وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة–

معهد الحقوق

قسم القانون خاص

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر -ل.م.د-

الشعبة: حقوق

التخصص :قانون أسرة

تحت عنوان

عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية والقانون

من إعـدادالطالبان:

- فايزة بلهادي
- مريم بلقصير

تحت إشراف:

- سنينات عبد الله

المناقشة من طرف اللجنة المكونة من:

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
عماري نور الدين	أستاذ محاضر "أ"	رئيسا
سنينات عبد الله	أستاذ مساعد "أ"	مشرفا مقررا
مولاي أمين	أستاذ محاضر "ب"	مناقشا

السنة الجامعية : 2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤١٨

الشكـــر

الحمد لله عز وجل الذي أنارنا بعلمه وشرح صدورنا وأكرمنا بنعمة التوفيق في إنجاز وإتمام هذا العمل، فالحمد لله شكرا لا تسعه عرض السماوات والأرض.

نتقدم بكل عبارات الشكر والإمتنان إلى استاذنا المشرف سنينات عبد الله الذي رافقنا طيلة فترة إنجاز هذه الدراسة وأمدنا بكامل العون والتحفيز والنصح، فكان لنا نعم الأستاذ المشرف والموجه ، جزاه الله كل خير وأمده بطول العمر والصحة وأدامه خير قدوة للعلم.

وكل الشكر للجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا العمل المتواضع

كما نتقدم بخالص شكرنا لأساتذتنا كافة الذين لم يبخلوا علينا بالنصح والتوجيه طيلة مشوارنا هاذا فكانوا لنا خير عون.

ونتقدم بشكر لكل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

FREE PRINTABLE INVITATION - BAGVANIA.COM

إهـداء

بسم الله الرحمان الرحيم

أهدي هذا العمل إلى كل من علمني حرف في هذه الدنيا الفانية

إلى روح أخي الذي لطالما انتظر بلوغي هذه المرتبة رحمة الله وجعله في الفردوس الأعلى

الى ابنتي قرة عيني أنفال اريج رفيقة دربي في الحياة

إلى كل أفراد العائلة الكريمة

إلى أستاذي المشرف الذي بذل كل جهده من أجل انجاح هذا العمل

إلى كافة من ساهم من بعيد أو قريب لبلوغي هدفي هذا.

ثمرة نجاحي وتألقي قد تحقق حلمي الذي طالما حسبته ذات يوم بعيد.

بلهادي فايزة

إهـداء

إلى روح أبي الطاهرة رحمة الله عليه

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من ترعرعت بين أحضانها وعرفت السعادة معها إلى التي غمرتني بدفء والحنان ورفعت يدها إلى السماء لتدعوا لي بالتوفيق والنجاح أمي الغالية حفظها الله وأطال بعمرها

أمـــي

إلى زوجي العزيز وأبنائي " محمد نور" و "عمر شاهين"

إلى إخوتي وإلى كل العائلة الكريمة وزملاء الدراسة و العمل كل بإسمه متمنية لهم التوفيق

وأتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذ المشرف " سنينات عبد الله" الذي رافقنا طيلة هذا البحث وأمدنا بالمعلومات والنصائح القيمة

إلى من رافقتني في إنجاز هذا العمل: بلهادي فايزة ربي ينجحها

وفي الأخير لا يفوتني أن أعبر عن بالغ تحياتي إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد فب إنجاز هذا البحث المتواضع

مريم

قائمة المختصرات

الاختصار	الكلمة
م	المادة
ق. أ. ج	قانون الأسرة الجزائري
د. س. ن	دون سنة نشر
د. ن	دون ناشر
د. م. ن	دون مكان نشر
د. ط	دون طبعة
ص	الصفحة

مقدمة

المقدمة

قدست علاقة الزواج في كل المجتمعات العربية والغربية مع اختلافها في كيفية تنظيم وإبرام عقد الزواج، حيث تعتبره بعض الدول نظاما مدنيا لا يحتاج فيه الامر الى طقوس دينية بل ينعقد بالتراضي، ومنهم من ألزم الطابع الديني ، ولقد ادى الاختلاف في مفهوم الزواج على النحو السابق إلى الإختلاف في النظرة القانونية التي تنظمه وتحكمه داخل كل دولة.

وأولى الدين الاسلامي إهتمام بالغ لعقد الزواج بإعتباره البناء الشرعي الذي تقوم عليه الأسرة المسلمة وهو الشكل الوحيد للعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة وبه يحفظ النسل والحياة البشرية والأخلاق من كل النزوات، لذلك شرع الزواج ليكون الحل الأنسب كي لا يتعدى الإنسان حدود الله، وقد إعتنى به العديد من الفقهاء المسلمين أين تطرقوا إلى طبيعته، ووضعوا له الأركان والشروط، منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو غير متفق عليه.

في حين حاول المشرع الجزائري ضبط شروط وأركان عقد الزواج بالإستناد إلى الشريعة الإسلامية والعادات والأعراف والتشريعات الدولية، وإعتبره عقد مدني محاط بإطار ديني، فهكذا يحفظ في الوقت ذاته بقدسية الزواج في نفس الزوجين، وأقر بأن التراضي من أهم أركان قيام عقد الزواج ومشروعيته وإعتبر ما عداه شروطا، وألزم كلا طرفي عقد الزواج بإحترام النصوص الشكلية المنصوص عليها ورتب على تخلفها آثار.

وباعتبار أن صحة عقد الزواج تقتضي إشتماله على كل شروطه وأركانه، أتت هذه الدراسة في صدد تحديد طبيعة عقد الزواج وفقا للشروط المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية و التشريع ، و إبراز أثار تخلف أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة و القانون، لذلك ومن خلال ما سبق يمكننا طرح الإشكال التالي:

- ما هي شروط وأركان عقد الزواج وماهو جزاء والتخلف عنها ؟

ومن أجل الإجابة على الإشكالية يمكن طرح الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهي أحكام وطبيعة عقد الزواج؟
- ما هي شروط وأركان عقد الزواج في الشريعة و القانون الجزائري؟
- ماهي آثار تخلف أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة و القانون؟

أهمية الدراسة:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من أهمية المتغيرات التي ندرسها والمتمثلة في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، فموضوع عقد الزواج من أهم العقود التي يقوم بها الإنسان في حياته، نظرا لما يشتمل عليه من أعباء تكاليف وإلتزامات، ولما يترتب عليه من أحكام شرعية وتشريعية، فلا يكون صحيحا إلا بتوفر أركانه وشروطه الشرعية و القانونية، هذا ما دعا للقيام بهذه الدراسة لتسليط الضوء على مختلف الأحكام المرتبطة بعقد الزواج والآثار المترتبة عن تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

أهداف الدراسة:

تصبو كل دراسة علمية لتحقيق جملة من الأهداف تتبلور في شكل نتائج قابلة للتطبيق، والتي تأتي نتيجة بحث علمي منهج ومدروس كما تمكن النتائج المتحصل عليها من فتح آفاق مستقبلية لبحوث لاحقة، وتتمثل أهداف دراستنا في النقاط التالية:

- تحديد القوانين التشريعية المنظمة لعقود الزواج في التشريع الجزائري.
- إبراز أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.
- بيان الآثار المترتبة عن تخلف أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة والقانون الجزائري.

أسباب إختيار الموضوع:

كان إختيار موضوع عقد الزواج بين الشريعة والقانون نتيجة جملة من الأسباب منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي دفعنا إلى دراسة وتحليل هذا الموضوع وتمثلت في:

الأسباب الذاتية:

- إعدادنا لهذا البحث والدراسة من أجل مذكرة التخرج.
- تخصصنا الجامعي قانون أسرة فرض علينا دراسة مثل هذه المواضيع.
- ميولنا لدراسة المواضيع التي تكتسي الطابع القانوني الأسري.
- رغبتنا الملحة في دراسة موضوع عقد الزواج.

الأسباب الموضوعية:

- رغبتنا الشديدة في الإطلاع أكثر على كل ما يتعلق عقود الزواج.
- التعرف على مختلف التشريعات الفقهية والقانونية الضابطة لعقود الزواج.
- إبراز الدور الهام الذي تلعبها الأحكام الشرعية والقوانين التشريعية في ضبط أركان وشروط عقد الزواج.

صعوبات الدراسة:

يتعرض أي بحث خلال معالجته لموضوع ما إلى صعوبات عدة ولقد واجهنا في بحثنا مجموعة من الصعوبات منها:

- كثرة الإختلافات الفقهية الخاصة بعقد الزواج من حيث المذاهب بإعتبار المشرع الجزائري أشار في حالة عدم وجود نص الرجوع إلى الشريعة الإسلامية .
- كثرة الإختلافات بين القوانين التشريعية والفقهية، والتعديلات الكثيرة في قوانين الأحوال الشخصية والمدنية.

- **منهج البحث:**

ولقد إعتمدنا في دراستنا على المنهج المقارن حيث قمنا بجمع المعلومات في الجانب الفقهي ثم في الجانب القانوني الآراء الفقهية والقانونية من أجل الإحاطة الشاملة بالموضوع ، ذلك بغية الإحاطة بمختلف الجوانب الإجرائية في عقد الزواج.

5/ دراسات سابقة

تعتبر الدراسات السابقة بمثابة المصدر الأساسي والمنطلق الأول الذي يبدأ الباحث من خلاله صياغة موضوع دراسته ليبني ويؤسس دراسته الحالية، وذلك من أجل طرح فجوة بحثية جديدة ،إما بالتغيير أو التعديل على المتغيرات البحثية للدراسات السابقة أو إيجاد علاقات بين متغيرات الدراسات السابقة ومتغيرات أخرى مع إضافة لمسته على الموضوع.

الدراسة الأولى:

دراسة سعادي لعلى 2015، أطروحة دكتوراه بعنوان " الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة" تهدف هذه الدراسة إلى إبراز المصدر الأصلي الخاص بأحكام الأسرة، وإلقاء الضوء على الأسس والضوابط التي تخضع لها العملية الإجتماعية في قانون الأسرة خاصة في ظل بروز مختلف التيارات المطالبة بالتغيير والتعديل.

وإعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن بجمع وتحصيل كل حالة بأبواب الأطروحة من الناحية الفقهية الشرعية والناحية القانونية، وتوصلت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

- إن أبرز ما يتسم به هذا القانون هو توجهه إلى تحقيق العدل بين الرجل والمرأة، وإلى تعزيز دور المرأة في المجتمع وتقوية مركزها القانوني، من خلال نصه على المساواة المطلقة بين المرأة والرجل.
- منحت المادة 19 ق.أ.ج" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل

المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون." [1]حرية الإشتراط للزوجين في عقد الزواج بما يريانه ضروريا.

- أكد المشرع على إستقلال الذمة المالية لكل من الزوجين كما نص على ضرورة الإتفاق على مصير الأموال المشتركة والمكتسبة أثناء الحياة الزوجية من خلال المادة 37 فقرة1 ق.أ.ج" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر."[2]

- إلغاء نظام الوكالة في عقد الزواج بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري خلافا للقانون المدني وكل التشريعات العربية والمذاهب الفقهية الإسلامية، رغم الحاجة الملحة للشباب المقيمين بالخارج بسبب تكاليف السفر.

الدراسة الثانية:

دراسة عبد القادر بو قزولة، أطروحة ماجستير بعنوان " توثيق الزواج بين الشريعة والقانون: توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون" هدفت هذه الدراسة إلى إبراز إلزامية توثيق العقود الكتابية ومنها عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية والمدنية، والإطلاع على موقف الشريعة الإسلامية والقوانين من إشكالية توثيق الزواج من عدمه.

وإعتمدت هذه الدراسة على جمع المعلومات المتعلقة بالزواج وتوثيقه ثم التعليق عليها، والإستدلال ببعض القواعد الفقهية والمقاصد الشرعية، وتوصلت هذه الدراسة إلى نتائج أبرزها:

- الزواج في الشريعة الإسلامية هو النظام الشرعي الوحيد للعلاقة المشروعة بين الرجل والمرأة.

---

[1]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 24.

[2]- الأمر رقم 05- 02 نفسه.

- إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية والأديان السماوية والقوانين الوضعية والإتفاقات الدولية أن الرضا هو الركن الأساسي في نظام الزواج، المعبر عنه بالإيجاب والقبول أو الصيغة عند بعض الفقهاء.
- الولي والشهود فهما من المسائل التي تردد العلماء في أصلهما وتفصيلهما حتى في المذهب الواحد، والأصل أن الولي شرط لصحة الزواج عند جمهور الفقهاء وهو الراجح.
- من جهة الشهادة فالأصل أنها شرط صحة في زواج المسلمين عند العقد وهو الراجح عند جمهور الفقهاء وينوب عنها الإعلان والإظهار عند بعض الفقهاء. وزواج المسلمين في الغرب عادة ما يتحقق فيه الإعلان والإظهار في البلدية والشهادة عند إعادة العقد الشرعي في المسجد.
- جواز شهادة غير العدول ولو غير مسلمين إن لم يوجد غيرهم، في كل شيء تعذر فيه وجود مسلمين في الغرب، من باب الضرورة والحاجة .
- التوثيق في الشريعة الإسلامية إذا أطلق يراد به عند الفقهاء علم الوثائق والشروط، والذي يهتم بضبط معاملات الناس وعقودهم على القوانين الشرعية.
- الأصل في الزواج الشرعي الذي يحفظ الحقوق وتترتب عليه الآثار هو الزواج الرسمي. الذي يتم إجرائه وتوثيقه من طرف موظف رسمي مختص حسب الشكل الذي يحدده قانون الأحوال الشخصية للدول الإسلامية، لأنها غالبا ما تراعى فيه الأركان والشروط وإنتفاء الموانع الشرعية.
- إعتبار الزواج غير الرسمي الذي لا يتم تسجيله لدى السلطات الرسمية للدولة حرام، ولو إستوفى الأركان والشروط لأنه لا يحفظ الحقوق وتترتب عليه مفاسد كثيرة وأضرار تمس الأسرة والمجتمع.
- إعتبار الزواج غير الرسمي صحيحا، لكن فاعله واقع في الإثم الشرعي، لمخالفته لأمر ولى الأمر بوجوب توثيق الزواج، لأنه يجوز لولى الأمر تقييد المباح إذا رأى في ذلك مصلحة من باب السياسة الشرعية ومعرض للعقاب القانوني.

علاقة هذه الدراسة بالدراسات السابقة:

يمكن القول أن الدراسة الحالية تتشابه مع الدراسات السابقة في أنها تتناول كل الجوانب النظرية لعقد الزواج أحكامه وطبيعته، كذلك أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما.

وتجدر الإشارة إلى أن الدراسة الحالية إستفادت من الدراسات السابقة في عدة جوانب أهمها ما يلي:

- تحديد الإطار النظري للدراسة والعناصر المكونة له.
- تحديد الجوانب التي سبق بحثها من موضوع الدراسة، والجوانب التي لم تبحث من قبل.
- الإستفادة من المراجع الواردة فيها خاصة الكتب.
- الإستفادة من نتائج الدراسات السابقة.

الفصل التمهيدي: مفهوم الزواج وحكمه في الشريعة والقانون

مبحث تمهيدي: للزواج أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمعات فيه تصلح الأسرة ، لذلك إهتم كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري بوضع تعريف له وكذا بيان طبيعته وأهميته، لذلك ومن خلال هذا الفصل سنحاول التطرق لمفهوم عقد الزواج وطبيعته من الناحية الشرعية والقانونية، حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم عقد الزواج وأهميته، أما المبحث الثاني فتم تخصيصه لأحكام عقد الزواج وطبيعته.

المبحث الأول: تعريف الزواج و أهميته

تتعدد التعاريف الخاصة بعقد الزواج لكنها تصب في مضمون واحد، لذلك من خلال هذا المبحث سنحاول ضبط مفهوم لعقد الزواج بين الشريعة والقانون.

المطلب الأول: تعريف الزواج

أولا: لغة:

الزوج خلاف الفرض يقال زوج أو فرضاً والزوج هو الإثنان وكل إثنان زوج، والأصل في الزوج هو الصنف والفرع من كل شيء وكل شيئان مقترنين شكلين كانا أو نقيضين فهما زوجان، وكل واحد منهما زوج، ويقال تزوج إمرأة وبها :أي إتخذها زوجة والزواج إقتران الزوج بالزوج أو الذكر بالأنثى[1].

و للزواج في اللّغة معاني عديدة منها : الإقتران و التماثل والتناظر و النكاح[2]... .

والزواج عند أهل اللغة مرادف للنكاح ولكنه أعم وهو يدور حول معنى الإزدواج، والإقتران، والإرتباط، والضم، والتداخل. قال تعالى: (أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا ۖ)[1] أي

[1]– معجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مكتبة الشروق العربية، القاهرة، 2004، ص 406.

[2]– بلخير سديد، الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر، الطبعة الأولى، 2009 ، ص15 .

يقرنهم ويربطهم. وقال تعالى: **(احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ)**،[2] أي قرناءهم. وقد ذكر لفظ الزواج في القرآن عشرات المرات بمعنى الإقتران والجمع وبمعنى النوع كما في قوله تعالى: **(قُلْنَا احْمِلْ فِيهَا مِن كُلٍّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْ)**،[3] وقوله تعالى: **(وَأَنبَتْنَا فِيهَا مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ)**[4].

النكاح لغة: الضم والتداخل " نكح: النون والكاف والحاء: أصل واحد وهو البضاع، ونكح ينكح، وإمرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم، والنكاح يكون العقد دون الوطء، يقال نكحت تزوجت".

فالنكاح عند الإطلاق مجرد تسمية لعقد الزواج قبل الدخول بالزوجة وقبل جماعها. قال الفارسي: " فرقت العرب فرقا لطيفا يعرف به موضع العقد من الوطء فإذا قالوا نكح فلانة أو بنت فلان فالمراد به عقد التزويج، وإذا قالوا نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الجماع والوطء". قال تعالى: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ)**،[5] فرق الله تعالى بين النكاح والمس فذكر أن النكاح هو عقد الزواج، والمس هو الوطء، فالطلاق يمكن أن يكون بعد العقد وقبل الدخول أي الوطء. وبالنظر إلى إستعمالات اللغة العربية لكلمة زوج وزواج ونكاح نجد القرآن إستعمل كلمة " زوج " كإسم للمرأة والرجل المرتبطين بعلاقة شرعية، وإستعمل كلمة نكاح لعملية الارتباط

[1]– سورة الشورى، الآية، رقم 50.
[2]– سورة الصافات، الآية، رقم 22.
[3]– سورة هود، الآية، رقم 40 .
[4]– سورة ق، الآية، رقم 7.
[5]– سورة الأحزاب، الآية، رقم 49.

والإستمتاع الشرعي بين الزوجين، " قال تعالى: **(وَمِنَ اٰيٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا)**،[1] والسكون دلالة على قوة الإرتباط والإقتران والإفضاء النفسي والروحي والجسدي.

"وتستعمل كلمة النكاح في معنى الزواج وهو الكثير في لغة القرآن وحديث النبي صلى الله عليه وسلم وكلام الفقهاء". [2]

ثانيا: اصطلاحا:

يكثر الحديث في تعريف الزواج إجتماعيا لإختلاف وجهات نظر علماء الإجتماع للزواج، ونجد من بين التعاريف إعتباره " علاقة جنسية تفرض عليها جزاءات إجتماعية من فردين أو أكثر من الجنسين، ومن المتوقع إستمرارها، عبر الزمن من أجل إنجاب الأطفال وقد تتضمن الجزاءات الإجتماعية في معظم الثقافات لأن الزواج يستبعد العلاقات الجنسية غير الشرعية في المجتمع، وإلى جانب الجنس وعاطفة الأبوة والأمومة نجد أن الزواج يحظى بطابع الموافقة الإجتماعية، وبتحديده للعلاقة بين الزوج و الزوجة وبين الآباء والأبناء ورابطة الأسرة، بذلك عقدا قانونيا يمتاز بالتقديس والبركة الدينية".[3]

ومن الفقهاء المتقدمين عرّف الدردير الزواج بقوله : "هو عقد لحلّ تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلا "[4].

---

[1]– سورة الروم، الآية، رقم21

[2] – عبد القادر بو قزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون: توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الانسانية، باريس، د س ن، ص 7.

[3]– هيباوي الطاهرة،عقد الزواج بين العرف والشريعة مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية مج 4، ع 2،2017، ص9.

[2] – بلخير سديد الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري المرجع السابق،ص 15.

ثالثا: في الفقه الاسلامي:

وردت فيه عدة تعريفات منها أنه:" عقد يفيد حل إستمتاع كل واحد من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا مثل صاحبه، وواجبات عليه " أو أنه "عقد يفيد حل إستمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا مثل صاحبه وواجبات عليه "أو أنه" : عقد بين رجل وإمرأة يبيح إستمتاع كل واحد منهما بالأخر، ويبين لكل منهما من حقوق، وما عليه من واجبات ،ويقصد به الحفظ النوع الإنساني.[1] ومع ذلك فقد ورد النكاح عند الفقهاء بتعاريف مختلفة متقاربة في المعنى وإن إختلفت في المبنى، وهذه التعاريف هي:

- عرفه الحنفية بأنه :"عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا " بمعنى العقد هو مجموع الإيجاب و القبول الصادر عن المتعاقدين أو من يمثلهما.

1- لتملك المتعة : المقصود به حل التمتع لا التملك الشرعي المعروف في البيع و الشراء.

2- قصداً: خرج ما يفيد حل المتعة ضمنا كشراء الجارية لأن حِليتها تابعة لملك رقبتها .[2]

- عرفه المالكية بأنه: " عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها".[3]

- عرفه الشافعية بقولهم: هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته

---

[1]- عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع بيروت 2002، ص 491 .

2- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري، البصائر الجديدة للنشرو التوزيع، الجزائر، الطبعة 3، 2016، ص 24 .

3- حمزة أحمد محمد أبو صليح، ولاية المرأة في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني واتفاقية سيداو: دراسة مقارنة، المجلة الدولة للبحوث القانونية و السياسية، مج 5، ع 2، 2021، ص 251.

– وعرفه الحنابلة بقولهم :هو عقد التزويج، أي عقد يعتبر فيه لفظ النكاح أو التزويج أو ترجمته.

ويتبين لنا مما سبق من تعريفات الفقهاء للنكاح أنها ركزت على أحد أمرين؛ إما إباحة الوطء، أو إباحة وحل التمتع بصيغة معينة، فبعضها أبرز جانبا والبعض الآخر أبرز الجانب الآخر، إلا أننا نلاحظ اتفاقهم جميعا في الجملة على أن عقد النكاح ينصرف عند الإطلاق على التزويج[1]، واعتبر جمهور الفقهاء النكاح هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد فعرفه بانه ضم وجمع مخصوص وهو الوطء وهو عقد يفيد ملك المتعة قصدا، اي حل الاستمتاع.[2]

رابعا: قانونا:

لم تخرج تعريفات القانون للزواج عن تعريفات الفقهاء، وعليه يمكن تعريفه بأنه " :عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، بما يحقق ما يتطلبه النوع الإنساني مدى الحياة، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات قبل الآخر".[3]

وفي نص المادة 04 من قانون الأسرة بأنه:" عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من اهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".[4]

---

[1]– زازون آكلي حبار آمال الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري 05– 02، مجلة جامعة الجرائر مج 32، ع 4، 2017، ص 359. 360.

[2]– رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية، ع 11، ص 171

[3]– رشيد بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري دار الخلدونية، الجزائر 2008، ص 23

[4]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84– 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 24.

المطلب الثاني: أهمية الزواج

لقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة للزواج، فشرعت له مقدمات من تعارف وخطبة، ووضعت له ضوابط شرعية، وهي ما سماها الفقهاء بأحكام الخطبة، حتى يقوم الزواج على أسس متينة من حسن الاختيار، ورضا وموافقة بين الطرفين. ونظرا لظهور بعض الأمراض الجنسية في هذا العصر دعت بعض الدول العربية والإسلامية إلى الفحص الطبي قبل الزواج بحيث يعرف المقبلان على الزواج الحالة الصحية لكل واحد منهما، فيما يتعلق بالأمراض التي قد تكون مانعا من تحقق المقاصد الشرعية للزواج. ولأهمية الزواج رغب الإسلام في التبكير والتعجيل به، حتى يحفظ الشباب من الوقوع في الزنا والمفاسد.[1]

فأهمية عقد الزواج تأتي بالدرجة الأولى من الحقوق (الآثار) المترتبة على هذا العقد، فبتلك الحقوق تظل الأسرة متماسكة مترابطة، فكل حق أو واجب مترتب على عقد الزواج له أهمية بالغة في حياة الفرد زوجا كان أو زوجة والدا كان أو ولدا.[2]

وتتمثل هذه الأهمية الجليلة في نظرة عامة فيما يلي:[3]

أولاً: الوسيلة السوية لتلبية الإنسان غريزته وفطرته على الوجه المشروع

ذلك أن الله تعالى أودع في الإنسان . رجلا وامرأة . كما أودع في غيره من سائر الحيوانات غريزة الجنس ، وحبب إليه الاتصال والتقارب ، ولو ترك الرجل والمرأة حرين يتصل كل منها بمن يشاء لإشباع غريزته الجنسية دون التقيد بأوضاع خاصة أو حدود

---

[1] – عبد القادر بو قزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون: توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون مرجع سابق، ص 11.

[2] – اسماعيل أبا بكر علي البارمي، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان 2008، ص 175.

[3] – أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 1988، ص 16. 18.

معينة، لتساوى الإنسان مع غيره من أنواع الحيوان في سبيل تلبية هذه الفطرة عن طريق الفوضى والشيوع، وعندئذ لا يكون الإنسان ذلك المخلوق الذي سواه الله ونفخ فيه من روحه، ثم منحه العقل والتفكير، وفضله على كثير من خلقه، وجعله خليفته على الأرض، وسخر له الكون وذلله لإرادته، ومن ثم كان الزواج الإنساني الذي يتمثل في أوضاع خاصة وحدود معينة، تنظيم للفطرة والغريزة، غريزة الجنس والتي أودعت في الإنسان كما أودعت في غيره من سائر الحيوانات.[1]

ثانيا: الألفة والمودة:

إذا كان الإنسان محتاجاً في بقائه إلى أبنائه وأحفاده، وكان الزواج وحده هو السبيل إليهم، فهو في راحته النفسية وسكنه إلى القلب الذي يحنو إليه ويشاركه السراء والضراء في مودة والفة، أشد حاجة من حاجته إلى الأولاد الذين لا ينعم بهم إلا مع سكون القلب واطمئنان النفس وراحة الضمير. وصدق الله إذ يقول :" **وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**".[2]

ثالثا : تكوين الأسرة:

ذلك أن الأسرة بمعناها الخاص عبارة عن الرجل وزوجته وأولاده ، أصلها وأساس تكوينها الزواج والأسرة بهذا المعنى أساس المجتمع وخليته الأولى التي تمده بالسواعد القوية والعقول المفكرة المدبرة التي ترسي له دعائم الحضارة وتوفر له الأمن والطمأنينة فينصرف بكليته وبدون شواغل معوقة إلى العمل والإخلاص له والإجادة فيه كل فيما يحسنه ويتفوق فيه ويقدر عليه، وبالتالي يبقى النوع الإنساني على أكمل وجوه البقاء إلى

[1]– بولعواد زوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة نيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء 2004، ص 2.

[2] – سورة الروم، آية ، 21.

الوقت المقدر له في علم الله تعالى، وذلك ما يتناسب والمهمة الجليلة التي وكلها الله تعالى بالإنسان، حيث استخلفه على الأرض لعارتها و إستثمارها، ويقول تعالى **إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً** ".[1]

رابعا : تحقيق الإنس والراحة والمودّة بين الزوجين:

إن من بين الغايات التي يهدف إلى تحقيقها الزواج هي استقرار وسكون كل من الزوجين إلى الآخر نظرا للكيان الذي يجمع شملهما بعد الزواج، بحيث يصبح كل واحد منهما لباسا للآخر و نجد في الآية الكريمة من سورة الروم ما يثبت هذا بحيث يقول تعالى: " **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** "[2]، وإذا بنيت الأسرة على الإنس والراحة والأمان بين الزوجين صلح المجتمع، ولقد ذهب الفيلسوف الإنجليزي " بنتام " إلى القول " أنه شريف فيه ترابط الهيئة الاجتماعية وعليه يبنى التمدن والعمران، فقد أنقذ النساء من الاستعباد وأخرجهن من درك الانحطاط و قسم الناس عائلات مستقلة و كانوا أخلاط ووسع آمال الناس في المستقبل بما أوجده من الرغبة في البنين والحفدة و أوجد المحاكم المنزلية، وأوجد زيادة ميل الأفراد لبعضهم البعض ومن تصور حالة الأمم بلا زواج عرق مزاياه ووقف على منافعة " [3].

[1] – سورة البقرة، آية ، 30.

[2]- سورة الروم، آية ، 21.

[3]– بولعواد زوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون ، مرجع سابق، ص 2.

المبحث الثاني: حكم الزواج و طبيعته

المطلب الأول: حكم الزواج شرعا

تظهر حكمة مشروعية الزواج من خلال الاستقرار الذي يتحقق للأسرة المسلمة والتي تكون اللبنة الأساسية والهامة في بناء المجتمع المسلم ومن خلال الزواج الصحيح ينشأ الأولاد ذوو النسب المعروف، على عكس المجتمعات الأخرى[1] .

ولا ننسى أنه من خلال الزواج تتحقق أمور أخرى بخلاف النسل ألا وهي استمتاع الزوجين يبعضهما البعض وإشباع الرغبة الجنسية بشكل مشروع بعيدا عن الخوض في الحرام[2].

و الزواج تعتريه أحكام الشرع الخمسة وهي[3]:

أولا: الوجوب بالنسبة للشخص القادر على الباءة وخاف على نفسه من الوقوع في المحظور، فيكون واجبا إذا كان الشخص قادرا على الزواج ماديا كالنفقة وجسديا كعدم المرض أو العيب إضافة إلى التأكد أنه إذا لم يتزوج سيقع في الحرام والزنا فهنا حكمه الوجوب.

ثانيا: الندب لمن قدر على مؤنه ولم يخش على نفسه الوقوع في الحرام.

ثالثا: الإباحة، يكون الزواج مباحا إذا لم يكن الشخص خائفا من الوقوع في الحرام بالإضافة إلى القدرة المادية والجسمية فهذا الشرط أساسي في كلا الحكمين (الواجب والمباح).

---

[1]– أحمد حسن أبو جعفر، أنماط الزواج الحديث ومدى تطابقها مع أحكام الشريعة الاسلامية، مجلة العلوم الانسانية لجامعة أم البواقي، مج 5، ع 2، 2018، ص 60.

[2] – أحمد حسن أبو جعفر، أنماط الزواج الحديث ومدى تطابقها مع أحكام الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص 60

[3] – خلف بوبكر، أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مطبعة منصور، الجزائر، 2022، ص 11

رابعا: الكراهة عند خوف ظلم الغير خاصة الزوجة أو الأبناء لاحقا[1].

خامسا: التحريم بالنسبة للشخص الغير قادر على مؤنه ولم يخش على نفسه العنت، والوقوع في المحظور، كأن يغلب على ظن الشخص بأنه سيظلم زوجته إن تزوج ظلم مادي أو ظلم معنوي، وظلم مادي كونه غير قادر على تكاليف الزواج وأعبائه، وظلم معنوي كونه سكير فهذا الزواج حرام[2].

المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج

إن عقد الزواج يختلف عن بقية العقود لخصوصيته باعتباره عقدا ذا طابع تعبدي، ومن العقود الدائمة التنفيذ، وعليه فإن طرق حله تختلف عن بقسة العقود الأخرى، فإذا أنشئ صحيحا فهو لا ينتهي كأصل عام وإلا بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق، أما اذا تخلف ركن من أركانه كان العقد باطلا، لكن إذا تخلف أحد شروط العقد سواء عند تكوينه أو أثناء تنفيذه كان مصيره الفسخ.[3]

ويذهب الاختلاف في طبيعة عقد الزواج بين ما اذا كان عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخري فذهب بعض من الفقه إلى اعتبار عقد الزواج عقد مدني واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن القانون المنظم للأحوال الشخصية هو فرع من القوانين الوضعية ومن بينهم نجد عمر فروخ يقول" بأن الزواج أو النكاح كما يسمى في الشرع عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وامرأة بالغين راشدين يحفظان به عفافهما وصلاحهما ثم تنشأ منه الأسرة.[4]

---

[1]– خلف بوبكر، مرجع سابق، ص 11

[2]– خلف بوبكر، أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع سابق، ص 11

[3]– سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الاسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص 48

[4]– سليم محمودي، مرجع سابق، ص 48

ويذهب البعض إلى اعتبار عقد الزواج عقد ديني يخضع للأحكام الدينية مستدلين على أن القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط أما عقد الزواج فيخضع للأحكام الدينية و هناك من ذهب إلى اعتباره عقد مدني ذو طبيعة خاصة لاحتوائه على قدسية معينة في حين نجد من اعتبره بأنه ذو طابع شرعي لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه ولكن لم تشترط طقوس معينة مثلا كحضور رجل الدين وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة التي عرفت عقد الزواج حددت طبيعته بأنه عقد شرعي.[1]

كما أن طبيعة عقد الزواج تتمحور حول ما اذا كان عقد الزواج رضائي أم شكلي، لذلك اتفق الفقهاء بأن الرضا ركن في الزواج ،وأن الزواج أولى في اعتبار الرضا من البيع ، الذي يعتبر من أهم العقود وأكثرها انتشارا، يقول شيخ الإسلام : (ثم البيع لا يجوز إلا بالتراضي لقوله تعالى : "إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم"[2] ؛ فالنكاح لا يجوز إلا بالتراضي بطريق الأولى والأخرى) .

واختلفوا بعد ذلك هل يكفي الرضا وحده لانعقاد الزواج، أم لا بد أن تصاحبه إجراءات أخرى، فذهب البعض إلى أن الرضا لا يكفي وحده لصحة انعقاده ،بل لابد لكي يكون صحيحا من الشهادة والإعلان كحد فاصل بينه وبين السفاح، وعليه يصح القول أن عقد الزواج عقد شكلي، وهذا خلافا لأغلب العقود المدنية والمالية، نظرا لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع لأجلها.[3]

---

[1]– بولعواد زوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 3.

[2] – سورة النساء، الآية، 29.

[3] – السعيد الوافي، وآخرون، التراضي في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019، ص 23.

وذهب البعض إلى أنه رضائي بنص م 04 من ق.أ.ج [1]، إذ أضاف المشرع الجزائري عبارة "رضائي" لعقد الزواج تأكيدا على ركنية الرضا فيه من جهة ،وعدم اعتباره من العقود الشكلية من جهة ثانية، وما يؤكد أيضا رضائية عقد الزواج نص المشرع على تصحيح الزواج بصداق المثل إذا حصل الدخول بدون ولي، أو إشهاد ،أو صداق، ونصه على عدم إلزامية الولي في زواج البالغة، وإبطال العقد حال تخلف الرضا بنص م 1/33 ق.أ.ج، وهو الرأي الصحيح ؛ذلك أن الشكلية الواردة في المادتين18 و 22من ق أ إنما اشترطها المشرع لإثبات عقد الزواج لا لتكوينه، وبالتالي فلا تأثير لها على مبدأ رضائية الزواج، وهو ما توضحه الفقرة الأولى من المادة 01/22 ق.أ.ج بنصها" :يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".[2]

وقد حدد المشرع الجزائري موقفه من أصناف الزواج حيث سبق تقرير عقد الزواج أنه من العقود الشكلية التي لا يعترف بها القانون، ولا تترتب أحكامها بمجرد التراضي عليها، بل يشترط فيها شروط أخرى كالرسمية والإشهاد والتسجيل لترتيب الآثار القانونية وحمايتها .ولقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج[3] .

أ- الزواج العرفي

إن الزواج باعتباره رباطا مقدسا بين الرجل والمرأة، اعتاد الناس على أن يكون غير مدون أو موثق، ولكن بعد أن تغيرت أنفسهم وضعف الوازع الديني بينهم، فقد ينكر البعض الزواج وقد يدعونه إدعاءا باطلا معتمدين على شهود زور لينقلب الحق باطلا

---

[1]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 24.

[2]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 24.

[3] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن،ص 134.

والباطل حقا. لذا كان لابد من وضع ضوابط للزواج وقيودا قانونية حفظا للحقوق وصيانة للأنساب ودرءا للشبهات، إن مصطلح الزواج العرفي، مصطلح غير صحيح وغريب عن المجتمع الجزائري، وأن عقد الزواج لا يستمد أحكامه من العرف وإنما من الشريعة الإسلامية، ومسألة تسمية الزواج العرفي تسمية مأخوذة من المشرق العربي، خاصة مصر، وشرعا لا يوجد زواج عرفي، وإنما يتم الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الذي هو الزواج بالفاتحة كما هو معروف في تقاليد المغرب العربي وخاصة الجزائر .فما هو الأساس القانوني للفاتحة؟ وهل تعتبر عقدا أم مجرد وعد بالزواج؟[1].

ب: الطبيعة القانونية للفاتحة

نص المشرع في المادة السادسة المعدلة من قانون الأسرة " إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا .غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة09 مكرر من هذا القانون " .[2]

ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن المشرع راعى التقاليد الجزائرية والعادات التي تجعل الفاتحة عقدا شرعيا غير موثق متى توافر على جميع إجراءات التسجيل والتوثيق لعقد الزواج من أركان العقد في التشريع المصري، وعدم خضوعها لعقد هذه الإجراءات :يجعله عقدا عرفيا استنادا إلى الورقة العرفية التي كتب فيه[3].

والفاتحة في العرف الجزائري ما هي إلا عقد زواج شرعي وهذا ما استوحته الاجتهادات القضائية بتقرير المحكمة العليا ما يلي : "من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة

---

[1]– حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الاسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص ص 48. 49

[2] – الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84– 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 24.

[3]– المرجع نفسه، ص 48

الفاتحة ورضا الزوجين وتحديد الصداق وحضور الشهود" هو زواج صحيح [1] .وفي قرار آخر "من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين."

وجاء كذلك عن المحكمة العليا قرار لاحق للأول ينص على : من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد ، أو على الاقل الفاتحة ،إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع، ومن ثم فان النعي على قرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض، والزواج عن طريق الفاتحة هو عقد شفهي، خلافا للخطبة التي لا تسمو إلى ذلك الوصف، فلا يطلب فيها رضا الزوجين ولا يحضرها شهود، ولا يتم فيها تحديد الصداق، وإنما هي مجرد إجراءات تحضيرية وإعلان رغبة الخاطبين في التزاوج[2].

من خلال تناولنا لهذا الفصل، توصلنا الى أن لعقد الزواج العديد من التعاريف ولكن بالرغم من اختلافها في الشكل إلى انها تصب في مضمون واحد، حيث عرفه الشرع الاسلامي على أنه عقد بين رجل وامرأة يبيح استمتاع كل واحد منهما بالأخر، ويبين لكل منهما من حقوق، وما عليه من واجبات، ويقصد به الحفظ النوع الإنساني.

أما المشرع الجزائري فقد عرفه على أنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، الطبعة السابعة،2017، الجزء الأول ، ص280.

[2]– حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 49.

الفصل الأول: أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة والقانون

لقد نظم الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري عقد الزواج فلا يصح إلا بتوفر أركانه، والزواج بعقد الرضا أي تبادل الايجاب والقبول، بالإضافة إلى هذا الركن الأساسي الذي لا وجود لماهية العقد بدونه، هناك شروط أخرى فرض وجوها في عقد الزواج الصحيح.

لذلك ومن خلال هذا الفصل سنحاول التطرق لمختلف أركان وشروط عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين أساسيين تناولنا في المبحث الأول أركان الزواج بين الشريعة والقانون، أما المبحث الثاني فتم تخصيصه لعرض مختلف شروط الزواج بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: أركان عقد الزواج

إختلف الفقه الإسلامي والمشرع القانوني في تصنيف أركان العقد وشروطه، وهو في مجمله خلاف إصطلاحي لا علاقة له بالأحكام، ومع ذلك فإنه من المهم الإطلاع على هذه التصنيفات، ليسهل التعرف من خلالها على وجوه الإختلاف العامة، وعلى مدى الأهمية التي تكتسيها بعض نواحي عقد الزواج على البعض الآخر بحسب رؤية الفقهاء لفلسفة الزواج ومقاصده في الشريعة الإسلامية[1].

[1]– نوري حمه سعيد حيدر، الفروق بين أنواع عقود الزواج الشائعة وحكمها في الفقه الاسلامي والقانون العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 1، عدد2، جزء 2، 2017، ص 513 .

المطلب الأول: الرضا في الشريعة

الفرع الأول: المقصود بركن الرضا

وهو ما يصطلح في الفقه الإسلامي بالصيغة، و يقصد بالصيغة : اللفظ الدال على توافق إرادة كل من الزوجين على الزواج، و يتم إنعقاده بلفظ صريح دال على التزويج.[1]

لقد عرف الفقه الإسلامي الرضا بأنه توافق إدارة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده، ويتمثل التعبير فيما يجري عن عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول.[2]

إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي على أن الرضا ركن أساسي في عقد الزواج على إختلاف لفظي بينهم، فهناك من يسميه الإيجاب والقبول، وهناك من يطلق عليه إسم الصيغة، والمهم في عقد الزواج وجود الإيجاب والقبول، فهو الركن الأساسي فيه لأنه يستلزم وجود العاقدين (الزوج والزوجة)، الأمر رقم05/02 : المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم. [3] والمقصود بركن الرضا في الفقه الإسلامي:

وهو توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولاً.

يقول الدكتور مصطفى السباعي: وأما صيغة العقد، فالأصل أن العقود لا بد فيها من الرضا والإرادة، ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الإطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من

1- د جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد للنشر والتوزيع،عمان، 2008، ص47 .

2- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص 61.

3- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 24.

قول أو فعل فقد إعتبر الشارع (الإيجاب والقبول) دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كل المتعاقدين[1].

الفرع الثاني: الإيجاب و القبول

إتفق الفقهاء جميعا على أن الإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج، بل هو الركن الأساسي الذي لا يصح عقد الزواج بدونه بأي حال من الأحوال، ورغم أن الفقهاء اختلفوا في أركان عقد الزواج، إلا أنهم لم يختلفوا قط في ركنية الإيجاب والقبول؛ ولذلك عقدوا له أبحاثا طويلة، فيما ينوب عنه مثلاً، وعن انعقاد الزواج بالألفاظ العامية وغيرها، ولم يقل فقيه واحد بجواز عقد الزواج بغير إيجاب وقبول[2].

1- **الإيجاب:** عرف جمهور الفقهاء الإيجاب بأنه :الكلام الذي يصدر من الولي دالاً على رضاه بعقد الزواج، وعرفوا القبول بأنه :الكلام الذي يصدر من الزوج أو وكيله، دالاً على موافقته على رغبة الولي[3].

وعرف الحنفية الإيجاب بأنه :الكلام الذي يصدر أولاً، سواء أكان من الزوج أم الزوجة أم الولي، وعرفوا القبول بأنه :الكلام الذي يصدر مؤخرا، سواء أكان من الزوج أو الزوجة أو الولي، وتعريف الحنفية هو الأيسر والأصلح لهذا الزمن، ولأن تصحيح عقد الزواج أولى من إبطاله، ولبيان شروط الإيجاب والقبول، يرجع إلى مبحث صيغة عقد النكاح وشروطها[4].

---

[1]- سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 44.

[2]- نجلاء اسماعيل احمد، قضايا إعلامية وثقافية، دار المعتز للنشر والتوزيع، د م ن، 2017، ص 150.

[3]- نجلاء اسماعيل أحمد، قضايا إعلامية وثقافية، مرجع سابق، ص 150 .

[4] - الرجع نفسه، ص 150.

والحنفية خالف جمهور الفقهاء في أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أو الزوجة.[1]

2- **القبول** : هو الكلام الصادر ثانيا من أحد المتعاقدين كأن يقول الزوج لأبي الزوجة بعد الإيجاب قبلت زواج ابنتك، أو يقول أبو الزوجة للزوج بعد الإيجاب زوجتك ابنتي فلانة .[2]

فإذا قال الخاطب لولي المخطوبة أو وكيلها :تزوجت بنتك أو موكلتك، فهذا إيجاب، وقول الأب، أو الولي أو الوكيل له :زوجتك بنتي، أو موكلتي فهذا قبول .وإذا قالت المخطوبة :زوجتك نفسي، فهذا إيجاب فإذا رد عليها الخاطب قبلت فهذا قبول. فالمبتدئ الكلام من العاقدان كلامه إيجاب سواء كان كلام الرجل أو كلام المرأة والقول الأخير قبولاً[3].

ونظراً لأهمية عقد الزواج وأثره البالغ في العلاقة بين الزوجين فقد حرص الفقهاء على صيانته وحمايته من كل ما يؤثر على صحته فتكلموا في الإيجاب والقبول من عدة نواحي:

أولاً :صوره:

- أن يكون الإيجاب على صيغة الماضي: كقول المرأة للرجل: زوجت نفسي منك، فيقول لها: قبلت، وكذا قول الوكيل: زوجتك موكلتي فيقول الرجل: رضيت فالهدف

[1] – بدران أبو العينين بدران،الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شهاب الجامعية، د.م.ن، د.س.ن، ص 53 .

[2] – عبد الحميد خزار، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام، مطبعة الشهاب، باتنة، د.س. ن، ص 102.

[3] – ضيف الله محمد الوريكات، الزواج آثاره وأحكامه في قانون الأحوال الشخصية الأردني المنهل، 2015، ص 80.

من الصيغة هو رضا الطرفين والتعبير عن الرضا وتوافق إرادتيها والذي يدل على هذا التوافق، حيث هو ما كان على صيغة الماضي[1].

- أن يكون الإيجاب على صيغة الأمر والقبول على صيغة الماضي كأن يقول الرجل زوجيني نفسك على مهر قدره كذا، فقالت "قبلت"[2].

- أن يكون الإيجاب على صورة المضارع والقبول على صورة الماضي، كأن يقول الرجل لولي المرأة :تزوجني بنتك، فيقول :زوجتك بنتي وهذا بشرط أن لا يكون قصده الوعد بالزواج، أو معرفة رغبتها بالزواج به من عدمه.

- أن يكون كل من الإيجاب والقبول على صيغة الجملة الاسمية كأن يقول الرجل للمرأة: أنا زوجك، فتقول له :أنا زوجتك.

- أن لا يكون الإيجاب معلق على شرط أو مضاف إلى المستقبل لأن ذلك لا يدل على حصول الرضا وقد خصص المشرع لهذه الصورة المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية حيث جاء بها :لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق.[3]

ثانيا: من حيث المادة، أي مادة الإيجاب والقبول

إتفق الفقهاء أن تكون مادة الإيجاب مشتقة من الألفاظ الصريحة في معنى الزواج وبذلك ينعقد الزواج صحيحاً إذا كان الإيجاب بلفظ النكاح والتزويج ويجوز التعبير بالكتابة أو بالإشارة المعلومة والمعروفة لمن يعجز عن لفظها، ما عدا ذلك من الألفاظ

[1]– ضيف الله محمد الوريكات، المرجع نفسه، ص 80.

[2] – د جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، المرجع السابق، ص49 .

[3]– ضيف الله محمد الوريكات، الزواج آثاره وأحكامه في قانون الأحوال الشخصية ، المرجع سابق، ص 81.

المجازية، فقد إختلف في أمرها الفقهاء، ولهم تفصيلات حول ذلك في كتب الفقه .إلا أن القانون الأردني حسم الأمر فلم يعتمد الألفاظ المجازية.[1]

والإيجاب 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 ، وقد خالفهم الحنفية في أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين، سواء أكان الزوج أو الزوجة، والقبول هو ما صدر ثانيا من الطرف الآخر ، 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 الإستمتاع، فكلامه هو الإيجاب والرجل يتملك ذلك فكلامه القبول.[2]

ورغم هذا الإختلاف في التسمية الإصطلاحية 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.

أما فيما يخص المشرع فقد ساير المذهب الحنفي فالإيجاب هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد، والقبول هو ما يصدر ثانيا من المتعاقد الآخر دالا به على موافقته وقبوله فيما رغب فيه الأول.[3]

---

[1] – ضيف الله محمد الوريكات، الزواج آثاره وأحكامه في قانون الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص 81.

[2] – عبيدة فاطمة الزهرة، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018، ص 48.

[3] – عبيدة فاطمة الزهرة، المرجع سابق، ص 48.

المطلب الثاني: الرضا في القانون

الفرع الأول: مفهوم الرضا

1- تعريف الرضا لغة:

تستعمل كلمة الرضا للدلالة على القناعة الذاتية بأمر معين فيقال رضي عنه ورضي عليه رضوانا ومرضاة، ضد سخط، وأرضاه بمعنى أعطاه ما يرضيه، وإسترضاه أي طلب رضاه، ورضي بها أي إرتضاها لصحبته وخدمته.[1]

ورضا (الرضوان) بكسر الراء وضمها والرضا بمعنى سرور القلب بمر القضاء.

جاء على لسان ابن منظور أن الرضا مصدره رضى ,يرضي ,رضا ,و رضوانا والرضا مقصورا :ضد السخط و الكراهية ,فالرضا والسخط من صفات القلب و إذا رضيت النفس عن شيء أحبته و استحسنته و أقبلت عليه[2].

ولقد ورد لفظ رضا ومشتقاته في القرآن الكريم في كثير من المواضع منها بلفظ " تراض " في آيتين هما – قوله تعالى: **" فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما".**[3]

وقوله تعالى أيضا: **" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ".**[4]

وعند الرجوع إلى تفسير هذه اللفظة ومشتقاتها نلاحظ أنها تدور كلها حول معانيها اللغوية السابقة من طيب النفس وإرتياحها، وضد الكره والغضب، والسخط وبمعنى

---

[1]– الطاهر أحمد عبد العال الطهطاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، تونس، د س ن، ص 151.

[2] – ابن منظور، معجم لسان العرب، ط 3، مجلد 14، دار صادر، بيروت، د س ن، ص 323.

[3] – سورة البقرة، الآية، 233 .

[4]– سورة النساء، الآية، 29.

الاختيار. وإن كان المفسرون قد أجمعوا حول المعنى اللغوي في راض إلا أنهم إختلفوا حول معنى تراض في قوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ".[1]

فقال بعضهم هو أن يخبر كل واحد من المتبايعين الآخر بعد العقد، بين إمضاء البيع أو نقضه، أو يتفرقا بأبدانهما عن مجلسهما الذي تم فيه البيع عن تراض بالعقد الذي تعاقداه، وقال آخرون: بل التراضي في التجارة توجب العقد عن الرضا من كل واحد منهما سواء افترقا أو لم يفترقا، غايرا في المجلس أولا، وعله هذا القول أن البيع إنما هو بالقول ونحوه[2]."

2-في القانون الجزائري:

يعتبر عقد الزواج عقدا مدنيا، ولكي ينتج آثاره، يجب توافر ركن التراضي بين الزوجين Le consentement des deux époux فلا ينعقد الزواج إلا بوجود طرفين أحدهما الزوج والآخر الزوجة على أن تتطابق إرادة كل واحد منهما مع الآخر وهو ما يعبر عنه في الفقه المالكي بركن الصيغة والتي يراد بها اللفظ الدال على حصول الزواج وتحقه إيجابا وقبولا".[3]

وهو أيضا ما كرسه المشرع الجزائري حيث نصت المادة 10 من قانون الأسرة على ما يلي : " يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".[4] إذا اختل ركن التراضي اعتبر الزواج باطلا Le mariage est

---

[1]- سورة النساء، الآية، 29.

[2]- لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 12.

[3]- سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 44.

4 - القانون رقم 84- 11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005.

déclaré nul si le consentement est vicié وهو ما نصت عليه المادة 33 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري " يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا."[1]

من خلال قراءتنا للمادة 10 من القانون الجزائري يتبين لنا أن ركن الرضا في عقد الزواج يتمثل في الإيجاب والقبول .

وهذا ما يتفق تماماً مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، من المستقر عليه قانوناً وقضاء أن عقد الزواج يعتبر صحيحاً متى تم برضا الزوجين، وحضور ولي الزوجة، وشاهدين وصداق، وإبرام أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا، وركن الرضا يتمثل في الإيجاب والقبول.[2]

من بين أوجه الرضا التي ينصب عليها رضا الزوجين في عقد الزواج حتى يتحقق منهما الرضا التام به لذا ستشمل دراستنا على الرضا بشخصية الزوج و الزوجة و الرضا بالمهر و الرضا بالشروط الإتفاقية.

أولا : الرضا بشخصية الزوج و الزوجة:

اشترط فقهاء المذاهب الأربعة تحديد الزوجين و تعيينهما في العقد منعا للجهالة من جهة وليحصل الرضا من الزوجين ببعضهما من جهة ثانية فإذا كان الزوجان حاضرين في مجلس العقد فان معاينة يعضهما البعض ورؤية بعضهما تكفي في حصول المعرفة

[1]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فيفري 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية العدد 24.

[2]- سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 44.

بعين كل زوج وذاته أما في غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد كما هو حال الزوجة في الغالب حيث يتولى وليهما تزويجها بإذنها.[1]

ثانيا: الرضا بالمهر:

إن معرفة مقدرا المهر و ما يتعلق به له علاقة بتحقيق الرضا في الزواج في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ولكن أهمية تحديده ليست كأهمية تعيين الزوجين إذ يمكن الرضا بالزواج دون تسمية المهر لكن إذا تمت تسمية المهر فلا بد أن يتحقق الرضا به قدرا و آجلا.

ثالثا: الرضا بشروط الإتفاقية:

شروط الإتفاقية التي يتفق عليها أطراف العقد لها أهمية كبيرة في تحقيق الرضا بالزواج فإذا إشترط أحد الزوجين شروط جائزة و فيها منفعة مشروعة فلا يمكن تصور الرضا من الزوج الأخر إلا لمعرفته بتلك الشروط و موافقته عليها وقد جاء في بعض الكتب المالكية أن المرأة إذا أمرت وليها أن يزوجها و يشترط لها شروطا معينة فزوجها ولم يشترط لها فلا يلزمها هذا العقد إلا إذا رضي الزوج بشروطها فإذا أبى فلها الخيار فسخ العقد أو إمضائه بلا شروط هذا كله قبل الدخول أما إذا لم تعلم بعدم إشتراط الولي إلا بعد الدخول فلا خيار لها فالنكاح لازم و الشرط باطل و عليه فالرضا في الزواج له تعلق بالشروط الإتفاقية في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي فلا يمكن حصول الرضا إلا بمعرفة و إدراك تلك الشروط و الموافقة عليها قبل إبرام العقد وإن لم يقع التصريح بهذا المعنى في الفقه و القانون فهو أمر منطقي تقتضيه طبيعة تلك الشروط.[2]

[1] – راشدي ياسين، طوبيشي أحمد، عيوب الرضا في عقد الزواج، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022، ص 13.

[2] – راشدي ياسين، طوبيشي أحمد، مرجع سابق، ص. 14

ويشترط توافر الرضا لدى طالبي الزواج، لأن إنتفاء هذا الشرط يبطل العقد ..لأن عقد الزواج عقد بين إرادتين ولذلك يجب توافر شرط القبول الشخصي من الطرفين معا. فيشترط حضور طرفي عقد الزواج شخصيا أمام موثق العقد حيث يعلنان صراحة عن رضاهما بالزواج، ولا يجوز بالتالي توكيل شخص آخر مكان أحد الزوجين لإبداء رضائه بالعقد، فقد يكون الموكل قد غير رأيه منذ إجراء التوكيل حتى لحظة إتمام العقد[1].

والرضا الصحيح هو الصادر عن عقل وإدراك، ولذلك لا يصح زواج فاقد قواه العقلية كالمجنون والسكران والواقع تحت تأثير مغناطيسي.

ومن العيوب التي تفسد الرضا وتبطل الزواج العنف المادي أو المعنوي وتهديد أحد طالبي الزواج بالقتل أو الأذى على شخصه أو على شخص أحد أقربائه، أو بإفشاء سر هام، أما الخطف فلا يشكل مانعا أكيدا للرضا ..إذ قد يعقب الخطف قبول حر تام بالزواج من قبل الشخص المخطوف[2].

الفرع الثاني: صوره

يتساوى عقد الزواج مع بقية العقود بقيامه على مبدأ الرضا، بحيث يلزم لإنعقاده ارتباط الإيجاب والقبول وتوافقهما على انعقاد العقد، وطبقا للقواعد العامة فإن كلا من الإيجاب والقبول يعبر عن إرادة من صدر عنه، والتعبير عن الإرادة قد يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو بأي موقف لا يدع أي مجال للشك في دلالته على التراضي، والتعبير عن الإرادة بالطرق السابقة لا يواجه أية صعوبة في إطار القانون المدني؛ فالبيع مثلا ينعقد باللفظ والكتابة والإشارة ، ويختلف الأمر في قانون الأسرة

[1]– عادل أحمد سركيس، الزواج في المجتمع المصري الحديث، وكالة الصحافة العربية، 2021، ص 222 .

[2] – عادل أحمد سركيس، نفسه ، مرجع سابق، ص 222.

الجزائري، فالزواج كأصل عام ينعقد باللفظ، وكإستثناء ينعقد بالإشارة، أو العاجز عن النطق بألفاظ الإيجاب والقبول عند بعض الفقهاء.[1]

أولا-الصيغة اللفظية :تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري على أنه":يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا[2]."

ما يستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يشترط الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول، ولا اللغة التي يتم بها العقد، لأن العبرة في العقود المعاني، ويجوز ذلك بكل لغة يمكن التفاهم بها ،بالألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا.[3]

وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. "4.

1- الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح:

وهي الألفاظ التي يصح التعبير بها فمنها ما اتفق عليه الفقهاء، ومنها ما اختلفوا فيه:

أ- ألفاظ متفق على صحة العقد بها: مقومات العقد الشرعي وأسسه اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج ببعض عقد الزواج، وفي ما يلي ذكر لهذه الألفاظ بقسميها أجمع الفقهاء

---

[1] - حمزة عبد الناصر، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، ط 1، 2014، ص 23 .

2 - القانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم في موجب الأمر 05-02 المتضن قانون الأسرة، مرجع سابق.

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 6، 2010، الجزء 1، ص 142.

4- القانون رقم 84- 11 نفسه.

على أن الزواج ينعقد بكل لفظ مأخوذ من كلمتي الزواج والنكاح، لورودهما في نص القرآن الكريم في عدة آيات، منها قوله تعالى" **فانكحوا ما طاب لكم من النساء**"[1].

ب- ألفاظ متفق على عدم صحة العقد بها: إتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي لا تدل على تمليك العين في الحال، ولا على بقاء الملك مدى الحياة وهي:الإباحة، الإعارة، الإجازة، المتعة، الوصية، الرهن، الوديعة وغيرها[2].

ج- الألفاظ المختلف فيها: إختلف الفقهاء في انعقاد الزواج ببعض الألفاظ: ينعقد عند الحنفية بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال، الهبة، الصدقة، العطية التمليك والإستئجار بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج و تدل على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، و فهم الشهود المقصود.

وينعقد النكاح عند المالكية بلفظ الهبة إذا ذكر معه الصداق، وذلك كأن يقول الولي : وهبتك إبنتي فلانة بصداق كذا، و الدليل على ذلك : دلّ على جواز إنعقاد النكاح بلفظ الهبة مايلي: قوله تعالى " وإمرأرة مؤمنة إن وهبت نفسها للني إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين". (سورة الاحزاب الآية 50)[3].

ثانيا:الصيغة الغير اللفضية

1-**الكتابة:** الأصل في عقود الزواج اللفظ، إلا أن حالة العاقدين أو كليهما تحول دون إستعمال اللّفظ لعدم القدرة على النطق في حالة الأخرس فالوسيلة الأولى لإبرام عقد الزواج، هي الكتاب إذا كان متقنا لها لأنها أقوى في التعبير عن الإرادة.[4]

---

[1]- سورة النساء، الآية، 3 .

[2]- عبيد فاطمة زهرة، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 50 .

[3] - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر، د ط، 2010 ، ص.ص 97 - 98 .

[4] - دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، دارالخلودنية، الجزائر، 2016، ص76.

وكذلك في حالة عدم وجود أحد العاقدين وغيابه عن المجلس لسبب ما فإن عقد الزواج في هته الحاله ينعقد بالكتابة حيث أجازه الفقه الإسلامي لأن الكتابة من الغائب ك الخطاب من الحاضر[1]

إختلف الفقهاء في إنعقاد النكاح بالكتابة على مذهبين : الأول ذهب الحنفية إلى أنه ينعقد من الغائب لا من الحاضر إذا كانت الكتابة مستبينة يمكن قراءتها وفهمها ك الكتابة على الورق لا على الهواء أو الماء، وصورة ذلك أن يكتب الخاطب للمرأة التي يرد الزواج بها، تزوجتك بمهر مقداره كذا، فإذا وصلها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، و قالت زوجت نفسي منه. أمـا الثاني: ذهب الشافعية و المـالكية و الحنـابلة إلى عدم إنعقـاد

الزواج بكتابة في غيبة أو حضور مع القدرة على النطق، لأن الكتابة من الكناية، ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكناية عندهم .[2]

2- **الإشارة** : الأصل في عقد الزواج لا يبرم بغير اللفظ للقادر عليه لما فيه من تشديد الفقهاء، لكن هناك إستثناء في حالة العذر وارد و يتم بطريقة الإشارة لغير القادرين على اللفظ، كأن يكون أحد العاقدين مشلول اللسان أو أخرس[3]:

ويجدر الإشارة أن هذا مشلول اللسان و الأخرس و الأبكم لايعرف الكتابة للتعبير عن إيجابه و قبوله بالإشارة المعلومة و المفهومة و المعبرة، لأن إشتراط اللفظ في حقه غير ممكن بالإتفاق.

- الشافعية و الحنابلة: إذا كان العاقدين أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنه يعبر عن إرادته بواسطة الكتابة؛ لأنها أكثر بيانا من الإشارة و أوضح و

---

[1]- رمضان السيد الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2009-2010، ص 70 .

2 - جميل فخري محمد ناجم، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، المرجع السابق، ص. ص 55 - 65.

[3]- دليلة فركوس و جمال عياشي، محاضرات في قانون الاسرة انعقاد الزواج، المرجع السابق،ص 77.

أبعد عن الإحتمال و الوقوع في الشك. أما الحنفية: قولان **أحدهما:** يجوز أن يعقد بالإشارة حتى و لو كان بإمكانه الكتابة، لأن كلاهما تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية. و **ثانيهما:** أنه لا يصلح من الأخرس الإشارة إذا كان قادرا على الكتابة لأنها أوضح و أبين من الإشارة "ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى". [1]

ثالثا: طرق أخرى للتعبير عن الارادة

1- الوكالة:

ومن بين الأمور التي تثأر كذلك بشأن التعبير عن الإرادة هو مدى إمكانية اللجوء للوكالة في عقد الزواج، وعليه فهل يمكن التعبير عن الإرادة في عقد الزواج بطريق الوكالة ؟ بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نرى أن المشرع كان يعترف بالوكالة في إبرام عقد الزواج بالنسبة للزوج بموجب المادة 20 الملغاة بعد تعديل القانون سنة 2005. وتعليقاً على هذا فكان على المشرع من باب المساواة تمكين كلا الزوجين من اللجوء للوكالة في إتمام عقد الزواج ولو بإلزام الأطراف بتقديم التسبيب أو التبرير الكافي كضرورة تقديم مبرر أو عذر بدل إلغاءها كلية ومخالفة كل الآراء الفقهية التي تجيز إبرام عقد الزواج بالوكالة، وذلك بداعي تجسيد مبادئ المساواة المستوحاة من الإتفاقيات الدولية، وهنا دعوة أخرى للمشرع الجزائري في إعادة تبني أحكام الوكالة لما فيها من تسهيل لأمور المواطنين لكن مع إحاطتها بنصوص مضبوطة[2].

[1]- د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع، رويبة الجزائر، د.ط، 2013، ص.ص 118-119.

[2]- برياح زكرياء، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي- البدائل والاقتراحات، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 7، 2018، ص 279 .

2-عبر وسائل الإتصال الحديثة

ويعتبر البعض أن التعبير عن الإرادة عن طريق الحاسوب المتصل بشبكة الإنترنت يمكن إدراجه تحت تصنيف التعبير بالكتابة، ولكنها كتابة من نوع خاص، فهي ليست كتابة على الورق، وإنما كتابة إلكترونية يمكن قراءتها من قبل الآلة، ومن قبل الإنسان بعد تحويلها من لغة الآلة إلى لغته، فتعبر الكتابة الإلكترونية عن إرادة المتعاقدين الغائبة عن مجلس العقد وتسقط بذلك القاعدة الفقهية المشهورة.[1]

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين أن التعبير عن الإرادة عبر وسائل الإتصال الحديثة الناقلة للصوت كالهاتف وما يماثله، يعتبر كالتعاقد مشافهة، فعلى الرغم من تباعد الديار والمسافات يستطيع المتعاقد الحديث والتحاور مع الطرف الآخر بصفة فورية دون وجود أية عوائق.[2]

فبالمحادثة المباشرة الفورية بالصورة و الصوت، فالشهود يسمعون خطاب الطرفين حين نطقهما بالإيجاب و القبول، مع تحديد مقدار الصداق، وهم يشهدون على ماسمعو، و اذا كان ذلك بحضور ولي الزوجة و الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإضفاء الشكلية أو الرسمية، إنعقد العقد شرعا و قانونا، ولكن من الناحية العملية يحتاج إلى تأسيس و تدعيم هياكل و آليات الحكومة الإلكترونية.[3]

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج

من محاسن التشريع الإسلامي أنه نظام واقعي و إيجابي يتوافق مع واقع الإنسان وضروراته، و أشد الحرص على ضمان حقوق الأفراد دون تمييز بين الجنسين ذكورا كانوا أو إناثا و بالأخص في عقد الزواج الذي أعطاه الإسلام مكانة تعتبر مرتقى لم و لن

[1] – حمزة عبد الناصر، عقد الزواج عبر وسائل الإتصال الحديثة، المرجع سابق، ص 24.

[2] – حمزة عبد الناصر، نفسه، ص 24.

3 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص 147 .

تصل إليه كل العقود، و لعل من أهم هذه الحقوق إقرار حق الزوجين في تضمين عقد الزواج بشروط تحقق مصلحتهم، إلا أن هذا الحق ليس بالحق المطلق وإنما هو حق له ضوابط لا يمكن تقصيها إلا من خلال الإحاطة بحكم اقتران الشروط بعقد الزواج، وهذا ما لا يظهر إلا من خلال تبيان الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلام، ثم تحديد حكم للشروط المقترنة بعقد الزواج قانونا.[1]

المطلب الأول: أهلية الزواج و الولي و الصداق في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

الفرع الأول: أهلية الزواج

أولا: في الشريعة الاسلامية

تحديد سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى و الفتاة للزواج لم يكن معروفا عند المسلمين الأوائل لعدم ورود نص لا في الكتاب ولا في السنة حوله، لذلك كان مسموح بالزواج دون قيد أو شرط في العمر ولو كان بعض الفقهاء يقولون بمنعه لغير البالغ، لعدم تحقق الغرض المقصود من مثله، و لذلك قاموا بتحديد أهلية الزواج على أساس الأمارات الطبيعية للشخص، بحيث بوجود واحدة من هذه الإمارات يعتبر الشخص بالغا ومن ثمة أمكن له الزواج؛ وهذه الإمارات هي الإنزال عند الذكر يقظة أو مناما، وعند الأنثى الحيض أو الحمل....وكذلك الاحتلام.[2]

ولكن في حالة ما إذا تأخر ظهور هذه الإمارات فعندئذ حدد الفقهاء أهلية الزواج بسن معينة بحيث قدره جمهور الفقهاء بالخامسة عشرة للذكور والإناث، في حين يرى الفقه

[1]– لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 5.

[2]– جبر محمد الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر، د س ن، ص 117

المالكي أن نهايته الثامنة عشر عاما في الفتى والفتاة، أما عند الحنفية؛ فالبلوغ يتحقق في عشرة بالنسبة للذكر والسابعة عشرة بالنسبة للأنثى.[1]

وعلى هذا، فالصغير غير المميز لا ينعقد زواجه باتفاق الفقهاء؛ أما الصبي المميز فينعقد موقوفا على إجازة وليه عند الحنفية و يبطل زواجه عند الجمهور، على أنه متى وصل سن البلوغ الطبيعي جاز له أن يعقد الزواج بنفسه.[2]

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 أصليا أو طارئا عند الحنفية.[3]

ثانيا: في القانون الجزائري

جاء في المادة 7 من ق.أ.ج أنه :" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات."[4]

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

---

1 – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 1، 2012، الجزء 1، ص. ص 156-157.

2 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، سوريا، د. ط، 1989، الجزء 7، ص 186 .

3 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005، الجزء الأول، ص 61 .

4– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق.

1- تحديد سن الزواج

لم يقم المشرع الجزائري بتحديد سن الزواج على أساس الإمارات الطبيعية مثلما قام الفقهاء بتحديده، بل على أساس سن معينة يفترض فيها البلوغ في المقبل على الزواج والقدرة على تحمل متاعبه حيث كانت هذه السن محددة في نص المادة الأولى من قانون 63 - 224. ب 16سنة بالنسبة للفتاة و18سنة بالنسبة للفتى.[1]

غير أن المشرع الجزائري قام برفع هذه السن حين أصدر قانون الأسرة رقم11-84 ؛ حيث جاء في المادة 7 منه" أن أهلية الرجل في الزواج تكتمل بتمام 21 سنة، و المرأة بتمام 18 سنة، و أنه للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة."[2]

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قام بتحديد سن عالية للزواج مقارنة بالقانون السابق؛ ولعله في ذلك قد راعي مدى قدرة الزوج على تحمل المسؤولية، و كذا تكاليف و مطالب الحياة الزوجية، مع مراعاة مسائل النمو الديموغرافي في الجزائر، وقد 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 ب19سنة " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة ".[3]

---

[1] - م 1 من القانون 63- 224 الصادر في 29 جوان 1963، المتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقات الزوجية، ج. ر. ع 44 المؤرخة في 2 جويلية 1963.

[2]- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، سابق الذكر .

[3] - الأمر رقم 07- 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428،الموافق 13 مايو 2007، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، العدد 31 ص 2 .

ونتيجة 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[1].

غير أن التعديل الجديد أعاد التوازن بين القانون المدني و قانون الأسرة؛ فأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي19 سنة كاملة، أي تتطابق مع أهلية الشخص الراشد لمباشرة كامل حقوقه المدنية وفق قانون المدني .[2]

و المشرع الجزائري في تحديد هذا السن لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.[3]

وقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة؛ لما يترتب عليه من التزامات و تبعات المادية و مسؤوليات الزواج الجسيمة والخطيرة وكذا العوامل البيولوجية و النفسية و الجغرافية و الديمغرافية، ولا الخاصة السماح لكل فرد ، وقدرة مالية، و تحديد السن أخذه القانون الجزائري من آراء المالكية و الحنفية، كما إقتبسه من القوانين المقارنة، التي تتفق على منع زواج الصغار غير القادرين على تحمل تكاليف و إلتزامات الززجية.[4]

2-الترخيص القضائي القبلي بالزواج.

الأصل أن الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد بلوغ سن 19 سنة المنصوص عليها في م 7ق.أ.ج، إلا أن المشرع أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة؛ راعي فيه وضعية

---

1 – أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د. ط، 2010، ص 66 .

2 – يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، د. ط، 2011، ص15.

3 – أحمد شامي، المرجع السابق ص 66 .

4 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 117 .

وحالة بعض الأشخاص فنص في الفقرة الثانية من م 7على ما يلي : " و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."[1]

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 إستطاع أيضا أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب من القاضي المختص،[2] غير أنه ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ ما يلي:

أ-من حيث القاضي المختص

لم يقم المشرع الجزائري بتجديد القاضي المختص سواء في النص القديم، أو الجديد حيث استعمل كلمة القاضي في منح الترخيص؛ و هو رئيس المحكمة [3]، ويعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتا وغير قابل للطعن؛ فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه.

ب- من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص

المشرع الجزائري لم يقيد القاضي في السن الأدنى للترخيص بزواج القاصر دون السن القانونية 19سنة، بل ترك السلطة التقديرية له، 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

1 – الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، قانون الأسرة الجزائري سابق الذكر الأمؤ نفسه.

2- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار الهومة، الجزائر، ط 2، 2009، ص 96 .

3 – سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 25 .

سن التمييز 13 سنة؛ بحيث لا يمكن النزول عنه في منح الترخيص في جميع الأحوال خاصة.[1]

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 حدا لسلطة القاضي، بحيث جاء نص المادة عاما وشاملا مما فتح مجالا واسعا جدا لتباين الأفكار واختلاف الآراء حول معنى ومفهوم المصلحة والضرورة وهذا لا يخدم مسألة توحيد المفاهيم حول تطبيق مضمونها تطبيقا سليما.[2]

3-الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية

إذا تم الإذن بزواج القاصر وفقا لنص المادة السابعة الفقرة 2 الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم، فإنه يكسبه أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج و آثاره أي أن المشرع أكسبه الأهلية المدنية في حدود ضيقة؛ لأن الزواج فيه

[1]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 67 .

[2]- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل مرجع سابق، ص 101.

تكاليف و إلتزامات كالنفقة و الحضانة، إثبات نسب، طلب الطلاق والخلع وغير ذلك، بشرط يكون الزواج صحيح.[1]

إلا أن هناك من الفقه من يرى أنه كان من الأجدر أن يرشد الزوج القاصر برخصة بمجرد الزواج ولا يقتصر الأمر فقط على إكتسابه 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، أي يكون خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصيه بحسب الأحوال طبقا لنص م 81 من ق.أ.ج " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو الجنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".[2]

الفرع الثاني: الولي في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

أولا : في الشريعة الاسلامية

لغة: الولاية بكسر الواو هي المحبة و النصرة .

إصطلاحا: هي سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود و التصرفات صحيحة نافذة، سواء لنفسه أم لغيره.

الإصطلاح الشرعي: هي تنفيد القول على الغير و الإشراف على شؤونه، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.[3]

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 122.

[2] – القانون رقم 84– 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المرجع السابق

[3] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 238 .

قوله تعالى: " **ومن يتول الله و رسوله و الذين آمنوا، فإن حزب الله هم الغالبون** " [1]

هو "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة؛ سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"

وعرف ابن عرفه الولي بأنه: من له على المرأة ملك أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام.[2]

مايشترط في الولي: و يشترط فيه أربعة شروط و هي:

- أن يكون حرا: فلا تجوز ولاية العبد مطلقا.
- أن يكون بالغًا: فلا تجوز ولاية الصبي المميز أو غير المميز.
- أن يكون عاقلا: فلا تجوز ولاية المجنون و لا المعتوه.
- أن يكون له نفس ديانة المولى له فلا تجوز ولاية غير المسلم.[3]

و تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام ، ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً.

الولاية على المال : وهي سلطة التصرف في المال، سواء كانت قاصرة أو متعدية وهذه ليست موضوع بحثنا.

---

[1]– سورة المائدة، الآية 56 .

[2] – سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 61 .

[3]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 2002، ص 133 .

الولاية على النفس: وهي سلطة إنشاء عقد الزواج و تكون للأب و الجد وسائر الأولياء من العصبات حسب ترتيبهم في الميراث هو موضوع بحثنا لأن ولاية التزويج [1] جزء من الولاية على النفس والولاية على النفس نوعان:

أ .ولاية القاصرة:

وهي ولاية الشخص على نفسه و ماله، وهي تثبت لكل شخص كامل الأهلية أي كمال العقل و البلوغ، يستطيع تزويج نفسه دون توقف على رضا أحد .

ب .ولاية المتعدية:

وهي ولاية الشخص على غيره ولا تثبت إلا على الذي له الولاية على نفسه، و هي سلطة الشخص في إنشاء عقد الزواج لغيره، وهذه الولاية تنقسم إلى قسمين:

1- العـامة: وهي الثابتة للإمام أو الرئيس أو الوالي و للقاضي نيابة عنه .

2 – الخاصة : وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاص لا حكاما.

والقاعدة أن الولاية الخاصة مقدمة على العامة إذا تعلق بعقد زواج المرأة فأقاربها أولى[2] وإختلف أصحاب المذاهب فيمن يحق له إجراء هذا العقد؟ وهل يكون ملزماً للصغير أم لا؟

أولاً: ذهب الحنابلة في المشهور إلى أن ذلك حق الأب فقط .وقد استدلوا على ذلك بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها" ، ولأن غير الأب

[1] – العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 313 .

[2] – عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر، د ط، د.س.ن، ص105 .

قاصر الشفقة، فلا يلي نكاح الصغير كالأجنبي، أما الأب فإن له تزويج القاصر لفرط شفقته وصدق رغبته في تحقيق مصلحة الصغير[1].

ثانياً :ذهب الشافعية إلى أن ذلك حق للأب والجد، وذلك لوفرة شفقتهما وصدق رغبتهما في مصلحة الصغير، وقد أجيب بأن الأب يدلي للصغير دون واسطة، أما الجد فيدلي للصغير بواسطة فافترقا.

ثالثاً :ذهب المالكية إلى أن تزويج الصغير حق للأب أو وصيه فقط، وقد استدلوا على ذلك بما روي عن ابن عمر أن قدامه بن مظعون زوج بنت أخيه عثمان من عبد الله بن عمر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : "هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها" ؟. واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها لقوله صلى الله عليه وسلم "لا يتم بعد حلم "، فدل ذلك على أن الأب أو وصيه له الحق في تزويج الصغير أو الصغيرة.
رابعاً :ذهب الحنفية وبعض الفقهاء– منهم الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاووس وقتادة وابن شبرمة والأوزاعي إلى أن لجميع الأولياء حق تزويج الصغير.[2]

الولاية في الزواج على الترتيب الآتي: وفقاً للفقه و الأقرب إلى البنت من العصبة الذكور حسب ترتيبهم في الميراث:

أ– (الأب، الجد لأب، الابن وإن نزل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، ويشترط لنفاذ تزويج المرأة رضاها بذلك.

ب– إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى عقد الزواج جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة، فإن اختلفا ولم تعين المخطوبة انتقلت الولاية إلى القاضي.

[1]– جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه، المنهل، ص 197

[2]– جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه، المرجع السابق، ص 197 .

ج- إذا غاب الولي غيبة منقطعة أو جهل مكانه أو لم يتمكن من الإتصال به إنتقلت الولاية للذي يليه[1].

أقسام الولاية في الزواج : قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسين:

أ -ولاية الإجبار: وهي تثبت في حق الذكر كما تثبت في حق الأنثى؛ ولاية الأب أو الجد أو المقربون على الفتاة البكر، و الصغير و المجنون، يقوم فيها الولي بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه .

ب -ولاية الإختيار: و تسمى ولاية المشاركة وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة و الخيار لها، و يستحسن أن تستشير وليها، ويقوم هو بإجراءات عقد زواجها وهذا من العادات و تقاليد، [2]وقد إنقسم الفقهاء حول تولي الولي زواجها إلى رأيين :

الرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، مفاده أن ليس للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى زواج نفسها ولا غيرها، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب. واستدلوا لذلك بقوله تعالى ":وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم" .

الرأي الثاني: يمثله الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف، وهما لا يشترطان الولي إذا كانت المرأة بالغة عادلة؛ بحيث يجوز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفئا، والمهر هو مهر المثل واستحباب مباشرته من طرف الولي.

وفي أدلتهم قوله تعالى: **"وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن.** [1]" وفي الآية الكريمة نهى الله عزل وجل عن عضل المرأة من النكاح

[1]- محمود ربيع خاطر، حسين بديوي، الوافي في تشريعات مملكة البحرين، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 568 .

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 238 .

والعضل: لغة: الحبس و المنع يقال: عضل المأة عن الزواج، بمعنى حبسها وعضل الرجل موليته أي يمنعها من الزواج ظلما.

إصطلاحا: هو منع المأة البالغة العاقلة من الزواج بكفء لها إذا طلبت ذلك، و العاضل هو الراد الأكفاء مرة بعد مرة.[2]

و العضل: هو منع الولي من تزويج من له حق و لاية تزويجه، بشرط يكون بصداق المثل، و الخاطب كفئاً، و هو ظلم من الولي و حرام عليه و في هذه الحالة انقسمو العلماء إلى رأيان: الأول : تنتقل الولاية إلى القاضي، وذلك العضل ظلم ورفع المظالم عن الناس من جق القاضي. و الثاني: تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد وهذا رأي جمهور الفقهاء.[3]

ملاحظة: هناك فرق في إنتقال الولاية بين الولي الغائب لأن الغيبة أمر حسي ويعتبر كالمعدوم فتنتقل إلى الولي الحاضر بدون رفعها للقاضي، أما في حالة العضل ترفع للقاضي حتى يتبين ظلم الولي.[4]

* خلاصة: اتفاق المالكية ، و الشافعية، و الحنابلة على ضرورة وجود الولي في النكاح، فإذا وقع النكاح بدون الولي، أو من بنوبه يقع اليطلان، سواء كانت المرأة كبيرة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة إلا الثيب. والحنفية خالفهم الرأي الولي ضروري للصغيرة

---

[1] – زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، شروط عقدد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 45 .

[2]– د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02، مرجع سابق، ص224.

[3]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، نفس المرجع السابق، ص 140 .

[4]– نفس المرجع، ص 140 .

وللكبيرة المجنونة أما البالغةبكراً كانت أو ثيباً في تزوج نفسها ممن تشاء إذا كان كفؤاً و إلا فلوليها الإعتراض و فسخ النكاح.[1]

ثانيا : في القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف الولي، و لم يحدد الشروط التي يجب توفرها فيه، وبالعودة إلى نص المادة 222 من ق .أ .ج التي تنص علي أنه : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "[2]، نجد أن هذه المادة تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني في موضوع ما، و بذلك يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الولاية، بأنها القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.[3]

حسب ماورد في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية."[4] الولي شرطا من شروط عقد الزواج بينما كان قبل تعديل 2005 ركنا أساسيا في عقد الزواج فالمشرع الجزائري موقفه متذبذب فم يلغه صراحة و لم يشترطه صراحة.

وكذلك نص المادة 11 من قانون الأسرة القديم 1984 و التي تنص على أنه يتولى زواج المرأة وليها، وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي وأي من لا ولي له، عدلت بنص المادة 11 قانون الأسرة الجزائري " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو

---

[1]– عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 2006، ص 730.

2 – القانون رقم 84– 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3]– نسرين شريقي، كمال بقرورة، سلسلة مباحث في القانون: قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 36 .

[4] – الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84– 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ."[1] فمن نص هذه المادة نلاحظ أنه لا معنى لحضور الولي إذا لم يكن له أي تأثير على عقد الزواج من هي في ولايته.[2]

ألغى المشرع الجزائري نص المادة 12 من قانون 1984 " لايجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع، فللقاضي أن ياذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون ، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت."[3]وهذا الإلغاء ينسجم مع فلسفة المشرع التي تعتبر الولي أمرا شكليا.[4]

و نص المادة 13 "لايجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوزله أن يزوجها بدون موافقتها."[5]

و نلاحظ أن المشرع الجزائري إبتدع معيارا جديد للولاية وهو معيار الإختيار من قبل المرأة ولم يراع الترتيب بين القرابة، ولا بين القرابة و الأجانب فللأجنبي أن يلي عقد الزواج المرأة ولو كان أبوها حاضر، وحتى القاضي لم يعد له دور في عقد المرأة الراشدة كما كان في السابق، و يبقى إشتراطه أمرا شكليا.[6]

ورغم كل هاته التعديلات فالولاية في تزويج المرأة لا تنقص من أهليتها بل تزيد من قيمة الرضا و قوته لقداسة هذا العقد في الشريعة الإسلامية.[7]

---

[1] – الأمر رقم 05– 02 الأمر نفسه .

[2] – مسعودي يوسف، الزواج و الطلاق في العلاقات الدولية (دراسة مقارنة)،دار الأيام للنشر و التوزيع، الأردن، ط 1، 2016، ص 31 .

[3]– القانون رقم 84– 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضن قانون الأسرة.

[4]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 111 .

[5]– الأمر رقم 05– 02 نفسه .

[6] – عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 112 .

[7] – فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د.ن، د.ن، 2007، ص 17.

الفرع الثالث: الصداق في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

أولا : في الشريعة الاسلامية

المهر: هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول عليها حقيقة. وله عشرة أسماء: مهر، صداق، نحلة، الأجر، الفريضة، الحباء، العُقْر، العلائق، نكاح.[1]

و الصداق : هو إسم المال الذي تستحقه المرأة مقابل قبولها عقد النكاح و تسليمها نفسها للرجل و الإنتقال إلى بيت الزوجية، ويغلب عليه جانب المكارمة و المعاوضة.[2]

ودليله قوله تعالى: " **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا**"[3]

عرف الفقهاء المهر بتعريفات عدة نذكره منها ما يلي:

الحنفية: إسم للمـال الذي يجب لعقد النكـاح على الزواج في مقابلة البضع إما بالتسوية أو بالعقد .

المالكية: ما يجعل للزوجة في نظير الإستمتاع بها.

الشافعية: ما وجب بنكاح أو وطء.

الحنابلة: العوض المسمى في العقد النكاح أو المسمى بعده[4].

---

[1] – عبد الحميد خزار، الزواج و بناء الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 108 .

[2] – عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 131.

[3] – سورة النساء ، الآية 4.

[4]– جميل فحري، وآخرون، آثار الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص 111.

حكمه: حق للمرأة دون سواها على الرجل يدفعه عاجلا، أو يثبت عليه في ذمته كدين من الديون .[1]

شروطه:

- أن يكون مالا ذا قيمة: لايصح بالمال اليسير التافه.

- أن يكون طاهرا يصح الإنتفاع به: فلا يصح الصداق بالخمر و الخنزير....

- أن لايكون مغصوبا: فإذا سمي لها صداقا مغصوبا لم يصح الصداق و يصح العقد،وكان لها مهر المثل.

- أن لايكون مجهولا: أي معلوم القدر و الصفة.[2]

أنواعه : وهو نوعان

أولا :المهر المسمى (معجل ومؤجل)

وهو ما إتفق عليه العاقدان وقت العقد أو الفرض للزوجة بالتراضي بعد العقد وهذا المهر المسمى بنوعين، يكون الواجب للزوجة ،إذا ثم العقد صحيحا والمسمى ما يصلح أن يكون ،ووجوب المهر المسمى يثبت للزوجة على الزوج بمجرد العقد الصحيح ،سواء دخل بها أم لم يدخل ،سواء اختلى بها خلوة صحيحة أم لم يختل.

ووجوب المهم المسمى من غير توقف هذا الدخول هو في العقد الصحيح أم العقد الفاسد فلا يجب بمجرده شيء ولو كانت التسمية صحيحة غير أنه إذا دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقا ،فإنه يجب لها على الأقل من المهم المسمى ومهر المثل.[3]

---

[1]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 131 .

[2]- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 752.

[3]- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 207.

ثانيا : مهر المثل

هو مهر امرأة من أقارب أبيها ،كالأخوات والعمات وبنات الأعمام ،ولا يعتبر بأمها وخالتها إلا إذا كانت من قبل أبيها فإن يكون أبوها تزوج بنت عمه فإن أمها وخالتها تكون من قبل أبيها وذلك لأن قيمة الشيء ،إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه ،لا من جنس قوم أمه، وان لم توجد من تماثل في صفاتها من أقارب أبيها، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثل أسرة أبيها في المكانة والمنزلة الاجتماعية، وعندما يراد أثبات مثل أسرة يشترط إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول بان يقولا "نشهد بأن مهر مثلها مثل أقارب أبيها وقد تزوجت بهذا المبلغ.[1]

والحكمة من اشتراط الصداق في الزواج لما كان الرجل أقدر على الكسب والسعي لجلب الرزق، وذلك طبيعة فيه، وللمرأة القيام بشؤون البيت الذي يتطلب خبرة ودراية من أجل البناء وتهيئة سبل الحياة الكريمة، وهي مهام لا تقل شأنا عن مهام الرجل، اقتضى أن يكون المهر هدية لها مقابل جهدها إشعارا بالرغبة فيها وأنها موضع عطفه ورعايته فالمهر إكرام من الرجل للمرأة التي نوي الاشتراك معها في الحياة الزوجية والسعي معا عن طريق المحبة.[2]

مقدار الصداق أو قيمته:

الأصل في المهور اليسر لأن ذلك الأقرب إلى أصول الدين التي تدعو إلى التيسير و عدم التعسير في الزواج[3]، لم يرد نص في القرآن الكريم ولا في السنة في تقدير حد أعلى للمهر لقد إتفق الفقه الإسلامي على أنه ليس للمهر حد أعلى يقف الناس عنده؛

[1]– أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، المرجع سابق، ص 208.

[2]– حمزة جبايلي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين القانون والأسرة والأعراف الاجتماعية (مدينة خنشلة كنموذج)، مذكرة ماجيستير، جامعة خنشلة، الجزائر، 2009، ص 89 .

[3]– جاسم بن محمد بن مهلهل الياسين، فقه المرأة من المهّد إلى اللّحد، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، ط 1، 2005، ص، 283 .

وذلك لإنتفاء النص القرآني والحديث النبوي حول تقديره؛ أما قوله تعالى: **" وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا "**،[1] فالمقصود منه التيسير وليس التحديد في هذه الحالة".

بينما تضاربت أراء الفقهاء بشأن الحد الأدنى للمهر؛ فحدده المالكية بربع دينار إذا قدر بالذهب أو ثلاث دراهمإن قدر من الفضة[2]، ولا يجوز أن يكون أقل من ذلك، في حين ذهب الحنفية إلى أن أقل المهر عشرة دراهم أو ما يساويه. لما رواه الدارقطني من حديث جابر رضي الله عنه: " ألا لايزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء و لا مهر أقل من عشرة دراهم" و يرى الشافعية والحنابلة أنه لا حد أدنى للمهر، بل يصح بكل ما هو مال شرعي، مستندين في ذلك بقوله تعالى: " **أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**"،[3] فهذه الآية إشترطت أن يكون 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.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بالنص صراحة في المادة 14من 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".[4]

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 الراغبين في الزواج من الرجال والنساء.[5]

---

[1]– سورة النساء، الآية، 20 .

[2]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 165.

[3]– سورة النساء، الآية، 24 .

[4]– القانون رقم 84– 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضن قانون الأسرة، المعدل و المتمم نفسه. مرجع السابق

[5]– يوسفي كهينة، ولامي ليلى، مرجع سابق، ص 38.

ثانيا : في القانون الجزائري

الصداق كما عرفته المادة 14 من ق.أ.ج " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ماهو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء."[1] فهي دلت على:

1- كل ما يدفع للزوجة من مال يسمى صداقا.

2- الصداق قد يكون نقودا أو غيرها.

3- أن يكون مباحا شرعا.

4- ثبوت ملكية المرأة للمال عن طريق الصداق و حرية تصرفها فيه.[2]

يعد الصداق في قانون الأسرة الجزائري من شروط صحة عقد الزواج، حيث نص عليه المشرع في المادة 9 مكرر السالفة الذكر، كما نصت المادة 33 الفقرة 2 من نفس القانون "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل." [3]على أثر الزواج دون صداق كما نصت المادة 15 من نفس القانون " يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.[4] على وجوب تسمية الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، أما في حالة إشتراط نفيه، فإن ذلك يقتضي بطلان الشرط وصحة العقد وفقا لنص المادة 35 من نفس القانون" إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا."[5] ، وتستحق الزوجة حينها

---

[1]- القانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضن قانون الأسرة، المعدل و المتمم نفسه. المرجع السابق

[2]- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص 132.

[3]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11، السابق.

[4]- الأمر رقم 05- 02، الأمر نفسه.

[5]- الأمر رقم 05- 02،الأمر نفسه.

مهر المثل، والظاهر من رأي المشرع الجزائري أنه قد أخذ حكم الصداق من الفقه المالكي، حيث أنه لا يجوز الإتفاق بين الزوجين على إسقاطه، كما لا يجوز للزوج الإشتراط في العقد إعفاءه من أدائه، فيكون العقد في كلتا الحالتين فاسدا لصداقه فيفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل[1].

المطلب الثاني: الشاهدان و الخلو من الموانع الشرعية للزواج

الفرع الأول: الشاهدان في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

أولا : في الشريعة الاسلامية

الشهادة لغة: شَهِدَ، كَعَلِمَ، يدل على حضور و علم و إعلام. [2]و الشهادة الإخبار بما شوهد، و المشهد محضر الناس.[3]

إصطلاحا: عرفت الشهادة عند الفقهاء بعدة تعريفات وهي في عقد النكاح ليست إخبارًا، وإنما هي تحمل للشهادة أولا لصحة العقد، وهي الشهادة على إيجاب الولي و قبول الزوج، و رضا الزوجة، و قدر الصداق.[4]

الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين وهم الأشخاص الذين لم يجرب عليهم الكذب، وفي وقتنا الحاضر هم من تكون شهادة سوابقهم العدلية نظيفة، فقد روي عن إبن عباس:"لا نكاح إلا بشاهدي عدل"، ولقوله صلى الله عليه وسلم" **:أعلنوا هذا النكاح ... وإضربوا عليه بالدفوف**"، والشهادة واجبة في الدخول لنفي التهمة وظن السوء،

[1]– مخريش منصورة، أركان الزواج وشروطه دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الإسرة، مذكرة ماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022، ص 33 .

[2]– القاموس المحيط، ص 372.

[3]– مجمل اللغة 514.

[4]–

وأما في العقد فهي مندوبة لقول مالك " :لا يبني بزوجته حتى يشهد لئلا يشتبه بالزنا"، وقضاء يجوز ساع شهادة الأقارب بإستثناء الأبناء[1].

وإعتبارا لأهمية عقد الزواج وخطورة آثاره إشترط المشرع إشهاد شاهدين من أهل الثقة أخذا عن الشريعة الإسلامية، حيث يرى الحنفية أن الشهادة في الزواج شرط صحة يفسد العقد عند تجاوزها أما المالكية فيعتبرنها شرط نفاذ تفرض عند البناء بالزوجة وليس بالضرورة عند العقد لكن يستحب أن يقع الإشهاد على العقد.[2]

حكم الإشهاد على الزواج : ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا ببيئة، ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضوراً حالة العقد ولو حصل إعلان عنه بوسيلة أخرى . . . وإذا شهد الشهود وأوصاهم المتعاقدان بكتمان العقد وعدم إذاعته كان العقد صحيحاً واستدلوا على صحته بما يأتي[3]:

أولا . عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : **"البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بيئة"** رواه الترمذي .

ثانياً . وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : **"لا نكاح إلا بولي وشاهدني عدل"**، رواه الدارقطني ولهذا النقي يتوجه إلى الصحة، وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطاً، لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وما كان كذلك فهو شرط.

ثالثاً . وعن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وإمرأة، فقال : "لهذا نكاح الشر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه ترجمت"، رواه مالك في الموطأ .والأحاديث وإن كانت ضعيفة إلا أنه يقوي بعضها بعضاً .قال الترمذي : والعمل

---

[1] – خلف بوبكر، أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن ،المرجع سابق، ص 25 .

[2] – سامية دولة، فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية: قراءة في فقه القضاء، المنهل، د س ن، ص 44 .

[3]– السيد سابق، فقه السنة، مج 2، دار الفتح للإعلام العربي، 2010، ص ص 38. 39.

على لهذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، قالوا :"لا نكاح إلا بشهود" لم يختلف في ذلك من مضى منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم.

رابعاً . ولأنه يتعلق به حق المتعاقدين، وهو الولد، فإشترطت الشهادة فيه، لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه .ويرى بعض أهل العلم أنه يصح بغير شهود :منهم الشيعة، وعبد الرحمن بر مهدي، ويزيد بن هارون، وابن المنذر، وداود، وفعله ابن عمر، وابن الزبير .وروي عن الحسن بن علي أنه تزوج بغير شهادة، ثم أعلن النكاح . قال ابن المنذر :لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر .وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكاح، فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح، ولم يشترطوها للبيع .وإذا تم العقد فأسروه وتواصوا بكتمانه صح مع الكراهة لمخالفته الأمر بالإعلان، وإليه ذهب الشافعي، وأبو حنيفة، وابن المنذر، وممن كره ذلك عمر، وغزوة، والشعبي، ونافع .وعند مالك أن العقد يفسخ .روى ابن وهب عن مالك في الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويستكتمهما؟ قال يفرق بينهما بتطليقة، ولا يجوز النكاح، ولها صداقها إن أصابها، ولا يعاقب الشاهدان.[1]

شهادة النساء :والشافعية والحنابلة يشترطون في الشهود الذكورة، فإن عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين لا يصح، لما رواه أبو عبيد عن الزهري أنه قال : "مضت الشئة عن رسول الله: ﷺ "أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق". ولأن عقد الزواج عقد ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويحضرة الرجال غالباً، فلا يثبتُ بشهادتين كالحدود.[2]

[1]– السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص 38.

[2]– المرجع نفسه، ص 39 .

والأحناف لا يشترطون لهذا الشرط، ويرون أن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كافية، لقول الله تعالى : **"واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء"**[1]

اشتراط العدالة في الشهود : فذهب الأحناف إلى أن العدالة غير شرط في الصحة العقد ، وأن الزواج ينعقد بشهادة الفاسقين، وكل من يصلح أن يكون وليا في زواج يصلح أن يكون شاهداً فيه ...ثم إن المقصود من الشهادة الإعلان ...والشافعية قالوا :لا بد من أن يكون الشهود عدولاً للحديث المتقدم: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" وعندهم أنه إذا عقد الزوا ج بشهادة مجهولي الحال ففيه وجهان .والمذهب أنه يصح، لأن الزواج يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس، ممن لا يعرف حقيقة العدالة، فاعتبار ذلك يشق فاكتفي بظاهر الحال، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فشقه. فإذا تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد، لأنّ الشرط في العدالة من حيث الظاهر ألا يكون ظاهر الفشق، وقد تحقق ذلك[2].

* **نكاح السر**:هو الذي حضره الشهود و طلب منهم كتمانه .فلو شهد إثنان العقد، وطلب منهما السرية، أي كتمانه وعدم إعلان النكاح، لم يكن جائزا عند المالكية، باعتباره في حكم نكاح السر المتفق على عدم جوازه.[3]

ونكاح السر يفسخ قبل الدخول وبعده، وقد روي عن الإمام مالك رحمه الله أنه لا يفسخ النكاح متى طال عليه الأمد، و يكون فيه الصداق المسمى ..ومن ثم، فإنه يجب فسخ زواج السر مهما طال، مالم يدخل الزوج بزوجته، فإن دخل بها وطال الدخول عرفا، لم يفسخ على المشهور، ولها صداقها بما أصاب و قد أشارت المحكمة العليا في قرارتها

---

[1]– سورة البقرة، الآية، 282 .

[2] – السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص 39 40 .

[3]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سبق، ص 258

المختلفة إلى أن الزواج السري لا يقره الشرع والقانون، لأنه يخالف الشروط والأركان المنصوص عليها في قانون الأسرة وفقا لأحكام الشرعية الإسلامية.

وعلى هذا الأساس، فإن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي، كما أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها الشرعي، ويمنع بناء الحكم عليها . ومن ثم، فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ".وبالإضافة إلى هذا، فإن الزواج الشرعي يقوم على العلنية والإشهار ومراعاة شروطه و أركانه[1].

ثانيا: في القانون الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري، في قانون الأسرة الجديد، برأئ جمهور الفقهاء(الحنفية والشافعية و الحنابلة)، أن الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج حيث إشترط في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج،الصداق، الولي، **شاهدان**، إنعدام الموانع الشرعية للزواج."[2] حضور الشاهدين في مجلس العقد، أثناء تبادل الإيحاب و القبول بين المتعاقدين، . كما أن قانون الأسرة القديم (القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984)، في مادته التاسعة منه، جعل حضور الشاهدان ركن من أركان عقد الزواج. [3]

شروط شهود عقد الزواج في القانون الجزائري

نظرا لخطورة عقد الزواج ,و لأهمية الإشهاد عليه، يشترط في الشاهدين الشروط التالية:

1/ العقل : يجب أن يكون الشاهد عاقلا باعتبار أن الغاية من الإشهاد الإعلان والإثبات في حالة الجحود، ومن ثمة فلا تصح شهادة المجنون و المعتوه، وفقا لنص المادة 42

[1]– المرجع نفسه، ص 258

[2] – الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، سالف الذكر. الأمر نفسه

[3]– العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 331.

قانون المدني" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقدا التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. [1] و المادة 85 ق.أ.ج" تعتبر تصرفات المجنون، و المعتوه، و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه."[2]

2/ البلوغ: أشترط البلوغ في عقد الزواج لأن حضور الصبي غير المميز لا يتناسب مع أهمية و خطورة عقد الزواج ,فهو ليس أهلا للولاية على نفسه، و بالتالي من الأجدر أن لا يكون واليا على غيره بالشهادة، ولهذا فقد إشترطت المادة 33 من قانون الحالة المدنية الصادر بأمر رقم 20 /70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 أن يكون الشاهدان على الزواج بالغين 21 سنة على الأقل[3].

3/ الإسلام: إتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجين مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين، و لكنهم إختلفوا في ما إذا كانت الزوجة كتابية، فجمهور الفقهاء إشترطوا أن يكون الشاهدين مسلمين، بخلاف الحنفية أجازوا أن يكون الشاهدين كتابيين.

4/ العدالة: سكت القانون الجزائري عن إعتبار العدالة في شهود النكاح، غير أن المحكمة العليا سارت على رأي الجمهور في إشتراط العدالة في الشاهدين خلافا لرأي الحنفية الذين يجيزون شهادة الفاسق، ولأن الشهادة مجرد إعلان. وفي ظل سكوت قانون الأسرة الجزائري برمته عن الشروط الواجب توافرها في الشهود، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة 222 ق.أ.ج.[4]

---

[1]– قانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يتضمن القانون المدني.

[2]– القانون رقم 84– 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984،بموجب الأمر 05–02 المرجع سابق .

[3]– خليفة فضلة، الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الاسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014، ص 32 .

[4]– خليفة فضلة، مرجع سابق، ص 33.

5/ الذكورة : فيما يخص الجنس، وقد إستقر القضاء الجزائري القديم في إشتراط الذكورة في الشاهدين أخذ برأي الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة) خلافا للحنفية والظاهرية الذين أجازوا شهادة المرأة في النكاح و الطلاق و غيرها " إن الشهادة المقررة في الزواج شهادة عدلين ذكرين"[1]

وذلك استنادا لما رواه أبو عبيدة الزهري عن ابن المسيب أنه ": مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم ,أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا في النكاح ولا في الطلاق " أن المحكمة العليا في قرار حديث أشارت أن شهادة شاهد و امرأتين ,وهما قريبتين غير للطاعنة (الزوجة) هي مقبولة شرعا و قانونا ,وفقا لأحكام المادة 64 ق.إ.م – ولا شك أن سند هذا الموقف الذي اتخذته المحكمة العليا في هذا القرار هو ما ذهب إليه الحنفية.

6/ العدد : لا ينعقد النكاح إلا بشهادة رجلين استنادا إلى الحديث الشريف ": لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل " و بالتالي لا يصح عقد الزواج بشهادة شاهد واحد، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا أن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي , فإن المحكمة العليا نقضت القرار الصادر عن المجلس القضائي.[2]

7/ ألا يكون وليا لأحد الطرفين: أي لا يكون الشاهد وليا للزوج أو الزوجة دفعا للتهمة أو الشبهة.[3]

[1]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق، ص 127.

[2]– رمضان السيد الشرنباصي و محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص 86.

[3]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق، ص 127.

الفرع الثاني: الخلو من الموانع الشرعية للزواج

أولا : في الشريعة الاسلامية

قد حرم الشرع على الرجل الزواج من مجموعة نساء حرمة مؤبدة وحرمة مؤقتة:

أولا: المحرمات تحريما مؤبدا: هن النساء اللاتي يحرم على الرجل الزواج بهن حرمة دائمة ومؤبدة، فلا تزول هذه الحرمة في أي حال من الأحوال؛ فلا يحل للرجل أن يتزوج بهن أبدا، ولأن سبب تحريمهن وصفا قائما غير قابل للزوال، كالبنوة والأخوة، والعمومة.[1]

الحرمات المؤبدة قد وردت في قوله تعالى:

(حرمت عليكم أمهاتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت).[2]

أجمع الفقهاء على تحريم الزواج بالنساء التي ذكرن في الآية الكريمة، فهو نابع من الفطرة الإنسانية، فالفطرة تمنع إرتباط الرجل أو الزواج من هؤلاء النساء المحرمات، من قرابة، و المصاهرة، الرضاعة إذ نجد أن زواج الأقارب يؤدي إلى التشوهات في النسل مقارنة مع التطور العلمي والبحث الطبي والتجارب التي قام بها الأطباء على الحيوانات توصل إلى أن التلقيح بين أجناس مختلطة ينتج نسل قوي، بينما بين سلالة واحدة يأتي النسل ضعيف، وهذا ما ذكره الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله :**(اغربوا النكاح ولاتضووا).**[3]

---

[1] العرب بختي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 43.

[2] سورة النساء، الآية 24.

[3] اسماعيل أمينة نواهضة، أحمد محمد الحوفي، الأحوال الشخصية فقه النكاح دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، د م ن، 2010، ص. ص 138. 139 .

ثانيا: المحرمات مؤقتاً :هن المحرمات تحريماً مؤقتاً يبقى ما بقي سببه، فإن زال السبب زال التحريم وكان الحل .ويشمل :زوجة الغير ومعتدته– المطلقة ثلاثا– الجمع بين الأختين– الزيادة على أربع– المرأة التي لا تدين بدين سماوي.

أ– زوجة الغير ومعتدته (المرأة المتزوجة): يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأة هي متزوجة بغيره، لقوله تعالى : "والمحصنات من النساء"[1]، فإن المراد بالمحصنات في الآية المتزوجات

ب – المطلقة ثلاثا :وهي التي طلقها زوجها ثلاث طلقات، لقوله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[2]، ((إلى قوله تعالى)): "**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**".[3]

ج – الجمع بين الأختين :فلا يحل للرجل أن يجمع بين أختين ونحوهما نسباً أو رضاعة مما يحرم الجمع بينهما في عصمة رجل واحد مثل الجمع بين البنت وعمتها أو خالتها أو أختها.

د– الزيادة على أربع :فلا يجوز لرجل أن يتزوج أكثر من أربع زوجات، ولو في عدة امرأة مطلقة منهن، وينتظر حتى تنقضي عدتها، ثم يتزوج بمن أراد.

هـ– التي لا تدين بدين سماوي: يحرم على المسلم أن يتزوج إمرأة لا تدين بدين سماوي، ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهي، بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام، أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار، أو الصائبات اللاتي يعبدن الكواكب.[4]

---

[1] سورة النساء، الآية، 24 .

[2] سورة البقرة، الآية، 229 .

[3] سورة البقرة، الآية ، 230 .

[4] سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 110.

ويلحق بالمشركة المرتدة عن دين الإسلام، ولو كان خروجها من الإسلام إلى اليهودية أو المسيحية يتزوج بها أما إذا كانت المرأة كتابية— ذات دين سماوي –كاليهودية والمسيحية فإنه يجوز للمسلم أن وخلاصة القول أن الموانع الشرعية للزواج في الفقه الإسلامي من المسائل الثابتة التي لا مجال للاجتهاد فيها، سواء كانت موانع مؤبدة أو موانع مؤقتة[1].

* تعتبر الوانع الشرعية من الثوابت الشرعية المشروطة في الشريعة الإسلامية في مجال الزواج التي لا تقبل التغيير أو الإجتهاد، لورود النصوص القطعية من الكتاب و السنة.[2]

ثانيا: في القانون الجزائري

أما المشرع الجزائري فحصرهن في موانع مؤبدة وموانع مؤقتة:

ففي المادة 24 من قانون الأسرة في ثلاث محرمات: النسب – الرضاع– المصاهرة، ثم أتى بالتفصيل و بيانه في المواد من 25 إلى 29 من قانون الأسرة الجزائري[3]، غير أن القانون لم يذكر اللعان مانعا من موانع الزواج ضمن مقتضيات المادة 24 من قانون الأسرة أنما أشار إليه في المادتين 41 و 138 إلى أنه وسيلة مشروعة للطعن في ثبوت النسب من طرف الزوج و أنه من موانع التوارث.[4]

فالمشرع الجزائري لم يأخذ بما أخذت به المالكية في جميع المحرمات و إنما ساير الجمهور رأيهم و على ما اتفق عليه أما في قانون العقوبات الجزائري فقد ذكر نوعين فقط

[1]– سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 110.

[2]– د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02، الملرجع السابق، ص 328.

[3]– القانون رقم 84– 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، بموجب الأمر 05–02 المرجع سابق.

[4]– سعادي لعلي، المرجع نفسه، ص 110.

من المحرمات و ذلك بالنص في المادة 337 مكرر وهن المحرمات بالنسب والمحرمات بالمصاهرة وأغفل المحرمات بالرضاع.

كما أن المشرع شرط التحريم بالرضاعة لايقع إلا على الرضيع وحده دون إخوته و أخواتهو إعتبره ولدا للمرضعة و زوجها و أخا لأولادها و يسري التحريم عليه و على فروعه وفقا لنص المادة 28 ق.أ.ج .[1]

و من نص المادة 29 ق.أ.ج [2]نستنتج الشروط التي يجب أن تتوفر في الرضاع حتى يحرم الزواجو هي: – يجب أن تكون المرضعة امرأة – يجب أن يكون الرضاع مدة حولين أو قبل الفطام – كمية اللبن لاتؤخد بعين الإعتبار أخذها من مذهب الحنفية و المالكية.

وقد نص المشرع على المحرمات المؤقتة في المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري التي تقول " يحرم من النساء مؤقتا المحصنة – المعتدة من طلاق أو وفاة – المطلقة ثلاث كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم من الرضاع – زواج مسلمة من غير مسلم".[3] ذهب المشرع الجزائري أن المسلمة محرمة مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه أحذ برأي فقهاء الشريعة الإسلامية مصادقا لقوله تعالى" **و لاتنكحوا المشركين حتىّ يؤمنوا و لعبد مؤمن خير من مشرك و لو أعجبكم**".[4]

---

[1]– القانون رقم 84– 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، بموجب الأمر 05–02 المرجع سابق.

[2]– القانون رقم 84– 11 م 29 " لايحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا" بموجب الأمر 05–02 المرجع سابق.

[3]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، سالف الذكر الأمر نفسه .

[4]– سورة البقرة، الآية 221.

والمادة 31 "يخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية "، غير أن القانون لم يتطرق إلى موانع المؤقتة كلها فالموانع في القانون لم تكن شاملة بل خصص البعض منها فقط.[1]

* وفي المقابل هناك أصناف أخرى من الموانع المؤقتة لم يتطرق لها قانون الأسرة الجزائري في 05/ 02 ولا حتى قانون 84/ 11 والمتمثل في موانع الإحرام بالحج أو العمرة وموانع المرض المؤدي للموت، فيحرم الزواج بهذه الأصناف المذكورة بشكل مؤقت فقط.[2]

المطلب الثالث: الإجراءات الشكلية لإبرام عقد الزواج

بالإضافة إلى وجوب توافر ركن الرضا والشروط السالفة الذكر، ألزم المشرع الطرفين المتعاقدين الزوج والزوجة بإفراغ رضاهما في شكل معين، بحيث يجب أن يبرم أمام الموثق Le notaire أو أمام الموظف المؤهل قانون Le fonctionnaire légalement habilité، غير أنه كثيرا ما يلجأ الأطراف إلى إبرام العقد العرفي " أي العقد بالفاتحة" دون إحترام الشكلية التي نص عليها القانون، ومن ثم نحاول التطرق في من خلال هذا العنصر إلى الإجراءات الشكلية التي ألزم المشرع الأطراف بها عند إبرام عقد الزواج.[3]

الفرع الأول: في الشريعة الاسلامية

الشريعة الإسلامية لم تعرف تسجيل عقد الزواج كإجراء شكلي لإضفاء الرسمية على عقود الزواج، وحتى الفقهاء قديما لم يتحدثوا عنها و ذلك راجع لعدم وجود نزاعات وإنكار

[1]– بوزيان أمينة، الموانع الشرعية لعقد الزواج، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص ص 306 .

[2]– بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الألمعية للنشر والتوزيع، د م ن، 2015، ص 157.

[3]– بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة دفاتر، مجلد 3، عدد 1، 2012، ص 18.

عقد الزواج بين الطرفين، فكان عن طريق الفاتحة و الإعلان عنها بحضور الشهود، وبحضور جماعة من المسلمين يثبت الزواج وكان أقوى من إجراءات التسجيل الحالية. [1]

أما فيما يخص الفحص الطبي لايوجد أي دليل من الكتاب و السنة على وجوب الفحص قبل الزواج، ولكن أكد الفقه الإسلامي ألا يكون بأحد الزوجين عيب من العيوب التي تبيح طلب الفرقة، فلا يوجد خلاف بين علماء الشريعة الإسلامية حولها.[2]

الفرع الثاني: في القانون الجزائري

لقد حاول المشرع الفرنسي قبل الإستقلال إدخال نظام تسجيل عقود الزواج في سجل الحالة المدنية، ليكون أساس إثبات العلاقة الزوجية لكن لسوء العلاقة بين المستعمر والشعب أبقت نظام الفاتحة الشرعية هو الغالب، وبعد الإستقلال تدخل المشرع الجزائري عن طريق مجموعة من القوانين، وتبيين مدى أهمية تسجيل عقود الزواج و إثباته رسميا.

الشهادة الطبية:

أولا: يعد شرط إجراء الفحص الطبي من الأحكام الجديدة التي جاء بها الأمر رقم 05-02، و المراد به القيام بالكشف على الجسم بالوسائل المتاحة من أشعة، الكشف المخبري...ويتم الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج، و ذلك للكشف على الأمراض الخطيرة لدى الزوجين مثل الإديز، السيدا، العقم، وغيره وذلك في نص المادة 7 الفقرة 1 مكرر منه " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية المرفقة [3]، لايزيد تاريخها عن ثلاثة(3) أشهر تثبت خلوهما ما أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج."[4] ويجب

[1]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 103 .

[2]- أحمد شامي، نفسه، ص 69.

[3]- الملحق رقم 01.

[4]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، سالف الذكر. الأمر نفسه

تقديم هذه الشهادة الطبية للموثق أو ضابط الحالة المدنية قبل تحرير قد الزواج وهذا مانصت عليه نفس المادة الفقرة 2 من نفس القانون " 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." فقد أورد المشرع هذا النص الجديد لسبب ظهور أمراض خطيرة يتعذر علاجها كمرض فقد المناعة، العقم، إلتهاب الكبدي....التي تصبح الأسرة وسيلة في إنتشارها، مجتمع مريض.[1]

وهناك كذلك شروط إدارية تسبق عقد الزواج، و شروط لتسجيل العقد فرضها القانون لمنع التلاعب فيها، وسميت بالشروط القانونية، فالشريعة الإسلامية لم تشترطها، كما أنها لم ترفضها لأنها ضرورية لتوثيق عقد الزواج و تسجيل هو المحافظة على الحقوق.[2]

ثانيا: إجراءات عقد الزواج الإدارية

1- الأشخاص المؤهلون قانونا لإبرام عقد الزواج

وهذا ما نصت عليه المادة 18 من ق.أ.ج" يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانزنا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون."[3]

يبرم عقد الزواج أما أمام الموثق وإما أمام الموظف مؤهل قانونا، يقصد بالموظف المؤهل قانونا ضابط الحالة المدنية .

أ- ضابط الحالة المدنية: هو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نوابه، كما يجوز لرئيس المجلس أن يفوض أي عون بلدي يقوم بوظيفة دائمة لا يقل عمره عن 21 سنة لممارسة

[1]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 72.

[2]- جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، المرجع السابق، ص233 .

[3]- الأمر رقم 05- 02،الأمر نفسه.

مهامه كضابط للحالة المدنية لتسجيل وقيد جميع العقود بما فيها عقد الزواج، وهذا مانصت عليه 3 الفقرة 3 من قانون الحالة المدنية " يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج." و بالإضافة إلى نص المادة71 منه" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما بإستمرار منذ شهر واحد على الاقل إلى تاريخ الزواج." [1].

أما خارج الوطن: يعتبر ضباط الحالة المدنية رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية أو رؤساء المراكز القنصلية، و يجوز أن ينوب عن هؤلاء من يقوم بمهامهم بموجب مقرر من وزير الخارجية شريطة أن يكونوا موظفين في السلك الدبلوماسي كل عقد لا يبرم أمام الموثق، أو الموظف المؤهل قانونا يعتبر عقدا عرفيا والعقد العرفي هو العقد الذي يبرم بحضور جماعة من المسلمين وبتوافر الشروط والأركان الشرعية إلا أن مثل هذه العقود لا ترتب آثارها القانونية أي (الحقوق والواجبات، إلا بعد تثبيتها بحكم من الحكمة المختصة) قسم الأحوال الشخصية[2].

ب- الموثق: هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية، وهذا ما نصت عليه المادة 3 من قانون رقم 02-06 " إن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي رغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة." [3]

* من هنا يتبين لنا أن للزوجين جهتان رسميتان فقط لإبرام زواجهما الموثق و ضابط الحالة المدنية، و معنى ذلك أي عقد زواج محرر من شخص غيرهم يعتبر غير صحيح

---

[1]- الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970.

[2]- بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن مرجع سابق، ص 18.

[3]- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية العدد 14، مؤرخة في 08 جوان 2006، المتعلقة بمهنة موثق.

لايحتج به أمام الجهات الإدارية أو القضائية، أما في الخارج فالعقد زواج يحرره الموظفون الدبلوماسيين أو القنصليون.[1]

2- الوثائق المطلوب تقديمها أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا

يجب على طرفي عقد الزواج تقديم الوثائق التالية:

أ- شهادة ميلاد الزوج و الزوجة المادة 74 قانون الحالة المدنية من الأمر 70-20 مستخرجة من سجل الحالة المدنية بالدفتر العائلي إذا تعلق الأمر بشخص يريد إعادة الزواج، ويمكن كذلك تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، إن لم يستطيعوا أو تعذر عليهم تقديم شهادة ميلاد لكل منهما أو الدفتر العائلي، كما يمكن للزوج تقديم الدفتر العسكري.

ب- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للإختصاص المحكمة أو البلديةالمادة 75 قانون الحالة المدنية.[2]

ج- وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلو الزوجين من أي مرض و يجب على الموثق و الضابط التأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية قبل إبرام العقد المادة 7 مكرر من ق.أ.ج سالفة الذكر.

د- نسخة من رخصة رئيس المحكمة لإبرام عقد الزواج لمن لم يكمل سن أهلية الزواج وفقا لنص المادة 7 الفقرة1 ق.أ.ج سالفة الذكر و يكون لمصلحة أو ضرورة.[3]

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، الطبعة السابعة،المرجع السابق، ص 268.

[2]- الأمر 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 و المتعلق بقانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

[3]- الملحق رقم 4.

هـ- نسخة لرخصة من رئيس المحكمة لزواج بإمرأة ثانية[1]، وهو إذن القاضي بتعدد الزوجات نص المادة 8 الفقرة 3 ق.أ.ج "يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية"[2] و يجب على الزوج إخبار الزوجة السالفة و اللاحقة.

و- أما بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج أن تقدم نسخة من الحكم النهائي للطلاق أو التطليق أو الخلع وفقا لنص المادة 75 قانون الحالة المدنية[3]، أو وثيقة وفاة الزوج مع التحقق من إنقضاء العدة الشرعية.

كما يحق للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع الأحكام الواردة في القانون.

*غير أن المشرع الجزائري خص بعض الفئات بأحكام خاصة و إضافة بعض المستندات صادرة من جهات تشريعية و إدارية مختلفة:

1/ **أفراد الجيش الوطني الشعبي و رجال الدرك الوطني:** حيث يجب عليهم الحصول على ترخيص مكتوب من الجهة المختصة بهيئة الدفاع الوطني حسب النموذج المرفق في الملحق.[4] فإذا أخفى صفته العسكرية وعقد الزواج فزواجه صحيح لكن سيعرض نفسه للمتابعة الإدارية و الجزائية.

2/ **موظفوا الأمن الوطني:** لايجوز لهم عقد الزواجهم دون ترخيص كتابي من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك بتقديم طلب من المعني خلال ثلاثة أشهر قبل الإحتفال بعقد

---

[1]- الملحق رقم 2.

[2]- الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، سالف الذكر.

[3]- الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية، سابق الذكر.

[4]- الملحق رقم

الزواج، مرفق بشهادة الميلاد، وشهادة الجنسية للزوج الآخر، و عند الإقتضاء بيان مهنة الزوج وبيان صاحب عمله و على الإدارة أن تجيب على هذا الطلب خلال شهرين من تاريخ تقديمه.[1]

*و الغرض من هته الرخص هو الحفاظ على النظام العام وحفظ مصلحة الأمن الوطني، و عدم تسرب أسرار الدولة إلى الغير عن طريق زواج رجال الأمن بالأجنبيات.

3/ **زواج الأجانب:** إذا تعلق الأمر بزواج أجنبي مقيم بالجزائر بصفة مؤقتة أو دائمة، فيجب أن يقدم المستندات التي تثبت أهليته للتعاقد وفقا لقانون بلده زائد رخصة بالزواج يمنحها له والي الولاية التي يقيم بها، بعد أخذ رأي و مصادق عليه و مؤيد من طرف مدير الأمن بالولاية بعد إجراءها تحقيق شامل.[2]

– كذلك بالنسبة لزواج الجزائريين من الأجانب: يجب تقديم شهادة إعتناق الإسلام بالنسبة للذكر الأجني الذي يريد الزواج بمرأة جزائرية الصادرة من مديرية الشؤون الدينية للولاية حسب النمودج المرفق في الملحق.[3]

الفرع الثالث: تسجيل عقد الزواج والبيانات التي ترد فيه:

لم يتعرض المشرع في ظل أحكام قانون الأسرة على كيفية تسجيل عقد الزواج ومكتفيا بوجوب مراعاة الضابط المؤهل قانونا عند إبرام عقد الزواج الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة،ولكن حسب نص المادة 21 ق.أ.ج " تطبق أحكام

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، الطبعة السابعة،المرجع السابق، ص 267.

[2]– أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، المرجع السابق، ص 108 .

[3]– الملحق رقم

قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج" [1]غير أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الحالة المدنية في مادته72 نجدها تفرق بين حالتين[2]:

أ- إذا تم تحرير العقد أمام موثق فإنه يقوم بتسجيله في سجلاته ويسلم للزوجين شهادة تثبت ذلك ثم يقوم بإرسال ملخص عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تسليمه ويمنح للزوجين دفتر عائليا، كما يسجل بيان الزواج على هامش عقد ميلادهما وهو ما نصت عليه المادة 72 فقرة 02 من قانون الحالة المدنية[3] الذي نص على البيانات الأساسية التي يجب ان ترج في عقد الزواج وذلك حسب النموذج المرفق في الملحق[4].

ب- إذا أبرم العقد أمام ضابط الحالة المدنية فإنه وفقا لنص المادة 72 فقرة 1 من قانون الحالة المدنية، على هذا الأخير أن يقوم بتسجيل عقد الزواج ويسلم إلى الزوجين دفترا عائلي[5].

الكيفية التي يجب إتباعها لتسجيل عقد الزواج أما فيما يخص البيانات التي يجب أن ترد في عقد الزواج تضمنتها المادة 73 من قانون الحالة المدنية على النحو التالي:

- الألقاب والأسماء والتواريخ و محل ولادة الزوجين.

- مهنة الأزواج و توقيعاتهم.

- أسماء و ألقاب أبوي كل من الزوجين.

---

[1]- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، معدل بموجب الأمر 05-02 المرجع سابق.

[2]- بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن مرجع سابق، ص 20.

[3]- الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[4] - الملحق رقم

[5]- بن عزوز بن صابر، بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن مرجع سابق، ، ص 20.

- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود و توقيعاتهم.

- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الإقتضاء.

- الإعفاء من سن الزواج لمن لم يبلغ السن القانوني.

- الشهادة الطبية لكلا من الزوج و الزوجة تثبت الخلو من الأمراض المعدية.

- تحديد الصداق سواء معجل أو مؤجل، مع الإشارة إلى مقدار المعجل المقبوض قبل الدخول.

- بيان حالة الزوجة بكرا كانت أو ثيبا، مع الإشارة أن الثيب مطلقة أو متوفي عنها، قد إنقضت عدتها.

- أن الزواج قد تم إبرامه ضمن ووفق الشروط المنصوص عليها في القانون.

هذه البيانات نفسها لعقود الزواج المبرمة خارج الوطن وفقا للمادة 2/103 من قا.ح.م.[1]

*من خلال تقديم هذا الفصل يمكننا القول أن الشرع الاسلامي والقانون الجزائري أولى عقد الزواج إهتمام بالغا، لأن فيه حفظ للنسل والحياة البشرية، فعقد الزواج يخضع لأحكام شرعية أصلية وضعها الفقه الإسلامي لا يمكن مخالفتها كوجوب توافر عقد الزواج على أركان وشروط التي يتكون منها، كما نجد إجراءات تبعية من خلالها يتم تسجيل عقد الزواج.

[1]– زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، شروط عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق ص 68.

الفصل الثاني: أثار تخلف أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة القانون

*إن الزواج يبيح استمتاع كل من الزوجين بالآخر وذلك وفقا لعقد يستوفي كل الشروط والأركان، وهو الامر الذي وافقت عليه كل من الشريعة والقانون، وأي تخلف لأحد هذه الشروط والأركان يخلف ثار بموجبها ابطال أو فسخ عقد الزواج.

لذلك ومن خلال هذا الفصل سنقوم بتحديد مختلف الآثار الناتجة عن تخلف أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة والقانون.

المبحث الأول: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

سنتعرض لهذه النقطة في الشريعة والقانون في مطلبين أساسيين هما:

المطلب الاول : تخلف ركن الرضا في الشريعة الاسلامية

الفرع الأول: الصيغة

تطلق الصيغة في الاستعمال الفقهي على الألفاظ والعبارات التي يتركب منه العقد، وهي التي تسمى في لغة الفقهاء بالإيجاب والقبول.[1]

اتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد" بالإيجاب والقبول"، وذلك باللفظ الذي يدل على ذلك وما يقوم مقام هذا اللفظ"، والإيجاب :هو الكلام الصادر أولاً من أحد العاقدين، والقبول هو الكلام الصادر ثانيا من أحد العاقدين"، فلو قال الرجل للمرأة :تزوجتك على مهر قدره كذا، وقالت المرأة :قبلت زواجك على ما ذكرت من المهر، انعقد العقد، وكان الرجل موجباً والمرأة أو وليها قابلاً، وكذلك لو قالت المرأة للرجل :زوجتك نفسي أو ابنتي

[1] – نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتب الحديثة، القاهرة، د س ن، ص 35

على مهر قدره كذا، وقال الرجل :قبلت الزواج منك على ما ذكرت انعقد العقد، وكانت المرأة أو وليها موجبا، والرجل هو القابل[1].

وبالتالي فلا يشترط صدور الإيجاب من طرف بعينه، بل ما يصدر من ولي الزوجة، والقبول هو ما يصدر من الزوج أو وكيله " ، وقال الحنابلة بوجوب تقدم الإيجاب، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح، فلو قال الزوج :تزوجت، وقال الولي زوجتكها، لم يصح رواية واحدة، والظاهر أن الإيجاب ما يصدر أولاً بصرف النظر عمن يصدر عنه والقبول يليه، وقد اختار قانون الأحوال الشخصية الكويتي ما قاله الحنابلة بوجوب تقدم الإيجاب، وجعله مبتدأ من ولي الزوجة، وذلك في المادة ونصها: " ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما" وقول القانون" ممن يقوم مقامهما "نص في إجازة التوكيل بالنكاح[2].

الفرع الثاني: عند جمهور الفقهاء

لقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجعله باطلاً ومنعدماً، ولم يرتبوا عليه أية آثار، واتفقوا على وجوب التفرقة بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا، وذهبوا إلى إقامة حد الزنا عليهما إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم عقوبة التعزير ويرى أبو حنيفة أن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن عليهما– الزوجين– كما يترتب عندهم على الدخول بهذا العقد حرمة المصاهرة لأن حرمة المصاهرة تثبت عندهم بمحض الزنا.[3]

[1]– خلود بدر الزمانان، شروط عقد النكاح في الفقه الاسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بعض القوانين الأخرى، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جزء 4، عدد 32، 2017، ص 1446.

[2] – خلود بدر الزمانان، مرجع نفسه، ص 1446.

[3]– سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 52.

فتخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار ولم يحلو به الدخول، وإذا تم الدخول فلقد اتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا، لكن أختلف حول وجوب إقامة حد الزنى عليهما.

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "انما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، و من كانت هجرته لدينا يصيبها وامرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هجر اليه، فوجه الدلالة من الحديث أنه قد ثبت به أنه لا ينفذ عمل من طلاق أو عتاق أو غيره إلا أذا كانت معه النية.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت" جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن أبي ونعم الأب، هو زوجني ابن أخيه ليرفع من خسيسته، فجعل الأمر إليها، فقالت :إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء " ، و في رواية أن النبي قد رد نكاحها، و في أخرى قال لها : انكحي ما شئت وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح المكرهة، وجعل الأمر اليها، هذا الدليل على عدم جواز الإكراه في النكاح، ولذا قال الشافعي : فأي امرأة ثيب أو بكر زوجها بغير اذنها فالنكاح باطل ، أما دليل الشافعية من المعقول، قياسا على البيع، فعقد النكاح كغيره من عقود المعاوضات لابد فيه من رضا واختيار، والإكراه يعدم الرضا، فلا ينعقد النكاح معه، وما ينطبق على الإكراه ينطبق على الخاطئ أيضا، أما الهازل فنكاحه صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم :ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة" ، وهذا محل اتفاق بين الحنفية والشافعية."[1]

[1]– حكيمة كحيل، عيوب الرضا وأثرها على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 4، العدد 1، 2022، ص ص 66. 67

فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما، ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد الطلاق، أما النسب فقد أختلف فيه فالجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي قالت بثبوته[1].

يرى الحنفية، أن الطوع ليس شرطا لصحة الزواج، وعليه يصح النكاح من الهازل والمكره والخاطئ، فليس الجد ولا الاختيار ولا العمد من شروط النكاح عند الحنفية ويرجع الفاعل على الحامل بنصف المسمى إن لم يدخل، ومهر المثل إن دخل، وسواء كان الإكراه ملجئ أولا، فالإكراه عند الحنفية يفسد عقد الزواج فقط ولا يبطله ابطالا، و تترتب عليه الأحكام المقررة لفساد عقد الزواج، ولو أجاز الشخص الذي وقع في الإكراه العقد لصح هذا الزواج ويصبح ملزما، كون الفساد انما كان صيانة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة" ، واستدل الحنفية لحكمهم من الكتاب قوله تعالى: " و اوفوا بعهد لله اذا عاهدتم، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها".

ووجه الدلالة في الآية أنها لم تفرق بين الطلاق المكره والطائع ومن المعقول قياسا على صحة النكاح مع الهزل، فلما كان النكاح صحيحا مع الهزل بالاتفاق لما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه و سلم "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة"، قال ابو عيسى هذا الحديث حسن غريب ، والعمل على هذا عند اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم، ووجه الدلالة، أن النبي صلى الله عليه سلم سوى بين الجاد و الهازل ، و فرق بين الجد والهزل، أن الجاد قاصد إلى اللفظ و إلى ايقاع حكمه، و الهازل قاصد إلى اللفظ غير مريد لإيقاع حكمه، فكذلك

[1]– العيش فيصل، قانون الأسرة مدعو باجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 35 .

المكره قاصدا للقول غير مريد لإيقاع حكمه فهو والهازل سواء، لكن رد على هذا بأنه قياس في مقابله النص وهذا لا يجوز ثم إن المكره على الفعل، إما أن يكون في حكم من لم يفعله فلا يجب عليه شيء، أو أن يكون في حكم من فعله، فلا خلاف في أن المرأة الصائمة أو الحاجة لو اكرهها زوجها على الجماع، فإن ذلك لا يبطل صومها و حجها، ولم يؤثر الإكراه على عدم الإبطال، ولم يجعل المرأة في حكم من لم يفعل، فكذلك النكاح.[1]

المطلب الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائر أثر تخلف ركن الرضا في نص المادتين 32 و33 من قانون الأسرة والتي يمكن التطرق إليها كما يلي:

الفرع الأول: الحالة التي يترتب عليها فسخ العقد

الفسخ في اللغة :النقض، فيقال :فسخ البيع أي نقضه وأزاله، وفسخت الثوب ألقيته، وفسخت العقد فسخاً أي رفعته، وفسخت الشيء فرقته، وفسخت المفصل عن موضعه أزلته، ويقال :فسخ الشيء يفسخه فسخا فالفسخ :نقضه فانتقض، وفسخ الشيء :فرقه، وفسخ رأيه أفسده، وكذلك يأتي بعدة معاني منها :الطرح والتفريق والجهل والنقص والضعف.[2]

وقيل :الفسخ الضعف في العقل والبدن ومن المجاز :انفسخ النكاح أي انتقض وبذلك يتضح لنا أن الفسخ يطلق في اللغة على معان عدة متقاربة وهي: النقض، والتقطع، والإزالة، والإلقاء، والرفع، والتفرق، والفساد، وهذه المعاني بينها قاسم مشترك وهو التغيير

[1] – حكيمة كحيل، عيوب الرضا وأثرها على صحة الزواج ، مرجع سابق، ص ص 64. 65.

[2] – تهاني معيض عويد، فسخ عقد النكاح وأحكامه والآثار المترتبة عليه: دراسة مقارنة، د ن، د س ن، ص. 227

والتحويل، فهو قائم فيها كلها، فإن نقض الشيء بحول الأمر عما كان عليه سابقا، كنقض البناء، وكذلك نقض العقد، فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال.[1]

وفسخ عقد الزواج يعني رفع عقد الزواج بين الرجل والمرأة وإزالة الحل بينهما وهو يرتب أثر الطلاق نفسه دون أن يكون أحد صوره.[2]

جعل المشرع الجزائري من الرضا في عقد الزواج ركنا وحيدا له، حيث نص في المادة 9 المعدلة على أنه" :ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"[3]، والتعبير عنه يكون بالإيجاب والقبول، يستخلص من خلال هذا أن المشرع الجزائري قد وافق المذاهب الأربعة في عد الإيجاب والقبول ركنا لعقد الزواج، فإذا اختل ركن الرضا لا ينعقد العقد في الأصل، ويكون باطلا بطلانا مطلقا قانونا.

أما إفراد الرضا بصفة الركنية فهذا لا ينفي بقية الأركان؛ كون تبادل الإيجاب والقبول يقتضي وجود العاقدين والمعقود عليها، ولذلك فقد اقتصر بعض فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار الصيغة ركنا وحيدا لعقد الزواج كما فعل الأحناف، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، وبه قال ابن محرز القيرواني من فقهاء المالكية، وقول بعض فقهاء الحنابلة وبعض الشافعية.[4]

وتنص المادة القديمة (السابقة) 32 من قانون الأسرة على أنه " يفسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافي مع العقد "... وبما أن المشرع رتب على

---

[1] – تهاني معيض عويد، مرجع سابق، ص. 227

[2] – مريدي عباس فلة الفتلاوي، سلام عبد الزهرة عبد الله، مفهوم العلة الموجبة لفسخ عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، عدد4، 2016، ص 186.

[3] – الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الأمر نفسه .

[4] – بريبر محمد، تأصيل التفرقة بين أركان عقد الزواج وشروطه في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مجلد 57، عدد 1، 2020، ص 53.

تخلف ركن الرضا الفسخ سواء قبل الدخول أو بعده فإنه يترتب عليه الآثار التالية :ثبوت النسب، حرمة المصاهرة، وجوب العدة، نفقة العدة[1]. التي عدلت بقانون 05-02.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن انعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري يخضع لشروط ولانتفاء موانع، ومنه فإن تبادل الايجاب والقبول من الناحية القانونية غير كاف للإنعقاد، ولذلك اشترط المشرع في المادة 18 من قانون الاسرة أن يتم العقد أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما جاء في نصي المادتين 9 و 9 مكرر من نفس القانون.[2]

الفرع الثاني: الحالة التي يترتب عليها بطلان عقد الزواج

البطلان هو الجزء القانوني على تخلف شروط انعقاد الزواج وصحته، ويترتب على تخلف هذه الشروط أخطر الآثار وهو البطلان.[3]

إن عقد الزواج الباطل غير المشتبه لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، ولا ينشأ عنه أي التزام من قبل أحد الطرفين نحو الآخر، بل يعتبره الشارع كأنه غير موجود سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده حتى إن تسميته بالعقد فيه شيء من التجاوز إذ أن كل صلة تمت بين رجل وإمرأة محرمة عليه شرعاً أو لم تتوافر فيها شرائط الإنعقاد لا يعتبر عقداً بحيث تستطيع المرأة أن تعقد على شخص آخر وتتزوج زواجاً شرعياً، لأنها لم ترتبط بأي رباط شرعي في العقد الباطل، وتعتبر الصلة بين الرجل والمرأة في العقد الباطل صلة غير مشروعة، ولا يقرها الشرع، ولا يعترف بأي صلة تنشأ عن هذه الصلة غير المشروعة، وللدخول في عقد الزواج الباطل.[4]

---

[1] – بولعواد زوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 16.

[2] – بربير محمد، تأصيل التفرقة بين أركان عقد الزواج وشروطه في قانون الأسرة الجزائري ، نفس المرجع، ص 54.

[3] – فرج فيلوثاوس، الأحوال الشخصية للسودانيين الأقباط الأرثوذكس، الجمعية القبطية، الخرطوم، 2007، ص 173

[4] – جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 31.

وفي التشريع الجزائري فمن خلال استقراء للمواد التاسعة المعدلة بالأمر رقم02-05 نصت على أنه (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)، والمادة 9 مكرر التي نصت على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية وهي :أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية (والمادة العاشرة التي نصت على أنه) يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا[1].

يتبين لنا أنه بدون توفر عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده ويكون بالتالي باطلاً، ولقد نص المشرع صراحة على ذلك– أثر تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج في المادة 33 في فقرتها الأولى بقوله :يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا[2]، أي أن العقد باطل لعدم توفره على ركن أساسي فيه وهو الرضا؛ وبالتالي لا ينتج عن العقد أي أثر[3].

تنص المادة 33 من قانون الأسرة على هذه الحالة وهي أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا وركن آخر سواء الشاهدين، الصداق، الولي وبالتالي فهو منعدم ولا ينتج عنه أي أثر، ويذهب بعض من الفقه إلى أن المشرع الجزائري موقفه يتماشى وموقف الحنفية التي تقول أن النسب يثبت بالزواج الباطل وذلك وفقا لمبدأ إحياء الولد لأن هذا الأخير لا ذنب له وهو ضحية وبالتالي فمن غير المعقول تحميله جزاء عمل لم يقم به خصوصا وأن نص المادة 40 من قانون الأسرة تجيز إثبات النسب بالإقرار.[4]

لكن ما ينتقد عليه المشرع الجزائري عند تناوله لأثر تخلف ركن الرضا في المادتين 32و 33 من قانون الأسرة استعماله مصطلحين الفسخ و البطلان وهذا ما يعني أنه أخذ بالمذهب الحنفي الذى يفرق بين العقد الفاسد والباطل وتخلف ركن من أركان عقد الزواج

[1]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الأمر نفسه .

[2]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الأمر نفسه .

[3] – سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 52.

[4]– بولعواد زوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 16.

يرتب البطلان أما نخلف شرط من شروط الانعقاد يؤدى إلى الفسخ في حين المشرع الجزائري قد أخلط في حالة تخلف الركن ورتب على تخلف ركن واحد الفسخ وفي حالة تخلف ركنين رتب البطلان وبالتالي خالف المذهب الحنفي الذي كان قد أخد بتقسيمه لحالات فساد الزواج، وكذا يؤخذ على المشرع الجزائري أنه خالف المبادئ العامة للقانون وهي أنه إذا تخلف ركن من أركان عقد الزواج يترتب عليه بطلان العقد في حين هو رتب عليه الفسخ باستثناء في حالة تخلف ركنين رتب عليه البطلان، كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يكن واضحا في نص المادة 33 من قانون الأسرة لما ربط تخلف ركنين في عقد الزواج لكي يترتب بطلان عقد الزواج، فالسؤال المطروح هل تخلف ركن الرضا بدخل ضمن الركنين المنصوص عليهما في المادة 33 الذين إن تخلفوا ترتب بطلان العقد أم لا خصوصا وأن نص المادة 33 لم تذكر ركن الرضا ضمن تلك الأركان في مبناها باللغة العربية ولكن لو رجعنا إليها كما هي مكتوبة باللغة الفرنسية لوجدناها تنطبق على ركن الرضا.[1]

أن الدكتور عبد القادر داودي يرى أن عقد الزواج ما دام عقداً مدنياً يخضع لتوفر شروط غير وانتفاء موانع فإن تبادل الرضا بين الزوجين وحده لا يكون كافيا في الانعقاد ولا تترتب عليه الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، ولذلك اشترط المشرع في المادة 18 أنه :(يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر القانون)، فيفهم من كلامه بمفهوم المخالفة أن غياب ركن الرضا وحده لا يبطل عقد الزواج، وهذا يتنافى تماماً مع ما ورد في المادة 33 التي أشرنا إليها سابقاً[2].

[1]– بولعواد زوبير، ، مرجع سابق، ص 16.

[2] – سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، المرجع سابق، ص 53.

كما نصت المادة 10 من قانون الأسرة على أنه" :يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا".[1]

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة.". وعليه، يتحقق الرضا في الزواج باقتران الإيجاب مع القبول في مجلس العقد، شفويا، علنيا وصادرا بلغة يفهمها العاقدان والحاضرون مجلس العقد، ويشترط أن يصدر الإيجاب والقبول من الزوجين شخصيا طبقا للمواد 10 و 1/33و 9من ق.أ .ويصح الإيجاب والقبول من العاجز الحاضر مجلس العقد بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة .وانطلاقا من هذا النص يكون الزواج منعدما إذا لم يتطابق القبول مع الإيجاب على النحو الذي سلف[2].

وفي إطار الحديث عن الإيجاب والقبول، تثور مسألة الزواج بالوكالة، فبعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 ألغى المشرع المادة 22 منه، فاختلف الفقه في حكم هذا الزواج، فرأى بعضهم أن إلغاء الوكالة في عقد الزواج أوجد فراغا تشريعيا، وهو ما يحتم على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى نص المادة 222 من قانون الأسرة، مما يعني العودة مجددا إلى نظام الوكالة مما يجعل التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة 20 بلا معنى .كما تحجج هذا الرأي بأن النص على الوكالة في قانون الأسرة كان تكرارا لما هو في القواعد العامة، وأن إلغاء الوكالة في عقد الزواج يعد خروجا عن القواعد الشرعية والقانونية والعرفية.3

[1]- القانون رقم 84- 11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 معدل بموجب الأمر 05-02 المرجع سابق.

[2]- بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، مجلد 6، عدد 1، 2021، ص ص 160.

[3]- بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام ،المرجع نفسه، ص161.

المبحث الثاني: أثر تخلف شروط عقد الزواج

المطلب الأول: أثر تخلف الأهلية و الشاهدان و الولي في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

سنتعرض لهذه النقطة في الشريعة والقانون في ثلاث فروع هم:

الفرع الأول: أثر تخلف الأهلية

أولا: في الشريعة الاسلامية

بما أن الفقه الإسلامي لم يحدد سن الزواج، بل الأحكام العامة ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي، و الخلاف الواقع بين الفقهاء يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه و صحته ومن ثم نفاذه، وعليه فعند مخالفة هذا الشرط يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول و بعده . [1]

ثانيا: في قانون الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا عن آثار تخلف مخالفة سن أهلية الزواج، لهذا نعود إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج سابقة الذكر بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يرتب جميع يرتب جميع آثاره الشرعية قبل الدخول و بعده.[2]

[1]– محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02، المرجع السابق، ص267.

[2]– محفوظ بن صغير،نفسه، ص 292.

الفرع الثاني: أثر تخلف الشاهدان

سنتناول في هذا الفرع حكم تخلف الشهادة كشرط في عقد الزواج في وجهة نظر الشريعة الاسلامية وما نص عليه المشرع الجزائري .

أولا: في الشريعة الاسلامية

إن الإختلاف الموجود بين الفقهاء و الذين إعتبروا شرط الإشهاد في عقد النكاح، شرط صحة والمشهور على المذهب المالكي الذي إعتبره شرط تمام و بالتالي فإن أثر تخلف الشهادة في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أن العقد غير صحيح، لأنه لم يستكمل كل شروط صحته، فيبطل قبل الدخول و لا أثر له لأن التفريق بينهما واجب، مثل ما قال عبد الرحمان الجزيري " : إتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد، فإذا لم يشهد شاهدا عند الإيجاب و القبول بطل".[1]

فيكون الزواج فاسدا إذا تخلف أحد شروط صحته ومنها أن لا يعقد بحضور شاهدين رجلين أو رجل ومرأتين على خلاف بين العلماء.[2]

أما بعد الدخول فيجب المهر، وحرمة المصاهرة و العدة بعد التفريق أما المذهب المالكي فرتب على تخلف الإشهاد في عقد النكاح الفسخ، و هذا لا يكون إذا تخلف الإشهاد أثناء انعقاد العقد، فإذا جرى العقد ولم يحضر أحد صح، ولكن إذا أراد أن يدخل الزوج يجب أن يحضر شاهدان، فإذا دخل بلا إشهاد وجب فسخ العقد جبرا عنهما يكون و هذا الفسخ بمنزلة طلقة بائنة.[3]

---

[1]– د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرةالجزائري المعدل بالأمر 05-02، المرجع السابق، ص. ص 257-258.

[2] – محمود عبد الحي محمد علي، الاهتمام بالطفولة وأثره في منع الانحراف وتحقيق التنمية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2018، ص 118.

[3]– محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط6، دار العلم للملايين، بيروت، 1979، ص 297.

ثانيا : في القانون الجزائري

لقد كان قانون الأسرة القديم يجعل من حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج وفق المادة 9 تخلفها ينتج عنه فسخ الزواج وفقا لنص المواد 32 و 33 من نفس القانون وفي حالة إقتران تخلف شرط أحد الأركان الأخرى، يتحول الفسخ إلى بطلان.

إلا أن المشرع الجزائري وفق التعديل قد عدل عن موقفه هذا و كيف الشهادة في عقد الزواج على أنها شرط صحة فيه طبقا للمادة التاسعة مكرر، مسايرا بذلك مذهب جمهور الفقهاء، وتخلف هذا الشرط يترتب عنه فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق الزوجة صداقا، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 33 المعدلة من ق.أ.ج."إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل." [1]

ومن خلال هذه المادة يتضح أن هناك حالتين لتخلف شرط الإشهاد.

أ /حالة فسخ العقد:

رتب المشرع الجزائري في تعديله الجديد المادة 33 الفقرة الثانية فسخ العقد إذا تم بدون شهود إذا كان قبل الدخول و لا صداق فيه الفسخ هو الأثر المترتب عن الزواج الفاسد سواء من قبل الطرفين أو أحدهما و هو المراد بالتفريق أو المتاركة ,أو يفسخه القاضي إن لم يفسخه أحدهما. [2]

[1]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الأمر نفسه .

[2]– د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرةالجزائري المعدل بالأمر 05–02، المرجع السابق، ص258 .

ب /حالة إثبات عقد الزواج

نصت المادة ق.أ.ج 33 المعدلة على أنه ": إذا تم الزواج بدون شاهدين يثبت بعد الدخول بصداق المثل. " [1]وبهذا فقد خالف المشرع الجزائري، رأي الجمهور الذي إعتبر الإشهاد شرط لصحة عقد الزواج، و أن تخلف هذا الشرط بعد الدخول الحقيقي فإنه يجب مهر المثل و حرمة المصاهرة و العدة بعد التفريق و ثبوت النسب أما غير هذه الأمور فلا تجب بالعقد غير الصحيح.[2]

الفرع الثاني: أثـر تخلف الولي

اولا : في الشريعة الاسلامية

وذهب جمهور الفقهاء، إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، سواء أطلق عليه ركنا أو شرطا، فهو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقا، وعليه فإن أثر تخلف الولي هو بطلان عقد الزواج، لقوله : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل" .. وحكمه الفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال الزمان.[3]

ذهب الحنفية إلى أن المرأة البالغة العاقلة، إذا زوجت نفسها من رجل جاز نكاحها، غير أنها إذا زوجت نفسها من غير كفء، أو بمهر قاصر فللأولياء حق الاعتراض، وفي قول لهم يتوقف نكاحها على إجازة الولي، فإن أجازه جاز وإن أبطله بطل، إلا أنه إذا كان الزواج كفؤا ينبغي للقاضي أن يجيزه، ما لم يدخل بها، وإلا فرق بينهم، وفي رواية لهم إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختير هذا للفتوى، لأنه كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض يعدل، ومنه فإن أثر تخلف الولي يجعل العقد موقوفا على إجازة الولي.

---

[1]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الأمر نفسه.

[2]– نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص. ص 77– 85 .

[3]– يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 17 .

والخلاصة أن الأثر المترتب على تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، هو البطلان عند الجمهور، ويكون موقوفا على إجازة الولي عند الحنفية، وحكم الزواج الباطل الفسخ قبل الدخول وبعده، وأما الموقوف فإن أجيز صار نافذا، وأما إن دخل بها وجب التفريق بينهما.[1]

فأجمع جمهور الفقهاء على أن الولي شرط من شروط صحة عقد الزواج، ورتبوا على تخلفه عدم صحة العقد، وبالتالي، بطلانه .أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت المرأة البالغة والعاقلة نفسها بدون إذن وليها فزواجها صحيح، وكان الزوج كفئا، وبمهر المثل، لأن الولي عندهم لا يعد ركنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج.[2]

ثانيا: في القانون الجزائري

قام المشرع بتعديل المادة 33 بالأمر رقم02-05 ، فأصبحت تنص على أنه: "يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا .إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".[3]

من خلال المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري تبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ برأي الأحناف بشأن مباشرة البالغة زواجها بنفسها، غير أن المشرع جعل حضور الولي شرطا لتمام العقد والمادة 33 في فقرتها الثانية صريحة في بيان أثر تخلف الولي في عقد الزواج إذ جاء فيها، " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل .فعلى حسب هذه المادة فإن أثر تخلف شرط الولي يأخذ حالتان.

---

[1] – سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2018 ، ص 65.

[2]– جبر محمد الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، مرجع سابق، ص ص 130. 131.

[3]– الأمر 05- 02، الأمر نفسه .

الأولى :إذا عرف ذلك قبل الدخول يترتب عنه فسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق .
الثانية :إذا عرف ذلك بعد الدخول فإن العقد يتم صحيحا ويثبت بصداق المثل. [1]

المطلب الثاني: أثر تخلف الصداق و الخلو من الموانع الشرعية للزواج

سنتعرض لهذه النقطة في الشريعة والقانون في فرعين أساسيين هما:

الفرع الاول : أثر تخلف الصداق في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري

أولا : في الشريعة الاسلامية

اختلف الفقهاء حول آثار تخلف شرط الصداق، وذلك بسبب اختلافهم حول تحديد طبيعته وتكييفه بالنسبة للعقد؛ بحيث يرى المالكية أن الصداق شرط من شروط عقد الزواج، وتخلفه يؤدي إلى فساد وعدم صحته، ويكون ذلك إما بعدم تسميته والاتفاق على إسقاطه من العقد .أما جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فيرون أن الصداق هو حكم من أحكام الزواج، وأن العقد يعد صحيحا ولو لم يتم تسميته في العقد أو تم الاتفاق على إسقاطه، وتستحق المرأة مهر المثل. [2]

وقد اتفق الفقهاء على أن الصداق شرط صحة ولا يجوز التواطؤ على تركه، واتفقوا على أنه ليس لأكثره حد واختلفوا في أقله .وقد أجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق، فقد لقوله تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة. " ورد في المدونة الكبرى أن الزواج بغير صداق مفسوخ مالم يدخل بها، فإن دخل بها كان لها صداق مثلها ويبقيان على نكاحهما .وهذا

[1] – سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الاسرة الجزائري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 76.
[2] – حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي للنشر والتوزيع، القاهرة، د س ن، ص 224.

يختلف عن عدم ذكر الصداق أو عن القول أن لا صداق عليك ، فهذا نكاح تفويض، وهذا جائز.

وقال مالك أيضاً بأن الخيار في النكاح يفسده، ويفسخ النكاح ويفرق بينهما مالم يدخلا فإن دخلا فلها الصداق الذي سمي .وان قال بالصداق المؤخر إلى موت أو فراق فهو مفسوخ عند مالك مالم يدخل بها فإن دخل أجاز النكاح وجعل لها صداق مثلها[1].

وأما الصداق الحرام أو الفاسد فإنه لا يفسد النكاح عند ابن حنبل وذلك لإنفراد النكاح عن ذكر الصداق .وأما عند مالك فإن كان قبل الدخول يفسخ لأنه أشبه بنكاح الشغار وإن كان بعد ثبت . وفي المحلى لابن حزم أن كل نكاح عقد على صداق فاسد أو على شرط فاسد فهو نكاح فاسد مفسوخ أبداً عملاً بظاهر النصوص من قوله عليه السلام " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل."

وأما حكم النكحة الفاسدة إذا وقعت فقد قال إبن رشد في بداية المجتهد بأن حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت أن منها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده، وهو ما كان منها فساداً بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده، مثل أن ينكح محرمة العين، وهذا ما نسميه النكاح الباطل لأنه نكاح غير منعقد أصلاً، فنجد أن إبن رشد يقول عنه فاسد لعدم تفرقتهم بين باطل النكاح وفاسده، ولكنه يفرض فسخه قبل الدخول وبعده.[2]

ثانيا : في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الصداق في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه" إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه،

[1]– در حامد بن محمد الحواري، لمن كان له عقل فل يتدبر هذه البحوث الاسلامية، المكتبة الاسلامية، د م ن، 2016، ص 203.

[2]– در حامد بن محمد الحواري، لمن كان له عقل فل يتدبر هذه البحوث الاسلامية ،المرجع نفسه، ص 203.

يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه"[1]، فقد حددت هذه المادة على الخصوص نقسمها إلى حالتين :

1/ تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فسخ عقد الزواج، وما يستنتج منها أن المشرع رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول، كما أنه فصل في مسألة وهي عدم إستحقاق الزوجة للصداق في هذه الحالة، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1987/03/09 :، تحت رقم 45301 :جاء فيه:"أنه من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها، ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد وبالطلاق".[2]

ولما كان الثابت– في قضية الحال –أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق، فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقاً سليماً، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[3].

2/ أما إذا ثبت إنعقاد الزواج بدون صداق وكان ذلك بعد الدخول أي تبين تخلف الصداق بعد الدخول؛ ففي هذه الحالة يثبت الزواج وللزوجة صداق المثل، وتترتب عليه آثار العقد الصحيح. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17؛ الذي جاء فيه : إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل. ومتى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم – قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ما عدا الصداق بقي مؤجلاً حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج

[1]– الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الأمر نفسه .

[2] – د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02، الأمر نفسه ، ص 172.

[3]– سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل مرجع سابق، ص

رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن تحديد الصداق لا يبطل الزواج.[1]

*وعليه فإن المشرع الجزائري قد رتب على تخلف الصداق فسح العقد إذا لم يتم الدخول، وإذا تم الدخول يثبت بمهر المثل. لكون الصداق في ق.أ.ج شرط صحة فإن تخلفه في العقد قابل للإبطال، و هو أحذ برأي إمام مالك.

الفرع الثاني: أثر تخلف الخلو من الموانع الشرعية للزواج

أولا : في الشريعة الاسلامية

إن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية ثابتة و واضحة في هذا الشأن حيث تجمع على إقرار بطلان عقد الزواج إذا ما اشتمل على مانع من الموانع المؤبدة أو المؤقتة والتي لا شبهة فيها أو خلاف والتي ورد فيها نص شرعي صريح بحيث لا يترتب عنه أي أثر ويجب التفريق بين المتعاقدين إذا ما ثبت علمهما بسبب التحريم أقيم عليهما الحد عقوبة لهما.[2]

إلا أنهم لم يرتبوا أحكام البطلان كاملة في جميع حالات اشتمال العقد على إحدى الموانع، كما في حالة الزواج بمعتدة الغير أو في حالة الجمع بين الأختين أو من في حكمهما إذن فرغم إقرارهم بعدم صحة العقد في مثل هذه الحالات فإنهم يرتبون بعض آثار الزواج الصحيح إذا ما حصل دخول بالزوجة مع وجوب التفريق بين الزوجين وعليه نستنتج أن موانع الزواج ليست على درجة واحدة من الأهمية ولا يمكن التسوية بينهما في الحكم فالزواج بالأم مثلا لا يمكن أن يكون بمثل الزواج بمعتدة الغير، لأن سبب التحريم

[1]– د. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05–02 نفسه، ص 173. الأمر نفسه

[2]– توفيق شندارليي، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلد 10، عدد 2، 2019، ص 1265.

في الحالة الأولى دائم لا يزول وفيه تداخل بين قرابتين في آن واحد: قرابة النسب وقرابة الزوجية.[1]

أما في الحالة الثانية ففيها اعتداء على حق الغير بصفة مؤقتة فقط وهو ما لم يدركه المشرع الجزائري في قانون الأسرة إذ الأولى والأجدر أن ينص على الحالتين على النحو المقرر في الشريعة الإسلامية وهو حالة الزواج بإحدى المحرمات التي لا شبهة فيها فيكون العقد باطلا وحالة الزواج بإحدى المحرمات التي فيها شبهة فيكون العقد فاسدا للفرق الكبير بينهما .[2]

وخلاصة القول أن جمهور الفقهاء أجمعوا على أن الزواج بإحدى المحرمات مع العلم بالحرمة باطل، ولم يرتبوا عن الباطل أثرا كما رتبوا للزواج الفاسد المهر والعدة وأثبتوا النسب.[3]

ثانيا : في القانون الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على الآثار التي تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34 من ق.أ.ج على أن" :كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، و وجوب الاستبراء ."[4] كما نصت المادة" :32 يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع."... إذن، يلاحظ أن المشرع رتب البطلان على الزواج المشتمل على مانع من موانع الزواج في المادة 32، والفسخ على الزواج بإحدى المحرمات في المادة34 .

---

[1]– توفيق شندارليي، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 1265 .

[2] – توفيق شندارليي، نفس المرجع، ص 1265 .

[3] – جرادي علي عثمان، عقود الزواج المعاصرة بين الصحة والفساد (دراسة فقهية مقارنة)، دار الكتب العلمة، د م ن، 2017، ص 37 .

[4]– القانون رقم 84– 11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم، مرجع سابق.

غير أنه رتب الفسخ حتى بعد الدخول مما يفهم منه قصد المشرع وهو بطلان الزواج بإحدى المحرمات قبل الدخول أو بعده، والملاحظ أيضا أن، المادة 34 أطلقت بالنسبة لحكم الزواج بإحدى الحرمات، ليشمل المحرمات تحريما مؤقتا والمحرمات تحريما مؤبدا، فمن تزوج بامرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا أو مؤيدا فزواجه باطل قبل وبعد الدخول غير أنه يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء إذا حصل دخول، وسبب ذلك هو الدخول بالمرأة وليس عقد الزواج لأن هذا الدخول فيه شبهة عقد الزواج وهذه الشبهة ترفع الحد لذلك وجب ثبوت النسب والعدة.[1]

خلاصة القول بالنسبة إلى شرط انعدام المانع الشرعي لصحة عقد الزواج هو أن إبرام عقد الزواج مع إحدى المحرمات، مثل عقد الزواج خطأ أو عمدا مع الأخت أو الخالة أو مع غيرهن ممن ورد ذكرهن في القرآن الكريم يجعل منه عقداً باطلاً وأن جزاء العقد الباطل هو فسخه، سواء قبل الدخول أو بعده وهذا ما ذكر في المادة 34 أعلاه.

كما ذكر في المادة 34 من ق.أ.ج وجوب إستبراء الرحم حيث تثبت العدة من يوم الافتراق بالفسخ أو بحكم قضائي، إذ ذكر في المادة فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعكس الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة ويفسخ إذا كانت الحرمة فرعية، أما ما يخص ثبوت نسب الولد إن وجد من الرجل الذي دخل بمن تزوج بها فاسداً وذلك حماية الولد و لمنع اختلاط الأنساب وهذا ما أكدته المادة 40 من ق.أ.ج " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو نكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد32، 33و34 من هذا القانون.[2]

[1]– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 78 .

[2] – إشكاليات إبرام عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص ص 33. 34 .

وترتبط موانع الزواج بالنظام العام، إلا أنها من المسائل الثابتة التي لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، ولا تتأثر بالاتفاقيات الدولية لأن الدولة قبل المصادقة عليها تبدي تحفظاتها بشأن النصوص التي تتعارض مع ثوابتها .فيبطل الزواج بطلانا مطلقا إذا اشتمل على مانع من موانع الزواج، وهو ما سار عليه القضاء الجزائري، ومنه في قرار المحكمة العليا بتاريخ18 جانفي" :2000 من الثابت شرعا يفسخ الزواج سبب الرضاع.

وأن القرار المطعون فيه، لما قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ الزواج المبرم بين الطرفين بسبب الرضاع، طبق صحيح القانون. تطبيق للمادة 34 والمادة :32 يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع".[1]

و نستخلص من نص هذه المادة ثلاث نقاط:

1: فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده

فإذا لم يدخل الزوج بزوجته اتفق الفقهاء أنه يجب عليهما الافتراق من تلقاء أنفسهما، و إلا فرق بينهما القاضي لفساد العقد، أما إذا تم الدخول فيفسخ العقد دون طلاق، وتحكم المحكمة ببطلان الزواج تلقائيا أو بطلب من كل ذي مصلحة، مما يعني أنه متى تبين وجود المانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده.

2: ثبوت النسب

يترتب على عقد زواج بإحدى المحرمات الفسخ؛ و من تم آثاره إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج، وتسجيله في سجل الحالة المدنية على لقب و اسم هذا الزوج باعتباره والده الشرعي، إذا كان قد ولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل، و خلال فترة ما بعد العقد.[2]

[1]– بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد ،مرجع سابق، ص 137 .

[2]– عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص113 .

3: وجوب الإستبراء

أي يجب على المرأة التي تزوجت في هذا الزواج الفاسد أن تعتد حتى تستبرئ رحمها، (و يضيف الفقه أنه إذا كان الزوجان سيئا النية) بأن يعلما بأن زواجهما محرم باطل، فإن الحدي طبق عليهما كما أن نص المادة 32 من ق.أ.ج المعدلة فيها إشارة لأسباب البطلان حيث جاء فيها أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"[1]، فإذا اشتمل الزواج على مانع، سواء أكان مؤقتا أو مؤبدا، فسخ العقد إذا تبين أمره قبل الدخول، ولا تستحق المرأة شيئا من الصداق، وفقا للقاعدة القائلة كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه".

*من خلال عرضنا لهذا الفصل المعنون ب " آثار تخلف أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة والقانون" يمكننا القول أن:

الرضا بين الزوجين بالايجاب والقبول من الطرفين الأساس الصحيح للزواج والركن الرئيسي الذي يقف على صلاحه عقد الزواج، والذي لا يكتمل إلا بضرورة إتمام شروطه المتمثلة في الأهلية الشهود الصداق والولي، وكذا الخلو من الموانع الشرعية من أجل انتاج عقد زواج صحيح.

لذلك فإن الآثار المترتبة عن إغفال ركن الرضا وحتى إغفال أحد هذه الشروط، يترتب عنها إبطال أو فسخ للعقد عند بعض المذاهب والقانون.

[1]– – الأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، سابق الذكر.

الخاتمة

الخاتمة

يقوم عقد الزواج في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري على أركان وشروط، فإذا تخلف بعضها يؤثر في وجود العقد في حد ذاته فيصبح العقد باطلا، أما البعض الآخر لا يؤثر في وجوده بل يؤثر في صحته فيكون بذلك عقد الزواج فاسدا، فالمشرع الجزائري لم يتقيد في تقسيمه لهذه الأركان والشروط لإبرام عقد الزواج بمذهب معين، بل كان مرنا في ذلك، حيث اعتمد على المذاهب الأربعة كمصدر لتقسيم أركان عقد الزواج وشروطه، إلا أن نصوص قانون الأسرة تأثرت بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية دون المواد المتحفظ عليها، فتم تعديل قانون الأسرة في عدة مواد منه دون أن يمس بالثوابت المتعلقة بموانع الزواج فتبقى محددا للنظام العام ينتج عنه بطلان عقد الزواج المشتمل على موانع.

ومن خلال تصفحنا للتعديلات الجديدة المتعلقة بالأمر رقم 05- 02، تبين أن المشرع الجزائري حاول تدارك النقائص التي شابت القانون رقم 84- 11، والذي برزت عيوبه أثناء تطبيقه وتنفيذه، لذلك سنحاول حصر أهم ما جاء به قانون الاسرة من تعديل في مجال عقد الزواج، على النحو التالي:

المادة 4 :أضاف المشرع كلمة رضائي "الزواج هو عقد رضائي"، و كما هو معلوم بأن عنصر الرضا هو أحد أهم أركان أي عقد.

المادة 7 :أخذ المشرع في تحديد أهلية الزواج ببلوغ كل من الرجل والمرأة سن 19 سنة ورخص من جهة أخرى بالزواج لمن لم يبلغ السن القانونية بحسب ما تتطلبه المصلحة وتقتضيه الضرورة.

المادة 7 مكرر :وهي مادة متممة للمادة السابعة، وقد اشترطت على كل من الخاطب والمخطوبة تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض.

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.

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 وصداق وشاهدين وأهلية وانعدام الموانع الشرعية.

المادة :11المادة 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.

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

المادة :15 هذه المادة المعدلة نزعت صفة الإلزام على تحديد مقدار المهر في العقد، إلا أنها ذكرت أنه في حال النزاع بين الطرفين، ولم يكن مقدار المهر محددا في العقد فإن للمرأة صداق المثل.

- مس التعديل الجديد أيضا المادة 19 من ق.أ.ج، بحيث بعد أن كانت تمنح الحرية للزوجين في الاشتراط بما يريانه ضروريا، أضيف فيها الاعتداد بالشرط اللاحق لعقد الزواج مع اشتراطه رسميا، بعد أن كان الشرط المعتد به ذاك الذي يتم بإبرام عقد الزواج ليشمله العقد كبند من بنوده

- إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغاء المادة 20 من القانون11-84

- المادتين 30 و:31 حذفت 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 بالمشركة أو غير ذات دين سماوي كمانع للزواج و هو ما ينبغي تداركه في المادة 30 بإضافة الفقرة التالية:" يحرم مؤقتا زواج المسلم من الكافرة".

- المواد32 ، 34 و :35 بعد أن كان العقد الذي يحوي على شرط منافي لمقتضياته أو مانع أو اختل أحد أركانه أو ثبتت فيه ردة الزوج؛ فاسخا، أصبح ذات العقد –عقد الزواج– باطلا متى اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضياته، إثر التعديل الذي مس المادة 32 من ق.أ.ج، في حين بقيت المادة 34 من ق.أ.ج تفسخ كل عقد على محرمة، و لأن التحريم من موانع الزواج الأبدية أو المؤقتة.

- أما في نص المادة :33 فالمشرع قرر البطلان المطلق للزواج الذي اختل فيه ركن الرضا؛ تأكيدا الإنجاب، فيجب أن تخضع هذه الشروط لأحكام نص المادة 32 من ق.أ.ج.

إلا أنه ومن الملاحظ وجود عدة نقائص وثغرات نوجزها على النحو التالي:

- إن المشرع الجزائري قد خص ركن الرضا بعناية بالغة تجسيدا لتأثره بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها، لكنه بالمقابل فقد وقع في تعديله للنصوص المنظمة لهذا الركن في العديد من النقائص والثغرات، حيث أقر من خلال قانون الأسرة ببطلان عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا فيه بمفهوم نص المادة 33، إذ لم يتناول مسألة أثر عيوب الرضا على صحة الزواج إلا فيما يخص الإكراه والتدليس، تاركا ذلك إلى مجال الفقه الاسلامي بإحالة نص المادة 222 بنصها " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية".

الخاتمة

- لم يفرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة بين حكم الزواج بأحد المحرمات الدائمة والمتداخلة بين قرابتين كالزواج بالأم، وقرابة النسب وقرابة الزوجية، فالأجدر أن ينص على الحالتين على النحو المقرر في الشريعة الاسلامية وهو حالة الزواج بإحدى المحرمات التي لا شبهة فيها فيكون العقد باطلا وحالة الزواج بإحدى المحرمات التي فيها شبهة فيكون العقد فاسدا.
- تناول المشرع الجزائري موضوع الولي بطريقة مختلفة ومتناقضة على ما جاء في أحكام الشريعة الاسلامية، فمن الثابت في الشريعة الاسلامية أن البالغة يجوز لها ابرام عقد زواجها بنفسها بشرط عدم اعتراض وليها على ذلك، أما المشرع في هذه الحالة فأجاز للمرأة البالغ ابرام عقد زواجها مثلها مثل الرجل دون أي شروط ولا اعتراض لوليها على ذلك.
- كما أن التعديل الجديد لقانون الأسرة من خلال إضافته لبعض المواد، وإعادة صياغته لأخرى فقد تناول أحكاما جديدة ومغايرة لأحكام الشهادة في عقد الزواج سابقا، حيث أنه: ساير المشرع الجزائري في تعديله الجديد لقانون لأسرة التشريعات العربية في اعتبار الاشهاد شرط في عقد الزواج تتوقف عليه صحته وفي المادة 9 مكرر أخذا برأي جمهور الفقهاء، كما خالف من خلال المادة 33 أحكام الشريعة الاسلامية فقد جعل من عدم حضور الشاهدين سببا من أسباب فساد عقد الزواج قبل الدخول ولم يعتبره سببا للفساد بعد واقعة الدخول مخالفا بذلك أحكام الشريعة الاسلامية وما جاءت به المذاهب الأربعة.
- إكتفاء قانون الأسرة المعدل بالأمر 50/ 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بذكر الشهادة في عقد الزواج، دون النص على الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد.
- أن المشرع الجزائري لم يبين 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.

- كما خالف المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في تحديد صفة الولي فلم يحصر الأقارب لمن لهم العصبة كالأب الاخ الابن او العم بل جعل الولي اي شخص ممن تختاره المرأة ممن تم ذكرهم او الاقارب من غير العصمة أو الأبعاد.

قائمة المصادروالمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

1. سورة الأحزاب، الآية رقم 49
2. سورة البقرة، الآية 229
3. سورة البقرة، الآية 230
4. سورة البقرة، الآية 233
5. سورة البقرة، الآية 282
6. سورة البقرة، آية 30
7. سورة الروم، الآية رقم21
8. سورة الروم، آية 21
9. سورة الشورى، الآية رقم50
10. سورة الصافات، الآية رقم 22
11. سورة النساء، الآية 20
12. سورة النساء، الآية 24
13. سورة النساء، الآية 29
14. سورة النساء، الآية 3
15. سورة ق، الآية، رقم 7
16. سورة هود، الآية، رقم 40

ثانيا: المعاجم

1. معجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مكتبة الشروق العربية، القاهرة، 2004.
2. ابن منظو، معجم لسان العرب، ط 3، مجلد14، دار صادر، بيروت، د.س.ن
3. قاموس المحيط.

ثالثا: الكتب

1- العامة:

4. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د. ط، 2010.
5. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
6. اسماعيل أمينة نواهضة، أحمد محمد الحوفي، الأحوال الشخصية فقه النكاح دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، د م ن، 2010.
7. بدران أبو العينين بدران،الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شهاب الجامعية، د.م.ن، د.س.ن.
8. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، الطبعة السابعة، 2017، الجزء الأول.
9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 6، 2010، الجزء 1.
10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
11. بلخير سديد، الأسرة و حمايتها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
12. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، دار الألمعية للنشر والتوزيع، د م ن، 2015.
13. جاسم بن محمد بن مهلهل الياسين، فقه المرأة من المهد إلى اللّحد، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت اسم بن محمد بن مهلهل الياسين، فقه

المرأة من المهد إلى اللّحد، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، ط1، 2005.

14. جبر محمد الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنش، الجزائر، د س ن.
15. در حامد بن محمد الحواري، لمن كان له عقل فل يتدبر هذه البحوث الاسلامية، المكتبة الاسلامية، د م ن، 2016.
16. سامية دولة، فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية: قراءة في فقه القضاء، المنهل، د س ن.
17. السيد سابق، فقه السنة، مج 2، دار الفتح للإعلام العربي، د م ن، 2010.
18. الطاهر أحمد عبد العال الطهطاوي، مختار القاموس، الدارالعربية للكتاب، تونس، د س ن.
19. عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.
20. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر، د ط، 2010.
21. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري، البصائر الجديدة للنشرو التوزيع، الجزائر، الطبعة 3، 2016.
22. العرب بختي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
23. العيش فيصل، قانون الأسرة مدعو باجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007 .
24. فرج فيلوثاوس، الأحوال الشخصية للسودانيين الأقباط الأرثوذكس، الجمعية القبطية، الخرطوم، 2007.
25. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د.ن، د.ن، 2007.

26. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط6، دار العلم للملايين، بيروت، 1979
27. محمود ربيع خاطر، حسين بديوي، الوافي في تشريعات مملكة البحرين، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
28. محمود عبد الحي محمد علي، الإهتمام بالطفولة وأثره في منع الانحراف وتحقيق التنمية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2018.
29. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
30. نجلاء اسماعيل احمد، قضايا إعلامية وثقافية، دار المعتز للنشر والتوزيع، د م ن، 2017.
31. نسرين شريقي، كمال بقرورة، سلسلة مباحث في القانون: قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
32. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، سوريا، د. ط، 1989، الجزء 7 .
33. يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011.

2- الخاصة:

34. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1988.
35. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
36. اسماعيل أبا بكر علي البارمي، أحكام الأسرة: الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، 2008.

37. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2012، الجزء 1.
38. تهاني معيض عويد، فسخ عقد النكاح وأحكامه والآثار المترتبة عليه: دراسة مقارنة، د ن، د س ن.
39. جرادي علي عثمان، عقود الزواج المعاصرة بين الصحة والفساد (دراسة فقهية مقارنة)، دار الكتب العلمة، د م ن، 2017.
40. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الاردن، 2008.
41. جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه، المنهل، د س ن.
42. جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد للنشر والتوزيع،عمان، 2008.
43. جميل فخري، وآخرون، آثار الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
44. حسن حسن منصور، المحيط في شرح الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مطبعة سامي للنشروالتوزيع، القاهرة، د.س.ن
45. خلف بوبكر، أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مطبعة منصور، الجزائر، 2022.
46. دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج، دارالخلودنية، الجزائر، 2016.
47. ضيف الله محمد الوريكات، الزواج: آثاره وأحكامه في قانون الأحوال الشخصية الأردني، المنهل، 2015.
48. عادل أحمد سركيس، الزواج في المجتمع المصري الحديث، وكالة الصحافة العربية، 2021.

49. عبد الحميد خزار، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام، مطبعة الشهاب، باتنة، د.س.ن.
50. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق، في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، ط3، 1996.
51. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار الهومة، الجزائر، ط 2، 2009.
52. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005.
53. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر و التوزيع، رويبة الجزائر، د.ط، 2013.
54. مسعودي يوسف، الزواج و الطلاق في العلاقات الدولية (دراسة مقارنة)، دار الأيام للنشر و التوزيع، الأردن، ط 1، 2016.
55. نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دارالكتب الحديثة، القاهرة، د.س.ن

رابعا: المقالات العلمية

56. أحمد حسن أبو جعفر، أنماط الزواج الحديث ومدى تطابقها مع أحكام الشريعة الاسلامية، مجلة العلوم الانسانية لجامعة أم البواقي، مج 5، ع 2، 2018.
57. برياح زكرياء، ركن الرضا في مرحلة انعقاد الزواج بين تعزيز مبدأ المساواة بين الزوجين والنقص التشريعي- البدائل والاقتراحات-، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 7، 2018.
58. بريبر محمد، تأصيل التفرقة بين أركان عقد الزواج وشروطه في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، مجلد 57، عدد 1، 2020.

59. بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، مجلد 6، عدد 1، 2021.
60. بن عزوز بن صابر، الشروط الشكلية لابرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة دفاتر، مجلد 3، عدد 1، 2012.
61. توفيق شندارليي، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلد 10، عدد 2، 2019.
62. حكيمة كحيل، عيوب الرضا وأثرها على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 4، العدد 1، 2022.
63. حمزة أحمد محمد أبو صليح، ولاية المرأة في عقد الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني واتفاقية سيداو: دراسة مقارنة، المجلة الدولة للبحوث القانونية والسياسية، مج 5، ع 2، 2021.
64. خلود بدر الزمانان، شروط عقد النكاح في الفقه الاسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بعض القوانين الأخرى، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جزء 4، عدد 32، 2017.
65. رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية، ع 11.
66. رشيد بن شيوخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
67. زازون أكلي، حبار أمال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري 05- 02، مجلة جامعة الجزائر، مج 32، ع 4، 2017.
68. مريدي عباس فلة الفتلاوي، سلام عبد الزهرة عبد الله، مفهوم العلة الموجبة لفسخ عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، عدد 4، 2016.

69. نوري حمه سعيد حيدر، الفروق بين أنواع عقود الزواج الشائعة وحكمها في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 1، عدد2، جزء 2، 2017.
70. هيباوي الطاهرة، عقد الزواج بين العرف والشريعة، مجلة الحكمة للدراسات الاسلامية، مج 4، ع 2، 2017.

خامسا: الرسائل والأطروحات العلمية

الأطروحات:

71. سعادي لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2015.
72. سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الاسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة دكتوراه في العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018.
73. لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
74. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
75. حمزة جبايلي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين القانون والاسرة والأعراف الاجتماعية (مدينة خنشلة كنموذج)، مذكرة ماجيستير، جامعة خنشلة، الجزائر، 2009
76. حمزة عبد الناصر، عقد الزواج عبر وسائل الإتصال الحديثة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014.

77. عبد القادر بو قزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون: توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الانسانية، باريس، د س ن.
78. لعريبي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014.
79. إشكاليات إبرام عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.
80. إشكاليات إبرام عقد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.
81. البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن بديس، مستغانم، 2018.
82. بوزيان أمينة، الموانع الشرعية لعقد الزواج، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.
83. بولعواد زوبير، أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة نيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2004.
84. خليفة فضلة، الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر نخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014.
85. راشدي ياسين، طوبيشي أحمد، عيوب الرضا في عقد الزواج، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022.
86. زايدي عبد السلام، يوبي عليلي، شروط عقدد الزواج في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

87. سعود الساسي، الولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2018.
88. السعيد الوافي، وآخرون، التراضي في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر أكاديمي، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019.
89. سمية طيوق، سارة بوطمينة، القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزواج، مذكرة ماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2021.
90. عبيدة فاطمة الزهرة، عقد الزواج في ظل الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018.
91. مخريش منصورة، أركان الزواج وشروطه دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الاسرة، مذكرة ماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022.
92. يوسفي كهينة، ولامي ليلى، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

سادسا: النصوص القانونية

93. القانون رقم 84- 11 مؤرخ في9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 .

94. الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، المتضمن تعديل القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

95. الأمر رقم 07- 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428،الموافق 13 مايو 2007، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، العدد31 ص2.

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

97. الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل و المتمم، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 27 فبراير 1970.

98. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية العدد 14، مؤرخة في 08 جوان 2006، المتعلقة بمهنة موثق.

الملاحق

نموذج

شهادة طبية ما قبل الزواج

(معدة تطبيقا لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم11-84

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:.....

الساكن (ة) بـ : .....

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

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

- فصيلة الدم (ABO + rhÈsus).

اصرح كذلك أنني :

- أعلمت المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي أو يقلّل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أوبذريته.

- 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) شخصيا 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 8من قانون الأسرة.

-لهذه الأسباب-

نرخص للسيد/.....

ب.....،للزواج بالمسماة.....

و.....الساكنة.....كزوجة ثانية.

حرر هذا العقد في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه.

ختم أمانة الضبط
وطابع الدمغة

رئيس المحكمة
التوقيع
ختم رئيس المحكمة

الجمهورية الجزائرية **ولاية**.....

الديمقراطية الشعبية **دائرة**.....**بلديّة**.....

الحالة المدنية **نسخة من سجلات عقد الزواج**

رقم العقد..... في.....

ب.....

المسمّى.....

المهنة..... المولود في.....

ب.....

دائرة.....ولاية.....

..... ابن..... و .....من جهة،

و والمسمّاة.....

المهنة..... المولودة في.....

ب.....

دائرة..... ولاية.....

بنت ..... و .....من جهة أخرى،

قد أعلن القادمان على الزّواج أنّه أبرم عقد الزواج.

.....

وقد صرّح كل من الطرفين عن رغبته في الزواج من الآخر، وقد أعلن باسم الشريعة ارتباطهما بالزواج بمحضر كل من.....

بوصفهما شاهدين راشدين، وقد وقّعا بعد التلاوة مع الزوجين.

ونحن .....

لبلدية..... ضابط الحالة المدنية.

تلي التوقيعات

مكتوب على الهامش:.....

نسخة مطابقة للأصل :

في .....

ضابط الحالة المدنية

الكتابة السابقة للإسم واللّقب

الزوج.....

الزوجة.....

نموذج طلب ترخيص بالزواج (إعفاء من سن الزواج)

الأستاذ ..... **.....في:2013/10/13** **محكمة .....**
محام معتمد لدى المجلس **مكتب السيد رئيس المحكمة**
.... شارع .....
.....

إلـــى السيد رئيس محكمة
طلب ترخيص بالزواج (إعفاء من سن الزواج)
طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة.

لفائدة:.....، الساكن بـ:.. عمارة ".." حي ....، في حقه الأستاذ:.....

<u>يتشرف العارض أن يعرض على مقامكم مايلي:</u>

- حيث أن السيد: ..... هو والد القاصرة الآنسة ..... و ولي أمرها....وثيقة 01 مرفقة.
- حيث أن القاصرة الآنسة: ..... المولودة بتاريخ: ../../.... ب..... مؤهلة طبيا و بدنيا، و قادرة على ممارسة الحياة الزوجية .....وثيقة 02 مرفقة.
- حيث أن الآنسة: ..... ترغب في الزواج من السيد:..... المولود بتاريخ: ../../..... .....وثيقة 03 مرفقة.
- حيث أن السيد: .....موظف ومستقر في حياته و يرغب هو الآخر في الزواج من الآنسة: .....وثيقة 04 مرفقة.
- حيث أن أب الآنسة: ..... و ولي أمرها السيد: ..... ، يرى مصلحة إبنته في هذا الزواج و هو موافق عليه و يلتمس من سيادتكم ترخيص لها و إعفائها من شرط بلوغ سن الزواج.

<u>*لهـذه الأسبـاب ومن أجلـها***</u>**

***<u>يلتمس العارض من جنابكم الموقر:</u>**

//**<u>في الشكل:</u>** قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون.

//**<u>في الموضوع:</u>** الترخيص للآنسة: ..... بالزواج من السيد: ..... طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة.

لكم واسع النظر فيما ترونه سيدي

تحت سـائر التحفظات
عن العارض وكيله

أ.....

الفهرس

قائمة المحتويات

العنـوان	الصفحـة
شكر	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمـــة	أ- ز
الفصل التمهيدي: مفهوم الزواج و حكمه في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	
المبحث الأول: تعريف الزواج و أهميته	9
المطلب الأول: تعريف الزواج	9
المطلب الثاني: أهمية الزواج	14
المبحث الثاني: حكم الزواج و طبيعته	17
المطلب الأول: حكم الزواج شرعا	17
المطلب الثاني: طبيعة عقد الزواج	18
الفصل الأول: أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري	
مبحث تمهيدي	25
المبحث الأول: أركان عقد الزواج	25
المطلب الأول: الرضا في الشريعة الاسلامية	26
الفرع الأول: المقصود بركن الرضا	26
الفرع الثاني: الإيجاب و القبول	27

قائمة المحتويات

المطلب الثاني: الرضا في القانون الجزائري	31
الفرع الأول: مفهوم الرضا	31
الفرع الثاني: صور الرضا	35
أولا: الصيغة اللفظية	36
ثانيا: الصيغة الغير لفظية	38
ثالثا: طرق أخرى للتعبير عن الارادة	39
المبحث الثاني: شروط عقد الزواج	41
المطلب الأول: أهلية الزواج و الولي و الصداق في الشريعة الاسلامية و القانون	41
الفرع الأول: أهلية الزواج في الشريعة الاسلامية و القانون	41
أولا: في الشريعة الاسلامية	41
ثانيا: في القانون	43
الفرع الثاني: الولي في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	48
أولا : في الشريعة الاسلامية	48
ثانيا : في القانون	53
الفرع الثالث: الصداق في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	55
أولا : في الشريعة الاسلامية	55
ثانيا : في القانون الجزائري	60
المطلب الثاني : الشاهدان و الخلو من الموانع الشرعية للزواج	62
الفرع الأول : الشاهدان في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	62

قائمة المحتويات

أولا : في الشريعة الاسلامية	62
ثانيا : في القانون الجزائري	66
الفرع الثاني : الخلو من الموانع الشرعية للزواج	69
أولا : في الشريعة الاسلامية	69
ثانيا: في القانون الجزائري	71
المطلب الثالث : الإجراءات الشكلية لإبرام عقد الزواج	73
الفرع الأول: الأشخاص المؤهلون قانونا لإبرام عقد الزواج	75
الفرع الثاني: الوثائق المطلوب تقديمها أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا	77
الفرع الثالث: تسجيل عقد الزواج والبيانات التي ترد فيه	80
الفصل الثاني: أثار تخلف أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	
المبحث الأول: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	84
المطلب الأول : تخلف ركن الرضا في الشريعة الاسلامية	84
الفرع الأول : الصيغة	84
الفرع الثاني : عند جمهور الفقهاء	85
المطلب الثاني : أثر تخلف ركن الرضا في القانون الجزائري	88
الفرع الأول : الحالة التي يترتب عليها فسخ العقد	88
الفرع الثاني : الحالة التي يترتب عليها بطلان عقد الزواج	90
المبحث الثاني : أثر تخلف شروط عقد الزواج	94

قائمة المحتويات

المطلب الأول : أثر تخلف الأهلية و الشاهدان و الولي في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	94
الفرع الأول : أثر تخلف الأهلية	94
أولا: في الشريعة الاسلامية	94
ثانيا : في القانون الجزائري	95
الفرع الثاني: أثر تخلف الشاهان	95
اولا : في الشريعة الاسلامية	95
ثانيا: في القانون الجزائري	96
المطلب الثاني: أثر تخلف الصداق و الخلو من الموانع الشرعية للزواج	99
الفرع الاول : أثر تخلف الصداق في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري	100
أولا : في الشريعة الاسلامية	100
ثانيا : في القانون الجزائري	101
الفرع الثاني: أثر تخلف الخلو من الموانع الشرعية للزواج	103
أولا : في الشريعة الاسلامية	103
ثانيا : في القانون الجزائري	104
خاتمة	109
قائمة المصادر و المراجع	115
الملاحق	127
قائمة المحتويات	132

قائمة المحتويات

ملخص الدراسة	136

ملخص الدراسة باللغة العربية:

موضوع عقد الزواج من أهم العقود التي يقوم بها الانسان في حياته، نظرا لما يشتمل عليه من أعباء تكاليف والتزامات، ولما يترتب عليه من أحكام شرعية وتشريعية، فلا يكون صحيحا إلا بتوفر أركانه وشروطه الشرعية والقانونية، هذا ما دعا للقيام بهذه الدراسة لتسليط الضوء على مختلف الاحكام المرتبطة بعقد الزواج والآثار المترتبة عن تخلفها في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري.

وتهدف هذه الدراسة إلى إبراز أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري، وبيان الآثار المترتبة عن تخلفهما، لذلك اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال المعلومات في الجانب الفقهي ثم في الجانب القانوني وتحليلي الآراء الفقهية والقانونية من أجل الاحاطة الشاملة بالموضوع ثم المنهج المقارن حيث كانت أين تمت المقارنة بين الجانب الفقهي والجانب القانوني، ذلك بغية الاحاطة بمختلف الجوانب الاجرائية في عقد الزواج.

ومن أبرز النتائج التي تم التوصل لها أن المشرع الجزائري لم يتقيد في تقسيمه لأركان و شروط إبرام عقد الزواج بمذهب معين، بل اعتمد على المذاهب الأربعة ، كما تم تعديل قانون الأسرة في عدة مواد دون المساس بالثوابت المتعلقة بموانع الزواج.

ملخص الدراسة باللغة الأجنبية:

The subject of the marriage contract is one of the most important contracts that a person performs in his life, given the burdens of costs and obligations it includes, and the consequent legal and legislative provisions, so it is not valid unless its pillars and legal and legal conditions are met. This is what prompted this study to shed light on the various Provisions related to the marriage contract and the consequences of their backwardness in Sharia Islamic and Algerian law The aspect This study aims to highlight the pillars and conditions of the marriage contract in Islamic law and Algerian law, and to indicate the effects of their backwardness, so we relied on the descriptive and analytical approach, through information on the jurisprudential side, then in the legal and analytical jurisprudential and legal opinions in order to comprehensively understand the subject and then the comparative approach Where was the comparison between the jurisprudential side and the legal side, in order to take note of the various procedural aspects of the marriage contract.

Among the most prominent results that were reached is that the Algerian legislator did not adhere, in dividing the pillars and conditions for concluding the marriage contract, to a doctrine that relied on the four schools of thought, and the family law was amended in several articles without prejudice to certain constants impediments to marriage.