

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة

- مقنانه مبروكة

من إعداد الطالبتين

- يوسفى كهينة

- ولامى لىلى

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: إقروفة زبيدة رئيسا

الأستاذة: مقنانه مبروكة..... مشرفا

الأستاذ: بن مدخن لىلى..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2012 - 2013

إهداء

أهدي هذا العمل إلى بحر الحنان ونبع الأمان، شعاع الأمل ومداوية الألم، إلى من اتخذت من ابتساماتها وساما، ومن دعواتها سندا وقوة، إليك يا أول ما تلفظ به لساني، أمي نور حاضري وشعاع مستقبلي، صاحبت القلب الحنون والصدر الرحب.

إلى الكلمة الصادقة والنبيلة، إلى نبع العطاء والصفاء إليك يا من أبصرت في هذا الوجود وجدتك المثل، وكلما فتحت عيني رأيت فيك الشعاع والأمل، يا من نورت لي دربي وكنت محفزي على المضي قدما، أبي حفظك الله ورعاك.
إلى من كان يضيئ لي الطريق ويساندي زوجي العزيز فيصل .
إلى النجوم المضيئة وربيع حياتي إخوتي وأخواتي بلعيد وجمعي، سميرة، غانية، سامية، ليندة.

إلى جدي أطل الله في عمرها وإلى كل الأهل والأقارب خاصة ابن عمتي
وحيد...

إلى من سرنا سوياً ونحن نشق الطريق معاً والنجاح إلى من تكاتفنا يداً بيد ونحن
نقطف زهرة النجاح إلى صديقاتي فاطمة ليلي .
إلى كل من صنع ذكرا رائعة في قلبي وحياتي.

ليلي

إهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب

إلى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير والذي العزيز

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع بالبياض والدتي الحبيبة

إلى من أسكن إليه زوجي العزيز

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي إخوتي

الآن تفتح الأشرعة وترفع المرساة لتنتقل السفينة في عرض بحر واسع

مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات

ذكريات الأخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم وأحبوني أصدقائي.

كهينة

شكر وتقدير

امثالاً لقوله تعالى: ﴿و إذا تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم و لئن كفرتم إن عذابي لشديد﴾.

سورة ابراهيم، الآية 7.

ولأنّ شكر الله يستلزم شكر أصحاب الفضل...

- فإننا نتوجّه بالشكر إلى الصرح العلمي الشامخ - جامعة عبد الرحمن ميرة- التي حضنتنا في كلية الحقوق.

- كما نشكر الأستاذة الفاضلة مقنانه مبروكة التي تفضّلت بالإشراف على هذه المذكرة، والتي لم تدّخر جهداً أو نُصْحاً إلاّ وقدمته، فجزاها الله عنّا خيراً.

- و لا يفوتنا أن نشكر جميع العاملين في المكتبات الجامعية و العامّة، على المساعدة في توفير المصادر اللازمة لإعداد هذه المذكرة.

- و إلى الأخ الفاضل الناصح مقراني فريد الذي بذل من وقته وجهده.

و كل الشكر والامتنان إلى من ساهم أو أرشد أو نصح.

فجزاهم الله خيراً.

والحمد لله أولاً وآخراً.

قائمة المختصرات

- ج7: جزء السابع.
- ج. ر.ع.78: جريدة رسمية عدد ثمانية وسبعون.
- د. د. ن: دون دار النشر.
- د. س. ن: دون سنة النشر.
- د. ط: دون طبعة.
- ف1: الفقرة الأولى.
- ف2 : الفقرة الثانية.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق.م.ج: قانون مدني.

يعتبر الزواج نظام إلهي شرعه الله تبارك وتعالى لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمه؛ فأضفى عليه قدسية خاصة، وجعله من أسمى العقود و أعظمها أثراً، و وصفه بكونه إحدى آياته الإعجازية حيث قال: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (1)، ثم إنَّ النبيَّ عليه الصلاة و السلام أسماه بالسنة و ربطه به حين قال: ﴿النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني﴾ (2)، و جعله العلماء الرباط الوثيق و الحبل المتين المبني على المودة و المحبة و الألفة و المعاشرة بالمعروف بين رجل و امرأة، و جعله عامة الناس الهدف الأسمى الذي يسعى إلى تحقيقه الذكر و الأنثى، الصغير و الكبير، الغني و الفقير، ولا يختلف فيه بعد ذلك صنفين مهما اختلفا مكانة أو مقدرة.

و بالزواج تتكون الأسرة التي تعتبر الوحدة الأولى التي يتكون منها المجتمع، فما المجتمع إلا مجموع أسر. كما أنه يعتبر الوسيلة الوحيدة للتكاثر و عمار الأرض و حفظ النوع الإنساني، من خلال إياحة العلاقة بين الرجل و المرأة لكن عن طريق عقد شرعي يستوفي الركن و كل الشروط و لهذه المعاني العالية للزواج حث الإسلام و دعا الشباب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء﴾ (3).

ولما كانت للزواج هذه الأهمية فقد أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة واضعين للعقد الذي تنشأ به الأسرة أركاناً وشروطاً تتفق و طبيعته، منها ما اتفقوا عليه و أخرى اختلفوا فيها، و هذا الذي أثر بدوره على مختلف التشريعات العربية؛ باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب ما. أما المشرع الجزائري، فقد نظم أحكام عقد الزواج على أنه من أهم المسائل القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية في قانون الأسرة رقم 84-11(4)، فأحاطه بالرعاية في جميع مراحلها؛ من وقت

(1) - سورة الروم، الآية 21.

(2) - أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، (كتاب النكاح، باب ماجاء في فضل النكاح)، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، (ط1)؛ مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (د.س.ن)، ص. 321.

(3) - عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدرامي، سنن الدرامي، (كتاب النكاح باب من كان عنده طول فليتزوج)، (ط1)؛ دار ابن حزم، لبنان، 2002، ص. 295.

(4) - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. عدد 31، صادرة بتاريخ 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير، ج. ر. عدد 15، مؤرخة في 27 فيفري، 2005.

التفكير فيه و إنشائه إلى غاية مرحلة انحلاله، و رتب عليه أثارا قانونية بالغة الأهمية، و لم يكتفي بذلك و إنما ألزم القاضي في نص المادة 222 منه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه من أحكام بقوله: « كل ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

ونظرا لما تضمّنته بعض قواعد هذا القانون من نقص و ما اشتملته بعض أحكامه من غموض أدّى ذلك إلى إعادة النظر في القانون رقم 84-11 بعد أزيد من 20 سنة من صدوره حيث تمّ تعديله بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

و نتيجة لذلك مسّ التعديل الجديد العديد من الأحكام المتعلقة بعقد الزواج، بدءا بتعريفه في المادة الرابعة بنصها أن: « الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب»⁽⁵⁾.

إذن فالزواج من الناحية القانونية هو عقد يقوم أساسا على عنصر جوهري يتمثل في الرضا باعتباره تصرف إرادي و يرتب التزامات كغيره من العقود الأخرى، و إن كان يتميز بطابعه الخصوصي فإن إبرامه يستلزم أن تتوافر فيه جملة من الشروط المقررة شرعا.

و انطلاقا مما ذكر فإن الموضوع يطرح عدّة إشكالات أولها: ما هي الأركان و الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج وفق تعديل 2005 ؟ و ما هي الآثار المترتبة على مخالفتها أو تخلفها في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟ والأهم من ذلك إلى أي حد وفقّ المشرع الجزائري فيما ذهب إليه من أحكام في عقد الزواج بعد التعديل ؟

و سنحاول الإجابة على هذه الإشكالات وفق معالجة فقهية وقانونية، نتضمن أهم التعديلات المستحدثة في هذا الصدد ومدى فعاليتها وتماشيتها مع الآراء الفقهية، خاصة و أن المشرع الجزائري كان يخلط بين أركان وشروط عقد الزواج و لم يكن يميز بينهما إلا بعد التعديل.

وعلى أساس ذلك ارتأينا تقسيم موضوع البحث إلى فصلين سنتناول في الفصل الأول : ركن الرضا في عقد الزواج أما الفصل الثاني: فسنخصصه للحديث عن لشروط عقد الزواج .

(5) - الأمر رقم 05-02، حررت في ضل قانون رقم 84-11 كما يلي: « الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

الفصل الأول: ركن الرضا في عقد الزواج

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون الوضعي، ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية، على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ككل العقود التي يبرمها الشخص في حياته ويتوقف وجوده عليه، و إن اختلف في تسميته؛ فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، و هناك من يسميه الصيغة، و هناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج، غير أن هذا الاختلاف لفظي فقط أما المعنى فهو واحد⁽⁶⁾.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11، نجد في مادته التاسعة أن الرضا ليس هو الركن الوحيد في عقد الزواج بل هناك أركان أخرى إلى جانبه وهي: الولي، الصداق والشهود إلا أن هذا القانون جاء مشوبا بالعديد من التناقضات والنقائص، حيث رتب على اختلال هذه الأركان فسخ العقد، وهذا في الحقيقة لا ينسجم من الناحية القانونية؛ لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه⁽⁷⁾. وعلى هذا يمكن القول أنه في ظل هذا القانون كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد وما يعتبر شرطاً فيه.

لذلك حاول المشرع الجزائري تدارك التناقضات التي كانت تعترى أحكام قانون الأسرة القديم من خلال التعديل الجديد الذي جاء به بموجب الأمر رقم 05-02، والذي أبقى فيه على ركن وحيد وأساسي في عقد الزواج و هو الرضا أي الإيجاب والقبول وهذا من خلال المادة 09 المعدلة بنصها على أنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، مسائرا بذلك المذهب الحنفي، و اعتبر الباقي شروطاً له ليضع بذلك حداً فاصلاً بين ما يعدّ ركناً وما يعدّ شرطاً في عقد الزواج⁽⁸⁾.

كما نص في المادة 10 من قانون رقم 84-11 على مكونات الرضا و كيفية التعبير عنه حيث جاء فيها أنه: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح

(6) - زويبير بولعود ، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة والقانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدينة، الدفعة الثانية، 2001-2004، ص.98.

(7) - أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، (د.ط)؛ الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010، ص.51.

(8) - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، (ط1)؛ دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.55.

شرعا، و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة»، كما نص في المادة 33 ف1 من الأمر 05-02 على أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج بقولها: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا». لذلك سنتعرض إلى مفهوم الرضا في المبحث الأول، في حين سنتطرق لشروط الرضا و أثر تخلفه في عقد الزواج في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم ركن الرضا

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم ركن الرضا في عقد الزواج، وفق ما انتهجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، من خلال المادتين التاسعة و العاشرة؛ حيث سنتناول في المطلب الأول تعريف ركن الرضا، أما المطلب الثاني فسنخصصه لصور الرضا في عقد الزواج، مع الاستعانة في ذلك بالأحكام المقررة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف ركن الرضا

يعتبر عقد الزواج في قمة العقود الرضائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، حيث يحتاج في قيامه إلى توافق إرادتين؛ و لهذا فسنقوم ببيان معنى الركن لغة واصطلاحا في الفرع الأول ثم نتطرق إلى تعريف الرضا في عقد الزواج في الفرع الثاني كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الركن

أولاً: تعريف الركن لغة

يعرّف الركن في اللغة: أنه الجانب الأقوى من كل شيء، و هو عماده و ملاكه الذي يقوم به و يستند إليه و يمسكه، كأركان البيت و هي زواياه التي تمسك ببناءه⁽⁹⁾.

ثانياً: تعريف الركن اصطلاحاً

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى الركن، وتبعاً لذلك تباينت مواقفهم في عدّ أركان عقد الزواج؛ فقد عرّفه جمهور الفقهاء (المالكية و الشافعية و الحنابلة) أنه: ما لا توجد الماهية الشرعية إلاّ به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء أكان جزءاً منه أو خارجاً عنه، وبالتالي فأركان العقد عندهم أربعة؛ الصيغة (وهي الإيجاب والقبول)، الزوجة، الزوج و الولي⁽¹⁰⁾.

أما عند الحنفية فالركن: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءاً داخلاً في حقيقته، و ركن الزواج عندهم الإيجاب والقبول فقط⁽¹¹⁾.

(9) - جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، (د.ط)؛ دار الشهاب لطباعة والنشر، الجزائر، (د.س.ن)، ص.36.

(10) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها: الأحوال الشخصية، ج7، (ط2)؛ دار الفكر، سوريا، 1989، ص.36.

(11) - ولعلهم بالاكْتفاء بالصيغة، ذلك أنّ بقية الأركان الأخرى حسبهم هي من الأمور المفترضة وجودها بدهاء بحيث لا نحتاج إلى النص عليها صراحة، وبالتالي فإن الخلاف بين الجمهور والأحناف في تعداد أركان العقد خلاف ظاهري وليس حقيقي. أنظر محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، (د.ط)؛ دار الكتاب الجامعي، مصر، (د.س.ن). ص.103.

الفرع الثاني: تعريف الرضا

لما كان الطابع الرضائي هو السمة المميزة لسائر العقود بوجه عام، وعقد الزواج بوجه خاص فسنعوم بتعريف الرضا لغة و اصطلاحا على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الرضا لغة

تستعمل كلمة الرضا للدلالة على القناعة الذاتية بأمر معين؛ فيقال رضي عنه و رضي عليه رضا و رضوانا و مرضاة: ضدّ سخط، و أرضاه بمعنى أعطاه ما يرضيه، و استرضاه و ترضاه أي طلب رضاه، و رضي بها أي ارتضاها لصحبته و خدمته⁽¹²⁾.

ثانياً: تعريف الرضا اصطلاحاً

لقد عرّف الفقه الإسلامي الرضا بأنه: "توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط و إيجاد، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول⁽¹³⁾. أو هو "الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما⁽¹⁴⁾."

ولما كان الرضا وتوافق الإرادة شيئاً كامناً في النفس، فهو أمر خفي وباطني لا يمكن الإطلاع عليه إلاّ بمظهر ملموس، تتوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره؛ لأنّها هي المعبرة عنه وتتخذ شكل الإيجاب والقبول⁽¹⁵⁾.

وقد سار المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي، فاعتبر الرضا أمراً جوهرياً في عقد يرتبط فيه شخصان ارتباطاً مؤبداً⁽¹⁶⁾؛ لكنه لم يأت بتعريفه؛ حيث نص في المادة 4 من ق.أ.ج على أن:

« الزواج عقد رضائي » كما نص في م 9 منه على أنه: « ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين »

(12)-الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرتب على طريقة مختار الصحاح و المصباح المنير، (د.ط)؛ الدار العربية للكتاب، تونس، (د.س.ن)، ص. 251.

(13)- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، (ط1)؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص.61.

(14)- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، "بحث تحليلي و دراسة مقارنة"، (ط.2)؛ مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص.41.

(15)- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، (ط1)؛ الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، 1990، ص. 53.

(16)- محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، (ط2)؛ دار النشر الشهاب، الجزائر، 2000، ص.128.

كما جاء في نص م10 ف1 أنه: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا».

و من خلال الوقوف على هذه التعاريف ونص الفقرة الأولى من المادة 10 من ق.أ.ج، فيمكن استخلاص القول بأن ركن الرضا في عقد الزواج يتحقق من شقين؛ هما الإيجاب و القبول، و لكن ما يلاحظ على نص م10 أنها حددت قسما الرضا دون أن تعرفهما، وهذا خلافا للفقهاء المسلمين الذين قاموا بتحديد معنى كل منهما على النحو الآتي:

فالإيجاب عند جمهور الفقهاء: هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل؛ لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم وضوح معناه، أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج⁽¹⁷⁾، وقد خالفهم الحنفية في أن الإيجاب: هو ما صدر أولا من أحد العاقدين؛ سواء أكان الزوج أو الزوجة، و القبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر⁽¹⁸⁾، فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت قبلت؛ كان الأول عند الحنفية إيجابا والثاني قبولا، أما عند الجمهور عكس ذلك؛ لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوج حق الاستمتاع، فكلامه هو الإيجاب والرجل يتملك ذلك فكلامه هو القبول⁽¹⁹⁾.

ورغم هذا الاختلاف في التسمية الاصطلاحية للإيجاب والقبول، إلا أن الفقه الإسلامي يميل إلى الرأي الحنفي في أن ما صدر أولا هو الإيجاب وما صدر ثانيا هو القبول؛ ذلك أن تسمية أية صيغة قبولا تشعر بأن شيئا قد تقدمها حتى سميت كذلك، وإلا فكيف يمكن أن تسمى صيغة قبولا في الوقت الذي لم يتقدم عليها شيء يرد عليه هذا القبول؟⁽²⁰⁾.

أما فيما يخص المشرع الجزائري وفق ما جاء في نص م10 فقد ساير بموقفه المذهب الحنفي فالإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد، و القبول هو ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا به على موافقته وقبوله فيما رغب فيه الأول، وبهذه الموافقة وذلك القبول يحدث التطابق بين الإيجاب والقبول ومن ثم ينعقد العقد⁽²¹⁾.

(17)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.37.

(18)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.41.

(19)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.140.

(20)- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص.107.

(21)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.141.

المطلب الثاني: صور الرضا

تنص م10 من ق.أ.ج: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا .

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ». نلاحظ من خلال نص م10 أن للإيجاب والقبول أو الصيغة في عقد الزواج صور مختلفة؛ فقد يكون لفظا، كما قد ينعقد بطرق أخرى غير اللفظ كالكتابة والإشارة. لذلك سنتعرض إلى الصيغة اللفظية في الفرع الأول، ثم للصيغة غير اللفظية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الصيغة اللفظية

تنص م10 ف1 من ق.أ.ج على أنه: « يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا».

ما يستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد لا الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول، ولا اللغة التي يتم بها العقد، ولا حتى صيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص م222 من ق.أ.ج.

أولا: الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح

وهي الألفاظ التي يصح التعبير بها عن عقد الزواج، وفيما يلي ذكر لهذه الألفاظ بقسميها فمنها ما اتفق عليه الفقهاء، ومنها ما اختلفوا فيه:

1- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا: وهي نوعان:

أ-ألفاظ متفق على صحة العقد بها

أجمع الفقهاء على أن الزواج ينعقد بكل لفظ مأخوذ من كلمتي الزواج والنكاح، لورودهما في نص القرآن في عدة آيات، منها قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَاب لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽²²⁾. وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾⁽²³⁾.

(22)- سورة النساء، الآية 3.

(23)- سورة الأحزاب، الآية 37.

ب- ألفاظ متفق على عدم صحة العقد بها:

اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي لا تدل على تملك العين في الحال، ولا على بقاء الملك مدى الحياة وهي: الإباحة، الإعارة، الإجازة، المتعة، الوصية، الرهن، الوديعة وغيرها⁽²⁴⁾.

2- الألفاظ المختلف فيها

اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج ببعض الألفاظ:

فينعقد عند الحنفية بكل لفظ يدل على تملك الأعيان في الحال؛ كلفظ الهبة، الصدقة، العطية، التملك والإستتجار، بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج وفهم الشهود المقصود.

وينعقد عند المالكية بلفظ التزويج والتمليك وما يجري مجراهما؛ كالبيع، الهبة، الصدقة والعطية بشرط ذكر المهر ليكون قرينة على الزواج، فإن لم يذكر المهر فلا ينعقد العقد.

في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح فقط؛ اقتصارا على المذكور في القرآن⁽²⁵⁾.

وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء للألفاظ التي يتم بها عقد الزواج، أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه؛ أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفي أن يقول: قبلت أو رضيت. وهو ما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أن يقول الموجب: جئت أطلب ابنتك مثلا، فيقول القابل: إني قبلت⁽²⁶⁾.

و باستقراء نص م10 من ق.أ.ج يستشف أن القانون قد أخذ بما اتفق عليه الفقهاء من ألفاظ النكاح المعروفة، وقد زاد عليها بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، أي أنه رجح المذهب الحنفي، حيث اعتبر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ينعقد به العقد⁽²⁷⁾.

ثانيا: صيغة الفعل

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن الصياغة الزمنية التي يعبر بها عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج هي لفظ الماضي، كأن يقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب: قبلت التزويج.

(24) - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص. 114.

(25) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 38-39.

(26) - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص. 332.

(27) - جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. 42.

وقد اختير لفظ الماضي لدلالاته على التحقيق والثبوت، دون اللَّفظ الموضوع للمستقبل، كما أن صيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل⁽²⁸⁾.

وقد يأتي أي من الإيجاب أو القبول بصيغة المضارع أو الأمر، ففي هذه الحالة لا بدّ من القرينة الدالة على إنشاء العقد في الحال، أي أنهما يريدان التتجيز، كأن يقول لها: زوجني نفسك فنقول له قبلت فالعقد صحيح⁽²⁹⁾.

ثالثاً: لغة إبرام عقد النكاح

كما سبقت الإشارة، فإن المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من نص م10 لم يقيّد بأيّة ألفاظ مخصوصة، ولم ينص إطلاقاً على اللّغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج، بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

في حين لم يغفل الفقهاء في التطرق لهذه المسألة، فاتفقوا على أنّه إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يفهم اللّغة العربية فإن العقد يصح باللّغة التي يفهمها العاقدان، أيًا كانت هذه اللّغة بشرط أن تكون مفهومة للشهود أيضاً⁽³⁰⁾.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو مسألة التعبير عن الإرادة عن طريق السكوت، وهذا ما يؤدي بنا إلى طرح التساؤل التالي: ما مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول؟

الأصل أن مجرد السكوت لا يتضمن أي دلالة على القبول؛ لأن الرضا عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي وفقاً للقاعدة الشهيرة: «لا ينسب لساكت قول».

واستثناء على ذلك، اعتبرت السنة النبوية سكوت البكر أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمنى، تبعاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»⁽³¹⁾.

(28) - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، ج1 (عقد الزواج)، (د.ط.)؛ منشأة المعارف، مصر، (د.س.ن)، ص. ص. 107-108.

(29) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 42.

(30) - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلام والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، (ط2)؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص. 127.

(31) - أبو عيسى محمد ابن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي (كتاب النكاح، باب ما جاء استئثار البكر والثيب)، تحقيق وتخريج محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، (ط2)؛ مكتبة الطبع والنشر، 1968، ص. 407.

وعملا بالقاعدة الفقهية: « السكوت في معرض الحاجة بيان »⁽³²⁾.

كما أن السكوت في مسألة الزواج علامة الرضا، مثلما جرى عليه العرف في المجتمع الجزائري.

الفرع الثاني: الصيغة غير اللفظية

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في م 10 ف 2 من قانون رقم 84-11 والتي جاء فيها أنه: « ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة »، وما يلاحظ في هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري إقتصر على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام وانعقاد زواجه بالإشارة أو الكتابة، في حين لم يتطرق إلى انعقاد الزواج عن طريق الرسالة والرسول، ولا بالتعاطي، ولا بوسائل الإتصال الحديثة، وهذا ما سوف نتطرق إليه بشيء من التفصيل وذلك طبعا بالرجوع إلى أحكام الفقهاء المسلمين وفقا لنص م 222 من ق.أ.ج كما يلي:

أولا: انعقاد الزواج بالإشارة والكتابة وعن طريق المراسلة

الأصل في تحقيق الإيجاب والقبول في عقد الزواج أن يكون باللفظ وقد يوجد أحدهما أو كلاهما بالإشارة أو الكتابة أو عن طريق المراسلة في بعض صورته، لذلك سنتناول كل صورة على حدى وفق مايلي:

1- انعقاد الزواج بالإشارة والكتابة

قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعجزه عن النطق أو لعائق فيه كالأخرس والأبكم، مع عدم القدرة على الكتابة، ففي هذه الحالة ينعقد زواجه بالإشارة المفهومة الدالة على إرادة الزواج والمعبرة عن قصده؛ لأنّ إشارته قائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود؛ ولأنّ اشتراط اللفظ في حقه غير ممكن⁽³³⁾.

إذا كان المتعاقد عاجزا عن النطق بالعبارة لكنه مع ذلك يستطيع الكتابة، فهل يجوز له أن يبرم عقد الزواج بإشارة حتى مع القدرة على الكتابة ؟
ذهب الحنفية حول هذه المسألة إلى اتجاهين:

الإتجاه الأول: قال بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وذلك بعدم جواز استعمال الإشارة إذا كان العاقد بإمكانه أن يعقد بالكتابة؛ لأنّ الكتابة أبين وأوضح في الدلالة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى.

(32) - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات

المحكمة العليا، ج1، (ط1)؛ دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.192.

(33) - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، (د.ط)؛ دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997،

ص.86.

الاتجاه الثاني: يجيز أصحاب هذا الاتجاه أن يعقد الأخرس بالإشارة حتى ولو كان عارفاً بالكتابة لأن كل من الكتابة والإشارة تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية والمقصود، وهي جميعاً في منزلة واحدة (34). وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقاً لنص م10 ف2 السابقة الذكر، أنه أخذ بالقول الأول حيث لا يصح العقد بالإشارة ممن يحسن الكتابة؛ لأنّ الكتابة أبين في الدلالة .

2- انعقاد الزواج بالمراسلة

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة في حالة غياب أحد أطراف عقد الزواج (35)، وذلك رغم أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون الزواج عن طريق المراسلة المكتوبة.

فإذا كان العقد بين غائبين عن مجلس عقد الزواج كأن يكون أحدهما في مصر مثلاً والآخر في الإسكندرية، فيمكن في هذه الحالة أن يتم التعاقد بأن يكتب الخاطب إلى خطيبته تزوجتك، أو زوجيني نفسك، فإذا بلغها المکتوب وأحضرت شاهدين وقرأته عليهما أو أعلمتهما بما فيه ثم قبلت الزواج في المجلس انعقد العقد بينهما؛ أما إذا لم تقرأ الرسالة عليهما ولم تعلمهما بما فيها وإنما قالت أمام الشهود زوجت نفسي بفلان فإن الزواج لا يصح؛ لأن الشهود لم يسمعا إلا شطر العقد وسماعهما شطري العقد شرط لصحته.

وكذلك الحال إذا أرسل رسولاً يقول لها زوجيني نفسك أو تزوجتك، وأدى الرسول إليها عبارة المرسل وقبلت بحضور الشهود، فيتم العقد لوجود شطريه وهو الإيجاب والقبول في مجلس واحد (36).

(34) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط3)؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص.44.

(35) - ولعلّ المشرع الجزائري بإهماله النص على انعقاد الزواج بالمراسلة أنه لا يعترف بالزواج إلا بإبرامه أمام الموظف المختص في ذلك، أنظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، في قانون الأسرة الجزائري، (ط3)؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص.119.

(36) - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. ص. 87-88.

ثانيا: طرق أخرى للتعبير عن الإرادة

وسنورد فيها كل من انعقاد الزواج بالوكالة، و التعاطي و كذا بوسائل الاتصال الحديثة.

1-انعقاد الزواج بالوكالة

لقد نص المشرع الجزائري صراحة في م 20 من ق. أ. قبل إلغائها على أنه: « يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة» بينما الزوجة لم يكن لديها هذا الحق لأن الذي كان يتولى زواجها هو وليها طبقا للمادة 11 من ق.أ.ج⁽³⁷⁾.
و لكن بعد إدخاله بعض التعديلات على م11 و إلغائه م20 أصبح المشرع الجزائري لا يعترف بالوكالة في عقد الزواج، وبمعنى أدق فإنه لا يجوز لا للزوج ولا للزوجة أن ينوب عنه أو عنها شخص بوكالة ولو كانت خاصة من أجل إبرام عقد الزواج بل يشترط رضاها حسب المواد 9 و 33 ف1 من ق. أ المعدلتين، كما أكد في المواد 9 مكرر و11 من ق. أ.ج المعدلة أن الزواج يتم بحضور الولي والشاهدين⁽³⁸⁾.

وعلى أساس ذلك يمنع على ضابط الحالة المدنية أو الموثق إبرام عقد الزواج بالوكالة وقيده بسجلات الحالة المدنية، كما يمنع على الموثقين تحرير عقود التوكيل لإبرام عقد الزواج؛ وعليه أصبح حضور الزوجين إجباري لإبرام عقد الزواج الرسمي⁽³⁹⁾.
إلا أنه و نتيجة لإلغاء المشرع لنص م20، ذهب بعض الفقه للقول بأن هذا الحكم يعتبر غريبا و يعدّ خروجاً عن القواعد القانونية و الشرعية و العرفية؛ لأنّ ذلك من شأنه التضيق على الناس، فقد يكون الزوج مسافرا في بلد أجنبي لا تسعفه الظروف للانتقال إلى الجزائر لإبرام عقد الزواج لظروف معينة، وأمام هذه الوضعية يستحيل عليه إبرام زواجه؛ لأن التوكيل غير جائز⁽⁴⁰⁾.

(37)- تنص م11 من قانون رقم 84-11 على أنه: « يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ».

(38)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.222.

(39)- سميرة سالمى، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي؛ مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2004-2007، ص. 8.

(40)- الرشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص. 71.

و يرى البعض الآخر أن تفسير نص م10 من ق.أ.ج جاء عامًا و شاملا بنصّها على أن الرضا يكون بإيجاب من طرف و قبول من الطرف الآخر؛ لذلك فهي لا تمنع من أن يكون الزواج عن طريق الوكيل طالما لم تذكر عبارة « شخصيا »⁽⁴¹⁾.

إلاّ أنّه و نظرا لما يتصف به عقد الزواج من قدسية و خطورة جسيمة - فهو عقد أبدي- فلا يمكن أن ينعقد إلا من الطرفين شخصيا، دون أن ينوب في ذلك وكيل عن أحدهما؛ و هذا لحماية حقوق الزوجين و حفاظا على سلامة الرضا من الشوائب التي يمكن أن تحول دون إتمام الزواج أو العدول عنه⁽⁴²⁾.

2- انعقاد الزواج بالتعاطي أو بالأفعال

التعاطي هو تلاقي الإرادتين، وتراضي الطرفين من غير التعبير باللفظ أو ما يقوم مقامه من الإيجاب والقبول، كما لو تفاهم الرجل والمرأة على المهر ثم سلمت نفسها إليه دون إيجاب وقبول. وقد أجمع العلماء على عدم انعقاد الزواج بطريقة التعاطي المقبولة في العقود المالية؛ لما للزواج من آثار عظيمة وخطيرة، فكان لابد أن يتميز عن الزنا والعلاقات غير المشروعة، والطريق لذلك هو إجراؤه على الأسس المشروعة الواضحة التي لا شبهة فيها⁽⁴³⁾.

3- انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة

لقد شهد هذا العصر تطورا هائلا في وسائل الاتصال، فأصبحت متداولة و تشهد استخداما بشكل كبير ممّا سهل على إجراء العقود في مدة قصيرة جدّا، دون حضور أطراف العقد في مجلس واحد، ممّا استلزم على الفقهاء إمعان النظر في الحكم الشرعي للزواج المنعقد بهذه الوسائل الحديثة (كشبكة الأنترنت، البريد الإلكتروني، التلكس، الفاكس، الرسائل القصيرة... وغيرها) مع مراعاة المقاصد الشرعيّة في ظل هذه المستجدات العلمية⁽⁴⁴⁾.

وبما أنّ المشرع الجزائري لم ينص على انعقاد الزواج بمثل هذه الوسائل، ذلك ما يستوجب الرجوع إلى ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص.

(41)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، (ط2)؛ دار هومة، الجزائر، 2009، ص.80.

(42)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.223.

(43) - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.88.

(44) - رمضان علي السيّد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 267.

وحسب رأيهم أنه وبالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها عقد الزواج و الشرط الخاص الذي يخالف به سائر العقود وهو اشتراط الشهود، وبالتالي فحتى يكون جائزا لا بدّ من مراعاة هذا الشرط ويقصد بذلك ضرورة توفر جميع شروط عقد الزواج من شاهدين مع تحديد مقدار الصداق و حضور ولي الزوجة و كذا الموظف المؤهل لإصغاء صفة الرسميّة وفقا لما تنص عليه المواد 9،9 مكررو 18 من ق.أ.ج، و لكن هذا عسير من الناحية الواقعية والعملية وصعب تحقيقه؛ نظرا لما يتطلبه من وسائل و آليات إلكترونية غير متوفرة حاليا⁽⁴⁵⁾.

كما أن المجمع الفقهي الإسلامي أقر على عدم صحة إجراء عقد الزواج من خلال شبكة الأنترنت؛ نظرا لما للزواج من قدسية و منزلة لدى الشارع، لذا فقد خصه فضلا عن شرط إظهار من دون سائر العقود بمقدمات و تمهيد، وذلك لأجل تعارف الطرفان على بعضهما لتحقيق الانسجام والألفة بينهما.

ولا تتأتى هذه الألفة بالنظر و الرؤية من خلال الوسائل الإلكترونية؛ لأنها ليست بمثابة صورته المادية و الحقيقية، فضلا عن تعرض أكثر إلى الكذب والتدليس الغش و الخداع، لذلك فيمكن أن يصح الإيجاب و القبول في معاملات أخرى دون التعارف بين الجنسين و إبرام العقد الزوجي؛ لأن النتيجة الحتمية هي الفشل و الندم⁽⁴⁶⁾.

(45)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. ص. 195- 196.

(46)- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة؛ دار البازوري العلمية لنشر والتوزيع، الأردن، 2010 ، ص. ص. 143-144.

المبحث الثاني: شروط الصيغة (الرضا) وأثر تخلفها في عقد الزواج

يندرج تحت هذا المبحث التعرض إلى شروط الصيغة في المطلب الأول، أمّا المطلب الثاني خصصناه لأثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج.

المطلب الأول: شروط الصيغة

لم ينص المشرع الجزائري على شروط معنية في صيغة عقد الزواج بل جاء نص م 10 من ق.أ.ج. عام، مما يفهم منه أنّ المرجع في ذلك هو الشريعة الإسلامية حسب نص م 222 من ق.أ.ج. وسنتطرق إلى هذه الشروط في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بمجلس العقد

و تتمثل في: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول واتصالهما و كذا أن يظلّ الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول.

أولاً: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول

بمعنى ألا يفصل بين الإيجاب و القبول بكلام أجنبي، أو بما يعد في العرف إعراضاً و تشاغلاً عنه بغيره⁽⁴⁷⁾؛ فإذا قام أحدهما بعد الإيجاب لقضاء مصلحة أو اشتغل بحديث آخر لا علاقة له بالعقد ثم صدر منه القبول بعد ذلك، لم ينعقد العقد لعدم اتحاد المجلس⁽⁴⁸⁾، على أن الموضوع الذي انصرف إليه القابل إذا كان متصلاً بالخطبة والمهر والسكن وسائر المسائل المتعلقة بالزواج؛ فإن ذلك لا يعد إعراضاً بحيث لو قال بعدها قبلت تم زواجه⁽⁴⁹⁾.

ثانياً: بقاء الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول

أي يشترط عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول العاقد الآخر⁽⁵⁰⁾؛ لأن الإيجاب غير ملزم للموجب قبل أن يرتبط به القبول، فإذا رجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، صح الرجوع

(47)- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، "نظام الأسرة-الحدود و الجنایات"، (ط4)؛ دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع، لبنان، 1983، ص.29.

(48)- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.144.

(49)- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، (عقد الزواج وأثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق الأقارب)، (د.ط)؛ (د.د.ن)، العراق، 2004، ص.52.

(50)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.149.

وبطل الإيجاب، والقبول الثاني حينئذ يعد بمثابة إيجاب جديد يحتاج إلى قبول حتى ينعقد العقد ويعتبر من قبيل الرجوع عن الإيجاب فقدان أهلية الموجب قبل صدور القبول⁽⁵¹⁾.

ثالثا: التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول

يتحقق التوافق باتحاد القبول والإيجاب في محل العقد وفي مقدار المهر إن سماه الموجب⁽⁵²⁾ فلو اختلفا في مقدار المهر، كأن يقول زوجتك ابنتي فاطمة بألف فيقول قبلت بثمان مائة، لم ينعقد الزواج⁽⁵³⁾. غير أن المخالفة في مقدار المهر إذا تضمنت فائدة وخيرا للموجب فإنّ الزواج يتم، فلو قال رجل لامرأة: زوجيني نفسك بمهر قدره ألف دينار، فقالت: قبلت بمهر خمس مئة دينار، انعقد العقد وسقط عن الزوج ما أسقطته دون الحاجة إلى قبول الزوج⁽⁵⁴⁾.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بصحة الصيغة

وتتمثل فيما يلي:

أولاً: أن تكون الصيغة الدالة على الزواج جدية

نظرا لطبيعة عقد الزواج وقديسيته، فلا بدّ أن تكون الإرادة في تكوينه واعية وجدية، مصداقا لحديث الرسول (ص): « ثلاث جدهنّ جدّ، و هزّ لهنّ جد: النكاح و الطلاق والرجعة»⁽⁵⁵⁾؛ لذلك فحتى يرتب الزواج آثاره الهامة، ينبغي أن تكون النية في إبرامه حقيقية، أمّا الإرادة الهازلة أو الصورية فليس من شأنها تحقيق الانسجام مع أهداف الزواج و مقاصده الشرعية و بالتالي لا يترتب عنها أي أثر قانوني⁽⁵⁶⁾.

ثانياً: أن تكون صيغة عقد الزواج منجزة

يشترط في صيغة الزواج أن تكون منجزة، بمعنى أن تكون منتجة لأثرها في الحال غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى أجل، كأن يقول: زوجتك ابنتي، فيقول: قبلت⁽⁵⁷⁾.

(51)- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.52.

(52)- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.149.

(53)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.94.

(54)- فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص.51.

(55)- ابن ماجه، (كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا)، المرجع السابق، ص.352.

(56)- العربي بلحاج أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.198.

(57)- أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص.55.

أما إذا صدرت الصيغة معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل، فإن عقد الزواج لا ينعقد، فإذا قال: زوجتك ابنتي إذا نجحت في الامتحان، فلا يعتبر هذا اللفظ إيجاباً؛ لأن الصيغة غير منجزة. و إذا قال: إذا قدم أخي من سفره فقد تزوجتك، و تقبل المرأة على ذلك كان العقد باطلاً ومثل ذلك لو قال: بعد شهر، أو بعد سنة، فكل هذه عبارات مضافة إلى زمن في المستقبل ولا تصلح أن تكون عنصراً من صيغة عقد الزواج الذي وضع بصيغته المنجزة؛ ليفيد حكمه في الحال وهو لا يقبل التعليق أو الإضافة⁽⁵⁸⁾.

• حكم اقتران صيغة عقد الزواج بشرط

إذا كانت القاعدة العامة أن تكون صيغة العقد منجزة أي أن تعليق الزواج على شرط يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً، إلا أنه لا مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط طبقاً لاتفاق الطرفين، بشرط ألا تتعارض هذه الشروط مع أحكام العقد ونظام الزواج ومقاصده الشرعية⁽⁵⁹⁾. وهذا ما أكدته المادة 19 من ق.أ.ج المعدلة بنصها على أن: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

ويعني ذلك أن لكل من الزوج أو الزوجة أن يشترطا على بعضهما البعض عند عقد الزواج أو حتى في عقد لاحق شروطاً يريانها من مصلحتها أو من مصلحة أحدها لتمتين رابطتهما المقدسة⁽⁶⁰⁾، أما إذا اشترط أحدهما على الآخر شرطاً ينافي مقصود العقد؛ كعدم إنجاب الأولاد أو عدم التوارث مثلاً، فالعقد باطل لتعارضه مع مقاصد الزواج⁽⁶¹⁾ و هذا ما أقرته م 32 ق.أ.ج كما يلي: « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد »⁽⁶²⁾.

(58) - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.95.

(59) - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.200.

(60) - ويلاحظ أن هذه المادة جاءت عامة في ذكرها للشروط التي يمكن للزوجين أن يشترطانها على سبيل المثال وليس الحصر؛ كشرط عدم تعدد الزوجات وكذا خروجها للعمل، من خلال عبارة « لاسيما».

(61) - محمد محددة، المرجع السابق، ص.152.

(62) - حررت في ظل القانون رقم 84-11 كما يلي: « يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج».

و ذلك مع أن م35 من قانون رقم 84-11 جاءت بحكم آخر مفاده بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا، حيث نصت على أنه: « إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا ».

ويلاحظ هنا تعارض أو عدم انسجام م32 المعدلة مع م35 من ق.أ.ج؛ إذ لنفس الواقعة أي الشرط الذي ينافي العقد، يرتب القانون حكيمين مختلفين تارة بطلان الزواج (م32 ق.أ.ج) وتارة أخرى الشرط باطل والعقد صحيح (م35 ق.أ.ج)، وذلك رغم التعديل الجزئي لنص م32 من ق.أ.ج. وأمام هذا التضارب الحاصل، يرى الفقه أنه يستوجب تغليب الحكم الوارد في م35 أي بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا⁽⁶³⁾

ثالثا: أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة

يشترط في صيغة عقد الزواج أن تكون مؤبدة، أي دالة أن عقد الزواج مستمر دائما إلى نهاية الحياة؛ لأن مقتضى عقد الزواج حلّ العشرة و دوامها وإقامة الأسرة، وتربية الأولاد والقيام على شؤونهم، وذلك لا يكون على الوجه الكامل إلاّ إذا كانت عقدة الزواج باقية لا يفرقها إلا الموت⁽⁶⁴⁾. و على هذا فكل عقد للزواج يذكر فيه ما يدلّ على التأكّيت، أو يستفاد من مضمونه أنه غير مؤبد، فإنّه يكون باطلا، و من أمثلة ذلك: الزواج المؤقت وزواج المتعة؛ حيث قرّر علماء الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين على اختلاف العصور بطلانها طبقا لآيات كتاب الله العزيز، وعملا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يخالف ذلك إلاّ الشيعة الإمامية الذين حلّوا زواج المتعة⁽⁶⁵⁾ والأكيد أن رأيهم هذا لا يقوم على أساس من الشرع مطلقا- فقد تمسكوا بظاهر قوله تعالى: « فما استمتعتم به منهنّ فاتوهنّ أجورهنّ فريضة»⁽⁶⁶⁾، و بما روى أن النبي (ص) رخص فيه لأمر طارئ في بعض الغزوات، وهذا الاستدلال لا أساس له أمام الأدلة القاطعة في تحريم زواج المتعة و الزواج المؤقت⁽⁶⁷⁾.

(63)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.205.

(64)- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره؛ دار الفكر العربي، القاهرة، (د.س.ن)، ص.73-74.

(65)- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، ط1؛ دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010، ص.81-82 وص.86-87.

(66)- سورة النساء، الآية 24.

(67)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.173، 184.

رابعاً: أن تكون الصيغة سليمة و خالية من عيوب الإرادة

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة في عقد الزواج بالتفصيل وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيراً في هذه المسألة، يجعلنا نلجأ إلى القواعد العامة في ق.م.ج في م82 والمواد من 86 إلى 88، وعموماً فهذه العيوب التي تشوب الرضا في الزواج تنحصر في: الغلط التدليس والإكراه⁽⁶⁸⁾. و سنتعرض لهذه العيوب الثلاثة كما يلي:

أولاً- الغلط

وهو أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف، ويتبين أنّ هذا الوصف غير متحقق فيه⁽⁶⁹⁾. وقد ورد ذكر الغلط في م82 من ق.م.ج بنصها أنه: « يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقد جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد»⁽⁷⁰⁾.

و هذا النوع من عيوب الإرادة يمكن أن يقع في عقد الزواج في حالتين:

1- الغلط المانع للإرادة

يتحقق الغلط في هذه الحالة عندما لا تتجه إرادة الطرفين إلى إبرام نفس العقد؛ لانعدام تطابق الإيجاب و القبول، كمن كان يريد الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو العلاقة الحرّة ومن ثمة يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً على أساس عدم تطابق الإرادتين حول طبيعة وماهية العقد. كما يمكن أن يكون عقد الزواج مشوباً بغلط في ذاتية الشخص المراد الزواج به؛ فعقد الزواج من العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محلّ اعتبار، فإنّه لا يتم صحيحاً إلاّ إذا كان متجهاً إلى

(68)- زويبير بولعواد، المرجع السابق، ص. 14.

(69) -حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني: (أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء)، (د.ط)؛ مطبعة سامي، مصر، (د.س.ن)، ص53.

(70) - أمر رقم رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر.ع. 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975. معدل بالأمر رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ع. 44 لسنة 2005، و معدل بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13مايو سنة 2007، ج. ر. ع. 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

الشخص المراد الزواج به ويترتب عنه عدم اقتران الإيجاب بالقبول⁽⁷¹⁾، وهذا ما يجعل من عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة 33 من ق.أ.ج المعدلة⁽⁷²⁾.

2- الغلط المفسد للإرادة

إنّ هذا الغلط غالبا ما يحدث في إحدى الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد، حيث يمكن أن يكون في الصفة الجسمانية أو الصفة الخلقية، كحالة زواج شخص بامرأة على أنّها عذراء، فوجدها على خلاف ذلك، أو كحالة عقم الزوج أو عجزه الجنسي، وفي هذه الحالات فالقانون خول للزوجة حق طلب التطليق على أساس الفقرة 2 من م53 من ق.أ.ج⁽⁷³⁾، كما منح للزوج حق إبطال العقد (الطلاق) على أساس الغلط الذي يحول دون تحقيق أهداف الزواج و مقاصده⁽⁷⁴⁾.

وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن الغلط في صفة من الصفات الأساسية لشخص يمكن أن يشوب الإرادة في مجال عقد الزواج كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو سكوته عن عجزه الجنسي حين العقد⁽⁷⁵⁾.

ثانيا: التدليس والتغيير

هو استعمال حيلة و خدعة لإيقاع الطرف الآخر في الغلط، ليقدم على العقد و يدفعه إلى الموافقة، ضائتا أنه في مصلحته و الواقع خلاف ذلك⁽⁷⁶⁾.
والتدليس بهذا التعريف يعتبر عيبا من عيوب الإرادة، و يجعل العقد قابلا للإبطال وفقا للمادتين 86 و 87 من ق.م.ج⁽⁷⁷⁾.

(71)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.ص. 211-212.

(72)- تنص م33 من الأمر 05-02، على: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا».

(73)- م53 ف2 من قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(74)- العربي بلحاج، أحكام الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.ص. 112-113.

(75)- العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، (ط3)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.70.

(76)- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.54.

(77)- م 86 من القانون المدني، تنص على أنه: «يجوز إبطال العقد لتدليس إذا كانت الحيل التي لجاء إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس». و تنص م 87: «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

و من أمثلته: تغيير الشخص فيما يتعلق بالكفاءة بأن يدعي نسب غير نسبه الأصلي، وكذلك إذا اشترطت المرأة عند الزواج أن يكون الزوج كفؤاً، ثم يتبين أنه ليس بكفء، لذلك يجوز لها طلب فسخ الزواج⁽⁷⁸⁾.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع ينص في م08 مكرر على أنه: « في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق».

رابعاً: الإكراه

يعتبر الإكراه عيباً من عيوب الإرادة، وهذا ما نصت عليه م88 من ق.م.ج⁽⁷⁹⁾؛ و هو أن يطلب الشخص من غيره الإتيان بعمل غير واجب عليه شرعاً مع تهديده بإلحاق الأذى به إذا لم يجب طلبه⁽⁸⁰⁾، و من ثم لا يعتبر الزواج صحيحاً إذا تم إبرامه و أبدى أحد الطرفين قبوله تحت تأثير الضغط الممارس عليه؛ لأن الإكراه يعدم الرضا و لا يصح معه الزواج⁽⁸¹⁾.

(78) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص61 .

(79) - تنص م88 من ق.م.ج على أنه: « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً مهددته هو أو أحد أقاربه في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه».

(80) - حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص54.

(81) - محمد خطر قادر، المرجع السابق، ص157.

المطلب الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

سنتعرض لهذه النقطة في فرعين أساسيين هما:

الفرع الأول: الجانب الفقهي

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ تخلف الإيجاب و القبول في عقد الزواج يجعله باطلا و منعما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار؛ فلم يحلّوا به الدخول و لم يوجبوا فيه لا المهر ولا النفقة و لا الطاعة، و لا يثبت به النسب و لا التوارث بين الزوجين؛ و اتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا⁽⁸²⁾، و قد خالف في ذلك أبو حنيفة الذي لا يرى إقامة الحدّ لشبهة العقد و يترتب على الدخول حرمة المصاهرة⁽⁸³⁾.

الفرع الثاني: الجانب القانوني

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص م33 ف1 من ق.أ.ج و التي تنص على أنه: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا» و مفادها أن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال ركنه الأساسي؛ ذلك أنّه لا يوجد زواج بدون رضا سليم واختيار ملؤه الحزم و الحرّية⁽⁸⁴⁾، كما أن عقد الزواج الذي تخلف فيه ركن الرضا لا يترتب أي أثر لا شرعا ولا قانونا وليس له أي وجود مطلقا ويجب على الزوجين أن يفترقا⁽⁸⁵⁾، إلاّ أنه كاستثناء على ذلك نصت م40 من ق.أ.ج على ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل⁽⁸⁶⁾.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية إبطال عقد الزواج، ولا على من له الحق في طلب إبطاله، و كذا الإجراءات الواجب إتباعها. لذلك يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه إذا انعقد الزواج بدون رضا أحد الطرفين، فإنه يجوز له أو ممن له مصلحة أو من طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطاله، على أن يرفق الطلب بكل الأدلة، ويصدر الحكم بالبطلان مع الأمر بتنشيط عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية، ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن حكما تقريريا لما هو قائم شرعا وقانونا⁽⁸⁷⁾

(82) - حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.119.

(83) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.149.

(84) - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، (في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 05-02 المؤرخ في 4مايو سنة 2005)، (ط1)؛ دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.53.

(85) - سميرة سالمى، المرجع السابق، ص. 8.

(86) - الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

(87) سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.189.

الفصل الثاني : شروط عقد الزواج

قبل الحديث عن شروط عقد الزواج لا بدّ أولاً من بيان معنى الشرط لغة و اصطلاحاً فيعرف في اللغة أنه: العلامة وهو لازم شيء والتزامه، و منه قوله تعالى: ﴿فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها﴾⁽⁸⁸⁾، أي علاماتها وجمعه شروط و أشرط؛ نقول شروط البيع⁽⁸⁹⁾.

أما في اصطلاح الفقهاء؛ فالشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون خارجاً عن حقيقته فالشهادة أمر خارج عن حقيقة الزواج و ماهيته، ولكن يتوقف عليها نفاذه وترتيب آثاره و اعتباره صحيحاً في نظر الشارع⁽⁹⁰⁾.

وشروط كل عقد و منها الزواج أربعة عند الفقهاء، أولها ما يشترط لانعقاده، و ثانية لصحته وثالثة لنفاذه، و رابعة للزومه⁽⁹¹⁾.

وعليه سنحاول الاختصار والتبسيط في هذه الشروط في عقد الزواج، وأثر تخلفها وفق ما هو مقرّر في الفقه الإسلامي وما نص عليه المشرع الجزائري من خلال تعديله الجديد لقانون الأسرة الذي سعى فيه لتحديد ما يعد ركناً في عقد الزواج و ما يعد شروطاً فيه؛ حيث اعتبر الرضا ركناً وحيداً للزواج في م9، بينما اعتبر باقي عناصر العقد شروطاً له، و هو ما ورد في م9 مكرر التي نصت على أن: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج ». .

(88) - سورة محمد، الآية 18.

(89) - جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.36.

(90) - محمد محدة، المرجع السابق، ص.121.

(91) - شروط الانعقاد هي التي يلزم توافرها في أركان العقد أو في أسسه، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق و شروط الصحة هي التي يلزم توافرها لترتيب الأثر الشرعي على العقد، فإذا تخلف شرط منها كان العقد عند الحنفية فاسداً و عند الجمهور باطلاً.

و شروط النفاذ هي التي يتوقف عليها ترتيب أثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده و صحته، فإذا تخلف شرط منها كان العقد عند الحنفية والمالكية موقوفاً.

و شروط اللزوم هي التي يتوقف عليها استمرار العقد و بقاءه، فإذا تخلف شرط منها كان العقد « جائزاً » أو « غير لازم » وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه، أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.47.

وذلك بعدما كان يعتبرها قبل التعديل أركاناً حيث وضعها في م9 ق.أ.ج⁽⁹²⁾، تحت عنوان « أركان الزواج » إلى جانب الرضا.

ولهذا سيكون التعرض لهذه العناصر حسب الترتيب المذكور في المادة 9 مكرر في مبحثين سنتناول في الأول شرط الأهلية والصداق والولي، أما المبحث الثاني فسنخصصه للحديث عن شرط الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

(92) - القانون رقم 84-11، المرجع السابق، تنص: « يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّق ».

المبحث الأول: شرط الأهلية والصداق والولي في عقد الزواج

نتناول في هذا المبحث شرط الأهلية والصداق والولي وذلك في ثلاث مطالب حسب الترتيب الذي ورد في نص م9 مكرر من ق.أ.ج كما يلي:

المطلب الأول: شرط الأهلية

يعرف الفقهاء الأهلية أنها: « صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف؛ لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه»⁽⁹³⁾.
و تنقسم الأهلية إلى قسمين؛ أهلية الوجوب و أهلية الأداء؛ فأما الأولى تعني صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، و مناطها الذمة، وتثبت للشخص منذ ولادته حتى وفاته.
أما الثانية فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع، و مناطها هو التمييز والعقل، و لا تثبت للصبي غير المميز وللمجنون والمعتوه⁽⁹⁴⁾.

وأهلية الزواج تقتضي أن يتوافر في عاقده أهلية الأداء، إذ لا تكفي أهلية الوجوب، ولا يشترط إكتمالها، فيكفي أن يكون المتعاقد أهلا لمباشرة العقد، وذلك بالتمييز فحسب.⁽⁹⁵⁾
وإلى جانب الأهلية باعتبارها شرطا لا غنى عنه في العقود بصفة عامة والزواج بصفة خاصة فقد اشترط المشرع الجزائري أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوهما من الأمراض.
وعلى ذلك فإن دراسة مسألة الأهلية تقتضي بحثها من جانب كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري(الفرع الأول)، يعقبه الحديث عن الشهادة الطبية المستحدثة بموجب التعديل(الفرع الثاني) وبعدها نتعرض لأثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول : أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لتفصيل الحديث عن أهلية الزواج؛ سنتعرض إليها في منظور الشريعة الإسلامية كعنصر أول ثم نتحدث عن الأهلية في أهم الجوانب التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري كعنصر ثاني، كالاتي:

(93) - إسماعيل أمين نواهضة وأحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص.61.

(94) - حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.52.

(95) - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.145.

أولاً: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

تحديد سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى و الفتاة للزواج لم يكن معروفاً عند المسلمين الأوائل لعدم ورود نص لا في الكتاب ولا في السنة حوله، لذلك كان مسموحاً بالزواج دون قيد أو شرط في العمر ولو كان بعض الفقهاء يقولون بمنعه لغير البالغ، لعدم تحقق الغرض المقصود من مثله⁽⁹⁶⁾.

و لذلك قاموا بتحديد أهلية الزواج على أساس الآمارات الطبيعية للشخص، بحيث بوجود واحدة من هذه الإمارات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثمة أمكن له الزواج؛ وهذه الإمارات هي الإنزال عند الذكر يقظة أو مناماً، وعند الأنثى الحيض أو الحمل.... وكذلك الاحتلام⁽⁹⁷⁾.

ولكن في حالة ما إذا تأخر ظهور هذه الإمارات فعندئذ حدد الفقهاء أهلية الزواج بسنّ معينة بحيث قدره جمهور الفقهاء بالخامسة عشرة للذكور والإناث، في حين يرى الفقه المالكي أنّ نهايته الثامنة عشر عاماً في الفتى والفتاة، أما عند الحنفية؛ فالبلوغ يتحقق في الثامنة عشرة بالنسبة للذكر والسابعة عشرة بالنسبة للأنثى⁽⁹⁸⁾.

وعلى هذا، فالصغير غير المميز لا ينعقد زواجه باتفاق الفقهاء؛ أما الصبي المميز فينعقد موقوفاً على إجازة وليه عند الحنفية، و يبطل زواجه كسائر عقود عند الجمهور، على أنه متى وصل سن البلوغ الطبيعي جاز له أن يعقد الزواج بنفسه⁽⁹⁹⁾.

أما فيما يتعلق بالعقل؛ فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي المجنون وكذا المعتوه، و لا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارئاً عند الحنفية⁽¹⁰⁰⁾.

ثانياً: أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

جاء في المادة 7 من ق.أ.ج أنه: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات».

(96) - محمد محدة، المرجع السابق، ص.130.

(97) - جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.117.

(98) - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. ص.156-157.

(99) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.186.

(100) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1: (الزواج والطلاق)، (ط4)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.61.

من خلال نص هذه المادة سنتناول أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري؛ بتحديد سن الزواج كأصل، ثم الترخيص القضائي القبلي لزواج القصر كاستثناء، وبعد ذلك نبين الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية.

1- تحديد سن الزواج

لم يقدّم المشرع الجزائري بتحديد سنّ الزواج على أساس الإمارات الطبيّعية مثلما قام الفقهاء بتحديدده، بل على أساس سنّ معيّنة يفترض فيها البلوغ في المستقبل على الزواج والقدرة على تحمل متاعبه حيث كانت هذه السن محدّدة في نص المادة الأولى من قانون 63-224⁽¹⁰¹⁾ ب16 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى⁽¹⁰²⁾.

غير أن المشرع الجزائري قام برفع هذه السن حين أصدر قانون الأسرة رقم 84-11؛ حيث جاء في م7 منه أن أهلية الرجل في الزواج تكتمل بتمام 21 سنة، و المرأة بتمام 18 سنة، و أنه للقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة⁽¹⁰³⁾.

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قام بتحديد سن عالية للزواج مقارنة بالقانون السابق؛ ولعلّه في ذلك قد راعى مدى قدرة الزوج على تحمل المسؤولية، و كذا تكاليف و مطالب الحياة الزوجية، مع مراعاة مسائل النمو الديموغرافي في الجزائر⁽¹⁰⁴⁾.

و قد وجهت لمسألة أهلية الزواج في ظل هذا القانون عدة انتقادات؛ من بينها أنها لم تكن منسجمة مع أحكام الأهلية في القانون المدني، حيث حددت م 40 من ق.م.ج سن الرشد ب19 سنة⁽¹⁰⁵⁾.

(101)- م1من القانون رقم 63-224 الصادر في 29 جوان 1963، المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقات الزوجية، ج.ر.ع 44 المؤرخة في 2 جويلية 1963 تنص: « لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة، ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا، ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السنّ إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية».

(102)- ولعل المشرع بتحديدده هذا قد راعى العادات السائدة في مجتمعنا من تزويج الفتيان والفتيات في سن مبكرة .

(103) - القانون رقم 84-11 تنص: « تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة، وللمرأة بتمام 18 سنة. و للقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ».

(104)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص62.

(105)- تنص م40 من القانون المدني على أنه: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة كاملة.

و نتيجة لذلك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقا للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقا لقانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة الأهلية وفقا لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني⁽¹⁰⁶⁾.
غير أن التعديل الجديد أعاد التوازن بين القانون المدني و قانون الأسرة؛ فأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سنّ الرشد المدني أي 19 سنة كاملة⁽¹⁰⁷⁾، فضلا عن ذلك فإن تحديد هذا السن لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁰⁸⁾، حيث نصّت م7 من ق.أ.ج المعدلة: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...»⁽¹⁰⁹⁾.

وقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة؛ لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية؛ ذلك أنه ليس من المصلحة العامة ولا الخاصة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية⁽¹¹⁰⁾.

1- الترخيص القضائي القبلي بالزواج.

الأصل أن الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلاّ بعد بلوغ سنّ 19 سنة المنصوص عليها في م7 ق.أ.ج، إلاّ أن المشرع أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة؛ راعى فيه وضعية وحالة بعض الأشخاص فنص في الفقرة الثانية من م7 على ما يلي: «... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج».

فقد أجاز لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج أن يتزوج قبل ذلك؛ إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، و استطاع أيضا أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب من القاضي المختص⁽¹¹¹⁾. غير أنه ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ ما يلي:

(106) - أحمد الشامي، المرجع السابق، ص.66.

(107) - رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.60.

(108) - أحمد الشامي، المرجع السابق، ص.60.

(109) - و قد ذهب جانب من الفقه للقول أن المساواة في سن الزواج بين الرجل والمرأة حسب تعديل المشرع الجزائري مجرد مساواة شكلية وليست جوهرية؛ ذلك أن المشكلة التي يعاني منها المجتمع الجزائري لا تتمثل في الزواج المبكر؛ بل في مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، و مشكلة البطالة و أزمة السكن و العجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل. أنظر عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.25.

(110) - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.414.

(111) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.96.

أ- من حيث القاضي المختص

يلاحظ أن هذا النص الجديد يكاد أن يكون مستنسخا حرفيا من النص القديم، حيث استعمل المشرع كلمة « القاضي » في منح الترخيص؛ بينما لم يتم بتحديد القاضي المختص في ذلك، و الذي هو « رئيس المحكمة »⁽¹¹²⁾، ويعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتا وغير قابل للطعن؛ فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه⁽¹¹³⁾.

ب- من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتم بتحديد السن الأدنى الذي يتعين على القاضي التقيد به في حالة منحه الترخيص دون السن القانونية للزواج (19 سنة)، بل ترك السلطة التقديرية في ذلك للقاضي. وهناك من الفقه من يرى أنه على القاضي التقيد في هذا الخصوص بمرحلة البلوغ الجسدي المحددة في الفقه الإسلامي بالحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام و هي سن 15 سنة؛ بحيث لا يمكن النزول عنه في منح الترخيص في جميع الأحوال خاصة وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات⁽¹¹⁴⁾.

ج- من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة و الضرورة

جاء في الفقرة الثانية من المادة 7 أنه: « وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ». إن المشرع قد منح للقاضي سلطة منح الإذن إذا لم تتوافر في المقبل على الزواج السن القانونية؛ متى تبين له أن الزواج فيه مصلحة للطرفين أو أحدهما أو وجود ضرورة تتطلب تزويجهما، كما ينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج وتحمل أعبائه من إنفاق، إسكان، ولادة و غيرها من الآثار.

إلا أن الملاحظ في ذلك أنه لم يقرر حدًا لسلطة القاضي، بحيث جاء نص المادة عامًا وشاملا مما فتح مجالًا واسعًا جدًا لتباين الأفكار واختلاف الآراء حول معنى ومفهوم المصلحة والضرورة وهذا لا يخدم مسألة توحيد المفاهيم حول تطبيق مضمونها تطبيقًا سليمًا⁽¹¹⁵⁾.

(112) - عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.25.

(113)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.163.

(114) - رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

(115)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.101.

و يورد الفقه أمثلة على معيار المصلحة والضرورة؛ في الفتاة القاصر التي لا معيل لها من أب أو أخ، فالأصلح لها ومحافظة على عرضها الزواج، و كذلك فيمن خافت على نفسها الزنا، أو عثر عليها في حالة تشرد أو تسول وتقدم رجل للزواج بها⁽¹¹⁶⁾، فعلى القاضي السماح بذلك؛ لكون الضرورة والمصلحة تستلزمان هذا.

2- الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية

منح المشرع الجزائري للزوج القاصر الذي لم يبلغ سنّ الرشد المدني، و الذي حصل على إذن قضائي بالزواج بموجب نص المادة السابعة صلاحية وأهلية التقاضي أمام الجهات القضائية، فيما يتعلق بآثار عقد الزواج؛ من نفقة، حضانة، إثبات نسب، طلب الطلاق والخلع وغير ذلك⁽¹¹⁷⁾.

وهذا ما جاءت به الفقرة الأخيرة من م7 بنصها على أنه: « يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ».

هذا ويشترط لحصول القاصر على هذه الأهلية أن يكون عقد الزواج صحيحا؛ بمعنى استوفى ركنه وشروط صحته، وبالتالي ليس لأحد أن يدعي صفة الزوجية، أو يطالب بآثار الزواج، إذا لم يثبت زواجه بمحرّر و مسجّل لدى سجلات الحالة المدنية⁽¹¹⁸⁾.

إلا أنّ هناك من الفقه من يرى أنّه كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر برخصة بمجرد الزواج ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، فهل من المعقول أن يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة، وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية⁽¹¹⁹⁾، أي يكون خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليّه أو وصيّيه بحسب الأحوال طبقا لنص م81 من ق.أ.ج⁽¹²⁰⁾.

(116)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.136.

(117)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.26.

(118)- العربي بلحاج، أحكام الزواج، في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.165.

(119)- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.61.

(120)- م81 من القانون رقم 84-11 تنص: « من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ».

الفرع الثاني: الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج

إلى جانب الأهلية باعتبارها شرطا في عقد الزواج، فقد أوجب المشرع الجزائري أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوهما من الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الأسرة كخلية أساسية للمجتمع⁽¹²¹⁾.

ويعد هذا الإجراء من الأحكام الجديدة المستحدثة التي جاء بها الأمر 02-05 من خلال نص م7مكرر في فقرتها الأولى بنصها على أنه: « يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج».

كما أوجب على الموظف المختص بتحرير العقد مجموعة من الضوابط و الشروط و ذلك في الفقرة الثانية من م 7مكرر بنصها: « يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية ، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، ويؤشر بذلك في عقد الزواج».

وإذا تقدم الزوجان إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإبرام عقد الزواج ولم يقدم أحدهما أو كلاهما الشهادة الطبية التي تثبت فحصهما، فعليه الامتناع عن تحرير مثل هذا العقد و إعلام الطرفين بأهميتها؛ أما إذا تجاهل وجود الوثيقة الطبية فقام بإبرام عقد الزواج دون أن يستلزمها، فإنه سيتحمل مسؤولية ذلك و يمكن أن يعرض نفسه لعقوبات إدارية و جزائية⁽¹²²⁾.

هذا مع أن الزواج المبرم دون هذه الشهادة و إن خالف إجراء أوليا وقائيا عند إبرامه فلا يعتبر باطلا و إنما يبقى صحيحا⁽¹²³⁾، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب أو الأمراض (م.48 ق.أ.ج⁽¹²⁴⁾)

(121)-أحمد الشامي، المرجع السابق، ص.63.

(122)- عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.53.

(123)- فرغم التنصيص على الزاميتها فإنها ليست شرطا من شروط الزواج المقررة في المادة 9 مكرر.

(124)- تنص م 48 من الأمر رقم 02-05، المرجع السابق، على أنه: « مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و 54) من هذا القانون».

أو التظليق (م.53 ف2. ق.أ.ج⁽¹²⁵⁾)، أو فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشّخص (م.9 و33 ف1 ق.أ.ج⁽¹²⁶⁾)/⁽¹²⁷⁾.

ومن هنا يتضح أن المشرع الجزائري عند استحداثه لهذه المادة قد رأى صلاحيتها مسبقاً؛ لما للفحص الطبي من فائدة و حماية للصحة العامة للمجتمع، و تعرّف الزوجين على الصحة الخاصة لكل منهما و إعلامهما، بهدف ضمان استمرارية العلاقة الزوجية ⁽¹²⁸⁾.

الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزوج.

اعتبر المشرع الجزائري الأهلية شرطاً لصحة عقد الزواج في نص م9 مكرر من ق.أ.ج إلا أنه وبخلاف باقي الشروط الأخرى، نجده لم ينص صراحة ولا ضمناً عن الآثار التي يمكن أن تترتب عن الزواج الذي انتفت فيه أهلية أحد الطرفين أو لكليهما معاً، أو بدون إذن القاضي.

وقد تضاربت آراء الفقه الجزائري حول هذا الفراغ التشريعي:

حيث يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224، ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلاً للتطبيق ⁽¹²⁹⁾.

و بالتالي تطبق م3 من قانون 63-224 كجزاء على الزواج الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانوناً؛ و يترتب عليه البطلان ما لم يلحقه دخول، و يجوز الطعن فيه بالبطلان من الطرفان شخصياً، أو من النيابة العامة، ولكل ذي مصلحة، وللقاضي من تلقاء نفسه ⁽¹³⁰⁾.

(125)- تنص م53 ف2، المرجع السابق، على: « يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية: ... العيوب التي

تحول دون تحقيق الهدف من الزواج...»

(126)- الأمر 05-02، المرجع نفسه.

(127) - بلحاج العربي أحكام الزواج في قانون الأسرة المعدل، المرجع السابق، ص.183.

(128)- أحمد الشامي، المرجع السابق، ص.74.

(129) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.28.

(130)- تنص م3 من قانون رقم 63-224 على أنه: « يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب».

غير أنه لا يجوز الطعن في العقد؛ في حالة بلوغ القاصرين سنّ الزواج، أو أصبحت المرأة حاملا حسب المادة الرابعة من نفس القانون⁽¹³¹⁾.

و هناك رأي آخر قال به الأستاذ محمد محدّة، مفاده أنّ المشرع الجزائري قام بتحديد سنّ الزواج ولكنه لم يعطي لذلك التحديد القيمة القانونية اللاّزمة له؛ فهو نهي دون جزاء، قد لا يجدي نفعا لدى البعض، وخاصّة عند علمهم بما تسمح به م 22 من ق.أ.ج⁽¹³²⁾، من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء في حالة الزواج⁽¹³³⁾.

وأمام هذا الفراغ التشريعي الذي يخلق مشاكل قانونية وعملية؛ فنرى أنّه من المستحسن للمشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبيّن الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء سن الزواج المقررة في م7 ق.أ.ج.

(131) - تنص م4 من القانون رقم 63-224 على أنه: « ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن

المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين:

أولاً: إذا كان الزوجين قد بلغ السن القانونية.

ثانياً: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن و قد حملت.»

(132) - م22 من الأمر 05-02، المرجع السابق، تنص: « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة

عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.»

(133) - محمد محدّة، المرجع السابق، ص.135.

المطلب الثاني: شرط الصداق في عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري الصداق شرطا من شروط عقد الزواج في م9 مكرر من ق.أ.ج وقام بتنظيم أحكامه في المواد 14، 15، 16 و 17 منه، ثم تعرض إلى أثر تخلفه في م33 ف2 المعدلة، لذلك سنتناول موضوع الصداق في هذه النقاط وفق ما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الصداق و دليل مشروعية وجوده

سننتظر في هذا الفرع إلى تعريف الصداق وشروطه أولا، وبعد ذلك سنبين الأدلة الشرعية لوجوده.

أولا: تعريف الصداق وشروطه

الصداق لغة: يعني مهر المرأة، ويسمى بصداق لإشعاره بصدق رغبة باذله في الزواج الذي هو الأصل في إيجاب المهر، وجمعه أصدقه وصدق، وله عدة أسماء: الصداق، المهر، الأجر، الصدقة النحلة، الفريضة و العقر⁽¹³⁴⁾.

و يعرف في الفقه أنه: «المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها»⁽¹³⁵⁾ أما المشرع الجزائري: فقد عرف الصداق و عبر عنه بكونه هدية أو نحلة تدفع للزوجة فقد نصت م14 من ق.أ.ج أن: « الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ».

و ما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ركز على القيمة المالية في تعريفه للصداق وأهمل في مقابل ذلك قيمته المعنوية كرمز للتعاطف والموودة التي يعبر الزوج بواسطته عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية⁽¹³⁶⁾.

(134)-حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، (ط1)؛ منشورات دار القلم العربي، سوريا، 1995، ص.82.

(135)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.46.

(136)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.267.

وقد عدد الفقهاء المسلمين الشروط الواجب توافرها في الصداق وهي كالآتي:

- أن يكون مالا ذا قيمة: إذ لا يصح الصداق بالمال اليسير والتافه.

- أن يكون طاهرا يصح الانتفاع به

- ألا يكون الصداق مغصوبا إذ يجب أن يكون مملوكا للزوج.

- أن يكون معلوما غير مجهول⁽¹³⁷⁾.

وقد سار المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي في تحديد الشروط الواجب توافرها في الصداق؛ فاشتراط أن يكون من نقود أو غيرها، أي من الأشياء القيميّة التي لها قيمة مالية، وأن يكون مباحا شرعا، أي طاهرا صالحا للانتفاع به، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، و هذا ما جاء في نص م14ق.أ.ج على أن: «الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

ثانيا: دليل مشروعية وجود الصداق

إنّ الصداق واجب على الزوج، و هو حقّ للزوجة بأدلة كثيرة قاطعة؛ أهمها قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْنَا نِسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁽¹³⁸⁾، والنحلة بمعنى الفريضة⁽¹³⁹⁾، وقوله أيضا: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁽¹⁴⁰⁾، والمراد بالأجور هنا المهور⁽¹⁴¹⁾.

كما وردت في السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة دلّت على وجوبه؛ منها قوله صلى الله عليه وسلم: «التمس ولو خاتما من حديد»⁽¹⁴²⁾، وهذا الحديث دلّ على أقل المهر و لا يجوز النكاح إلاّ بمهر، كما قال أيضا: «إنّ أعظم النساء بركةً أيسرهنّ صداقا»⁽¹⁴³⁾.

(137)- رايح عبد المالك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1996، ص. ص. 56، 61.

(138)- سورة النساء، الآية 4 .

(139)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص149.

(140)- سورة النساء، الآية 24.

(141)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 101.

(142)- بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، شرح صحيح البخاري، (كتاب النكاح، باب تزويج المعسر الذي

معه القرآن والإسلام) عمدة القارئ، ج20، (د.ط.)؛ دار الفكر، (د.س.ن)، ص. 71.

(143)- أبو بكر أحمد ابن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، (كتاب الصداق، باب ما يستحب من القصد في

الصداق)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج7، (ط3)؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص. 385.

وقوله عليه الصلاة و السلام: «فإن دخل بها فلها المهر بما استحلَّ من فرجها»⁽¹⁴⁴⁾، وهذا الحديث دلّ على أنّ مجرد الدخول يستوجب المهر على الزوج ليحق له الاستمتاع بها استمتاعاً شرعياً⁽¹⁴⁵⁾.

وقد بيّنت السنّة حكم التهرب من دفع المهر للزوجة، حيث قال صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى صَدَاقٍ وَلَا يَرِيدُ أَنْ يُعْطِيَهَا فَهُوَ زَانٌ»⁽¹⁴⁶⁾ و قال في حديث آخر: «إِنَّ أَعْظَمَ الذُّنُوبِ عِنْدَ اللَّهِ رَجُلٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمَّا قَضَى حَاجَتَهُ طَلَّقَهَا وَذَهَبَ بِمَهْرِهَا»⁽¹⁴⁷⁾.

كما أجمع الفقهاء المسلمون منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على وجوب المهر للزوجة على زوجها، مهما كانت صورته؛ وذلك لتحقيق الحكمة التي قصدتها الله عزّ وجلّ من وجوبه، وهي حماية المرأة وصيانة كرامتها، وحث الزوج على الحفاظ على العلاقة الزوجية⁽¹⁴⁸⁾.

الفرع الثاني: أحوال الصداق

سننتاول في هذا الفرع كل من مقدار الصداق، أنواعه و حالاته كما يلي:

أولاً: مقدار الصداق

لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنّه ليس للمهر حدّ أعلى يقف الناس عنده؛ وذلك لانقضاء النص القرآني والحديث النبوي حول تقديره؛ أمّا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽¹⁴⁹⁾، فالمقصود منه التيسير وليس التحديد في هذه الحالة. بينما تضاربت آراء الفقهاء بشأن الحدّ الأدنى للمهر؛ فحدده المالكية بربع دينار أو ثلاث دراهم ولا يجوز أن يكون أقلّ من ذلك، في حين ذهب الحنفية إلى أنّ أقلّ المهر عشرة دراهم أو ما يساويه. و يرى الشافعية والحنابلة أنّه لا حدّ أدنى للمهر، بل يصح بكل ما هو مال شرعي، مستثنين في ذلك بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾⁽¹⁵⁰⁾، فهذه الآية اشترطت أن يكون

(144) - الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، المرجع السابق، ص399.

(145) - جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. ص. 150-151.

(146) - البيهقي، كتاب الصداق، باب ما جاء في حبس الصداق عن المرأة، المرجع السابق، ص. 394.

(147) - البيهقي، كتاب الصداق، باب ما جاء في حبس الصداق عن المرأة، المرجع السابق، ص. 394.

(148) - حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص. 224.

(149) - سورة النساء، الآية 20 .

(150) - سورة النساء، الآية 24.

الزواج بالمال ولكن من غير تحديد، و من ثمة مهما كانت قيمة المهر فهي جائزة ولو خاتم من حديد كما قال صلى الله عليه و سلم⁽¹⁵¹⁾.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بالنص صراحة في م14 من ق.أ.ج على أن: « الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

ومهما يكن من شيء، فإنه يستحسن عدم الإسراف والمغالاة في المهور وما يتبعه من مقدمات مالية؛ لأن ذلك لا يتماشى مع اختلاف طبقات المجتمع، كما أنه يقف كعائق أمام الرّاعبين في الزواج من الرجال والنساء⁽¹⁵²⁾.

ثانيا: أنواع الصداق

ينقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين مسمى وغير مسمى:

1- الصداق المسمى

هو ذلك المبلغ من المال أو المهر الذي اتفق عليه الزوجان، وتمّ تعيينه أثناء انعقاد العقد الصحيح أو بعده⁽¹⁵³⁾، حيث قال تعالى: ﴿وقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم﴾⁽¹⁵⁴⁾

وهذا ما نجده في م15 ق.أ.ج، حيث اشترطت في فقرتها الأولى وجوب تسمية المهر بنصها على أن: « يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا ».

ب- صداق المثل

هو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد سنّا، و جمالا، و مالا، و دينا و علما، و عقلا و بكارا و ثيوبة و غير ذلك من الصفات التي يختلف المهر باختلافها في عرف الناس، و المعتبر في المماثلة من جهة أبيها؛ كأختها مثلا أو بنت عمّها أو بنت أختها... الخ⁽¹⁵⁵⁾.

و قد أشار المشرع الجزائري إلى مهر المثل في الفقرة الثانية من م15 التي نصت على أنه: « في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل ».

(151)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 171-172.

(152)- رابح عبد المالك، المرجع السابق، ص. 80.

(153)- محمد محمد، المرجع السابق، ص. 277.

(154)- سورة البقرة، الآية 237.

(155)- السيد سابق، المرجع السابق، ص. 142.

حيث تستحقه الزوجة متى لم يتفق في العقد على صداق محدد، أو عند إبرام العقد بدون صداق وهذا ما أشارت إليه م33 في فقرتها الثانية⁽¹⁵⁶⁾.

ثالثا: حالات الصداق (التعجيل و التأجيل)

اتفق جمهور الفقهاء على جواز تعجيل الصداق أو تأجيله كله، أو جعله مؤجلا في جزء منه ومعجلا في الجزء الآخر، إلى أجل قريب أو بعيد، كما يجوز أن يدفع على أقساط باتفاق الزوجين⁽¹⁵⁷⁾ وقد سار المشرع الجزائري على منوال الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر حيث نص في م15 على أنه: « يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا».

غير أنه يستحب دفع المهر كله أو بعضه بمجرد العقد وقبل الدخول؛ لحاجة المرأة إليه و تمكينها من تجهيز نفسها وتغطية مصاريفها⁽¹⁵⁸⁾.

الفرع الثالث: حالات استحقاق المرأة للصداق و سقوط حقها فيه

أولاً: حالات استحقاق المرأة للصداق

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق في المواد 15 و 16 و 33 من قانون الأسرة ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة حالات:

1- حالات استحقاق كامل الصداق

قصر المشرع الجزائري الحالات التي تستحق فيها الزوجة المهر كاملا على حالتين هما: الدخول و وفاة الزوج و هذا في م16 من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁵⁹⁾.

أ- الدخول بالزوجة

إذا تم عقد الزواج وكان صحيحا؛ فإن الزوجة تستحق الصداق كاملا، ويصبح حقا من حقوقها وفقا للقواعد الشرعية الإسلامية وأحكام قانون الأسرة⁽¹⁶⁰⁾.

(156)- تنص م33 ف2 من الأمر 02-05 على أنه: « إذا تم الزواج دون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل

الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل».

(157)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.161.

(158)- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.77.

(159)- تنص م 16 من قانون رقم 84-11 على أنه: « تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نفسه عند الطلاق قبل الدخول».

(160)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 48.

ب- وفاة أحد الزوجين

فالوفاة تؤكد للزوجة جميع المهر؛ سواء كان المتوفى الزوج أو الزوجة⁽¹⁶¹⁾، ولا فرق أيضا أن تكون الوفاة قبل الدخول أو بعده⁽¹⁶²⁾

وما يلاحظ هنا أنّ المشرع الجزائري لم يفرّق بين الوفاة الطبيعية والوفاة الناتجة بفعل أحد الزوجين وفي الحقيقة اتفق الفقهاء على أنّه إذا كان الموت ناتج عن قتل أجنبي أو بفعل الزوج (أي يقتل نفسه أو يقتل الزوجة) ففي هذه الحالات كلّها يتأكّد المهر للزوجة⁽¹⁶³⁾.

بينما اختلفت آراؤهم في حالة انتحار الزوجة أو قتلها لزوجها عمدا قبل الدخول؛ ففي الحالة الأولى يرى جمهور الفقهاء أنّها تستحق كل المهر، بينما يرى زفر من الأحناف بعدم استحقاقها شيئا منه بسبب فوات حق الزوج عليه (لأنّها فوتت حق الزوج بالدخول بها).

أمّا في حالة قتلها لزوجها؛ فيرى جمهور الفقهاء أنّ حقّها في المهر يسقط بصفة نهائية؛ فهي تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من الصداق، كما أنّها أنهت زواجها بمعصية، في حين يرى الحنفية أن المهر يتأكّد بالموت في جميع صورته، إلّا أنّ العدل يقضي ألاّ تنتعم الزوجة بمهر نتيجة قتلها لزوجها وهذا هو الرّاجح.⁽¹⁶⁴⁾

2- استحقاق نصف الصداق

وردت هذه الحالة في نص م16 من ق.أ.ج و هي الحالة التي يقع فيها طلاق الزوجة بعد إبرام العقد و قبل الدخول بها، حيث يثبت للزوجة نصف المهر⁽¹⁶⁵⁾، وذلك استنادا إلى قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾⁽¹⁶⁶⁾.

هذا و إن كان نصف المهر واردا في الطلاق، إلّا أنّ سائر أنواع الفرقة قبل الدخول بسبب الزوج يمكن قياسها على الطلاق وتوجب نصف المهر للمرأة؛ كما لو ثبت ردّة الزوج عن الإسلام

(161)- محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.187.

(162)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.279.

(163)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. ص.166، 168

(164)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.188.

(165)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.48.

(166)- سورة البقرة، الآية 237.

أو اللعان باستثناء الفرقة بسبب اختيار الفسخ عند البلوغ أو الإفاقة من الجنون، حيث يسقط كل المهر⁽¹⁶⁷⁾.

3- استحقاق الزوجة لصدّاق المثل

وهي الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج؛ دون تحديد الصداق أو تسميته، ولم يكن معلوماً لا معجلاً ولا مؤجلاً، فيثبت للزوجة قيمة صداق المثل بعد الدخول وفقاً لنص المادة 15 من ق.أ.ج⁽¹⁶⁸⁾. كما يثبت لها أيضاً في حالة ما إذا تمّ الدخول بتخلف شرط من شروط صحّة عقد الزواج حسب م33 من ق.أ.ج.

و ما يمكن ملاحظته هنا أن المشرع الجزائري لم يبيّن ماهية صداق المثل والمعايير المعتمدة لتحديده، و بالتالي فهي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁽¹⁶⁹⁾.

ثانياً: حالات سقوط حق المرأة في الصداق

لم يورد المشرع الجزائري كل الأسباب التي إذا طرأت على الزواج، تؤدّي إلى سقوط حقّ المرأة في المهر؛ و إنّما نص على حالة وحيدة تتمثّل في سقوطه بكامله إذا كان عقد الزواج فاسداً لعدم مراعاة شروط صحته وفقاً لنص م33 ف2⁽¹⁷⁰⁾، إلا أن الفقهاء قد حددوا حالات أخرى تلخّصها فيما يلي :

إذا فسخ العقد قبل الدخول لوجود عيب أو علة في الزوجة فلا تستحق المهر؛ لأنها كالفرقة من جهتها⁽¹⁷¹⁾، وقد يفسخ لسبب غير شرعي فيها؛ كردّها عن الإسلام مثلاً، أو ارتكابها للزنا فهنا يسقط المهر؛ لأنّها ارتكبت معصية، ولا ينبغي أن تكافأ عليها بأن يعطى لها شيئاً منه.

كما يمكن أن يسقط المهر كلياً إذا تنازلت عنه لزوجها، أي وهبته له و أبرأته منه سواء تمّ الدخول بها أو لم يتم⁽¹⁷²⁾.

(167)- رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص.202.

(168)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.48.

(169)- رابح عبد المالك، المرجع السابق، ص.145.

(170)- المرجع نفسه، ص.294-295.

(171)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.175.

(172)- رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص.369-370.

الفرع الثالث: الاختلاف في الصداق

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة الاختلاف في المهر على أحوال متعدّدة؛ فقد يكون النزاع في تسمية المهر، وقد يكون في مقداره، أو نوعه أو صفته، كما قد يكون الاختلاف حول قبضه كلّه أو بعضه⁽¹⁷³⁾، وقد غطى المشرع الجزائري جميع هذه الحالات التي يكون فيها المهر محلاً للنزاع بقاعدتين، أساسهما الدخول من عدمه، وذلك في نص م17 من ق.أ.ج التي تنص على أنه: « في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين » .

ويستخلص من نص هذه المادة أنّه إذا حدث خلاف بين الزوجين حول الصداق قبل الدخول وعجز الزوج عن إثبات صدق ما يدّعيه، فيكون القول للزوجة أو ورثتها في حالة وفاتها مع اليمين⁽¹⁷⁴⁾ وتطبق القاعدة القائلة: «البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر»⁽¹⁷⁵⁾.

أمّا إذا وقع الاختلاف بعد الدخول؛ فالقول للزوج مع يمينه إذا كان على قيد الحياة، أمّا إذا كان قد توفي فيحلّ محلّه ورثته للإثبات⁽¹⁷⁶⁾.

وما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بمصلحة المرأة قبل الدخول، أمّا بعد الدخول فوضع الحق في جانب الزوج، وبهذا يكون قد وازن بين مصلحة الجهتين كل في حالته، كما أنّه راعى العرف السائد في ذلك، حيث لا يتم الدخول إلّا بعد دفع الصداق⁽¹⁷⁷⁾.

الفرع الرابع: أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الآثار المترتبة عن تخلف الصداق في عقد الزواج تبعاً لاختلافهم حول تكييفه وتحديد طبيعته بالنسبة للعقد:

حيث يرى جمهور الفقهاء أنّ العقد صحيح حتى ولو تمّ الزواج بدون مهر، أو تمّ اشتراط عدم المهر، بل يصحّ حتى وإن تمّت تسمية شيء لا يصلح كمهر⁽¹⁷⁸⁾

(173)- بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.80.

(174)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.140.

(175)- محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.217.

(176)- محمد محدّة، المرجع السابق، ص. 283.

(177)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. 179-180.

(178)- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.224.

و ذلك لأنّ الصداق أثر من آثار عقد الزواج، وبالتالي لا تأثير لتخلفه حتىّ يكون صحيحاً⁽¹⁷⁹⁾.
 في حين يعتبر المالكية الصداق ركناً من أركان عقد الزواج، مما استدلوا به من عموميات
 النصوص الموجبة له، و على هذا الأساس رتبوا قولهم بفساد الزواج و عدم صحته في حالة تخلف
 المهر؛ بعدم تسميته أو بالاتفاق على إسقاطه في العقد⁽¹⁸⁰⁾.
 وأمام هذا الاختلاف الفقهي، نص المشرع الجزائري على حكم تخلف شرط الصداق في عقد الزواج
 في الفقرة الثانية من نص م33 من ق.أ.ج بنصها على أنه: « إذ تم الزواج بدون شاهدين أو صداق
 أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ». و
 وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يعتبر الصداق أثراً من آثار عقد الزواج، ولا ركناً من أركانه حيث لم
 يرتب على إغفاله بطلان العقد، بل رتب عليه جزاء فاسخاً حيناً ومثبتاً حيناً آخر⁽¹⁸¹⁾.
 و لهذا فيجوز فسخ الزواج إذا ما تخلف شرط الصداق وكان قبل الدخول، غير أنّه يثبت حتماً بعد الدخول
 بصداق المثل، وتترتب عليه جميع آثاره⁽¹⁸²⁾.
 وقد فصلت غرفة الأحوال الشخصية في قرارها المؤرخ في 17-11-1998 أن عدم تحديد
 الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداق المثل⁽¹⁸³⁾.
 و يفهم مما تقدم أن الحالة الوحيدة التي يفسخ فيها العقد بسبب الصداق؛ هي حالة الاتفاق على إسقاطه
 و يكون ذلك قبل الدخول، بينما يثبت بعده بصداق المثل⁽¹⁸⁴⁾.

(179) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. ص. 168-170.

(180) - أحمد خليفة العقيلي، المرجع السابق، ص. 71.

(181) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق.

(182) - وهناك من الفقه من يرى أنّ الصداق وفق تعديل 2005 له خصائص كل من الشرط والأثر؛ فمن خصائصه
 كشرط فساد العقد المنعقد في حالة عدم تسمية الصداق، أما من خصائصه كأثر صحة العقد الذي لم يتعرض فيه العاقدان
 للصداق، ونفاذ العقد الفاسد بالدخول بصداق المثل طبقاً لنص م33 ف2. أنظر بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء
 قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. ص. 264-265.

(183) - العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 و معلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة،
 المرجع السابق، ص. 78.

(184) - و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد، أنّ هذه النصوص غير منسجمة؛ إذ رغم أهمية عنصر الصداق كشرط في عقد
 الزواج، إلا أنّ في إغفال ذكره في العقد لا يعرض الزواج إلى البطلان ولا يؤثر في سلامته، وإنما يمكن طلب فسخه
 باعتباره عقداً فاسداً وليس باطلاً، أما إذا تمّ الدخول فيمكن تثبيت الزواج بصداق المثل. أنظر عبد العزيز سعد، قانون
 الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 50.

المطلب الثالث: شرط الولي في عقد الزواج

إن من شروط صحة عقد الزواج ألا يكون كل من العاقدین أو أحدهما فضولياً، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا كان في عاقده ولاية إنشائه؛ إما بالأصالة عن نفسه، أو نائباً عن غيره بنياية الشرع، و هي التي يطلق عليها في الفقه الإسلامي الولاية⁽¹⁸⁵⁾.

و لمسألة الولاية في الزواج أهمية بالغة، حيث أخذت حصة الأسد في استقطاب النقاشات الحادة في الفترة الأخيرة بين مختلف المعنيين من رجال الشريعة و القانون و الرأي العام، حول ضرورة وجود الولي من عدمه في إبرام عقد الزواج، خاصة إثر تعديل المشرع لقانون الأسرة، فهل ساير أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص الكتاب و السنة فيما يخص الولي؟

وسنحاول الإجابة على هذا التساؤل؛ بتسليط الضوء على مفهوم الولاية في الزواج وفق الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديله سنة 2005 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الولاية في الزواج وفق الشريعة الإسلامية

الولاية بوجه عام في اللغة تعني: المحبة و النصرة، ومنه قوله تعالى: ﴿و من يتول الله ورسوله و الذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون﴾⁽¹⁸⁶⁾.

أما اصطلاحاً فهي: «سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود و التصرفات صحيحة نافذة؛ سواء أكان ينشئها لنفسه أم لغيره»⁽¹⁸⁷⁾.

وقد تتنوع الولاية إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة؛ فقد تكون ولاية عامة (كولاية القاضي) أو خاصة (كولاية الأب و الجد)، و قد تكون ولاية قاصرة (ولاية الشخص على نفسه وماله) أو متعدية (التي تخول الشخص التصرف في شؤون غيره)⁽¹⁸⁸⁾.

(185)- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص. 135.

(186)- سورة المائدة، الآية 56.

(187)- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي، ص. 303.

(188)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. 125-126.

كما تنتوع إلى ولاية على المال (و هي القدرة على مباشرة التصرفات المالية، حيث يصبح التصرف نافذاً)، أو ولاية على النفس (و التي تتمثل في أمرين: الأول: في التربية و الحفظ أي شؤون الرضاع و الحضانه والثاني: في التزويج)، وقد تكون ولاية على المال و النفس معا⁽¹⁸⁹⁾. وما يهمننا في موضوعنا هي الولاية على النفس المتعلقة بزواج المرأة، و التي قسمها الفقهاء بدورها إلى قسمين: ولاية إجبار و ولاية اختيار⁽¹⁹⁰⁾، وستتم الإشارة إليها لاحقاً في الفرع الثاني. وعليه فسنتناول أولاً مفهوم الولي و دليل وجوده، ثم أقسام الولاية وترتيب الأولياء وفق المذاهب الفقهية ثانياً.

أولاً: مفهوم الولي و دليل وجوده

سننطلق في هذا الصدد إلى تعريف الولي مع الشروط الواجب توافرها فيه ثم نبين الأدلة الشرعية لوجوده من الكتاب و السنة.

1- تعريف الولي و شروطه

لقد عرّف الفقهاء الولي أنه القريب الذي ولّاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه كالمرأة و الصغير و المجنون⁽¹⁹¹⁾، أو هو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب، أو إيصاء أو كفالة، أو سلطنة⁽¹⁹²⁾.

و يشترط في الولي شروط متفق عليها بين الفقهاء هي:

أ- أن يكون الولي بالغاً عاقلاً: أي أن يكون كامل الأهلية و متمتعاً بكل قواه العقلية، فلا تجوز الولاية لا للصبي ولا للمجنون⁽¹⁹³⁾، فمن لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى ألا تكون له ولاية على غيره و القلم مرفوع عنه⁽¹⁹⁴⁾ لقوله صلى الله عليه و سلم: « رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حق يفيق، و عن النائم حق يستيقظ»⁽¹⁹⁵⁾.

(189)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.157.

(190)- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص.136.

(191)- إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص. 92.

(192)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.124.

(193)- رمضان علي السيد الشربناصي، و جابر الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.321.

(194)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.134.

(195)- ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه و الصغير و النائم، المرجع السابق، ص. 352.

ب-إتحاد الدين بين الولي و المولى عليه: فلا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم و لا للمسلم على غير المسلم، حتى ولو كانا إخوة أحدهما مسلم والآخر مسيحي مثلاً⁽¹⁹⁶⁾، لقوله تعالى: ﴿لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين﴾⁽¹⁹⁷⁾.

و هناك شروط أخرى في الولي مختلف في اشتراطها بين فقهاء الشريعة الإسلامية و هي:

أ-العدالة: وتعني استقامة الدين وسلامة الخلق بأداء الفرائض واجتتاب الكبائر و هي شرط عند المالكية و الشافعية و الحنابلة فلا ولاية لغير العدل و هو الفاسق؛ و دليلهم قوله عليه الصلاة و السلام: «لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل»⁽¹⁹⁸⁾.

وقد خالفهم الحنفية في أن ولاية الفاسق في الزواج صحيحة؛ لأنّ سبب الولاية هو القرابة و ليس العدل، و من كان أهلاً للولاية على نفسه تجوز ولايته على غيره⁽¹⁹⁹⁾.

ب- الذكورة: يشترط جمهور الفقهاء في الولي أن يكون ذكراً؛ لأن المرأة لا تستطيع أن تتولّى زواج نفسها ولا غيرها، في حين يرى الحنفية أن الذكورة ليست شرطاً في ثبوت الولاية، و للمرأة العاقلة البالغة عندهم ولاية التزويج⁽²⁰⁰⁾.

2-دليل وجود الولي في عقد الزواج:

شرعت الولاية في الإسلام للمحافظة على حقوق فاقد الأهلية و ناقصها، و حماية مصالح الفتاة لقلّة تجاربيها، و جهلها لأمر الزواج وأحوال الرجال، و سرعة تأثرها وانخداعها، و هذا خلافاً لما يدعيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية حق مطلق، و أنها سلطة تحكم بدون قيود، و منافية لمبادئ الحرية في الزواج⁽²⁰¹⁾.

(196)- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.192.

(197)- سورة آل عمران، الآية 28.

(198)- البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، المرجع السابق، ص.172.

(199)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.246.

(200)- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.192.

(201)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص.120-121.

و يمكن أن نستدلّ على وجود الولي في الزواج بآيات وأحاديث كثيرة منها:

في الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ...﴾⁽²⁰²⁾، وقوله سبحانه وتعالى أيضا: ﴿وَلَا تَنْكَحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾⁽²⁰³⁾، فالخطاب هنا موجه للأولياء، و هو دليل على أن سلطة التزويج إليهم و ليس إلى النساء⁽²⁰⁴⁾.

وفي السنة النبوية: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوْلِي»⁽²⁰⁵⁾، و قال في حديث ثاني: «أَيُّمَا امْرَأَةً أَنْكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسلطانُ وَلِيٌّ مِنْ لَّا وَلِيٍّ لَهُ»⁽²⁰⁶⁾، و قوله أيضا: «لَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ الَّتِي تَزُوجُ نَفْسَهَا»⁽²⁰⁷⁾.

فهذه الأحاديث أقوى دلالة على ضرورة وجود الولي، فليس للمرأة حق مباشرة العقد دونه⁽²⁰⁸⁾.

ثانيا: أقسام الولاية وترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي.

سنتناول في هذا الصدد أقسام الولاية مع الإشارة هنا إلى أن الولاية المقصودة في الزواج هي الولاية على النفس، ثم نتناول الحديث عن ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي.

1- أقسام الولاية

قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين:

أ- ولاية الإجماع: وهي التي تعتبر ولاية كاملة؛ لأن الولي يستبدّ فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه، و تثبت للصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر، كما تثبت للصغيرة بالنسبة للبنات بكرة كانت أو ثيباً⁽²⁰⁹⁾.

(202)- مسورة النور، الآية 32

(203)- سورة البقرة، الآية 221.

(204)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.55.

(205)- عبد الله بن محمد بن ابراهيم أبي شيبة، المصنف، (كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي أو سلطان)،

تحقيق أسامة بن ابراهيم بن محمد، المجلد 6، (ط1)؛ الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، مصر، 2008، ص. 14.

(206)- الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، المرجع السابق، ص.399. والدرامي، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ص.298.

(207) - ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، المرجع السابق، ص. 327.

(208)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.198.

(209) - رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.66.

ب-ولاية الاختيار: و تثبت على المرأة البالغة العاقلة، و قد انقسمت آراء الفقهاء حول تولي الولي زواجها إلى رأيين:

الرأي الأول: و هو لجمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة، و مفاده أنه ليس للمرأة أن تتولى زواج نفسها و لا غيرها، بل يزوجها وليها، بدون تفريق بين البكر و الثيب⁽²¹⁰⁾؛ لأدلة كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وانكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم﴾⁽²¹¹⁾، و قوله (ص): «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل».

الرأي الثاني: وهو لأبي حنيفة و أبي يوسف، و مفاده أنه يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفئا، و المهر مهر المثل، و يستحب مباشرته من طرف الولي و من الأدلة التي تمسكوا بها قوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾⁽²¹²⁾، فقد نسبت الآية التزويج للمرأة⁽²¹³⁾، و قوله (ص): «الأيّم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن في نفسها و إننها سكوتها»⁽²¹⁴⁾.

2-ترتيب الأولياء في أحقية الولاية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأولياء في الزواج هم الأقارب العصبة الذكور حسب ترتيب الميراث، و هم: الأصول؛ من الأب و الجد الصحيح مهما علوا، الفروع؛ من الأبناء و أبناء الأبناء مهما نزلوا، و فروع الأبوين؛ من الإخوة الأشقاء و الإخوة لأب و أبنائهم، و فروع الأجداد؛ وهم الأعمام و أبناءهم؛ و ليس للخال و لا للإخوة لأم، و لا لأي من ذوي الأرحام ولاية⁽²¹⁵⁾.

وقد يطرح التساؤل حول ما إذا غاب الولي القريب غيبة يخشى فوات الكفء إذا أنتظر حضوره؛ بأن يكون أسيرا أو في مكان بعيد، أو كان الوصول إليه صعبا، ففي هذه الحالة تنتقل الولاية للأبعد الذي يليه لتزويج المرأة؛ حتى لا يفوت عليها فرصة الزواج⁽²¹⁶⁾.

(210) - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. ص. 168-169.

(211) - سورة النور، الآية 32 .

(212) - سورة البقرة، الآية 230.

(213) - محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. ص. 127-128.

(214) - أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، (كتاب النكاح، باب في الثيب)، تحقيق محمد

محي الدين عبد الحميد، ج2، (د.ط)؛ المكتبة العصرية، لبنان، (د.س.ن)، ص. 232.

(215) - السيد سابق، المرجع السابق، ص. 117.

(216) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 129.

أما إذا امتنع الولي الأقرب عن تزويج موليته ظلما عمّن رغبت في الزواج منه، أي بدون مبرر شرعي، فقد اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضل موليته عن الزواج بمن تراه كفاً مناسباً لها لقوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾⁽²¹⁷⁾، و بالتالي كان من حقها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزوجها⁽²¹⁸⁾.

الفرع الثاني: حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديل سنة 2005 .

بعد التطرق لمفهوم الولاية وبيان أحكامها وفق منظور الشريعة الإسلامية في الفرع الأول فسنتناول في هذا الفرع مسألة الولاية على المرأة البالغة و القاصرة، في قانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديله مع تبيان الفروق التي تناولتها الأحكام الجديدة له.

أولاً: حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل

لقد جاء قانون الأسرة رقم 84-11 بأحكام غير منسجمة مع بعضها البعض بخصوص مسألة الولي في عقد الزواج، فقد نصت م9 على أنه: « يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق».

فالولي طبقاً لهذه المادة ركن في عقد الزواج فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدونه وهو ما أكدته م11 من القانون نفسه بقولها أنه: « يتولّى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له».

غير أنه و بالرجوع إلى نص م32 و م33 من القانون ذاته، نجد أن المشرع لا يعتبر الولي ركناً في عقد الزواج و إنما شرط صحة؛ فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول، ويثبت بعده بصدق المثل ولا يخلت الزواج إلا إذا رافق تخلفه تخلف ركن آخر كالصدق و الشهود⁽²¹⁹⁾.

ويلاحظ أن م11 أعلاه قد سوّت في الحكم بين المرأة الصغيرة و الكبيرة في إلزامية وجود الولي في عقد الزواج، مع مراعاتها مراتب الأولياء بإسناد الولاية للأب و بعده إلى الأقرب من أهلها.

(217)- سورة البقرة ، الآية 232.

(218)- إسماعيل أمين نواضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 118.

(219)- تنص م32 من قانون 84-11 على أنه: « يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج». و تنص م33 من نفس القانون على أنه: « إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صادق، يفسخ قبل الدخول ولا صادق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد».

ومن صور التناقض في هذا القانون كذلك ما نصت عليه المادتين 12 و 13 منه، حيث جاء في نص م12 أنه: « لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (9) من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت».

فقد فرّق هذا النص بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج؛ فبالنسبة للثيب فلا تدخل تحت ولاية الإيجاب، إذا رغبت بالزواج بمن هو أصلح لها فليس لوليّها أن يمنعها، و للقاضي أن يأذن لها بذلك⁽²²⁰⁾. أما البكر فتخضع لولاية الإيجاب و لوليّها أن يمنعها من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها. غير أن المشرع نص في م13 من نفس القانون على أنه: « لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقته» .

فطبقا لهذا النص لا يكون للولي أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج؛ سواء كانت ثيبا أو بكرا، وهذا متناقض تماما مع نص المادة 12 أعلاه⁽²²¹⁾.

ثانيا: حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل

نتيجة التعارض و التناقض بين النصوص في مسألة الولاية في قانون رقم 84 -11، استدعى ذلك تدخلا تشريعيا سعى من خلاله المشرع الجزائري إلى تدارك النقص ورفع التعارض الذي شابته و ذلك بموجب الأمر رقم 05-02، و سنوضح منهج قانون الأسرة الجزائري الجديد في التعامل مع عنصر الولي في النقاط الآتية:

1- من حيث طبيعة عنصر الولي

اعتبر المشرع الجزائري في م9 مكرر الولي شرطا من شروط عقد الزواج و ليس ركنا فيه لأنه قصر الأركان في ركن واحد و هو الرضا (م9 ق.أ.ج).

(220)- و الانتقاد الموجه هنا أنه كيف للقاضي تقدير صلاحية الزواج من عدمه لهذه الشابة المتمردة عن وليها، و الذي وإن كان محل ثقة المتقاضين فانه غريب عنها؟ انظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.122.

(221)- أحمد الشامي، المرجع السابق، ص.86.

2- من حيث مباشرة العقد

ميز قانون الأسرة الجزائري الجديد بين المرأة الراشدة و القاصر، حيث كرس م11 ف1 حق المرأة الراشدة في مباشرة عقد الزواج بنفسها ولها كامل الحرية في اختيار زوجها، بينما قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، و تعتبر ولايته ولاية إذن و استحباب وفقا للمذهب الحنفي⁽²²²⁾.

أما بالنسبة للولاية على القاصر، فقد نصت عليه الفقرة الثانية من م11 بقولها: « دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له».

و بالتالي يفهم من نص هذه الفقرة أنه و بخلاف المرأة الراشدة، التي يمكن أن تعقد لنفسها و اختيار وليها، فليس للقاصرة التي لم تبلغ سن الرشد أن تتفرد بإبرام عقد زواجها، بل يتولى ذلك وليها⁽²²³⁾.

3- من حيث تحديد الأولياء و ترتيبهم.

يميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة و القاصر؛ فبالنسبة للراشدة فلها الحق أن تختار من تشاء ليكون وليا عليها، إذ ليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء في م11 ف1؛ لأن المشرع بموجب تعديله الجديد قد استبدل معيار القرابة بمعيار الاختيار بفتحته مجال التأويل، باستعمال حرف «أو» الذي يفيد التخيير لا الترتيب، و كذلك لفظ «تختاره»، حيث يساوي بذلك بين حضور الأب أو غيره ممن تختاره المرأة لعقد زواجها⁽²²⁴⁾. أما بالنسبة للقاصر فقد حدد القانون الأولياء؛ وهم الأب، ثم أحد الأقارب الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له و هذا هو الترتيب الذي ورد في الفقرة الثانية من م11 بنصها على أنه: « دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له».

(222) - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 322.

(223) - أحمد الشامي، المرجع السابق، ص. 88.

(224) - و يرى البعض أنه تجاه للتقليل من دور و مكانة الولي بمجرد حضوره الشكلي عند إبرام عقد الزواج؛ و هو أمر غريب و مناقض للعادات و الأعراف الجزائرية . انظر بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 56-66 .
في حين يفسر البعض الآخر هذا الأمر أنه محاولة من المشرع الجزائري لإرضاء طرفين؛ أحدهما ينادي بإلغاء الولي، و آخر يصّر على إبقائه، فاختار التوفيق بينهما بالجمع بين متناقضين. انظر عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 40-41.

4- من حيث علاقة الولي بركن الرضا

الزواج عقد رضائي وفقا للمادة 4 و 9 ق.أ.ج، كما أن نصوص قانون الأسرة الجزائري الجديد لا تتضمن في طياتها ولاية الإيجاب التي قال بها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية؛ لا بالنسبة للبالغة التي لها أن تباشر العقد بنفسها، و لا حتى بالنسبة للقاصرة فإن الولي لا يملك إجبارها على الزواج، حيث تشترط م13 موافقتها⁽²²⁵⁾ بنصها 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».

ولعلّ ما اختاره المشرع فيه نظر وتقدير لمصلحة القاصرة بمنع تزويجها قبل بلوغ السنّ القانونية لأنها ما زالت في حالة لا يسمح لها فيها باعتبار إذنها، لقصور عقلها، فأولى بها أن لا تزوج لعدم قدرتها على تحمل مسؤوليات حياة جديدة لها أثارها الخطيرة⁽²²⁶⁾.

كما أنّه و بإسناد حرّية المرأة الراشدة في عقد زواجها، لم تعد للولي سلطة تمنع موليته من الزواج، حتى و إن كان هذا المنع في صالحها، فاستلزم ذلك إلغاء م 12 من ق.أ.ج لعدم جدواها في هذا الصدد.

الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج

سنبين أثر تخلف الولي كشرط في عقد الزواج؛ بمنظور كل من فقهاء الشريعة الإسلامية من جهة و في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله وبعده من جهة أخرى.

أولا: الجانب الفقهي

يعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج، فإن زوجت المرأة نفسها بغير إذن وليها كان زواجها باطلا⁽²²⁷⁾، أما عند الأحناف فالعقد صحيح؛ لأن الولي لا يعد ركنا و لا حتى شرطا في عقد الزواج، و حسب رأيهم أن للمرأة حق إنشاء العقد من غير موافقة الولي و زواجها صحيح⁽²²⁸⁾.

(225) - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.318.

(226) - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص. 420.

(227) - محمد كمال الدين امام، المرجع السابق، ص. ص. 168-169.

(228) - جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. ص. 130-131.

ثانياً: الجانب القانوني

كان المشرع الجزائري متأثراً برأي جمهور الفقهاء قبل تعديله لقانون الأسرة فنص صراحة على أن الولي ركن من أركان عقد الزواج في م9⁽²²⁹⁾، فإذا انتفى منه هذا الركن كان الزواج باطلاً قبل الدخول، و يصحّ بعده بمهر المثل و ذلك وفقاً للمادة 33 ف1⁽²³⁰⁾، و إذا انتفى منه أكثر من ركن فالزواج باطل حتى و إن تم الدخول و هذا ما جاء في الفقرة الثانية من م33 من نفس القانون⁽²³¹⁾.

أمّا بعد التعديل فقد أصبح الولي شرط صحة في عقد الزواج وفقاً لنص م9 مكرر من ق.أ.ج⁽²³²⁾، مع إضفاء حرّية المرأة في اختياره وفقاً للمذهب الحنفي، و لما كان الحضور الشكلي للولي شرطاً لتتمام العقد؛ فإنّ تخلفه يؤدّي لفسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق المرأة الصداق، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى العقد ركنه و الشروط الأخرى⁽²³³⁾ حسب م33 ف2⁽²³⁴⁾.

و في الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري اعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج فجعل الولاية على الصغيرة (القاصرة) فقط، أما الراشدة فلها الحق في تزويج نفسها آخذاً برأي المذهب الحنفي وقد ذهب لأبعد من ذلك؛ حينما سمح لها بتفويض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر و قد يكون أجنبياً و هذا لا نجد له سنداً في الفقه لإسلامي أو أي مذهب من المذاهب الفقهية⁽²³⁵⁾.

(229) - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(230) -، المرجع نفسه.

(231) - القانون رقم 84-11، المرجع نفسه.

(232) - الأمر 05-02، المرجع السابق.

(233) - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 323-324.

(234) - الأمر 05-02، المرجع السابق.

(235) - أحمد الشامي، المرجع السابق، ص. 89.

المبحث الثاني: شرط الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج

لما كان الزواج من الأمور الخطيرة والتي لها أثرها الجليل على حياة الأسرة و المجتمع أحاطه الشارع بسياج منيع، وجعل له من الشروط ما يتفق ومشروعيته؛ من اشتراط الشهادة عليه و انعدام الموانع الشرعية للزواج. و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص م9 مكرر إلى جانب الشروط الأخرى لذلك سنتكلم في هذا المبحث عن الشاهدين في المطلب الأول، ثم عن انعدام الموانع الشرعية للزواج في المطلب الثاني كما يلي:

المطلب الأول: شرط الإشهاد في عقد الزواج

يكتسي شرط الإشهاد أهمية بالغة في ضمان شرعية عقد الزواج وإثباته عند إنكاره أو جحوده من أحد الزوجين، و قد فرضته غالبية التشريعات المعاصرة من بينها قانون الأسرة الجزائري حيث نص عليه في م9 مكرر وم33 ف2، أين تعرض فيها لأثر تخلفه في عقد الزواج، دون أن يعبر أي اهتمام لتعريفه، ولا للحكمة من وجوده، ولا للشروط الواجب توافرها في الشهود، و هذا ما يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي وفقا لنص م222 ق.أ.ج كآلاتي:

الفرع الأول: معنى الإشهاد في الزواج والحكمة من وجوده

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الإشهاد ثم إلى الحكمة من اشتراطه في عقد الزواج على النحو التالي:

يعرف الإشهاد أنه إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة، و صدق الخبر هو مطابقته للواقع و به يخرج الإخبار الكاذب⁽²³⁶⁾، وهو في عقد الزواج أن يحضر حال إجرائه عدد معين من الأشخاص للتأكيد على حصوله⁽²³⁷⁾.

و تعود الحكمة من اشتراط الشهادة في عقد الزواج دون غيره من العقود الأخرى لما له من أهمية خاصة؛ نظرا للآثار التي تترتب عنه بالنسبة للزوجين و الأولاد و حماية الأعراض و الأنساب، فكان لزاما أن يحاط هذا العقد بالإجلال و القدسيّة مما يحقق له التأكيد، و البعد عن التلاعب و الأهواء⁽²³⁸⁾ و ذلك بالتفرقة ما بين الحلال و الحرام، و التمييز الواضح بين النكاح و غيره من العلاقات غير الشرعية بين الرجل و المرأة، لهذا شرّع ضرب الدفوف و إقامة الولائم للإعلان عن

(236)- أحمد الشامي ، المرجع السابق، ص351.

(237)-حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص. 173.

(238)- ، المرجع نفسه، ص.138.

الزواج⁽²³⁹⁾، مصداقا لقوله (ص): « فصل ما بين الحلال والحرام الدف ورفع الصوت في النكاح »⁽²⁴⁰⁾ كما شرعت الشهادة لإثبات عقد الزواج في حالة جحود أحد الزوجين و إنكاره للعلاقة الزوجية الصحيحة⁽²⁴¹⁾.

وقد وردت أدلة كثيرة تؤكد على ضرورتها لقوله (ص): « لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل »⁽²⁴²⁾، و في حديث آخر قوله (ص): « لا نكاح إلا ببينة »⁽²⁴³⁾، وقال أيضا: « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة »⁽²⁴⁴⁾.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشهود

سننتعرض لشروط الواجب توافرها في الشهود وفق ما أقرته الشريعة الإسلامية أولا ثم وفق ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري ثانيا.

أولا: شروط الشهود في الفقه الإسلامي

هناك من شروط ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف بينهم وهذا ما سننتعرض إليه كالاتي:

1- الشروط المتفق عليها

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الشاهد عند حضوره إبرام عقد الزواج أن يكون بالغا عاقلا، مسلما-إذا كان الزوجان مسلمين - و أن يسمع عبارة العاقدين و يفهم معناها.

أ- العقل و البلوغ

إذ لا بد أن يتمتع الشاهد بالأهلية الكاملة و الإرادة السليمة حتى تقبل شهادته فلا تصح شهادة المجنون و الصبي؛ لأن الشهادة من الولاية، و من ليست له ولاية على نفسه فكيف تكون له ولاية على غيره؟ و فاقد الشيء لا يعطيه⁽²⁴⁵⁾

(239)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.52.

(240)- ابن ماجة، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، ص. 330.

(241)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.127.

(242)- البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدل، المرجع السابق، ص.202.

(243)- الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببيّنة، المرجع السابق، ص.403.

(244)- ، المرجع نفسه، ص.402.

(245)- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. ص.152-153.

ب- الإسلام

إذ لا تجوز شهادة الكافر على المسلم لأن الشهادة بمثابة الولاية⁽²⁴⁶⁾، كما أن شهادة المسلم من شأنها إذاعة خبر الزواج ونشره بين أوساط المسلمين⁽²⁴⁷⁾، ولأنّ لعقد الزواج اعتباراً دينياً؛ فلا بدّ أن يكون الحاضرون فيه - الذين يمضي الزواج بشهادتهم - من أهل العبادة الإسلامية⁽²⁴⁸⁾.

ج- التعدّد

يشترط في الإشهاد على عقد الزواج أن يكون أكثر من رجل واحد لقوله(ص): «لا نكاح إلاّ بولي و شاهدي عدل»⁽²⁴⁹⁾، و بالتالي لا يمكن أن ينعقد الزواج بشاهد واحد، كما أنّ حضور الشاهد شخصياً هو جوهر الشهادة؛ فلا تجوز بالمراسلة أو الكتابة، كما لا تجوز فيها الإنابة⁽²⁵⁰⁾.

د- أن يسمع الشاهدان صيغة العقد في وقت واحد مع فهم المقصود منها

فلو سمع أحدهما فقط عبارة كل من الموجب و القابل، في حين أن الشاهد الثاني سمعها في وقت آخر، فإنّ العقد لا يصح لعدم كفاية هذه الشهادة؛ بسبب اختلاف المجلس الذي سمع فيه كل شاهد صيغة العقد⁽²⁵¹⁾.

وكذلك الحال لو سمع شطرا من الصيغة دون الآخر، فإنّ العقد لا يصح؛ إذ لا بد من سماع صيغة العقد كاملة بعنصريها: الإيجاب و القبول، مع الفهم الصحيح لها فلو سمعها دون فهم لها، فإنّهما لم يشهدا على شيء، فلا يعتبر الزواج صحيحاً⁽²⁵²⁾.

(246)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.55.

(247)- محمد محدة، المرجع السابق، ص.296.

(248) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.55.

(249)- أبو شيبة، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلاّ بوليّ أو سلطان، المرجع السابق، ص.13.

(250)- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.153.

(251)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.102.

(252)- أحمد فراج حسين، المرجع نفسه، ص.102.

2: الشروط المختلف فيها

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى اشتراط عدالة الشهود و ذكورتهم و سنتكلم عن كل شرط على حدى:

أ- عدالة الشهود

يشترط جمهور الفقهاء - المالكية، الشافعية والحنابلة - في شاهدي النكاح العدالة؛ لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » فلا ينعقد بشهادة فاسقين؛ لأنه لا يثبت بهما لقوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾⁽²⁵³⁾؛ فالفاسق لا بد من السؤال عن حاله لتصديقه⁽²⁵⁴⁾. في حين ذهب الحنفية إلى أن العدالة لا تشترط، وأن الزواج ينعقد بشهادة الفاسقين، وكل من يصلح أن يكون وليا في الزواج يصلح أن يكون شاهدا فيه، ثم أن المقصود من الشهادة الإعلان⁽²⁵⁵⁾. ونعتقد أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط عدالة الشهود هو الأجدر بالإتباع؛ وذلك لضعف الأدلة التي استند إليها الحنفية، بالإضافة إلى استحسان إسهاد الأبرار؛ لأن الفاسق يحتمل من كلامه الصدق و الكذب.

ب- الذكورة

ذهب كل من الشافعية و الحنابلة إلى أن الإسهاد على عقد الزواج يتعين أن يكون بشهادة رجلين فأكثر، ولا يصح بشهادة النساء، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا نَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾⁽²⁵⁶⁾، وقوله (ص): « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »⁽²⁵⁷⁾. في حين يرى الظاهرية أن عقد الزواج صحيح و يكفي بشهادة أربع نسوة لأن كل من اثنتين قائمتان مقام رجل فيكتمل العدد⁽²⁵⁸⁾.

(253)- سورة الحجرات، الآية 6 .

(254)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.56.

(255) - السيد سابق، المرجع السابق، ص.50.

(256)- سورة الطلاق، الآية 2.

(257)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص.109.

(258) - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي، ص.163.

و قال الحنفية: تجوز شهادة رجل و امرأتين في عقد الزواج، كالشهادة في الأموال⁽²⁵⁹⁾ و استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ﴾⁽²⁶⁰⁾، و نرى أنه لا يوجد ما يمنع شهادة المرأة كأصل عام، إلا أنّ الواقع يثبت ندرة عقود الزواج التي يتعذر فيها وجود شهادة رجلين على هذا الزواج.

ثانيا: شروط الشهود في قانون الأسرة الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري لتحديد الشروط المتعلقة بالشهود في مواد خاصة ولكن بإستقراء نص المادتين 9 مكررم ق.أ. ج و33 من قانون الحالة المدنية ، يمكن إجمالها كما يلي:

1: الأهلية

وذلك باجتماع عنصرى السنّ والعقل، وقد بيّن الأمر 20- 70 في م33 منه أن سنّ الشّاهد يجب أن لا يقل عن 21 سنة، حيث تنصّ على أنّه: « يجب على الشّهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقلّ سواء أكانوا من الأقارب أو غيرهم»⁽²⁶¹⁾.

2: التعدّد

وهو ما ذكرته المادة 9 مكرّر بلفظ « شاهدان»⁽²⁶²⁾.

3: الذكورة

وهو شرط قرّره غرفة الأحوال الشخصية في قرارها المؤرخ في 15-12-1986 في ملف رقم 43889، إلا أنّ ذلك لا يستقيم مع نصّ م33 من قانون الحالة المدنية التي تنصّ على أنّه: « يجب على الشّهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقلّ سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخصّ الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين».

ولم يتعرّض المشرّع الجزائريّ لباقي الشّروط المذكورة في الفقه الإسلامي، فقد أغفل الحديث عن شرط العدالة في الشّهود لعل ذلك بسبب اشتراطه التسجيل في (م22)⁽²⁶³⁾، أما شرط الإسلام فهو واجب بمقتضى نصّ المادة 222 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم تنصّ عليه نصوص قانون الأسرة الجزائري على اعتبار أنّه شرط متّفق عليه.

(259) - إسماعيل أمين نواظلة، أحمد محمد المومني، ص.176.

(260) - سورة البقرة، الآية282.

(261) - الأمر 20-70 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل19 فبراير المتعلق بالحالة المدنية

(262) - الأمر 05-02، المرجع السابق.

(263) - م22 من الأمر 20-70، المرجع السابق

الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج

سنتناول حكم تخلف الشهادة كشرط في عقد الزواج في وجهة نظر الشريعة الإسلامية وما نص عليه المشرع الجزائري في م33.

أولاً: أثر تخلف شرط الإشهاد في الشريعة الإسلامي.

ذهب جمهور الفقهاء - الحنفية، الشافعية و بعض الحنابلة- لاعتبار الشهادة شرطاً من شروط صحة العقد، و تخلفها يجعله غير صحيح ، بحيث لا يرتب العقد آثاره الشرعية بدونها، و لهم في ذلك عدة حجج منها قوله (ص): «**البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة**»⁽²⁶⁴⁾.

في حين يرتب المالكية البطلان على تخلف الشهادة أثناء الدخول، و لا ينتج البطلان إذا تخلف الإعلان أثناء إنشاء العقد؛ لأن الشهادة حسبهم ليست شرطاً لانعقاد و إنما شرط لحلّ الدخول⁽²⁶⁵⁾. واستدلوا في ذلك بقوله (ص): «**أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه الدفوف**»⁽²⁶⁶⁾.

وقد ذهب الشيعة الإمامية أنّ الشهادة ليست شرطاً لصحة العقد و تمامه، ويصح الزواج بغير شهود؛ ودليلهم في ذلك أن التراضي كاف لانعقاد الزواج قياساً على كفاية التراضي لانعقاد البيع و لكنّها تستحب فيه؛ لأنّ الآيات الواردة في شأن الزواج لا تشترط الإشهاد عليه، فيجب العمل بهذه الآيات على إطلاقها⁽²⁶⁷⁾.

ثانياً: أثر تخلف شرط الإشهاد في القانون الجزائري

لقد كان قانون الأسرة القديم يجعل من حضور الشاهدين ركناً من أركان عقد الزواج وفق م9 منه، و تخلفها ينتج عنه فسخ الزواج وفقاً لنص م32 و م33 من نفس القانون وفي حالة اقتران تخلف شرط الشهود مع أحد الأركان الأخرى، يتحول الفسخ إلى بطلان⁽²⁶⁸⁾.

إلا أن المشرع الجزائري وفق التعديل قد عدل عن موقفه هذا و كيفّ الشهادة في عقد الزواج على أنها شرط صحة فيه طبقاً للمادة التاسعة مكرر، مسائراً بذلك مذهب جمهور الفقهاء، و تخلف هذا الشرط

(264)- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص. 152-153.

(265)- محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 53.

(266)- الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، المرجع السابق، ص. 390.

(267)- أحمد خليفة العقيلي، المرجع السابق، ص. 67.

(268)- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 331.

يترتب عنه فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق الزوجة صداقا، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا للفقرة الثانية من نص م33 المعدلة من ق.أ.ج⁽²⁶⁹⁾.

(269) - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.44.

المطلب الثاني: شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج

جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري بشرط إضافي لإبرام عقد الزواج، والمتمثل في انعدام الموانع الشرعية للزواج، وهو ما نصت عليه م9مكرر منه بقولها: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج»، و الموانع جمع مانع؛ و هو الحائل الذي يمنع من تحقق إرادة شخصين من الزواج و الاقتران⁽²⁷⁰⁾.

لذلك فسنبين أصناف هذه الموانع التي حرم الزواج منها (الفرع الأول)، و بعد ذلك أثر الزواج بأحد هذه المحرمات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أصناف المحرمات من النساء

تتقسم موانع الزواج استنادا إلى القرآن الكريم و السنة النبوية إلى نوعين؛ موانع مؤبدة و موانع مؤقتة، و تنص م23 من ق.أج على أنه: « يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة»⁽²⁷¹⁾.

أولا: موانع الزواج المؤبدة

ويقصد بها النساء اللواتي يحرم على الرجل الزواج بهنّ حرمة دائمة ومؤبدة، ولا يزول هذا التأبيد لأيّ سبب من الأسباب⁽²⁷²⁾، و أسبابه ثلاثة هي: القرابة، المصاهرة، والرضاع. وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في نص م24 كما يلي: « موانع النكاح المؤبدة هي: القرابة، المصاهرة ، الرضاع ». و سنتعرض لكل الحالات على حدى.

1- المحرمات بالقرابة

القرابة هي اتصال في عمود النسب؛ تثبت حقيقة بواقعة الولادة، وتثبت شرعا بالعقد الصحيح. وصورها كثيرة منها؛ الأبوة، البنوة والأخوة⁽²⁷³⁾.

وقد دلّ على التحريم بالقرابة أو النسب ما ورد في آية المحرمات وهو قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت ﴾⁽²⁷⁴⁾، فهناك إذن أربعة أصناف من النساء:

(270) - محمد محدة، المرجع السابق، ص.308.

(271) - قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(272) - رمضان علي السيّد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.195.

(273) - محمد كمال الدين امام، المرجع السابق، ص.141.

(274) - الآية 23 من سورة النساء.

أ- أصول الشخص من النساء و إن علون: أي كل امرأة لها على الشخص ولادة وهي: الأم و الجدة سواء من جهة الأب أو الأم ومهما علت.

ب- فروع وفروع فروعه وإن نزلن: أي كل امرأة له عليها ولادة، كالبنات وبنات البنات وبنات الابن مهما نزلت⁽²⁷⁵⁾.

ج- فروع الأبوين وفروع فروعهم الإناث و إن نزلن: كالأخوات وبناتهن (سواء كانت شقيقة، أم لأب أم لأم).

د- الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدات: و هنّ العمات والخالات (سواء كانت العمّة أختا شقيقة لأب أو لأم)، أما الطبقة الثانية فما دونها من هذه الفروع فلا تحرم؛ كبنات العم أو العمّة وبنات الخال أو الخالة⁽²⁷⁶⁾.

وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في نص م25 من ق.أ.ج بقولها: « المحرمات بالقربة هي: الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ و بنات الأخت»⁽²⁷⁷⁾.

و الحكمة من التّحريم هو المحافظة على كيان الأسرة و سدّ الأطماع، ومنع قطع الرّحم بسبب ما يحدث عادة بين الزوجين من النّزاع⁽²⁷⁸⁾، كما أن الطب أثبت أن زواج الأقارب ينتج نسلا ضعيفا، لذا فمن مصلحة الطفل أن يولد من أبوين بعيدين من ناحية القرابة ليكون قويا وسالما من الأمراض⁽²⁷⁹⁾.

2- المحرمات بالمصاهرة

وهن المحرمات بسبب الزواج⁽²⁸⁰⁾، و تشمل أربع نسوة على هذا النحو:

- ثلاث بمجرد العقد دخل بهنّ أو لم يدخل⁽²⁸¹⁾، و هنّ:

أ- أم الزوجة و جدتها و إن علت: سواء كانت لأب أو لأم؛ لقوله تعالى: ﴿ وأمهات نسائكم ﴾⁽²⁸²⁾

(275)- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1؛ دار النفاس لنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص. 239 .

(276)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 77.

(277)- القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

(278)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 125-126.

(279)- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2؛ دار القلم لنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص. 44.

(280)- محمد محدة، المرجع السابق، ص. 313.

(281)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 157.

(282)- سورة النساء، الآية 23.

و حسب القاعدة الفقهية: « **العقد على البنات يحرم الأمهات** »؛ و التحريم هنا لما في ذلك من إثارة الكراهية بين الأم و ابنتها، و قطع لصلة القرابة⁽²⁸³⁾.

ب- **زوجة الأب و الجد و إن علا:** سواء أكان الجد لأب أو لأم؛ مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف، إنه كان فاحشة و مقتا وساء سبيلا** ﴾⁽²⁸⁴⁾؛ و هذا لأنها في منزلة الأم في التقدير و الاحترام.

ج- **زوجة ابن الشخص و إن نزل:** لقوله تعالى: ﴿ **و حلائل أبنائكم اللذين من أصلابكم** ﴾⁽²⁸⁵⁾؛ أما زوجة الابن المتبنى فإنها لا تحرم على من تبناه⁽²⁸⁶⁾.
- و رابعة لا تحرم إلا بالدخول⁽²⁸⁷⁾، و هي:

بنت الزوجة و إن نزلت: فإذا دخل الزوج بالأم تحرم عليه بناتها حتى ولو طلقها أو ماتت عنه أمّا إن لم يدخل بها (عقد عليها ثم طلقها أو ماتت عنه قبل الدخول)، فلا يحرم عليه الزواج بإحدى فروعها لقوله تعالى: ﴿ **و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلا جناح عليكم** ﴾⁽²⁸⁸⁾.

و حسب القاعدة الفقهية: « **الدخول بالأمهات يحرم البنات** »⁽²⁸⁹⁾.

و سبب التفرقة أن الأم تحبّ أبناءها كنفسها، فلا تتألم لو عقد على بنتها بعد العقد عليها، بعكس البنت⁽²⁹⁰⁾، و قد نصّ المشرع الجزائري على هذه الأصناف في نص م 26 من ق.أ.ج كما يلي:

« **المحرمات بالمصاهرة هي:**

- 1- **أصول الزوجة بمجرد العقد عليها .**
- 2- **فروعها إن حصل الدخول .**
- 3- **أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علو .**
- 4- **أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلن .** »

(283)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.83.

(284)- سورة النساء، الآية 22.

(285)- سورة النساء، الآية 23.

(286)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص.78-79.

(287)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.157.

(288)- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص.243.

(289)- سورة النساء، الآية 23.

(290)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.134.

- هل تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ؟

اتفق الفقهاء على ثبوت حرمة المصاهرة في العقد الفاسد، و المدخول عليها بشبهة.

وقد اختلفت آراءهم حول ثبوتها في حالة الزنا؛ حيث ذهب الحنفية و الحنابلة إلى أنّ الزنا كالزواج يحرم بالمصاهرة، في حين قال الشافعية و المالكية بعدم ثبوت هذه الحرمة بالزنا؛ و دواعيه أن حرمة المصاهرة رابطة تجعل الأجانب محارم كالأقارب، و هذه الرابطة نعمة لا تترتب إلاّ على العقد أو الدخول الشرعيين، و لا تبني على المحظور⁽²⁹¹⁾.

وقد سكت قانون الأسرة الجزائري بخصوص هذه المسألة، و من وجهة النظر الفقهيّة، فالرأي الراجح أنّ الزنا بالمرأة لا ينشأ عنه تحريم، و هو ما ينبغي إتباعه⁽²⁹²⁾.

وحكمة التحريم بالمصاهرة هي منع التنازع و التصارع الذي قد يحدث بين الأقارب من هذا النوع؛ إما بفك ارتباط زوجة بزوجها، أو بالتنازع على زوج⁽²⁹³⁾، كما أنّ في التحريم توسيع لدائرة القرابة فإن تزوج شخص من قوم صار كأحد منهم بعد أن كان أجنبيا عنهم⁽²⁹⁴⁾.

3- المحرمات بالرضاع

المقصود بالرضاع: هو مصّ الرضيع اللبن من ثدي أنثى أدمية؛ سواء قليلا أو كثيرا، ولو وقعت مرّة واحدة في وقت مخصوص هو مدّة الرضاع أو الصغر⁽²⁹⁵⁾.

وقد ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب؛ لقوله تعالى: ﴿و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾⁽²⁹⁶⁾، و في السنّة قوله صلى الله عليه وسلّم: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»⁽²⁹⁷⁾ و هو نفس ما ورد في نص م 27 ق.أ.ج نقلا عنه⁽²⁹⁸⁾.

(291)- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.46.

(292)- العربي بلحاج ، قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص.230.

(293)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.134.

(294)- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 88.

(295)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.231.

(296)- سورة النساء، الآية 23.

(297)- ابن ماجة كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، المرجع السابق، ص.336. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، الجامع الصحيح (كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع)، اعتنى به محمد زهير بن ناصر الناصر، ج3، (د.ط)؛ دار طوق النجاة، (د.س.ن)، ص. 170.

(298)- تنص م 27 من القانون رقم 84-11 على أنه: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». و نلاحظ أنّه اقتصر

على ذكر محرّمات الرضاع من النسب دون ذكر المصاهرة، و لكن عملا بنص م 222 فالتحريم يقع بسبب الرضاع حتى ولو كان الأمر متعلّقا بالمصاهرة .

وقد ألقى الفقهاء المصاهرة بالنسب فقالوا: « كل من تحرّم بالنسب أو المصاهرة تحرّم بالرضاع»⁽²⁹⁹⁾.

و على هذا فالتحرّم بالرضاع يشمل ما يلي:

أ- الأم من الرضاعة و الجدات مهما علون: لقوله تعالى: ﴿و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ .

ب- البنت من الرضاعة و بنت ابنها رضاعاً مهما نزلن.

ج- فروع الأبوين: وهن أخته من الرضاع و بنت أخيه و بنت أخته و إن نزلن.

د- العمات و الخالات من الرضاعة: أي أخت زوج المرضعة و أخت المرضعة؛ أما بنت العم و بنت العمّة، و بنت الخال و بنت الخالة فيحلون له.

و- أم الزوجة و جدّاتها من الرضاعة مهما علون: سواء دخل بالزوجة أم لا.

ن- البنت من الرضاع و بنات أولادها مهما نزلن: إذا كانت الزوجة مدخولاً بها، وإلا فلا تحرّم فروعها من الرضاع عليه .

هـ- زوجة الأب أو الجدّ من الرضاع مهما علا: سواء دخل بالزوجة أم لم يدخل بها.

م- زوجة الابن و ابن الابن و ابن البنت من الرضاع و إن نزلوا : سواء دخل بها أم لا.

و القاعدة أنّ هذا التّحرّم يسري على الطّفل الرّضيع وحده دون سائر إخوته من النّسب، وهذا ما

نصّ عليه المشرّع الجزائري في نصّ م28 على أنه: « يعدّ الطّفل الرّضيع وحده دون إخوته ولداً للرضعة و زوجها و أبا لجميع أولادها، و يسري التّحرّم عليه و على فروعها».

ولتحقق الرّضاع المحرم يشترط الفقهاء الشروط التّالية :

- أن يحصل الرّضاع في الحولين و قبل الفطام؛ لقوله صلى الله عليه وسلّم: «لا رضاع إلا ما كان

من حولين»⁽³⁰⁰⁾، و هذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في نصّ م29 ق.أ.ج على أنه: «لا يحرم

الرّضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً»⁽³⁰¹⁾.

(299)- عبد الوهاب خلاّف، المرجع السابق، ص.47 .

(300)- بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، كتاب النكاح، باب من قال لا رضاع إلا ما كان بعد الحولين، المرجع السابق، ص.96.

(301)- القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

- ألا يخلط اللبن بغيره.
- تيقن انتقال اللبن إلى حلق الرضيع أو جوفه.
- أن يثبت الرضاع بإقرار أو بيّنة حتى يكون محرماً و مانعاً للزواج⁽³⁰²⁾.

✓ مقدار الرضاع المحرّم

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في المقدار الذي يحرم به الرضاع:

حيث ذهب الحنفية و المالكية بقولهم أنّ قليل الرضاع و كثيره سواء في التحريم، فلم يشترطوا مقدارا معيّناً؛ و حجّتهم في ذلك أنّ النصوص الذّالة على الرضّاع مطلقة و لم تقيد بعدد معيّن من الرضّعات. في حين يرى الشافعية و الحنابلة أنّ إنبات اللّحم و إنشاز العظم لدى الرضيع لا يتحقّق إلا بإرضاع يوم كامل على الأقلّ، لذلك يثبت التحريم بخمس رضعات مشبعات فأكثر⁽³⁰³⁾، استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تحرم المصّة والمصتان »⁽³⁰⁴⁾.

و أمام هذا الاختلاف الفقهي حول هذه المسألة، أخذ المشرع يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد سكت عن بيان حكم الزّوجة الملاعنة⁽³⁰⁵⁾؛ ذلك أنّ الفقهاء زيادة على المحرمات نسبا و رضاعاً و مصاهرة، قالوا بتحريم الملاعنة تحريم مؤبداً⁽³⁰⁶⁾، لكن بالرجوع إلى نص م 138 ق.أ.ج⁽³⁰⁷⁾ ففيها إشارة ضمنية إلى اللّعان، و كذا عملاً بنص م 222 منه فالتحريم مؤبداً. الجزائري بالرأي الأول الذي لم يفرق بين الرضّاعة الواحدة أو المتعدّدة⁽³⁰⁸⁾، حيث نصّ في المادة 29 من ق.أ.ج على أنه: « لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً ».

(302)- محمد محدة، المرجع السابق، ص. ص. 317-321.

(303)- تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، (ط1)؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص. ص. 30-31.

(304) - الدرّامي، كتاب النكاح، باب كم رضعة تحرم، المرجع السابق، ص. 308.

(305)- و هي التي قذفها زوجها بالفجور أو نفى نسب ولدها إليه، فترافعا إلى القاضي و تلاعنا أمامه ففرّق بينهما فتصبح المرأة حراماً على الرّجل؛ و قال الحنفية يجوز زواجه بها إذا أكذب نفسه و برأها ممّا نسبته إليها، أما عند الجمهور فالتحريم مؤبداً لما صحّ في السّنة أنّ المتلاعنان لا يجتمعان أبداً. أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص. 142.

(306) - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 158.

(307)- تنص المادة 138 من القانون رقم 84-11 على أنه: «يمنع من الإرث اللّعان و الرّدة».

(308)- الرّشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 92.

الحكمة من التحريم بسبب الرضاع

تتمثل الحكمة من التحريم بالرضاعة في المكانة السامية للرضعة، و التي تجعلها قريبة من الأم النسبية، و في ذلك فائدة جلية مفادها أن التشجيع على الإرضاع فيه تعويض للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعهم، و تعويض للأمهات اللواتي فقدن أبناءهن⁽³⁰⁹⁾.
كما أن الحرمة جاءت لترسخ معنى الطهر والنقاء القائم بين الأم الرضاعية و رضيعها؛ كونها قد ساهمت في نموه و تكوين بنيته وحفظ حياته، فمن العبث أن تتحط هذه العاطفة إلى العلاقة الجنسية التي تؤدي إلى التناثر و التناحر أحيانا⁽³¹⁰⁾.

ثانيا: المحرمات تحريما مؤقتا

وهنّ النساء اللاتي يحرم الزواج بهنّ حرمة مؤقتة لسبب معين، فإذا زال السبب زالت الحرمة⁽³¹¹⁾.
والتحريم على التأقبت ورد في نص م30 المعدلة من ق.أ.ج، و التي جاء فيها أنه: « يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا.
كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم». و سنتناول كل واحدة من هذه المحرمات على النحو التالي:

أولا: المتعلّق بها حق

وهي التي تعلقّ بها حق الغير بزواج أو عدة⁽³¹²⁾، و هذا يشمل ما يأتي:

1- المرأة المتزوجة (زوجة الغير)

يحرم على المسلم أن يتزوج من امرأة هي زوجة لغيره؛ لأنّ حق الغير متعلّق بها؛ و ذلك لقوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم... و المحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم... ﴾⁽³¹³⁾، فالمراد بالمحصنات هو المتزوجات؛ سواء أكان زوجها مسلما أو غير مسلم، و الحكمة من تحريمها هو منع الإنسان من الاعتداء على حق غيره و حفظ الأنساب⁽³¹⁴⁾.

(309)- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. ص. 83-84.

(310)- جبر محمود الفضيلات، المرجع السابق، ص. 78.

(311)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 142.

(312)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 146.

(313)- سورة النساء، الآية 24.

(314)- محمد محدة، المرجع السابق، ص. 329.

2- المرأة المعتدة

كما يحرم على الرجل أن يتزوج بمعتدة غيره؛ سواء من طلاق رجعي أو بائن أو من وفاة لقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاث قروء﴾⁽³¹⁵⁾، و معنى التربص الانتظار، و حكمة تحريمها هي التأكد من براءة الرحم حفظاً للأنساب؛ فالزوج الذي طلق زوجته يجوز له الرجوع عن طلاقه وهي معتدة منه، فتحلّ له دون عقد أو مهر جديدين؛ أمّا إذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى فتحلّ له بعقد و مهر جديدين⁽³¹⁶⁾.

ثانياً: المطلقة ثلاثاً

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً مكملًا للثلاث، يحرم عليه الزواج بها من جديد؛ لأنه استنفذ جميع الطلقات وبانت منه بينونة كبرى، و لا تحلّ له حتى تتزوج غيره بزواج صحيح و يتمّ الدخول بها فإذا طلقها أو توفي عنها، جاز له أن يتزوجها بعقد و مهر جديدين⁽³¹⁷⁾؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾⁽³¹⁸⁾، كما قال سبحانه تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾⁽³¹⁹⁾، و هذا نفس ما جسده المشرع الجزائري من خلال نصّ م 51 ق.أ.ج بقولها: «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء».

والحكمة في ذلك هي تأديب الزوجين على الأخطاء التي ارتكباها خلال المراحل السابقة⁽³²⁰⁾ و من شأن التحريم حمل الزوج على التريث والتروي قبل الإقدام على الطلاق إلا عند الضرورة وكذلك فإن الزوجة حين تعرف خطورة الأمر فإنها لا تخلق الأسباب الداعية للشقاق والنزاع⁽³²¹⁾.

(315) - سورة البقرة، الآية 228.

(316) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.97.

(317) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.98.

(318) - سورة البقرة، الآية 229.

(319) - سورة البقرة، الآية 230.

(320) - رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص.95.

(321) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.87.

رابعاً: الجمع بين محرمين

يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته بين محرمين في وقت واحد، بأن يتزوج الثانية والأولى ما تزال في عصمته؛ فلا يصح الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها؛ سواء أكانت المحرم شقيقة أم لأب أم لأم، ولا فرق أن يكونوا محرمين بسبب النسب أو الرضاع (322).

وقد ثبت التحريم بالكتاب و السنة؛ فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿... و أن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ (323)، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: « لا تنكح المرأة على عمّتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها» (324).

والحكمة في التحريم لما يكون بين الضرتين غالباً من نزاع و اختلاف بسبب الغيرة، و الجمع بين محرمين بالزواج يؤدّي إلى قطيعة الرحم (325).

خامساً: زواج المسلمة بغير المسلم

أجمع الفقه على عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم و سواء كان مشركاً أو كتابياً؛ لقوله تعالى: ﴿و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾ (326).

والحكمة في ذلك أنّ زواج المسلمة بغير مسلم يجعلها بمرتبة أدنى من الزوج الكافر باعتباره رجل له السلطان النافذ (القوامة) و يؤثر على المرأة و الأبناء، فتغيّر عقيدتها إمّا حباً به أو خوفاً منه (327).
وقد نصّ المشرع الجزائري على هذا المانع المتعلّق بتحريم زواج المسلمة بغير المسلم في الفقرة الخامسة من نص المادة 30 من ق.أ.ج (328)، بعدما كان ينصّ عليه في الفقرة الأولى من نص م31 (329) حيث تم نقل هذا المضمون بموجب التعديل الجديد.

(322)- تقي الدين ابن تيمية، المرجع السابق، ص. 21.

(323)- سورة النساء، الآية 23.

(324)- البيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها، المرجع السابق، ص. 269.

(325)- عمر سليمان الأشق، المرجع السابق، ص. 251.

(326)- الآية 221 من سورة البقرة.

(327)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 241-242.

(328) - م30 ف5 من الأمر رقم 05-02، المرجع السابق، تنص على: « يحرم من النساء مؤقتاً:.... زواج المسلمة من غير المسلم».

(329)- تنص م31 ف1 من القانون رقم 84-11 على أنه: « لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم».

و يلاحظ أنّ المادة 30 من ق.أ.ج قد اقتضت بالنص على منع زواج المسلمة بغير المسلم، في حين أنّها أغفلت النص على مسألة تحريم زواج المسلم بغير ذات الدين (أو المرأة الكافرة)⁽³³⁰⁾؛ و ذلك رغم انتشار ظاهرة زواج الجزائريين بالأجنبيّات في المجتمع الجزائري بشدّة مؤخراً.

كما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري كان ينصّ في المادة 30 من ق.أ.ج قبل تعديلها على مانع آخر للزواج و هو الزيادة على القدر المرخص به شرعاً، حيث يحرم على المسلم الذي في عصمته أربع زوجات أن يعقد زواجه بالخامسة؛ سواء كان زواجه بالأربعة حقيقة أو حكماً⁽³³¹⁾.

و قد تمّ إلغاء هذا المانع بموجب التعديل الجديد بحذف عبارة: « و التي تزيد على العدد المرخص به شرعاً» من صلب نص م30 من ق.أ.ج⁽³³²⁾؛ ذلك لأنّ المشرع قام بتنظيم أحكام و قيود لتعدد الزوجات في المواد 8، 8 مكرر و 8 مكرر 1 من ق.أ.ج.

حيث تنص م8 على أنه: « يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها و أثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

فأهم ما يلاحظ هنا هو استحداث قيد قانوني جديد؛ ألا و هو قيد الإذن القضائي المذكور في الفقرتين الثانية و الثالثة من نص المادة 8 من ق.أ.ج، مع التأكيد على وجوب إعلام الزوجة بالزواج الجديد و المرأة المقبل على الزواج بها بالزواج الأول، و هنا تمّ إيراد لفظ المرأة بدل الزوجة اللاحقة في القانون قبل التعديل، و ما يعتبر من الأمور الجديدة أيضاً، إضافة عبارة "الشروط الضرورية للحياة الزوجية" التي أدرجت ضمن المسائل التي يتأكد القاضي من توافرها للإذن بالزواج اللاحق، و التي ما زادت المادة إلا لبساً.

كما تمّ استبدال لفظي الغش وعدم الرضا اللذان كانا في المادة 8 من ق.أ.ج، بكلمة التدليس في نص المادة 8 مكرر منه بعد التعديل، مع الإبقاء على حق التطلق قائماً، حيث نصت م8 مكرر على أنه: « في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق».

(330)- و هي التي لا تدين بدين سماوي، ولا تؤمن بالرسول (ص)، و لا بكتاب إلهي؛ بأن تكون مشرقة من الوثنيات

اللاتي يعبدن الأصنام، أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار. أنظر أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.140.

(331)- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص.143.

(332)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.32.

هذا و قد ألحقت مخالفة قيد الإذن القضائي بجزء صارم، مفاده فسخ عقد الزواج متى تم إبرامه دون الترخيص القضائي المسبق، في الحالة التي تكتشف فيها المخالفة قبل الدخول⁽³³³⁾، تطبيقاً لنص المادة 8 مكرر 1 من ق.أ.ج التي جاء فيها أنه: « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه».

الفرع الثاني: أثر الزواج بإحدى المحرمات

لقد نص المشرع الجزائري على حكم الزواج بإحدى المحرمات في نص م34 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: « كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء »، و نستخلص من نص هذه المادة ثلاث نقاط:

أولاً: فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده

فإذا لم يدخل الزوج بزوجه اتفق الفقهاء أنه يجب عليهما الافتراق من تلقاء أنفسهما، و إلاً فرق بينهما القاضي لفساد العقد⁽³³⁴⁾، أما إذا تمّ الدخول فيفسخ العقد دون طلاق، و تحكم المحكمة ببطان الزواج تلقائياً أو بطلب من كل ذي مصلحة⁽³³⁵⁾، ممّا يعني أنه متى تبيّن وجود المانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده .

ثانياً: ثبوت النسب

فكلّ عقد أبرم مع إحدى المحرمات وتمّ فسخه؛ يترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج، و تسجيله في سجل الحالة المدنية على لقب و اسم هذا الزوج باعتباره والده الشرعي، إذا كان قد ولد بين أدنى وأقصى مدّة الحمل، و خلال فترة ما بعد العقد⁽³³⁶⁾.

ثالثاً: وجوب الإستبراء

فإذا دخل الرجل بالمرأة و تمّ فسخ العقد بينهما لثبوت المانع، وجبت عليها العدة من وقت الفرقة للتأكد من براءة رحمها⁽³³⁷⁾، و يضيف الفقه أنه إذا كان الزوجان سيئاً النية (بأن يعلما بأن زواجهما محرّم

(333)- جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2005، ص.169.

(334)- حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص.203.

(335)- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.260.

(336)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.113..

(337)- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.163.

باطل)، فإن الحدّي طبّق عليهما⁽³³⁸⁾. كما أنّ نص م32 من ق.أ.ج المعدّلة فيها إشارة لأسباب البطلان حيث جاء فيها أنه: « يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد»، فإذا اشتمل الزواج على مانع، سواء أكان مؤقتاً أو مؤبداً، فسخ العقد إذا تبين أمره قبل الدخول، ولا تستحق المرأة شيئاً من الصداق، وفقاً للقاعدة القائلة كل فسخ « قبل الدخول لا مهر فيه»⁽³³⁹⁾.

هذا و يعتبر العقد الشرعي المتوفر على ركنه و شروطه صحيحاً استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن ضرورة الحياة و حفظ مصالح الناس دعت إلى وجوب توثيق العقد؛ لحماية الحقوق المختلفة التي تثبت بها النفقة و النسب وغيرها من الآثار التي تنشأ عن الزواج.

و بالتالي أصبح عقد الزواج من العقود الشكلية أو الرسمية التي لا بدّ فيها من التوثيق؛ لحماية

العقد وترتيب آثاره من الناحية القانونية⁽³⁴⁰⁾.

وقد قرّرت المادة 18 من ق.أ.ج أنّ الزواج يثبت بعقد مدني، وهو عبارة عن سند توثيقيّ يقوم بتحريره وتسجيله ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختصّ بتحرير عقد الزواج، إذ تنصّ على أنه: « يتمّ عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين (9) و (9 مكرّر من هذا القانون)»⁽³⁴¹⁾.

(338) - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص261..

(339) - محمد محدّة، المرجع السابق، ص.243.

(340) - سميرة سالمى، المرجع السابق، ص.4.

(341) - الأمر رقم 05-02، المرجع السابق، حررت في ظل القانون رقم 84-11كميلي: «يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة (9) من هذا القانون».

خاتمة

على ضوء كل ما سبق التطرق إليه يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، قد بنى قواعده وأحكامه على عقد أصلي لتأسيس الأسرة و هو عقد الزواج؛ باعتباره عقد شرعي مبني على ركن واحد و هو رضا الزوجين، بالإضافة إلى شروط الصحة المتمثلة في الأهليةالصداق، الولي، الشهود و خلو الزوجين من الموانع المؤبدة و المؤقتة.

و من خلال تصفحنا للتعديلات الجديدة المتعلقة بالأمر رقم 05-02 في هذا الخصوص؛ تبين لنا جليا رغبة المشرع الجزائري في استدراك النقائص التي شابت القانون رقم 84-11، و الذي برزت عيوبه أثناء تطبيقه و تنفيذه، و كذلك في توضيح و تفسير بعض الأحكام الغامضة، و هي خطوة تمت بعد أزيد من 20 سنة من الجمود و الانتظار. إلا أن ذلك لا يخلو من التعقيدات و الإشكاليات التي يثيرها أي قانون.

و سنبين ذلك من خلال حصر أهم ما جاء به قانون الأسرة من تعديل في مجال عقد الزواج فيما يأتي:

المادة: 4 أضاف المشرع كلمة رضائي" الزواج هو عقد رضائي"، و كما هو معلوم بأن عنصر الرضا هو أحد أهم أركان أي عقد، و بهذا يكون المشرع قد أصاب في هذا التعديل إلى حد ما؛ لأن الرضا مهم جدا في عقد الزواج من الناحية الشرعية و القانونية.

المادة: 7 أخذ المشرع في تحديد أهلية الزواج ببلوغ كل من الرجل والمرأة سن 19 سنة و رخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة و تقتضيه الضرورة، و يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي. فاتخذ بذلك موقفا وسطا يتماشى وظروف الحياة الاجتماعية العامة.

كما أكسب القاصر -الذي لم يبلغ السن القانونية للرشد -حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وفقا للفقرة الأخيرة من المادة نفسها، وهو ما لم يكن موجودا قبل تعديل 2005 إذ لا يُعقل أن يُمنح القاصر إذنا بالزواج ثم لا يُمنح أهلية التقاضي فيما يتعلق بالآثار المترتبة عليه. و المتأمل في نص هذه المادة يلاحظ وجود بعض الثغرات التي نقترح سدها بما يلي:

أولا: بيان الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية.

ثانيا : النص تبعا لذلك على العقوبة التي تسلط على كل مخالف لمقتضاها.

ثالثا: النص على الحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الإعفاء للزوجين أو أحدهما.

رابعا: التضييق من دائرة السلطة التقديرية للقاضي بوضع أسس محددة لمنح الترخيص بالزواج للقاصر وفق ما تقتضيه الضرورة وتتطلبه المصلحة.

المادة 7 مكرر: وهي مادة متممة للمادة السابعة، وقد اشترطت على كل من الخاطب والمخطوبة تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و هذا التعديل تفرضه ظروف العصر حفاظا على صحة الزوجين و الأبناء. و قد أحالت هذه المادة شروط تطبيقها للتنظيم.

المادة 8: قيدت هذه المادة الجديدة حرية الرجل في الزواج بأكثر من زوجة واحدة، بحيث أوكلت لرئيس المحكمة مهمة الترخيص للزواج الجديد؛ و ذلك بعد تأكده من موافقة الزوجة السابقة و المرأة المقبل على الزواج منها، مع إثبات الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل. و في رأينا أن هذه القيود لا معنى لها و تؤدي إلى العرقلة؛ لأنها تأخذ صورة العائق المتسبب في دفع الرجال و النساء إلى الزواج العرفي الذي لا يمكن إبطاله لشرعيته.

المادة 9: اعتبر المشرع الجزائري في نص هذه المادة أن الركن الوحيد للزواج هو الرضا و المادة 9 مكرر: أضافت باقي شروط صحة عقد الزواج، بما فيها من شرط الولي وصادق وشاهدين وأهلية وانعدام الموانع الشرعية.

المادة 11: المادة الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط للولاية على زواج المرأة القاصرة أما المرأة الراشدة بحسب النص الجديد فإنه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بمن فيهم أبوها أو غيره و أضاف أن القاضي ولي من لا ولي له.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ألغى تأثير الولي(الأب) على زواج المرأة البالغة فرغم أنه مازال شرطا من شروط عقد الزواج، إلا أن وجوده أصبح وجودا شكليا، و أصبحت لا تحتاج إلى موافقته ما دام أن لها حرية اختيار أي شخص ليكون وليها، إلا أن تطبيق هذا الحكم يطرح عدة إشكالات؛ فهو يتناقض مع مبادئ المجتمع الجزائري الذي تلعب الأعراف والتقاليد الجارية بين أفرادها في مجال تنظيم الأسرة دورا فعالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي، كما أن أب المرأة يمثل شرفها و عزتها فكيف يمكن مساواته بغيره؟ لذا فمن الأجدر إعادة النظر في نص هذه المادة على نحو يسمح بتأكيد دور الولي في

عقد زواج موليته. كما ينبغي أيضا تحديد القاضي المختص الذي يتولى تزويج من لا ولي لها، و بيان الإجراءات المتخذة في سبيل ذلك.

المادة 13: أخذ فيها المشرع الجزائري بالاتجاه الفقهي الذي يمنع ولاية الإيجابار على الصغار في الزواج بعد أن كانت عامة قبل تعديلها تخص الفتاة القاصرة و الراشدة، و بالتالي إلغاء الصلاحيات التقليدية للولي في المنع و الإيجابار.

المادة 15: هذه المادة المعدلة نزعَت صفة الإلزام على تحديد مقدار المهر في العقد، إلا أنها ذكرت أنه في حال النزاع بين الطرفين، ولم يكن مقدار المهر محددًا في العقد فإن للمرأة صداق المثل. وما يمكن ملاحظته هنا أن المشرع الجزائري، لم يبيّن ماهية صداق المثل، والمعايير المعتمدة لتحديده، و ذلك ما يستدعي تكملة نص المادة 15 بالفقرة التالية: «وتراعي المحكمة في تقديره (أو في تحديده) الوسط الاجتماعي للزوجين، وكذلك المستوى العام للمهور والعرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان». و ذلك لتسهيل تقديره من طرف قاضي الموضوع .

مس التعديل الجديد أيضا المادة 19 من ق.أ.ج، بحيث بعد أن كانت تمنح الحرية للزوجين في الاشتراط بما يريانه ضروريا، أضيف فيها الاعتراف بالاشتراط اللاحق لعقد الزواج مع اشتراطه رسميا، بعد أن كان الشرط المعتد به ذاك الذي يتم بإبرام عقد الزواج ليشمله العقد كبنود من بنوده، و أكثر من ذلك أن التعديل جعل من مسألة شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة من الأولويات، تخصيصا لهما دون الشروط الأخرى التي يمكن اشتراطها في عقود الزواج، بالرغم من كثرتها و عدم إمكان حصرها.

إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغاء المادة 20 من القانون 84-11، و حسنا ما فعل المشرع بذلك نظرا للخطورة التي يثيرها عقد الزواج المنعقد بالوكالة، إلا أنه ينبغي على المشرع التنصيص على طرق أخرى لانعقاد الزواج و التجديد في مجال الأحكام الشرعية المتعلقة بالمستجدات كمسألة انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة.

المادتين 30 و 31: حذفَت من أصناف المحرمات من النساء مؤقتا تلك التي تزيد على العدد المرخص به شرعا، و بالمقابل فإنها أضافت فقرة مقتطعة من المادة 31 القديمة و هي متعلقة بزواج المسلمة من غير المسلم، و ما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على حكم زواج المسلم بالمشاركة أو غير ذات دين سماوي كمانع للزواج و هو ما ينبغي تداركه في المادة 30 بإضافة الفقرة التالية: «يحرم مؤقتا زواج المسلم من الكافرة»

المواد 32، 34 و 35: بعد أن كان العقد الذي يحوي على شرط منافي لمقتضياته أو مانع

أو اختل أحد أركانها أو ثبتت فيه ردة الزوج؛ فاسخا، أصبح ذات العقد- عقد الزواج -باطلا متى اشتمل على مانع أو شرط ينتافي و مقتضياته، إثر التعديل الذي مس المادة 32 من ق.أ.ج، غير أن هذا التعديل المشار إليه قد أحدث تضارب صارخ مقارنة بالحكم المقرر في نص المادة من 34 من ق.أ.ج المتعلقة بأثر الزواج بأحد المحرمات؛ حيث جعلت المادة 32 المذكورة أعلاه من الزواج الذي تتوفر فيه تلك العوارض باطلا، في حين بقيت المادة 34 من ق.أ.ج تفسخ كل عقد على محرمة، و لأن التحريم من موانع الزواج الأبدية أو المؤقتة، فإن التضارب صريح و المشرع وقع في فجوة كبيرة يجب تداركها بسرعة قبل تضارب الأحكام و القرارات حولها، وما يزيد الطين بلة، أن المادة 35 حملت حكما مغايرا تماما للأحكام السالفة إذ اعتبرت أن كل شرط ينافي العقد باطلا مع الإبقاء على العقد صحيحا.

و لهذا نقترح على المشرع وضع الانسجام بين النصوص القانونية الثلاثة؛ بتعديل نص كل من المادتين 32 و 35 من ق.أ.ج على نحو يسمح بتحقيق التناسق مع نص المادة 34 من ق.أ.ج، و إزالة التضارب القائم بينهما؛ و يكون ذلك بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله كشرط عدم الإنجاب، فيجب أن تخضع هذه الشروط لأحكام نص المادة 32 من ق.أ.ج.

أما الشروط التي تؤثر في العقد و لا تبطله؛ و إنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً؛ كشرط ألا مهر أو ألا نفقة، فيجب أن تخضع لأحكام نص المادة 35.

أما في نص المادة 33: فالمشرع قرر البطلان المطلق للزواج الذي اختل فيه ركن الرضا؛ تأكيدا منه على إلغاء سلطة الولي في الإيجاب، و صحح النكاح الفاسد الذي اختل أحد شروطه بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فإنه يفسخ.

من خلال هذه المقارنة البسيطة بين بعض المواد السابقة والمعدلة؛ فإننا نرى أن هذا التعديل جاء بمفاهيم جديدة لم تكن في القانون السابق، و هذا مساهمة لمستجدات العصر ومتطلباته، كالوثيقة الطبية مثلا، و الملفت للانتباه أن عنصر «الرضا» حضي باهتمام و تركيز بالغين من المشرع حيث أورده في العديد من المواد، بل وجعله في مقدمة المواد التي ذكر فيها⁽³⁴²⁾.

إلا أن هذا التعديل -في رأينا - يبقى مشوبا بالقصور؛ لوجود نقائص و ثغرات قانونية تعتري البعض من نصوصه تتطلب إعادة النظر والمزيد من الإثراء؛ كونها قد تقف عائقا أمام القاضي المكلف

(342) - المواد (4، 33، 9) من الأمر رقم 05-02.

بشؤون الأسرة لإيجاد حل قانوني لا يدع مجالاً للشك و التأويل أمام موضوع حساس كان ولا يزال يشكل محل اهتمام كل شرائح المجتمع و هو عقد الزواج .
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الملاحق

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 11-84

المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة)

أنا الممضي أسفله، الدكتور :

.....

.....الإسم واللقب:

.....دكتور في الطب:

.....الممارس في:

.....العنوان :

.....أشهد أنني فحصت لغرض الزواج :

.....المولود (ة) في:

.....السكن (ة) ب :

.....بطاقة التعريف الوطنية رقم : الصادرة في ب.....

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعداً للإطلاع على نتائج الفحوصات الآتية :

- فصيلة الدم (ABO + rhËsus).

اصرح كذلك أنني :

- أعلمت المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي أو يقلل

الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته.

- لفت، انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل.

-أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض

سلمت هذه الشهادة للمعني(ة) شخصياً لإستعمالها و الإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر ب..... ف

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء.....

محكمة.....مكتب الرئيس

الترخيص بالزواج

(زوجة ثانية)

بتاريخ.....
نحن السيد/.....رئيس المحكمة
بعد الإطلاع على العريضة المقدمة من طرف السيد:.....
الساكن.....

بعد التحقيق من الأسباب الجدية التي دعت إلى طلب الترخيص بالزواج من زوجة ثانية
بعد الموافقة الصريحة للزوجين السابقة واللاحقة.
بعد الإطلاع على المادة 8 من قانون الأسرة.

-لهذه الأسباب-

نرخص للسيد/.....
ب.....،للزواج بالمسماة.....
و.....الساكنة.....كزوجة ثانية.

حرر هذا العقد في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه.

رئيس المحكمة
التوقيع
ختم رئيس المحكمة

ختم أمانة الضبط
وطابع الدمغة

الجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية

الحالة المدنية

نسخة من سجلات عقد الزواج

ولاية.....

دائرة.....بلدية.....

رقم العقد..... في.....

ب.....

المسمى.....

المهنة..... المولود في.....

ب.....

دائرة..... ولاية.....

ابن..... و..... من جهة،

والمسماة..... و

المهنة..... المولودة في.....

ب.....

دائرة..... ولاية.....

بنت..... و..... من جهة أخرى،

قد أعلن القادمان على الزواج أنه أبرم عقد الزواج.

.....

وقد صرح كل من الطرفين عن رغبته في الزواج من الآخر، وقد أعلن باسم الشريعة

ارتباطهما بالزواج بحضور كل من.....

بوصفهما شاهدين راشدين، وقد وقعا بعد التلاوة مع الزوجين.

ونحن.....

لبلدية..... ضابط الحالة المدنية.

تلي التوقيعات

..... مكتوب على الهامش:

نسخة مطابقة للأصل :

..... في

ضابط الحالة المدنية

الكتابة السابقة للإسم واللقب

..... الزوج

..... الزوجة

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب السنة النبوية

- 1) أبو بكر أحمد ابن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج7، (ط3)؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 2) أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج2، (د.ط)؛ المكتبة العصرية لبنان، (د.س.ن).
- 3) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، الجامع الصحيح، اعتنى به محمد زهير بن ناصر الناصر، ج3، (د.ط)؛ دار طوق النجاة، (د.س.ن).
- 4) أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، ابن ماجه، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، (ط1)؛ مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، (د.س.ن).
- 5) أبو عيسى محمد ابن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، تحقيق وتخريج محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، (ط2)؛ مكتبة الطبع والنشر، 1968.
- 6) بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ، (شرح صحيح البخاري)، ج20، (د.ط)؛ دار الفكر، (د.س.ن).
- 7) عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدرامي، مسند الدرامي (سنن الدرامي)، (ط1)؛ دار ابن حزم، لبنان، 2002.
- 8) عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة، المصنف، تحقيق أسامة بن إبراهيم بن محمد، المجلد 6، ط1؛ الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، مصر، 2008.

ثالثاً: الكتب

I- المؤلفات العامة

- 1) أحمد الشامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، (د.ط)؛ الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2010.

- (2) السيد سابق، فقه السنّة، المجلد الثاني، "نظام الأسرة-الحدود و الجنائيات"، (ط4)؛ دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، لبنان، 1983.
- (3) بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، (ط3)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- (4) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، (ط1)؛ دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- (5) جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون؛ دار الشهاب لطباعة والنشر، الجزائر، (د.س.ن).
- (6) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، (ط2)؛ دار القلم لنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
- (7) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (ط3)؛ دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
- (8) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (د.ط)؛ دار الفكر العربي، القاهرة، (د.س.ن).
- (9) محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الأول (عقد الزواج)؛ منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.
- (10) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: الأحوال الشخصية، ج7، (ط2)؛ دار الفكر، سوريا، 1989.

II- المؤلفات الخاصة

- (1) أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، (ط1)؛ الدار الجماهيرية لنشر والتوزيع والإعلان، مصراته، 1990.
- (2) أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، (د.ط)؛ دارالمطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- (3) إسماعيل أمين نواهضة، أحمد المومني، الأحوال الشخصية، فقه النكاح، (ط1)؛ دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2010.
- (4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1: (الزواج والطلاق)، (ط4)؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- (5) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، (ط1)؛ دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- (6) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، بحث تحليلي و دراسة مقارنة"، (ط2)؛ مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
- (7) تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، (ط1)؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.
- (8) حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني: (أحكام عقد الزواج) بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء؛ مطبعة سامي، مصر، (د. س. ن.).
- (9) حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، (ط1)؛ منشورات دار القلم العربي ، سوريا، 1995.
- (10) رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلام والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، (ط2)؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- (11) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، في قانون الأسرة الجزائري، (ط3)؛ دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
- (12) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، (ط2)؛ دار الهومة، الجزائر، 2009.
- (13) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له(قانون05-02المؤرخ في 4مايو سنة2005)، (ط1)؛ دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 .
- (14) علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، (ط1)؛ دار الكتب العلمية ، لبنان، 2005.
- (15) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، (ط1)؛ دار النفاس لنشر والتوزيع، الأردن، 1997 .
- (16) فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959وتعديلاته: (عقد الزواج واثاره،والفرقة واثارها،وحقوق الأقارب)؛ (د. س. ن.)، العراق، 2004.

17) محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة؛ دار البازوري العلمية لنشر والتوزيع، الأردن، 210.

18) رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، مصر.

19) محمد محدة، سلسلة الفقه الإسلامي، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، (ط2)، دار النشر شهاب، الجزائر، 2000.

رابعاً: الأطروحات والمذكرات

1) بولعود زويبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة والقانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، مجلس قضاء المدية، الدفعة الثانية 2001-2004.

2) رايح عبد المالك، الصداق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1996.

3) سالمى سميرة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثبات عقد الزواج الرسمي والعرفي؛ مذكرة لنيل اجازة المد رسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2004-2007.

4) عيآشي جمال، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2005

5) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقا ته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

خامساً: المعاجم اللغوية

الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، مرتب على طريقة مختار الصحاح و المصباح المنير، (د.ط)؛ الدار العربية للكتاب، تونس، (د.س.ن).

سادساً: النصوص القانونية

1) القانون رقم 63-224 الصادر في 29 جوان 1963، المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقات الزوجية، ج. ر. ع 44 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

2) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع 31، صادرة بتاريخ 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير، ج. ر. ع 15، مؤرخة في 27 فيفري، 2005.

3) أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

4) أمر رقم رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر.ع. 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975. معدل بالأمر رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر. عدد 44، لسنة 2005، و معدل بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج. ر. عدد 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

01	مقدمة.....
03	الفصل الأول: ركن الرضا في عقد الزواج.....
05	المبحث الأول: مفهوم ركن الرضا.....
05	المطلب الأول: تعريف ركن الرضا.....
05	الفرع الأول: تعريف الركن.....
05	أولاً: تعريف الركن لغة.....
05	ثانياً: تعريف الركن اصطلاحاً.....
06	الفرع الثاني: تعريف الرضا.....
06	أولاً: تعريف الرضا لغة.....
06	ثانياً: تعريف الرضا اصطلاحاً.....
08	المطلب الثاني: صور الرضا.....
08	الفرع الأول: الصيغة اللفظية.....
08	أولاً: الألفاظ المعبرة شرعاً عن النكاح.....
08	2- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعاً.....
08	أ- ألفاظ متفق على صحة العقد بها.....
09	ب- ألفاظ متفق على عدم صحة العقد بها.....
09	2- الألفاظ المختلف فيها.....
09	ثانياً: صيغة الفعل.....
10	ثالثاً: لغة إبرام عقد النكاح.....
11	الفرع الثاني: الصيغة غير اللفظية.....
11	أولاً: انعقاد الزواج بالإشارة والكتابة وعن طريق المراسلة.....
11	1- انعقاد الزواج بالإشارة و الكتابة.....
12	2- انعقاد الزواج بالمراسلة.....
13	ثانياً: طرق أخرى للتعبير عن الإرادة.....
13	1- انعقاد الزواج بالوكالة.....

14.....	2- انعقاد الزواج بالتعاطي أو بالأفعال.....
14.....	3-انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة.....
16.....	المبحث الثاني: شروط الصيغة (الرضا) وأثر تخلفها في عقد الزواج.....
16.....	المطلب الأول: شروط الصيغة.....
16.....	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بمجلس العقد.....
16.....	أولاً: إتحد مجلس الإيجاب والقبول.....
16.....	ثانياً: بقاء الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول.....
17.....	ثالثاً:التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول.....
17.....	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بصحة الصيغة.....
17.....	أولاً: أن تكون الصيغة الذالة على الزواج جدية.....
17.....	ثانياً: أن تكون صيغة عقد الزواج منجزة.....
19.....	ثالثاً: أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة.....
20.....	رابعاً: أن تكون الصيغة سليمة و خالية من عيوب الإرادة.....
20.....	أولاً- الغلط.....
20.....	1-الغلط المانع للإرادة.....
21.....	2-الغلط المفسد للإرادة.....
21.....	ثانياً: التدليس والتغريب.....
22.....	رابعاً: الإكراه.....
23.....	المطلب الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج.....
23.....	الفرع الأول: الجانب الفقهي.....
23.....	الفرع الثاني:الجانب القانوني.....
25.....	الفصل الثاني: شروط عقد الزواج.....
26.....	المبحث الأول: شرط الأهلية والصداق والولي في عقد الزواج.....
26.....	المطلب الأول: شرط الأهلية.....
26.....	الفرع الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....
27.....	أولاً : أهلية الزواج في الفقه الإسلامي.....
27.....	ثانياً: أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....

28	1-تحديد سن الزواج
29	2-الترخيص القضائي القبلي بالزواج
31	3-الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية
32	الفرع الثاني: الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج
33	الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزوج
35	المطلب الثاني: شرط الصداق في عقد الزواج
35	الفرع الأول: مفهوم الصداق و دليل مشروعية وجوده
35	أولاً: تعريف الصداق وشروطه
36	ثانياً: دليل مشروعية وجود الصداق
37	الفرع الثاني: أحوال الصداق
37	أولاً: مقدار الصداق
38	ثانياً: أنواع الصداق
38	1-الصداق المسمى
38	2-صداق المثل
39	ثالثاً: حالات الصداق (التعجيل و التأجيل)
39	الفرع الثالث: حالات استحقاق المرأة للصداق و سقوط حقها فيه
39	أولاً:حالات استحقاق المرأة للصداق
39	1-حالات استحقاق كامل الصداق
40	2-استحقاق نصف الصداق
41	3-استحقاق الزوجة لصداق المثل
41	ثانياً: حالات سقوط حق المرأة في الصداق
42	الفرع الثالث: الاختلاف في الصداق
42	الفرع الرابع: أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج
44	المطلب الثالث: شرط الولي في عقد الزواج
44	الفرع الأول: مفهوم الولاية في الزواج وفق الشريعة الإسلامية
45	أولاً: مفهوم الولي و دليل وجوده
45	1- تعريف الولي و شروطه
47	2-دليل وجود الولي في عقد الزواج
47	ثانياً:أقسام الولاية وترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

47.....	1-أقسام الولاية
48.....	2-ترتيب الأولياء في أحقية الولاية
49.....	الفرع الثاني: حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديل سنة2005
49.....	أولاً:حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل
50.....	ثانياً:حكم الولاية في قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل
50.....	1- من حيث طبيعة عنصر الولي
51.....	2- من حيث مباشرة العقد
51.....	3- من حيث تحديد الأولياء و ترتيبهم
52.....	4- من حيث علاقة الولي بركن الرضا
52.....	الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج
52.....	أولاً-الجانب الفقهي
53.....	ثانياً-الجانب القانوني
54.....	المبحث الثاني: شرط الشاهدان و انعدام الموانع الشرعية للزواج
54.....	المطلب الأول: شرط الإشهاد في عقد الزواج
54.....	الفرع الأول:معنى الإشهاد في الزواج والحكمة من وجوده
55.....	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشهود.....
55.....	أولاً: شروط الشّهود في الفقه الإسلامي
55.....	1: الشروط المتفق عليها
57.....	2: الشروط المختلف فيها
58.....	ثانياً: شروط الشهود في قانون الأسرة الجزائري
58.....	1:الأهلية
58.....	2:التعدّد
58.....	3:الذكورة
59.....	الفرع الثالث: أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج
59.....	أولاً: أثر تخلف شرط الإشهاد في الشريعة الإسلامية
59.....	ثانياً: أثر تخلف شرط الإشهاد في القانون الجزائري
61.....	المطلب الثاني: شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج

61	الفرع الأول: أصناف المحرمات من النساء
61	أولاً: موانع الزواج المؤبدة
61	1- المحرمات بالقرابة
62	2- المحرمات بالمصاهرة
64	3- المحرمات بالرضاع
67	ثانياً: المحرمات تحريماً مؤقتاً
67	أولاً: المتعلق بها حق
67	1- المرأة المتزوجة (زوجة الغير)
68	2- المرأة المعتدة
68	ثانياً: المطلقة ثلاثاً
69	رابعاً: الجمع بين محرمين
69	خامساً: زواج المسلمة بغير المسلم
71	الفرع الثاني: أثر الزواج بإحدى المحرمات
71	أولاً: فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده
71	ثانياً: ثبوت النسب
71	ثالثاً: وجوب الإستبراء
73	خاتمة
	الملاحق
78	قائمة المراجع
84	الفهرس