجها بكفء رضيته، ويتحقق العضل إذا امتنع الولي من تزويج من كفؤ والمهر مهر المثل لأنه إنما يجب عليه تزويجها من كفؤ، أما إذا لم يكن الزوج كفئاً، والمهر أقل حتى من مهر المثل، وامتنع الولي من التزويج، فلا يكون عاضلاً، لأن الامتناع كان بسبب مشروع، نظراً لمصلحة المولى عليها.

المطلب الثاني: أحكام العضل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

لا يجوز للولي الامتناع من تزويج موليته بدون سبب مشروع لأن العضل حرام ولأنه نوع من الظلم الذي يتنافى ومشروعية الولاية في النكاح، إذ هي ولاية نظر واحسان، وعليه سنبين موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة من العضل، ويكون ذلك في فرعين.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من العضل

إن العضل، وفقاً للتعريف الاصطلاحي السابق، ظلم وإضرار بالمرأة في منعها حقها في التزويج بمن ترضاه، وتحكم في عواطفها ومشاعرها، وإهدار لكرامتها ومخالفة صريحة للمقصود الشرعي من الزواج، لذلك قال ابن تيمية بشأن المرأة البالغ: "فليس للولي أن يجبرها على نكاح من لا ترضاه، ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه، إذا كان كفئاً باتفاق الأئمة، وإنما يجبرها، ويعضلها أهل الجاهلية والظلمة الذين يزوجون نساءهم لمن يختارونه لغرض لا لمصلحة المرأة، ويكرهونها في ذلك، أو يجبرونها حتى تقبل ويعضلونها عن نكاح من يكون كفئاً لها لعداوة أو غرض³، وهذا كله من عمل الجاهلية والظلم والعدوان وهما ما حرمه الله ورسوله واتفق الفقهاء والمسلمون على تحريمه.

¹ العبد ابراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائرية، ولاية الزواج والقصر نموذجاً، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2009. 2010، ص 71.

² ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، ج1، ص 368.

³ سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائرية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2011/2010.

فقد نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن العضل في قوله: {وإن طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف} سورة البقرة الآية (232).

وأما السنة فإن أوضح ما استدلووا به ما رواه أبو هريرة رضي الله عليه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض".

ومن هذا المنطلق فإن أحكام العضل من الأحكام التي لها علاقة وطيدة برضا المكلف في الزواج، ومنها ما يعتبر أفكاراً ثانوية لذلك حصرت هذه الأحكام في ثلاثة أفكار أساسية وهي: انتقال الولاية عند عضل الولي الأقرب، وامتناع الولي من تزويج المكلفة بين العضل، والحق في الاعتراض.

إن امتناع الولي عن التزويج بغير سبب مقبول حيث أن الزوج كفاء والمهر المثل مع حاجة المولى عليها للزواج، ويعد تعسفا وظلما لقوله تعالى: {ومن يتعدى حدود الله فقد ظلم نفسه}، (سورة الطلاق 101). فلا يجوز للولي أن يستغل حق الولاية الثابت له شرعا في الإضرار بالغير، فهذا يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع، وتتمثل في جلب المصلحة للمولى عليها حيث روى عنه صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرا"¹. فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالإسراع في تزويج من لا زوج له وهذا منافي لعضل لأن العضل يؤدي إلى الفساد والمخالفة على ما لا ينبغي.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من عضل الولي

قانون الأسرة الجزائري كما في القوانين العربية الأخرى، الذي جعل الولي في عقد الزواج هو الأب المباشر للمرأة، حسب المادة 11 التي جاء فيها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون. يتولى زواج القصر أوليائهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأوليين فالقاضي ولي من لا ولي له".

قربة الأبوة تأتي في المرتبة الأولى، وعليه إذا توفي الأب فالولاية مباشرة تنتقل إلى أقارب الزوجة دون تحديدهم وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وبذلك يكون قد وسع في دائرة الولي خاصة عندما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة من خلال عبارة أو أي شخص تختاره، ما شجع الكثير من الجزائريات أن يتزوجن دون ولي شرعي. واختلفت صفة هذا الولي الذي تختاره من كل مرة فمن جار لها إلى صديق أو زميل في العمل أو حتى شخص أجنبي لا علاقة تربطه بالمرأة، وبذلك يكون المشرع قد سوى بين الأب وهذا الشخص الذي تعطى له ولاية حقيقية على المولى عليها².

¹. المرادوي، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل، تهامة، جدة، ص 07.
². لكل فريدة، الشارع تحت الصدمة، جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي، جريدة الشروق، العدد 2992، اليوم 2010/07/12، تاريخ الاطلاع 11 جوان 2021، ص 17.

كما تنص المادة 09 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، الشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية للزواج" ، حيث وضع الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج، فهل يعني ذلك أن غياب أو تغيب الولي عن مجلس إبرام عقد زواج ابنته سيؤدي بالضرورة إلى البطلان أو فساد العقد أو أن هذا الولي غير معتبر قانوناً أو أنه إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار؟ وما فضل حضوره من هذا المنطلق يتبين لنا أن المرأة الراشدة بإمكانها إبرام عقد زواجها بنفسها ولها كامل الحرية في اختيار أي ولي.

فلقد ألغى المشرع الجزائري ولاية الإجماع من نص المادة 12 قانون الأسرة الجزائري والتي كانت تنص على ما يلي: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصح لها، فإذا وقع المنع مصلحة للبت¹ وهذا يعني أن في قانون الأسرة الجديد بين فيه المشرع الجزائري أنه يجوز للمرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكراً أو ثيباً أن تعقد زواجها بنفسها بمعوية وليها ولها كامل الحرية في الاختيار، ويتولى زواج القصر أوليائهم الأب فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له وما يلاحظ في هذا التعديل:

1 - أن المشرع الجزائري أعطى المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكراً أو ثيباً حق عقد الزواج أي زواجها بنفسها وبحضور وليها.

2 - أن المشرع أعطى المرأة حق اختيار الولي الذي تريد أن يحضر معها عقد زواجها، أي لها الحرية في اختيار الولي سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو شخص آخر.

3 - أن المشرع قد ألغى حالة العضل بإعطائه المرأة حق الحرية في اختيار الولي التي تريده، وبالتالي فالعضل غير متصور في أمر المرأة الراشدة وإنما يتصور في غير الراشد.

4 - أن المشرع لم يكن بحاجة إلى الكلام عن عضل الولي ومنعه، بل صار الولي الشرعي هو المعضول بمنعه من ممارسة حقه الشرعي في الولاية² ، وبهذا يتخذ المشرع الجزائري موقفاً انفراداً للمرأة البالغة الراشدة التي تبلغ السن القانوني لأهلية الزواج عقد زواجها بنفسها، وبهذا لم يبقى في قانون الأسرة في وقتنا هذا أي مادة تعالج مشكلة عضل الولي.

¹ إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في إبرام عقد الزواج - دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 10، العدد 03، ص 123. 124.

² عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2013، ص 132.

الخاتمة

الخاتمة

يعتبر الزواج أغلظ الموثيق، لأنه يتعلق بذات الإنسان ونسبه وشرط هذا العقد رضا المتعاقدين كسائر العقود الصحيحة، ولما كانت الأسرة هي نواة المجتمع، تتكون في أولى مراحلها من زوجين، والزواج هو الخطوة الأولى في بناء الأسرة، ونجاحه أو فشله مرهون بمدى توفر التراضي بين طرفيه، فكلما كان بيت الزوجية مبنيًا على التراضي كلما كان هذا البيت متماسكًا من داخله، حصينا في ذاته، وعليه وجب القول أنه يلزم لتأمين الزواج الذي يرجى من ورائه التأسيس لبيت سعيد، أن يكون في منأى عن كل ضغط أو إكراه.

نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج بشكل كامل ومتكامل، وفصلت في أحكامه، فهي كما أعطت القوامة للرجال على النساء، إلا أنها لم تسلب للمرأة حقها في إنشاء عقد الزواج، فهي تشترط رضا الخاطب والمخطوبة، فلا بد أن يكون رضا كل واحد منهما سليم ولم يؤثر فيه أي قيد أو ضغط، فمتى صارت الفتاة امرأة بالغة عاقلة حينها يشترط رضاها الكامل لانعقاد الزواج بشكل صحيح وسليم، فإذا كانت تلك المرأة ثيب فلا بد من النطق برضاها صراحة، أما إذا كانت بكرًا فيكتفي منها بالصمت، فإذا كان الفقهاء اتفقوا على أن الثيب لا يجوز إجبارها على الزواج، وعلبالعكس من ذلك فيما يتعلق بالمرأة البكر التي اختلفوا بشأن جواز أو عدم جواز إجبارها.

لكن ما مصير الزواج الذي تبرمه المرأة وهي مجبرة ومرغمة عليه؟ لا شك أن هذا الزواج لن يحقق المقاصد الشرعية التي يهدف ويصبوا إليها، وفي مقدمتها بناء أسرة أساسها المودة والرحمة لتحقيق العشرة الطيبة بالمعروف، فإكراه المرأة على معاشرة زوج تبغضه وتنفر منه هو ضرر لن ينتج عنه إلا الخصام والشقاق الذي سيفكك هذه الأسرة تفكيكًا، لأنها قد تكونت منذ يومها الأول على أساس خاطئ، وهو إكراه المرأة على الزواج بشخص أقل ما يمكن القول عنه أنه من أغرب وأبغض الناس إلى قلبها.

إذا كان الإكراه مفاده أن الولي يتصرف في حق ابنته وكأنه هو الذي سيقدم على الزواج، فلا يكون هناك أي رضا من المرأة الراشدة فتكون بذلك حبيسة أحزانها. فإن العضل لا يقل شأن عن ذلك، فيكون هناك رضا من الخاطب والمخطوبة ويكون الواحد كفاء لآخر إلا أن الولي يقوم بتجاهل هذا الرضا الصادر من ابنته، فلا يقيم له وزنا ولا يعيره أية أهمية رغم أن الزواج يقوم على المشاعر القلبية وعلى العواطف النبيلة، لكن ومن حسن الحظ أن الإسلام حرم هذا وجعل الولاية تنتقل عند عضل الولي إلى القاضي وهو ولي من لا ولي له.

وأما المشرع الجزائري فقد ترك فراغًا تشريعيًا في أكثر من مسألة منها،

أنه عالج مسألة إجبار المرأة القاصرة، ونص بشكل صريح بعدم جواز إجبارها سواء كان الإكراه من الولي الذي هو الأب عادة أو من غيره، بل أكثر من ذلك فلا يجوز للولي أن يزوجه إلا بموافقتها، فيشترط أن تكون الفتاة القاصرة التي لم تبلغ بعد سن الرشد، قد رضيت بإبرام عقد الزواج. والسؤال المطروح هل الفتاة القاصرة تصل إلى درجة التمييز بين الخاطب الكفاء عن غيره كي يشترط موافقتها على الزواج، فحين المرأة الراشدة لم يرد أي

خاتمة

نص صريح يمنع على الولي أن يمارس ولاية الإيجار على ابنته الراشدة سواء كانت بكرا أو ثيبا.

وقد تجاهل المشرع الجزائري مسألة العضل، فكم من فتاة راشدة قد منعها وليها من الزواج بمن رضيت وتعلق قلبها به بالرغم من أنه خاطب كفى لها. وقد كانت المادة 12 من قانون الأسرة تنص على العضل، ثم تم إلغاؤها في التعديل الذي حصل بموجب القانون 05 – 10، فكانت تنص على أن الولي لا يجوز له أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه كان أصلح لها. وغذا وقع المنع فالقاضي يتولى زواجها.

وبناء على ما سبق نقترح ما يلي :

1 - تعديل قانون الأسرة الجزائري، خاصة المادة 11 التي فتحت المجال للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بحضور وليها الذي يمكن أن يكون أي شخصا تختاره، فلا بد من النظر إلى مصلحة الراشدة، أي لا بد من النص أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقربائها إن لم يكن الأب حاضرا لأي سبب.

2 -وضع مادة تنص صراحة بعدم جواز الإيجار، وبأن تنتقل الولاية عن الولي في حاله عضله، إلى القاضي.

3 - تخصيص مواد في قانون الإجراءات المدنية تتلاءم مع الوضع الأسري الذي يعيشه المجتمع، كأن يكون للمرأة الراشدة الحق في المطالبة برفع ولاية الإيجار عنها، ومحاولة إيجاد الحل المناسب بشكل ودي كأن يكون هناك مجلس العائلة لمعالجة هذا الإشكال، وفي حالة عدم جدوى ذلك يتم اللجوء إلى القضاء، وفي جلسات مغلقة محافظة على أسرار الحياة الخاصة للناس.

تم بحمد الله

قائمة المراجع
و المصادر

قائمة المراجع:

- (1) ابن تيمية أحمد، مجموع الفتاوى، الجزء السادس عشر، مكتبة العبيكان، الرياض (د.ت.ن).
- (2) ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، ج1.
- (3) ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ط1، ج6.
- (4) أخرجه الإمام أحمد في كتاب مسند الشاميين، باب حديث ابن عميرة، نقلا عن: قاضي سعيد، طبعة 2، ج29.
- (5) بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج 1.
- (6) بن إبراهيم زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، دار الكتاب الإسلامي، (دتن).
- (7) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مكتبة العبيكان، الرياض، (دتن)، الجزء الثاني والثلاثون.
- (8) بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
- (9) تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ط1.
- (10) حمد عبود، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسات قانونية الجزائر العدد 10، فيفري 2011، د بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ، ج 1.
- (11) د/ جبر محمود الفضيل، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر قسنطينة، د/جمال الضمراني، الوالية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- (12) د/زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام الأسرة، مؤسسة دار الرسالة، 2005، الجزء 1، الطبعة 0.

قائمة المصادر و المراجع

- 13) الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عدة، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، المكتب الإسلامي (دين)، (دتن).
- 14) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، 1985
- 15) السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلام، دمشق، سوريا، 2001، ج1، ط9.
- 16) السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، دار الفكر (دين)، (د ت ن)، الجزء 30.
- 17) السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه المغربي توافق الإرادتين في مجلس العقد.
- 18) عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2013.
- 19) العسقلاني أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع.
- 20) علي الصعيدي، حاشية العدوي، دار الفكر، (د.ب.ن)، (د.ت.ن)، الجزء الثاني
- 21) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، الجزائر، 1986.
- 22) الفيروز آبادي و محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الكتاب الحديث، بيروت، 2004، ط1.
- 23) الكاساني أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، دون تاريخ النشر.
- 24) لباجيسليمان بن خلق، المنتقى شرح الموطأ، 1322 هجري، الجزء الثالث، دار السعادة.

قائمة المصادر:

- 1) ابن الفارس، معجم مقاييس اللغة، ج 4،
- 2) البخاري، كتاب النكاح.
- 3) الرازي مختار، الصحاح.
- 1) سمارة محمد، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة لنشر والتوزيع الأردن 2008.

قائمة المصادر و المراجع

- (2) عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميعة، الأنكحة الفاسدة (دراسة فقهية مقارنة)، المكتبة الدولية، الرياض، السعودية، 1403هـ، 1983م، ط1.
- (4) الفقيه عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 2005.
- (5) لكحل فريدة : الشارع تحت الصدمة، جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي، جريدة الشروق، العدد 2992، اليوم 2010/07/12، تاريخ الاطلاع 11 جوان 2021.

قائمة المذكرات و الرسائل:

- (1) بنسونة اسماء، دراسة التعديلات الواردة في قانون الأسرة في مجال الزواج واثاره، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019/2018.
- (2) عطروش عبد الحكيم محسن، حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، مجلة الفقه و القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2009.
- (3) رواق فتيحة، تميز أركان عقد الزواج عن شروط من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام، رسالة ماجستير نوقشت في معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1985.
- (4) سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائرية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2011/2010.
- (5) شنوف شهر زاد، الحماية القانونية لإرادة المرأة في عقد الزواج في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجلفة زيان عاشور، 2014 2015، الصفحة 13
- (6) عمران عبدالرزاق، اثر الإكراه في إحكام الزواج وانحلاله في الفقه الإسلام والقانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018.
- (7) العبد ابراهيمي، التعسف في استعمال لحق الولاية بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ولاية الزواج والقصر نموذجا، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، قسم العلوم الاسلامية، 2010 2009.

قائمة المجلات:

- (1) إيمان الزهرة حميدي، دور الولي في ابرام عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 10، العدد 03.

قائمة المصادر و المراجع

- (2) قنديل، محمد حسين، "ولاية الإيجار في عقد الزواج"، مجلة كلية الشريعة والقانون للبحوث الفقهية والقانونية والاقتصادية، جامعة الأزهر، العدد1987.
- (3) محفوظ بن صغير، ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، العدد الثامن.
- (4) محمد بوديونو، ظاهرة العضل في النكاح، الحكمة،2018، مج 08، العدد 01،محمد صبري السعدي النظرية العامة للالتزامات في ق م ج ج ارقم 175،مقال،التراضي في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي.
- (5) المرادوي، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل، تهامة، جدة.

قائمة القوانين و الأحكام:

- (1) قانون رقم 11 84، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، جرجرة، عدد 24 الصادر ب تاريخ 12 جوان1984.
- (2) قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 10/99.

قائمة المواقع الإلكترونية:

- (1) تدوينة،الموسوعة الفقهية الكويتية، www.islamimport.com،تم الاطلاع2021/06/7على الساعة الخامسة مساء.
- (2) علم الحديث النبوي، [facebook.com](https://www.facebook.com)،تم الاطلاع عليه في 8 جوان.

قائمة المختصرات

المختصر	الترجمة
ق أ	قانون الأسرة
د ب ن	دون بلد النشر
د ت ن	دون تاريخ النشر
ج	جزء
ط	طبعة
ص	صفحة

فہرس

الصفحة	فهرس المحتويات
	شكر و عرفان
	اهداء
7	مقدمة
33-10	الفصل الأول: المركز القانوني لإرادة المرأة في عقد الزواج
11	المبحث الأول : وجود رضا المرأة في عقد الزوا
11	المطلب الأول : مدى حرية المرأة في مباشرة عقد الزواج
12	الفرع الأول : رأي المذهب الحنفي
14	الفرع الثاني : رأي فقهاء المالكية
16	المطلب الثاني : التعبير عن رضا المرأة في عقد الزواج
17	الفرع الأول : الألفاظ الدالة على رضا المرأة في عقد الزواج
20	الفرع الثاني : طرق التعبير عن رضا المرأة في إبرام عقد الزواج
23	المبحث الثاني: الرضا في عقد الزواج مفهومه و عيوبه
24	المطلب الأول: مفهوم الرضا
24	الفرع الأول: تعريف الرضا
27	فرع الثاني : ما ينعقد به الرضا في العقود
27	المطلب الثاني : عيوب الرضا
28	الفرع الأول : الغلط
29	الفرع الثاني : التدليس
30	الفرع الثالث : الإكراه
49-34	الفصل الثاني : الإيجاب والعضل من طرف الولي في عقد الزواج
35	المبحث الأول : ولاية الإيجاب في عقد الزواج
35	المطلب الأول : مفهوم الإيجاب
35	الفرع الأول : تعريف الإيجاب لغة
36	الفرع الثاني : تعريف الإيجاب اصطلاحا
37	المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من الإيجاب على الزواج
37	الفرع الأول : موقف الشريعة الإسلامية من الإيجاب على الزواج
43	الفرع الثاني : موقف قانون الأسرة من إيجاب المرأة على الزواج
45	المبحث الثاني: ولاية العضل في عقد الزواج
46	المطلب الأول : مفهوم العضل
46	الفرع الأول: تعريف العضل في اللغة
47	الفرع الثاني: تعريف العضل في الاصطلاح
48	المطلب الثاني: أحكام العضل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة
48	الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من العضل
49	الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة من عضل الولي

53	الخاتمة
57	قائمة المصادر و المراجع
63	قائمة المختصرات

المخلص:

تضمن هذا البحث أحد الموضوعات المهمة المتعلقة بالواقع الاجتماعي، وهو التفاف عقود الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري تحدثت فة عن أهمية ركن الرضا ف الزواج وخصوصاته بناء على النص القانوني وبأن الفقهاء الواضح أي أنه جب مراعاته بشكل عام ف جمع العقود خاصة فماتعلق بصحة العقد بين الزوجين، وأكد فسحه وفقا لحكام قانون الأسرة الجزائري، حث تمت مراجعته وتشمل هذه المناصب الشرعة الإسلامية ومدارسها الأربعة، وكذلك مناصب المشرع الجزائري.

بحثت في الزواج من أهم التصرفات التي تقوم بها الإنسان ف حياته، و لهذا كانت حاجة العالقة الزوجية للعقد ملحة و ضرورية من أجل ضمان سلامة الأسرة و بناءها عن طريق الإرادة الحرة، فال عقد الزواج إال بوجود طرفين و هما الزوج و الزوجة على أن تنطبق إرادة كل منهما مع الأخر، و نظرا لأهمية التكتسب الرضا ف عقد الزواج لذا نص قانون الأسرة الجزائري على التراض ف عقد الزواج إال أن رضا المرأة ف الزواج ف قانون الأسرة، تحكمه ضوابط تجعل رضا المرأة حر و غير كامل من منظور التفافات الدولية.

الكلمات المفتاحية: الزواج، المرأة، عقد الزواج، الرضا، قانون الأسرة.

Abstract :

This research included one of the important issues relating to social reality, namely, the agreement on marriage contracts between Islamic jurisprudence and Algerian family law, in which she spoke of the importance of the element of consent and privacy in marriage based on the legal text and the clear statement of scholars that it must be taken into account in all contracts, in particular with regard to the validity of the contract between spouses.

Marriage is considered to be one of the most important acts performed by a person in his life .therefore, the need for a marital relationship is urgent and necessary in order to ensure the integrity of the family and its construction through free will. marriage is only concluded in the presence of two parties, namely the husband and wife, provided that their will applies to each other. given the importance of consent in the marriage contract, Algerian family law provides for consent in the marriage contract. however, the consent of a woman in marriage in family law is governed by controls that make the consent of a woman not free and incomplete from the perspective of international conventions.

Keywords: marriage, woman, marriage contract , consent, family law.