

رُكن الرضا في مرحلة إنعقاد الزواج

بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين

والنقص التشريعي - البدائل والمقترحات -

بريـاح زكرياء

طالب دكتوراه تخصص " القانون الخاص "

عضو بالمخبر المتوسطي للدراسات القانونية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

البريد الإلكتروني : zaki13ra@gmail.com

المُلخَص :

يُعدُّ عقد الزواج من بين أبرز وأهم العقود التي تستوجب توافر مبدأ الرضائية، بل والأكثر من ذلك فإن هذا النوع من العقود لا يَفُوم في غياب ركن الرضا الذي إتخذ منه المشرع الجزائري في نُصوص قانون الأسرة ركيزة قيام الأسرة وإنعقاد الزواج، ومن هنا يبرز تأكيد وسعي المشرع نحو تعزيز مكانة المرأة من خلال إرساء مبدأ المساواة بين الزوجين ضمن أهم ركن لإنعقاد الزواج - الرضا - ويتجلى ذلك من خلال توسيع مجال حرية المرأة في إختيار زوجها والرضا بعقد الزواج، وقد عمل المشرع على هذا الموضوع مُتأثراً بالإتفاقيات الدولية الناشئة في هذا المجال، ومُحاولاً في ذات الوقت الحفاظ على الموروث الحضاري للمجتمع الجزائري، لكن بالرغم من إهتمام المشرع بتنظيم ركن الرضا في عقد الزواج، إلا أنه وقع في بعض الثغرات التي إعتزت هذه النصوص لاسيما فيما تعلق بطرق وصحة التعبير عن الإرادة .

الكلمات المفتاحية : عقد، زواج، رضا، إتفاقيات، موروث حضاري، مساواة، زوجين، حرية ، إختيار .

Résumé :

Le principe de consentement est préconisé dans le contrat de mariage plus qu'il l'est dans les autres contrats existants. En plus, ce type de contrat ne peut en aucun cas être réalisé que si cette

condition soit remplisse, et ce, conformément aux textes du législateur algérien concernant le code de famille, ce dernier en fait un principe primordial pour fonder un foyer. D'où ça ressort très clairement que le législateur donne et garantie le rôle important de la femme du moment qu'il y ait le principe de l'égalité entre les époux pour le contrat de mariage, et surtout le consentement.

On constate cela aussi dans la liberté élargie de la femme en termes de faire ses choix, que ce soit, le choix du mari ou bien le consentement pour le contrat de mariage. Le travail du législateur à ce propos est tiré et inspiré des conventions internationales créées à cet effet, tout en essayant de préserver le patrimoine et l'héritage de civilisation de la société algérienne, malgré l'intérêt apporté au principe de consentement au mariage par le législateur, on pourrait en soulever certaines failles relatives aux méthodes d'expression du consentement et sa justesse.

Mots clés : Contrat, mariage, consentement, conventions, héritage de civilisation, égalité, époux, liberté, choix.

Abstract :

The principle of consent is advocated in the marriage contract more than it is in other existing contracts. In addition, this type of contract can in no case be achieved if this condition is fulfilled, and this, in accordance the texts of the Algerian legislator concerning the family code, the latter makes it a primary principle to found a home. Hence it is very clear that the legislator gives and guarantees the important role of the woman as long as there is the principle of equality between the spouses for the marriage contract, and especially the consent.

This is also seen in the widened freedom of the woman in terms of making choices, be it the choice of the husband or the consent for the marriage contract. The work of the legislator on this subject is drawn and inspired by the international conventions created for this purpose, while trying to preserve the heritage and the heritage of civilization of the Algerian society, in spite of the interest brought to the principle of consent to marriage by the legislator, there may be some flaws in the methods of expressing consent and its accuracy.

Keywords : Contract, marriage, consent, conventions, inheritance of civilization, equality, spouse, freedom, choice.

مقدمة :

يعتبر الزواج بوابة العلاقات الأسرية ونقطة بدايتها وذلك ما رمت إليه سنن الله الكونية، فالزواج هو الارتباط الوحيد المشروع بين الرجل والمرأة والطريق الوحيد للتناسل والحفاظ على الجنس البشري، فضلا عن كونه باب التواصل، وسبب الألفة والمحبة والمعونة والعفة والفضيلة ومحصناً يقي الإنسان من الانحراف والإضطراب النفسي والعاطفي¹، فللزواج إذن قيمة كبرى في حياة الإنسان وفي وجود الأسرة، ولأن الزواج بهذه الأهمية فلم يترك الشارع الحكيم أسسه بغير تنظيم وإنما نصت الآيات القرآنية على أحكام إنشائه وإنقضائه بصورة تكاد تكون تامة، فالشريعة الإسلامية هي أصل أحكام الأسرة عند المسلمين منها تؤخذ القواعد وتستنبط الأحكام²، وبذلك قد وضع الإسلام وأرسى نظاماً مُحكماً للزواج قائم على أقوى المبادئ والقيم التي من شأنها تحقيق الاستقرار الأسري وانتشار الفضيلة في المجتمع، فأضفى عليه قدسية تجعله فريداً بين سائر العقود، وذلك نظراً لآثار الخطيرة التي يربتها ليس على طرفيه المتعاقدين فقط، بل تمتد وتتعدى لتصل إلى الأسرة والمجتمع³.

يُعد عقد الزواج حقاً للمرأة كما للرجل فهما يشتركان في هذا الحق على حد سواء، بل وأن الفقه الإسلامي جعل من أركان الزواج الرجل والمرأة - العاقدان - بحيث لا يمكن لهذا العقد أن يقوم بغير رضا طرفيه⁴، ولكي يقوم هذا العقد بالغ الأهمية ويساهم في استقرار الأسر والمجتمعات فإنه كان لازماً على أن يقوم على أسس

سلمية بين طرفيه، إذ يعد الرضا أبرزها وأهمها نظراً للدور البالغ الذي يلعبه - عقد الزواج - في نشوء الأسرة واستقرارها وديمومتها.

وقد تبنى المشرع الجزائري أحكام الرضا في ظل أحكام قانون الأسرة المستمدة كلها من الشريعة الإسلامية، لكن في ذات السياق فقد تأثر في صياغته لتلك النصوص بالمبادئ المستوردة من الإتفاقيات الدولية التي تهتم بالقضايا الأسرية وبقضايا المرأة، وتعد مسألة الرضا من أبرز إهتماماتها فقد أولتها عناية خاصة، ومن هذا المنطلق تبرز أمانا الإشكالية الأساسية التي تتور في هذا الشأن والتي سعيها إلى محاولة الإجابة من خلال هذه الدراسة وتتمحور أساساً حول بيان ما مدى تأثير المشرع الجزائري بمبدأ المساواة من خلال أحكام الرضا؟ وما هي أبرز النقائص التشريعية المسجلة في تنظيم المشرع الجزائري لركن الرضا وعيوبه في مجال انعقاد الزواج؟ وما هي البدائل والمقترحات لسد الفراغ التشريعي المسجل في هذا المجال؟

وبهدف الإجابة على الإشكاليات المعروضة أمانا وللوصول للنتائج العملية المتوخاة من هذه الدراسة إتبعنا الخطة التالية والمكونة من مبحثين :

- تناولنا في المبحث الأول مظاهر تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين من خلال أحكام ركن الرضا في عقد الزواج.

- في حين تعرضنا في إطار المبحث الثاني للثغرات التشريعية التي تعترى أحكام ركن الرضا وعيوب الإرادة في عقد الزواج.

المبحث الأول

تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين من خلال أحكام ركن الرضا في عقد الزواج

من خلال هذا المبحث سيتم الوقوف على مدى سعي المشرع الجزائري نحو تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين ضمن أحكام ركن الرضا في عقد الزواج، ولا يتم ذلك إلا بالتصدي بالدراسة لأمرين :

- تحليل التأثيرات التي ساهمت في دفع الإرادة التشريعية نحو تعديل مفهوم عقد الزواج ضمن نصوص قانون الأسرة بعد تعديله سنة 2005، والوقوف على مدى تلاءم تعريف المشرع لعقد الزواج مع الفقه الإسلامي وكذا الإتفاقيات الدولية (المطلب الأول)

- الوقوف على مدى حرية المرأة في إختيار الزوج ورضاها بعقد الزواج، وحول ما إذا كانت هذه الحرية مطلقة أو محدودة بضوابط، وذلك على ضوء أحكام الفقه الإسلامي والفكر المستورد من الإتفاقيات الدولية (المطلب الثاني)

المطلب الأول

مفهوم عقد الزواج في قانون الأسرة بين الفقه الإسلامي والإتفاقيات الدولية

إن عقد الزواج⁵ رباط وميثاق غليظ بين الرجل والمرأة، يهدف إلى إقامة حياة زوجية مشتركة، ولما كان كانت هذه العلاقة مبنية على المودة والرحمة⁶ مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾⁷ فكان وجوباً ولزماً أن يتم هذا العقد * ويقوم على الرضا الكامل بين الزوجين وعلى قدم من المساواة*، وقد عَرَفَ فقهاء الشريعة الإسلامية الزواج بأنه " عقد رضائي بين

رجل وامرأة يُفيد حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المشروع، وهو مُلزم لطرفيه، ومن خصائصه الدوام والتأبيد"، في حين عرفه المالكية بأنه " عقدٌ لحل تمتع بأنثى، خالية من مانع شرعي، بصيغةٍ، لقادرٍ"⁸، وعرفه الأحناف بأنه " عقد يرد على تملك المتعة قصداً"⁹، في حين عرفه الشافعية بأنه " عقد يتضمن إباحة الوطء، بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته"¹⁰، وعرفه الحنابلة بأنه " عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح وتزويج في الجملة والمقصود عليه منفعة الإستمتاع"¹¹، ومن الفقه المعاصر يذهب إلى تعريفه الأمام أبو زهرة " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات"¹²، وقد تُنتقد التعاريف الفقهية القديمة من قبل التيار الحداثي الغربي لدرجة أن هناك من يستهجن هذه التعاريف بداعي الدفاع عن مكانة المرأة، وباعتبار أن المرأة أصبحت طرفاً في العقد لا تختلف مكانتها عن مكانة الزوج إطلاقاً، لا محلاً له¹³.

وبالرجوع لنص المادة 04 ق.أس بعد تعديل 2005¹⁴ نجدها عرفت عقد الزواج بما يلي " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹⁵، فمن خلال نص المادة المعدل فقد أضاف المشرع الجزائري مصطلح " رضائي " فيتجلى صراحة سعي المشرع نحو تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين والزوجين¹⁶، وهو تجسيد لمبدأ دستوري منصوص عليه في أحكام المادة 32 من التعديل الدستوري¹⁷ لسنة 2016 جاء فيها " كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يُتدرّع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس...." ومن هنا فالتعديل الجديد لتعريف الزواج جعل منه عقداً رضائياً يتطلب حرية الإرادة والرضا المرتبطين في الزمان والمكان¹⁸، وقد أكد المشرع على رضائية عقد الزواج في المادة 09 ق.أس¹⁹ التي جاء فيها " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وقد مس هذه المادة تعديل بموجب الأمر 05-02، حيث جعلت من الرضا الركن* الوحيد لعقد الزواج ويبطل الزواج في حال إنعدامه وهو ما أشارت إليه المادة 33 فقرة 01 ق.أس²⁰، وقد أكدت قرارات المحكمة العليا على ما سعت نصوص ق.أس إلى تكريسه وتجسيده على أرض الواقع، حيث جاء في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 12 مارس 2008 مايلى " إن عقد الزواج مبني أساساً على الرضا وهو ركن من أركانه، وأن المادة 04 تعرف الزواج بأنه عقد رضائي..... وأنه بناءً على ذلك فإنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدخول بها رغم مُعارضتها له أو عدم رضاها به"²¹، ومن هنا يُستشف صراحةً سعي المشرع لتكريس مبدأ الرضائية وتجسيده ضمن مفهوم عقد الزواج مما ينتج عنه بالضرورة تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين أثناء إبرام عقد الزواج، لكن وفي المقابل فإن المصدر المادي لأحكام قانون الأسرة مُستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والتي سعت إلى تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين وفقاً لخصوصية كل جنس وطبيعته الخلقية سواءً جسدياً أو نفسياً، ويتجلى هذا من قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾²²، وقد ذهب المشرع في تأكيد لركنية الرضا وحده في عقد الزواج إلى ما قال به الأحناف، حيث يرى هؤلاء أن الصيغة هي الركن الوحيد لعقد الزواج وذلك خلافاً لما يراه الجمهور²³، ومن هنا يتبين أن إصرار المشرع على تأكيد رضائية عقد الزواج دليل واضح على أخذه بمبدأ المساواة بين الزوجين فيما تعلق بهذا الركن ليس إستجابة للفقه الإسلامي وحده بل تأثراً منه بالإتفاقيات²⁴ والمواثيق الدولية التي صادق

عليه* لاسيما وعلى وجه الخصوص إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة²⁵ - سيداو CEDAW - التي جاء في المادة 16 منها مايلي " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة : أ- نفس الحق في الزواج ²⁶، ولعل ما يزيد من تأكيد تبني المشرع لهذا التوجه والمنحى التشريعي في صياغة نصوص قانون الأسرة التقرير الدوري المقدم من طرف الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والذي جاء فيه " أصبح الزواج يعتبر في قانون الأسرة عقداً توافقياً يتطلب موافقة زوجي المستقبل وتعتبر الموافقة عنصراً مؤسساً للزواج، وفي حالة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين معاً يكون الزواج عرضةً للإلغاء وبإمكان أي شخص معني، بما في ذلك الطرفان، أن يطلب إبطاله أمام العدالة"²⁷، وتأثر الجزائر بمبدأ المساواة نابع كذلك من تبنيها لميثاق منظمة الأمم المتحدة المعتمد في 26 جوان 1945 بسان فرانسيسكو حيث جاء في ديباجته ما يلي "... وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء.... من حقوق متساوية"، ومن هنا يظهر بجلاء ووضوح كبيرين تأكيد الهيئة للدول الأطراف على تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في شتى الميادين²⁸، كما تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²⁹ في مادته الثانية دعوة لتكريس المساواة بين الجنسين جاءت على النحو التالي " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات....دون أي تمييز، كالتمييز...أو الجنس.... دون أية تفرقة بين الرجال والنساء"، وفي ذات الشأن تنص المادة 16 منه على أنه " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه"³⁰، ولم يكن العهدان الدوليان³¹ بمنأى عن الدعوة الصريحة للدول الأطراف في تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في شتى المجالات لاسيما ما تعلق بقضايا الأسرة وذلك في العديد من النصوص المضمنة فيهما، ونظراً لأهمية الشؤون الأسرية والقضايا المرتبطة بها فقد خصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الرضا في عقد الزواج بإتفاقية خاصة سميت بإتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج*، حيث جاء في المادة الأولى منها " لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاء كاملاً لا إكراه فيه" ومن هنا يبرز تأثير المشرع في تعريفه لعقد الزواج بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بالتيار الغربي الرامي لتحديث نصوص قانون الأسرة، والداعي لتكريس مبادئ المساواة النصفية بين الرجل والمرأة على قدم واحد من التماثل، وبذلك تعتبر الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة التي صادقت عليها الجزائر من بين أهم الأسباب الرئيسة التي دفعت بإرادة المشرع الجزائري نحو ضرورة مساندة بُنود هذه الإتفاقيات، ومن ذلك وجوب تماشي النصوص القانونية الداخلية مع المبادئ التي تضمنتها هذه الإتفاقيات، يُضاف إلى ذلك التقارير المتعلقة بترقية حقوق الإنسان ووضعية المرأة الجزائرية في مجال الحقوق والحريات مقارنة بالرجل، والتي غالباً ما كانت تشير إلى تدني وضعية حقوق المرأة أو تدعو إلى منحها إهتماماً أكبر خاصةً من خلال تنظيم عقود الزواج تنظيمياً يقوم على المبادئ التالية : العدالة، والمساواة والحرية³²، وهذا ما يتوافق حتماً رؤى الأستاذ تشوار جيلالي بقوله في أحد مقالاته " غير أنه قد بدت بوادر تدل على تليفقٍ قبيح بين المفهوم الإسلامي للأسرة والمفهوم الغربي في قانوننا للأسرة من ذلك تركيزه على رضا الزوجين دون غيره لإنشاء عقد الزواج وهذا ما ركزت عليه المادة

09 ق.أس المعدلة ومع العلم فإن هذه الخطوة التي خطاها المشرع هي إخضاع أحكام الزواج لإتجاهات غريبة عن الفقه الإسلامي ومراعاة الظروف والتطورات الجديدة الحادثة بعامل التأثير والتقليد الأجنبي، فما هي إلا تعبير عن الانحراف³³.

المطلب الثاني

مدى حرية المرأة في اختيار زوجها والرضا بعقد الزواج

إن الملاحظ على كل المواثيق الدولية المهيمنة بحقوق الإنسان أنها أشارت في مجملها إلى حق المرأة في الزواج بشكل متساوٍ مع الرجل³⁴، فقد إهتم المجتمع الدولي من خلال الإتفاقيات الصادرة عنه برضا المرأة في الزواج وحققها في إختيار الزوج بكل حرية، ووصل حد الإهتمام لدرجة خلق إتفاقية دولية خاصة بالرضا في عقد الزواج³⁵، وجاء في المادة الأولى من هذه الإتفاقية ما يلي " لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاءً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعرايهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة ..."، ولو نظرنا إلى كل الإتفاقيات الدولية سالفة الذكر والتي صادقت عليها الجزائر لوجدنا أنها ركزت بشدة على توسيع حرية المرأة في إختيار الزوج والرضا بعقد الزواج، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري ضمن نصوص المواد 04 و 09 و 10 و 33 ق.أس، وبالنظر لمدى حرية المرأة في إختيار زوجها فإن الإتفاقيات الدولية لا تضح حدوداً لهذا الحق الممنوح للمرأة في إختيار الزوج لدرجة تجاهل معتقد الشخص وديانته وعرقه، فهي لا تعترف بوجود أي قيد مهما كان، وبذلك فحق المرأة في الإختيار بالمفهوم الغربي اللاتكي مطلق، وبالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري فإنها تتبنى مبدأ حق المرأة في إختيار زوجها عند الإقبال على الزواج، ولم يضع شروطاً لذلك كما أنه لم يميز في مجال الرضا بين الرجل والمرأة، لكن بتتبع نصوص هذا القانون نجده يضع بعض الإجراءات التي من شأنها تشكيل قيد للمرأة في الخيار بوجهة نظر الإتفاقيات الدولية، في حين تشكل حماية وإمتيازاً للمرأة من الوقوع في خيار سيء أو غير موفق بمنظور الشريعة الإسلامية، ومن ذلك وجوب حضور الولي ومنع زواج المسلمة من غير المسلم، فالشريعة الإسلامية منحت للمرأة البالغة حق إختيار زوجها شأنها شأن الرجل وبدون أي تمييز وبكل حرية³⁶، وكذلك لقد دعا الإسلام إلى تمكين المرأة في حقها في إختيار الزوج أو عرض نفسها عليه، فمن شروط عقد الزواج أن تكون المرأة حرة وأن توافق بكامل إرادتها دون إكراه³⁷، إذ يقول تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاحَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾³⁸، وعقد الزواج لا يتم صحيحاً إلا إذا ثبت بوضوح بأن كلا من الرجل والمرأة أرادا حقيقة أن يربطاً مصيرهما بالزواج وأن كل واحد منهما هو راض على الزواج، وبالتالي فإن الرضا في عقد الزواج هو الذي يعبر في آن واحد عن إرادة كل من الزوجين، وعن إتفاق الإرادتين³⁹.

إن الخوض في البحث عن مركز المرأة في عقد الزواج يتطلب معرفة مدى توافر إرادتها ومراعاة حريتها كطرف متكافئ مع الرجل، فإذا نظرنا لعقد الزواج على أساس أنه عقد مدني فإنه يُصنّف بذلك ضمن العقود الرضائية القائمة على أساس مبدأ سلطان الإرادة، هذا الأخير يجب أن يتوفر لدى كلا المقبلين على الزواج ودون أن يشوبه أي عيب⁴⁰، كما لا يكون الرضا صحيحاً ما لم يكن صادراً عن ذي أهلية كاملة وهو ما نظمه المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 07 ق.أس⁴¹ التي ساوى فيها بين أهلية الزوجين وحددها ب 19 لكلا

الجنسين إمتثالاً منه للمبادئ التي نادى بها الإتفاقيات الدولية التي صادق عليها، ومن ذلك المادة 15/ 02-03 من إتفاقية سيداو على ما يلي " تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل وتكفل للمرأة بوجه خاص حقوقاً مُساويةً لحقوق الرجل في إبرام العقود/ تُوافق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر الصُكوك التي لها أثر قانوني يستهدف تقييد الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية "42، وقد خالف بذلك المشرع كل آراء الفقه الإسلامي بمختلف أقواله -أهلية الزواج في الفقه الإسلامي محددة بالبلوغ- لكن ما يهمني في هذا الصدد هو الحديث عن الرضا بالزواج بالنسبة للمرأة، فلا ينعقد الزواج بمجرد الطلب والرغبة فيه من جانب الزوج ودون إعتبار لإرادة المرأة التي لا يوجد أي تمييز بينها وبين الرجل، وهذه المبادئ مُستوحاة من الشريعة الإسلامية ومن نصوص القرآن الكريم، ولأ يحد الولي كركن أو شرط صحة على إختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في عقد الزواج نوعاً أو صورة من صور قصور المرأة، بل هو تعزيز لمكانتها بالمفهوم الواقعي بإعتباره الأعرف بأحوال الرجال وصلاحيهم ومدى الكفاءة الموفرة فيها بما يتناسب مع المرأة، وليس للولي شرعاً إجبار من في ولايته على الزواج⁴³، فالولي شرعاً هو الناطق بإسم المرأة مهمته الإفصاح عن إرادة الزوجة لمن يريد الزواج بها، وذلك حفاظاً وصوناً لكرامتها وشرفها وعفتها، فبعد رضاها الكامل والحر غير المشوب بأي إكراه تقوض وليها ليُقوم بإبرام العقد نيابة عنها⁴⁴، فرضا المرأة في عقد الزواج وتعبيرها عن ذلك هو تجسيد لحريتها وممارستها لمبدأ سلطان الإرادة، وكذلك من بين ضمانات حرية المرأة في عقد الزواج كذلك وضع الترخيص بالتعدد تحت سلطة القاضي، وإلزام الزوج بنص المادة 08 ق.أس بإخبار الزوجة السابقة واللاحقة، وهذا ضمان سابق لإرادة المرأة السابقة واللاحقة، في حين تضمن نص المادة 08 مكرر ق.أس ضماناً لاحقاً يتمثل في تمكين كل زوجة من حقها في ممارسة دعوى الطليق متى تبين قيام الزوج بأي تدليس في مجال التعدد .

ومن أبرز صور تمكين المرأة من الحرية المطلقة في مجال عقد الزواج والرضا به بشكل حر وكامل تكريس المشرع ضمن نص المادة 19 ق.أس لمبدأ الإشتراط في عقد الزواج بصفة مطلقة⁴⁵، ومن خلال نص المادة سعى المشرع لتقديم أمثلة عن الشروط التي تُعنى بها المرأة كثيراً بقوله " لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة" ومن هنا يتبين صراحة وكأن المشرع يُخاطب المرأة بهذه المادة أكثر من الرجل، وفي ذلك ضمان صريح لتكريس مبدأ رضا المرأة بعقد الزواج وحماية لها في إطار الحياة الزوجية القادمة من تعسف الزوج والإستفراد برأيه بعد الدخول بها، كما أن ذلك يشكل تطبيقاً صريحاً من المشرع الجزائري لمبدأ المساواة والقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في إبرام عقد الزواج وتعزيز لإرادتها الحرة والكاملة .

فإن التعديل الذي مس المادة 04 ق.أس التي أضحت تعرف عقد الزواج على أنه " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة " بعدما كان النص الأصلي يكتفي بالتنصيص على أنه " عقد يتم بين رجل وامرأة "، ذلك ما يؤكد كل التأكيد أنه لا بد من توافر رضا المرأة الصريح لإتمام عقد الزواج، بل أن التعديل قد مس المادة 09 ق.أس التي جعلت من رضا الزوجين الركن الوحيد في عقد الزواج، وبذونه يُعتبر الزواج باطلاً دخل بها أو لم يدخل، وبهذا يكون المشرع غير مُكتفٍ في وسائل تكوين الأسرة وبناء الحياة الزوجية على التعارف والإختيار السابقين، وإنما أوجب بعد ذلك تمام الرضا من المتعاقدين⁴⁶، لاسيما رضا الزوجة بعقد الزواج وحرية إختيارها للزوج، فلا

بد للزواج وهو عقد الحياة أن تتوفر فيه الإرادة الكاملة والرضا التام لكل من الزوجين، فلا إكراه لأحد على زواج من لا يحب ولا سلطة لولي على من في ولايته بإجبارها على الزواج، ولكن المشرع الجزائري مُتماشياً مع النهج الجديد في صياغة النصوص القانونية المخالفة لكل الأحكام التي جاءت بها المذاهب الفقهية الإسلامية، ركز على الإتجاه التعاقدي للزواج⁴⁷، فإن قراءة وتحليل النصوص المعدلة وتلك المُلغاة بموجب الأمر 02-05 يبين لا محالة القصد من ورائها الرامي إلى تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين بما يتلاءم وروح إتفاقية سيداو لاسيما المواد 2 و16 منها⁴⁸، ذلك أنه نظراً لأهمية ركن الرضا في إنعقاد الزواج خاصة بالنسبة للمرأة، فقد حددت إتفاقية سيداو واجبات الدول الأطراف فيما يخص القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في كافة المسائل المتعلقة بالزواج وإنعقاده، وذلك بأن تكفل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة الحق نفسه في إختيارها للزوج، وذلك برضاها وموافقتها الحرة⁴⁹، حيث تنص المادة 16 منها على ما يلي " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل والمرأة :

أ- نفس الحق في عقد الزواج،

ب - نفس الحق في حرية إختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الكامل⁵⁰، ويستشف من هذه المادة أنها إضافة لإشتراطها التساوي بين الخطيبين في الإختيار، فقد أكدت على وجوب أن يكون الرضا كاملاً - بمعنى أن تكون الزوجة راضية بكل تفاصيل هذا العقد بدءاً من إختيار الزوج وإلى غاية يوم الزواج - وحرراً - هو ألا تخضع المرأة لأية ضغوط أو تأثيرات مهما كان نوعها أو مصدرها، وذلك عند إفصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه - وما يزيد من تأكيد المشرع على تعزيزه لحرية المرأة في إبرام عقد الزواج والرضا به هو إلغاؤه لأحكام الوكالة، ولعل الغرض الذي سعى إليه المشرع من خلال هذا الإلغاء وضارباً عرض الحائط كل الآراء الفقهية التي تُجيز إبرام عقد الزواج بالوكالة هو تنويع عقد الزواج بالرضائية بين الزوجين ودون تدخل أي وسيط، مما يعني أن حُضور الزوجين يكون إجبارياً أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق ليُعرب الزوجان كلاهما أمام الموظف المختص عن مُوافقتهما بكل حرية.

بل والأكثر من ذلك أن المشرع قد نص على أن عقد الزواج يكون باطلاً سواءً قبل الدخول أو بعده إذا ما إختل ركن الرضا وذلك حسب المادة 33 فق 01 ق.أس المعدلة بموجب الأمر 02-05، وجاءت قرارات المحكمة العليا متوافقة مع النص إذ قررت في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 18 جويلية 2000 ما يلي " ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإن القبول يكون مُنعماً، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلاً للإبطال، ولما قضى قُضاة الإستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل وخالفوا بقضائهم القانون " وبذلك فإنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم، وإختيار ملؤه الحرية، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نصوص قانون الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية، والتي ما فتئت تؤكد على حقوق المرأة وعلى حقها أساساً في إختيار الزوج والرضا به مثلها مثل الرجل⁵¹، ويتجلى ذلك صراحة من قوله صلى الله عليه وسلم : " لا تُتَكَح الأيم حتى تُستأمر، ولا البكر حتى تُستأذن، فقالوا : يا رسول الله وكيف إذن؟ قال : أن تسكُت " ⁵².

المبحث الثاني

الثغرات التشريعية التي تعترى أحكام ركن الرضا وغيوب الإرادة في عقد الزواج

في إطار هذا المبحث سيتم الوقوف على أهم وأبرز الثغرات التشريعية في مجال طرق التعبير عن الإرادة وصحتها وسلامتها من أي عيب قد يشوبها فيُعدمها أو يُفسدُها، والتي غفل عنها المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 مع محاولة إقتراح بدائل ومقترحات على ضوء الفقه الإسلامي والقانون المقارن سعياً لسد النقص التشريعي لا سيما في مجال المسائل المرتبطة بالرضا بوصفه ركن عقد الزواج الوحيد، وبإعتباره مهماً في إستقرار عقد الزواج وتبعاً لذلك إستقرار الحياة الأسرة خاصة والاجتماعية عامة.

المطلب الأول

طرق التعبير عن الإرادة

لقد جاء التنصيص في المادة 09 ق.أس على أنه " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وتنتم لذلك نص في المادة 10 ق.أس⁵³ على أنه " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يُفيد معنى النكاح شرعاً، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يُفيد معنى النكاح لغةً أو عرفاً كالكتابة والإشارة " فالرضا شيء كامن في النفس لابد من طرق ووسائل للتعبير عنه حتى يُعتمد به قانوناً، فيجب على المقبلين على الزواج الإفصاح صراحةً عن إرادتهما فلا مجال للسكوت في عقد الزواج -لا يُنسب لساكت قولٌ إلا في حالة البكر التي لم يسبق لها الزواج- وعلى العموم فالتعبير عن الإرادة يتم إما باللفظ أو كتابةً أو عن طريق الإشارة بالنسبة للعاجز عن النطق⁵⁴، ومن خلال نص المادة 10 ق.أس نجد أن المشرع قد جعل الكلام -اللفظ- في المرتبة الأولى متى كان الشخص قادراً على ذلك فهو أوضح وسيلة للتعبير عما هو كامن بنفس الإنسان، كما أن عقد الزواج لا يصح بغير اللفظ مع القدرة عليه⁵⁵، وأما في حال عدم قدرته أو تعذر عليه الأمر يمكن له التعبير عن إرادته كتابةً أو بالإشارة، قد إستعمل المشرع لفظ **العاجز** فهل يقصد به الأخرس أو العجز المُعتبر كالعائب، وهنا كان يتوجب على المشرع توضيح مقصوده من هذه العبارة بدقة⁵⁶، ومن الملاحظ على نص المادة 10 ق.أس أنها قد ساوت بين الكتابة والإشارة كطريقتين للتعبير عن الإرادة على سبيل الإختيار، ويعاتب المشرع على هذا الموقف حيث أنه كان من المفترض أن يحذو حذو المشرع المغربي في صياغته للمادة 10 من مدونة الأسرة⁵⁷ إذ جاء فيها "...يصحُ الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتُب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين " فالمشرع المغربي كان دقيقاً في صياغته لهذا النص وأحسن في ترتيبه لطرق التعبير عن الإرادة في عقد الزواج وهو ما يتوافق مع آراء الفقه الإسلامي لاسيما فقهاء الشافعية وبعض الحنفية الذين يرون في اللجوء للإشارة في عقد الزواج من قبيل الضرورة، ذلك أن التعبير باللفظ أو كتابةً أقوى في الدلالة من الإشارة⁵⁸، كما أضاف المشرع المغربي وجوب فهم الشاهدين للكتابة أو الإشارة المستخدمة في التعبير عن الإرادة وذلك حرصاً منه على حماية إرادة الطرفين وسلامتها وقيام الشاهدين بالدور المنوط بهما شرعاً وقانوناً على أكمل وأحسن وجه.

ومن بين الإشكالات الفقهية والقانونية التي تطرح بشأن طرق التعبير عن الإرادة، هل يتوجب على الشخص المقبل على الزواج التعبير عن إرادته باللغة العربية ؟ بالرجوع للفقه الإسلامي الذي يمنح مكانة مهمة للصيغة

وحظوة كبيرة، فقد قيد فقهاء الشافعية التعبير عن الإرادة في الزواج بالألفاظ العربية، وذهبوا للقول ببطلان العقد إذا ماتم بغير العربية على القادرين عليها تلفظاً وفهماً ويعللون ذلك بالطابع التعبدي في الزواج⁵⁹، في حين ذهب المالكية إلى القول بأن اللفظ العربي ليس شرطاً في إبرام عقد الزواج وإنما يصح التلفظ بالصيغة بأي لغة كانت، ذلك أن العبرة في الشريعة الإسلامية قائمة على المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، ويصح عندهم الزواج بأي لفظ يفيد ويحقق معنى الزواج، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء حين إعتبروا أن عقد الزواج يُبرم بأي لغة كانت مادام المتعاقدان والشهود عالَمين بالمقصود، وما الصيغة إلا أداة للكشف عن الإرادة الكامنة التي هي أساس التعاقد⁶⁰. وبالرجوع لنص المادة 10 ق.أس نجد المشرع قد استعمل عبارة "...بكل لفظ يفيد معنى النكاح لغةً أو عرفاً..." وعليه فيمكن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج بأي لغة يعرفها المقبل عليه شريطة أن تكون معلومة لدى الطرف الآخر والشاهدين وكذا الموظف المؤهل قانوناً لإبرام عقد الزواج، وقد كان المشرع المغربي أكثر وضوحاً ودقةً في هذا الشأن إذ نصت المادة 30 من القانون المتعلق بخطة العدالة⁶¹ رقم 03/16 على أنه "يستعين العدول بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي من الشهود، يُستعان في حالة إنعدام الترجُمان بكل شخص يراه العدول أهلاً للقيام بهذه المهمة، يشترط في الترجُمان أو الشخص المستعان به ألا تكون له مصلحة في الشهادة، تُكتب الشهادة وجوباً باللغة العربية وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي إذا تعلق الأمر بغير لغة لغة الكتابة " ومن هنا يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد وفق في عدم اشتراطه لغة معينة وهو تيسير للزواج ورأي سديد يتماشى مع الواقع المعاش ويرفع الحرج على الأجانب في حال الرغبة بالزواج بالجزائر⁶²، لكن في نفس الوقت حبذا لو أن المشرع إستكمل النقص الحاصل في نص المادة 10 ق.أس بما جاء به المشرع المغربي في إطار نصوص مدونة الأسرة وذلك بما يتماشى مع الواقع المعاش نظراً لكثرة اللهجات في الجزائر، كما يتماشى مع رؤية الشريعة الإسلامية بما يخدم مصالح الأفراد ويجلب المصالح ويُيسر الحاجات، كما أنه من شأن ذلك تعزيز أحكام الشهادة في عقد الزواج، والتثبت من الرضا الكامل لأطراف الزواج لا سيما المرأة بما يخدم مبادئ العدالة والمساواة.

ومن بين الأمور التي تثار كذلك بشأن التعبير عن الإرادة هو مدى إمكانية اللجوء للوكالة في عقد الزواج، وعليه فهل يمكن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج بطريق الوكالة ؟ بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نرى أن المشرع كان يعترف بالوكالة في إبرام عقد الزواج بالنسبة للزوج بموجب المادة 20 الملغاة بعد تعديل القانون سنة 2005، وتعليقاً على هذا فكان على المشرع من باب المساواة تمكين كلا الزوجين من اللجوء للوكالة في إتمام عقد الزواج ولو بإلزام الأطراف بتقديم التسيبب أو التبرير الكافي كضرورة تقديم مبرر أو عذر بدل إلغائها كلية ومخالفة كل الآراء الفقهية التي تجيز إبرام عقد الزواج بالوكالة، وذلك بداعي تجسيد مبادئ المساواة المستوحاة من الإتفاقيات الدولية، فقد كان المشرع المغربي أحسن كذلك في هذا الشأن من خلال الحفاظ على أحكام الوكالة في عقد الزواج بموجب المادة 17 من مدونة الأسرة وإحاطتها بتنظيم محكم، كإشتراط وجود ظروف خاصة تحول دون قيام الموكل بإتمام إجراءات عقد الزواج بنفسه، وكذا إشتراط تحديد كل المعلومات اللازمة في وثيقة الوكالة من إسم الزوج ومواصفاته، وكذا كل المعلومات المتعلقة بهويته.... وذلك تجنباً لأي تدليس أو محاولة تغليب الطرف الآخر، وهنا دعوة أخرى للمشرع الجزائري في إعادة تبني أحكام الوكالة لما فيها من

تسهيل لأُمور المواطنين لكن مع إحاطتها بنصوص مضبوطة على الشاكلة التي إنتهجها المشرع المغربي، وهذه الدعوة مُبررة بأن إلغاء أحكام الوكالة مدعاةً لفتح باب التحايل ورفع نسب الزواج العرفي، كما أن الوكالة في عقد الزواج محل إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية وتتماشى مع الواقع المُعاش نظراً للإِنفتاح على العالم وتوسُّع التفتُّلات نحو البلدان الأجنبية ومن ثم تعد الوكالة حلاً شرعياً وقانونياً لمثل هذه الحالات وتيسيراً لشؤون الناس وأحوالهم، ومع أن المشرع المغربي قد رفع كل تحفُّزاته عن إتفاقية سيداو بموجب ظهير شريف ملكي⁶³ إلا أنه لا زال يعترف بالوكالة في عقد الزواج، وكذلك في ذات السياق ورغم تحرر المشرع التونسي في صياغته لنصوص مجلة الأحوال الشخصية⁶⁴ إلا أنه أجاز الوكالة بموجب الفصل 09، وفي ذات السياق ذهب المشرع الموريطاني إلى أبعد من نظيره المغربي والتونسي حيث فتح باب الوكالة على مصراعيه دون تقييده بشروط أو قيود وهذا ما أشارت إليه المادة 26 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية⁶⁵، وبهذا يطرح سؤال واسع يبادر إلى أذهاننا في الأفق ما الداعي الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى إلغاء أحكام الوكالة ما دامت لا تتعارض مع المساواة المُستوحاة من إتفاقية سيداو ؟ فهل هو خشية من المشرع في إستغلال الوكالة في إكراه المرأة على الزواج جبراً ؟

المطلب الثاني

صحة التعبير عن الرضا (عيوب الإرادة)

يُشترط في الرضا أن يكون خالياً مما يُعيبه فلا بد من تواجد إرادة واعية يسودها جو من الإطمئنان والحرية الكاملة في تقبل العقد وآثاره⁶⁶، لكن بالمقابل فإن نظرية عيوب الإرادة لا يمكن تطبيقها بحذافيرها في عقد الزواج، لكن ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذه العيوب تؤثر على صحة الرضا تارةً، وتُعدمه كلية تارةً أخرى. وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري فقد نص المشرع على عيب الإكراه في حدود المادة 13 وخصَّ القاصرة به وهو ما يدعو للسؤال عن مصير القاصر، كما نجده قد حصر عيب التدليس في حالة إستعماله من الزوج في التعدد وهذا ما أشارت إليه المادة 08 مكرر ق.أس، ورتب على التدليس في هذه الحالة إمكانية طلب كل زوجة للتطليق مما يدعو للإفتراض بأن العقد الثاني صحيح، فلا يكون التطليق إلا في الزواج الصحيح، وكان الأصح أن يجعل العقد المشوب بالعيب قابلاً للإبطال ذلك أنه لم ينعقد صحيحاً⁶⁷، وخلافاً للمشرع الجزائري فقد تضمنت مدونة الأسرة المغربية نصّوصاً صريحة في مجال عيوب الإرادة - يُشار إلى أن المشرع المغربي إقتصر في مجال العيوب على عيبي الإكراه والتدليس فقط-⁶⁸ حيث نصت في هذا المجال المادة 12⁶⁹ على أنه " تُطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 64 بعده "، وبالرجوع لأحكام المادة 63 فقد أتاحت للمُكره أو المدلس عليه متى ثبت ذلك إمكانية طلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع ثبوت حقه في التعويض، وتعليقاً على هذا النص فإن المشرع المغربي قد منح مدة معقولة لمعيب الإرادة لطلب فسخ عقد الزواج نتيج ضمان حقه في الفسخ من جهة، وتحافظ من جهة أخرى على إستقرار وثبات معاملة الزواج لا سيما أنه عقد ذو طبيعة خاصة وبالغة الأهمية في حياة الأفراد، وذلك كله مدعاة للإستقرار الأسري والإجتماعي، ومما يُضاف في هذا الشأن أن المشرع المغربي رتب عقوبة جزائية بموجب المادة 366 من القانون الجنائي في حال إستعمال

التدليس للحصول على الإذن - الزواج لناقصي الأهلية وحالة التعدد وزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، وكذا زواج معتققي الإسلام والأجانب- أو شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب، كما خولت المادة 66 فق02 من المدونة في هذا الشأن للزوج المدلس عليه حق طلب الفسخ مع ترتيب حقه في التعويض، ومن هنا فكان على المشرع الجزائري من باب ضبط النصوص التشريعية ومن باب حرصه على صيانة الإرادة وتعزيز الرضا في عقد الزواج الاستفادة من نصوص مدونة الأسرة المغربية في هذا الشأن، لاسيما وأن تعديل المشرع الجزائري جاء لاحقاً لتعديل المشرع المغربي لنصوص المدونة سنة 2004، مع الإشارة في هذا المجال إلى أن كلا المشرعين لم يتحدثا عن عيب الغلط الذي يُعد وهماً يقع في ذهن المتعاقد فيحمله على التعاقد، ويكون غلطاً مانعاً للإرادة أحياناً كالغلط في ماهية العقد وطبيعته أو محله ومثاله إتجاه إرادة أحد المتعاقدين للزواج وإتجاه إرادة الآخر لعلاقة حرة- وهتين الطبيعتين مختلفتين إختلافاً جذرياً من الناحية التشريعية مما يجعل الإرادة مُندمة، وكذلك من حالاته الغلط في الشخص المتعاقد معه - ومثاله إبرام عقد الزواج مع غير الشخص المراد التزوج به -⁷⁰ وحُكم هذا النوع من الزيجات التي يقع أحد المتعاقدين فيها في مثل هذا النوع من الغلط هو البطلان، ومرد ذلك عدم تطابق الإرادتين مما يؤدي إلى إنعدام الإرادة كليةً مما يرتب بطلان عقد الزواج⁷¹.

لكن في المقابل هناك الغلط الذي يُفسد الإرادة دون أن يُعدمها ومن أمثلته الغلط في صفة أساسية من صفات المتعاقد الآخر⁷²، ويبقى تقدير هذا الأمر خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية الذي يتوجب عليه الإستعانة بمعياريين: أولهما معيار شخصي ويتمثل في الطلب القضائي المقدم من أحد الطرفين الرامي لطلب الحكم بإبطال عقد الزواج بسبب الوقوع في عيب الغلط، وثانيهما معيار موضوعي وهذا المعيار خاضع لتقدير المجتمع حول مدى جوهرية الصفة المحتج بفقدانها في دعوى الغلط، فمتى كانت الصفة جوهرية في نظر المجتمع قُبلت الدعوى وتم البث فيها⁷³.

الخاتمة :

وفي الأخير يمكن الخلوص للقول بأن المشرع الجزائري قد خص ركن الرضا بعناية بالغة تجسيدا لتأثره بالإتفاقيات الدولية التي صادق عليها، لكنه وبالمقابل فقد وقع في تعديله للنصوص المنظمة لهذا الركن في العديد من النقائص والثغرات التي تصعب من جهة على القضاء التصدي بالفصل لمختلف الإشكالات التي قد تطرح بشأنها لاسيما فيما تعلق بعيوب الإرادة، وتقلل من جهة أخرى من الإهتمام التشريعي التي خص به المشرع الجزائري أحكام ركن الرضا، ومن ثم تعد هذه دعوة صريحة للمشرع لتدارك النقص وسد الثغرات التي سبق الإشارة إليها بما يتلائم مع أحكام الشريعة الإسلامية ويضمن التساوي في علاقة الزواج بين الرجل والمرأة، وبما يسهل العمل القضائي ويتمشى مع الواقع المعاش، وليس ذلك بالأمر الصعب بالنظر لإتساع الفقه الإسلامي وإمكانية الاستفادة من التشريعات المقارنة بما يخدم الصياغة التشريعية السليمة لنصوص قانون الأسرة الجزائري.

* التوصيات والمقترحات :

1- دعوة المشرع الجزائري من هذا المنبر لإعادة صياغة النصوص المنظمة لعيوب الإدراة التي قد تعتري ركن الرضا في عقد الزواج.

- 2- تخصيص نصوص تشريعية أكثر دقة ووضوحاً بما يرفع كل لبس وتأويل عنها.
- 3- العمل على الإستفادة من التشريعات المقارنة لاسيما تلك التي بنيت وفق نفس المنهجية المتبعة من قبل المشرع الجزائري في صياغته لنصوص قانون الأسرة.
- 5- توسيع المشرع الجزائري لحظوظه في مجال سلامة النصوص التشريعية من خلال الإستفادة من حصيلة الفقه الإسلامي في مجال تأصيله لركن الرضا في مجال عقد الزواج بما يتلاءم مع الواقع المعاش والظروف الحالية.

الهوامش والإحالات

- ¹ : أنظر، مرزوقي قدار، إتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013، ص.14.
- ² : أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1996، ص.25.
- ³ : أنظر، محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص.282.
- ⁴ : أنظر، عيسوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.23.
- ⁵ : الزواج في اللغة بمعنى الإقتران والإزدواج، والإرتباط والإختلاط، ويطلق على العقد والوطء، مقتبس عن : جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج " في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية "، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.30.
- ⁶ : أنظر، سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.11.
- ⁷ : سورة الروم، الآية 21.
- * : ثار جدال فقهي كبير حول الطبيعة القانونية لعقد الزواج، فجاءت **النظرية الأولى** لتعتبر الزواج عقداً يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق يرتب الكثير من الآثار القانونية وتتمثل في في حقوق والتزامات تقع على عاتق كل من الزوجين، وانتقدت هذه النظرية بأنها ليست صحيحة على إطلاقها، ذلك أن الآثار القانونية لعقد الزواج محددة قانوناً بقواعد أمرة، في حين ذهبت **النظرية الثانية** إلى اعتبار الزواج نظاماً قانونياً، فالزواج هادف لإنشاء أسرة، هذه الأخيرة وإن كانت تعتبر نظاماً قانونياً فإن الزواج يعتبر الأساس الذي يقوم عليه ذلك النظام، في حين ذهبت **النظرية المختلطة** إلى وجوب دمج النظريتين السابقتين بإعتبار أن كل واحدة على حدى غير كافية لإبراز الطبيعة القانونية للعقد، فيجب إحداث تكامل بينهما لتفادي العيوب والقصور، مقتبس عن : محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.61-64.
- يقصد بالمساواة لغة المماثلة والتكافؤ في القيمة والقدر، وكذا المشابهة والتعادل، أما **إصطلاحاً** فيقصد بها " تماثل الأفراد في المراكز القانونية في إكتساب الحقوق والحريات العامة، وكذا إلتزامهم بالواجبات على قدم المساواة وبدون تمييز أو تفرق أي كان سببه "، كما تُعرفُ على أنها "غياب كل معاملة تفضيلية بين الأطراف في علاقة قانونية معينة"، مقتبس عن : بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- ⁸ : مقتبس عن : جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة "على ضوء أحكام الشريعة والإجتهد القضائي"، دار هومة، الجزائر، 2017، ص.25.
- ⁹ : مقتبس عن : محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2010، ص.79.
- ¹⁰ : مقتبس عن : رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغيير على عقد النكاح، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2011، ص.08.
- ¹¹ : مقتبس عن : أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد النكاح "دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية"، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.50.
- ¹² : مقتبس عن : الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، جانفي 2005، ص.27-28.
- ¹³ : أنظر، بتصرف، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية " الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره "، ب.د.ط، المغرب، 2009، ص.145.

- 14 : القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لأحكام قانون الأسرة، ج.ر 15 لسنة 2005.
- 15 : المادة 04 من الأمر 02-05.
- 16 : بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.18.
- 17 : دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2006، ج.ر رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.
- 18 : أنظر، العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ديسمبر 2012، ص.20.
- 19 : المادة 09 من الأمر 02-05، وقد كانت صياغتها قبل تعديل 2005 كالتالي "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، ويولي الزوجة، وشاهدين، وصادق"، وقد إستحدثت في ذات السياق المادة 9 مكرر لتتضمن الشروط الموضوعية لعقد الزوج، وإكتفى المشرع بالرضا ركناً لعقد الزواج.
- * : يقصد بالركن في اصطلاح علماء الأصول " ما يتوقف الشيء على وجوده، وكان جزءاً من ماهيته "، مقتبس عن : محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.65. في حين يعرفه جمهور الفقهاء " هو ما لا توجد الماهية إلا به، أو ما كان منه، أو ما تتوقف عليه الماهية الشرعية سواء كانت جزءاً منه أو خارجاً عنه "، مقتبس عن : محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.323.
- 20 : أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.236.
- 21 : قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2008/03/12، ملف رقم 321514، المجلة القضائية، العدد 01، ص.275.
- 22 : سورة النساء، الآية الأولى .
- 23 : جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.99.
- 24 : تنص المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون " ومن ثم يتعين على الدول التي تنضم إليها تجسيد هذه الإتفاقيات والمعاهدات ضمن نصوصها القانونية الداخلية، وهو ما جسده الجزائر من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 حيث سعت لتجسيد إتفاقية سيداو ضمن نصوصه بما يكفل إستجابتها لإلتزاماتها الدولية بشأن هذه الإتفاقية.
- * : إن الإتفاقيات الدولية سكتت عن تعريف عقد الزواج وإكتفت بوضع مقاييس ينبغي إحترامها كشرط سن الأهلية، واحترام حرية إختيار الزوج، والتساوي في الحقوق لدى الزوج، مقتبس عن : عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.19.
- 25 : صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق ل 22 يناير سنة 1996 مع إيداء تحفظات على المواد 02 و 09 و 16، إلا أن الجزائر رفعت تحفظاتها على المادتين 02 و 09 بموجب المرسوم الرئاسي 08-426 المؤرخ في 30 ذي الحجة عام 1429 الموافق ل 28 ديسمبر 2008 المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادتين 9.2 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.
- 26 : المادة 16 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- 27 : سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.17.
- 28 : بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.192-193.
- 29 : صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 02 من دستور الجزائر لسنة 1963.
- 30 : بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.195.
- 31 : العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إعتُمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1976/12/16، ودخل حيز التنفيذ في 1976/01/03، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 1989/05/16، ج.ر عدد 20 المؤرخة في 1989/05/17، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إعتُمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1966/12/16 ودخل حيز التنفيذ في 1976/03/23، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 1989/05/16، ج.ر عدد 20 المؤرخة في 1989/05/17.
- * : عرضت للتوقيع والتصديق والإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1763 المؤرخ في 1964/11/07، ودخلت حيز التنفيذ في 1694/12/09.
- 32 : مرزوقي قدار، المرجع السابق، ص.105.
- 33 : أنظر، تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الإتفاقية في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، العدد 02، 2007، ص.09.
- 34 : عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.19.
- 35 : عيساوي عبد النور، المرجع نفسه، ص.26.
- 36 : عيساوي عبد النور، المرجع نفسه، ص.28 وما يليها.
- 37 : بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.34.

- 38 : سورة البقرة، الآية 232.
- 39 : الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص.34.
- 40 : أنظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006، ص.33 وما يليها.
- 41 : المادة 07 من الأمر 02-05.
- 42 : المادة 15 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- 43 : لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص.35.
- 44 : بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.315.
- 45 : بتصرف، لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص.35 وما يليها.
- 46 : أنظر، تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 12، 2011، ص.12.
- 47 : تشوار جيلالي، خواطر حول بعض....، المرجع السابق، ص.10.
- 48 : بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص.314.
- 49 : سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.13.
- 50 : المادة 16 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- 51 : سمية بوكايس، المرجع السابق، ص.15 وما يليها.
- : والسكوت هنا يفترض للخجل والحياء في الفتاة.
- 52 : رواء البخاري في الجامع المسند الصحيح المختصر.
- 53 : المادتين 09 و 10 من الأمر 02-05.
- 54 : أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في مادة قانون الأسرة المقارن على طلبة سنة ثانية ماستر تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.
- 55 : أنظر، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.99.
- 56 : أنظر، عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص.52.
- 57 : ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة للأسرة، صيغة محينة بتاريخ 26 يوليو 2010، ج.ر عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (05 فبراير 2004) ص.418.
- 58 : أنظر، بسمه عثمان، التغيير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري " دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2015-2016، ص.24.
- 59 : تشوار جيلالي، محاضرات في مادة قانون الأسرة المقارن...، المرجع السابق.
- 60 : أنظر، دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة " إنعقاد الزواج "، دار الخلدونية، الجزائر 2016، ص.73-74.
- 61 : ظهير شريف رقم 1.06.56 صادر في 15 من محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، ج.ر عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (02 مارس 2006) ص.556.
- 62 : محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.333.
- 63 : ظهير شريف رقم 1.11.51 صادر في 02 أغسطس 2011 بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المنضمة في وثائق الإنضمام إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1979، ج.ر عدد 5974 مؤرخة في 01 سبتمبر 2011.
- 64 : أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- 65 : قانون رقم 052-2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، ج.ر عدد 1004 صادرة بتاريخ 15 أغسطس 2001
- 66 : بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.269.
- 67 : عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.68.
- 68 : تشوار جيلالي، محاضرات في مادة قانون الأسرة المقارن...، المرجع السابق.
- 69 : المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية.
- 70 : تشوار جيلالي، محاضرات في مادة قانون الأسرة المقارن...، المرجع السابق.
- 71 : عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.63.

- ⁷² : أنظر، بلعربي خالدية، آثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص.40.
- ⁷³ : تشوار جيلالي، محاضرات في مادة قانون الأسرة المقارن...، المرجع السابق.