وزارة التعليـــم العالـــي والبحـــث العلمـــــي

المركـز الجامعي نور البشير – البيـض

معهـد الحقوق والعلوم السياسيـة

قســم الحقـوق

مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

التخصص: قانون الأسرة

المعنونة بـ:

أهلية الزواج بين الفقه و قانون الأسرة الجزائري

من إعداد الطلبة:

- بن حميدي الميلود
- بغدادي نعار

إشراف الأستاذ:

أ/ بوعيس يوسف

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.بلباقي وهيبة	.....	رئيـــــــسا
أ. بوعيس يوسف	.....	مشرفا مقررا
د.سرطوط يوسف	.....	ممتـــــحنا

السنة الجامعية: 2017/2016

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي، وإلى من تعلقت به صغيرا وشابا وتمنيت أن يرى ثمرة تربيته لي ، كما تمنيت بشدة أن أعيد له و لو عشر ما قدمه لي ألا وهو سيدي المجدوب (جدي).

أهدي هذا العمل إلى من ناديتها أمي (حنة فاطنة)،وسهرت من أجلي و دعت لي سرا و علانية، وإلى من ساندتني في إنجاح هذا العمل منذ تسجيلي في السنة أولى ليسانس حقوق وتنازلت عن بعض حقوقها في سبيل تألقي (زوجتي المستقبلية)

إلى إخوتي و اخواتي وأخص بالذكر أحمد و أبناء أخواتي: ميسم –مباركة – دعاء- طه- منير.

بغدادي النعار

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي العزيزين حفظهم الله، والى زوجتي و اولادي واخواتي و اخواتي والى جميع من ساهم في اعداد هذا البحث من بعيد أو قريب، والى جميع طلبة قسم الحقوق وكذا جميع عمال وعاملات المركز الجامعي لولاية البيض.

بن حميدي الميلود

شكر و عرفان

الحمد لله على فضله العظيم ....و له الشكر وحده في كل ما لقينا من نعمو صادفنا من أخيار الناس كان بمشيئته.

نتقدم بجزيل الشكر إلى التي ساعدنا على إنجاز هذا العمل، و الذيساير و تابعباهتمام مراحل هذا البحث، كان خير حامل لهذه المسؤولية .

إلـــى الأستـــاذ يوسف بوعيس.

مقدمة

المقدمـــة:

الزواج سنة من سنن الله تعالى في خلقه، وهو الأسلوب الأمثل الذي اختاره الله تعالى للتكاثر و استمرار حياة الإنسان لقوله عز وجل:(يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا) [1]، ولا تكتمل هذه السنة إلا بتوفر الأهلية لكل من الزوج و الزوجة و كذا الشهود و الولي، وهو موضوع الدراسة التي نحن بصدد الخوض فيها، فنحن نتحدث عن الأهلية والزواج بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري حيث ينبغي أن يكون كلا من الزوجين اهلا للزواج وملما بما يجب له من حقوق وما عيله من التزامات، فبحثنا هو عبارة عن دراسة مقارنة بين الناحية الفقهية وبين الناحية القانونية (قانون الأسرة الجزائري)، كما تطرقنا إلى بعض أراء فقهاء القانون في بعض الدول العربية فبينا ما يتعلق بمن هم مقبلين على الزواج من حيث إشتراط توفر العقل والبلوغ في كل منهما ولا يقتصر توفر الأهلية في الخاطب والمخطوبة بل يتعداه إلى اهلية الولي والشهود لإتمام هذا الزواج.

إشكالية الدارسة والتساؤلات الفرعية:

تتلخص مشكلة هذه الدراسة في تبيان الأحكام الفقهية والقانونية المتعلقة بزواج فاقد الأهلية أو الذي يعاني من نقص فيها سواء أكان نقصا لعارض سماوي، أو مكتسب كالمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة،وما أخذ به المشرع الجزائري، مع محاولة الإجابة على بعض التساؤلات كتحديد السن القانوني للزواج لكل من الرجل والمرأة وكذلك تزويج المرأة نفسها سواء أكانت بكرا أم ثيبا؟.

مبررات الدراسة و أسباب اختيار الموضوع:

من مبررات اختيارنا لهاته الدراسة هو ان المشرع الجزائري لم يتطرق بالإسهاب إلى موضوع الأهلية في كل أطوار مراحل الزواج سواء بالنسبة للرجل والمرأة وكذا الولي والشهود ، كما انه لم نجد بحثا مماثلا في هذا المجال وهو ما

[1] النساء الآية 1

نستطيع إدراجه في المعوقات التي تعرضنا لها في مباشرتنا للقيام بهاته الدراسة، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة تطرق في مادته السابعة لموضوع أهلية الزواج أما المواد 81 وما يليها إلى غاية المادة 108 من نفس القانون تعرضت للأهلية في مجال النيابة الشرعية[2].

أهمية و أهداف البحث:

- ✓ **أولا:** كون موضوع الدراسة شامل ويجمع بين الرأي الفقهي والقانوني خصوصا أن المشرع الجزائري أخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري (المادة222).
- ✓ **ثانيا:** كونها تهم جميع أفراد المجتمع فهي تتحدث عن الأحكام المتعلقة بزواج القاصر و زواج من له عارض من عوارض الأهلية.
- ✓ **ثالثا:** الإحاطة والإلمام بمختلف جوانب الموضوع من خلال التعرف على مختلف النصوص القانونية و الفقهية وكذا إبراز العديد من المفاهيم المرتبطة بموضع الاهلية و علاقتها بالزواج.

كما يتمثل الهدف الرئيسي لهذا البحث في كونه يعالج المسائل التي تتعلق بأهلية المقبلين على الزواج سواء ذكرا أو أنثى و نخص بالذكر هاته الأخيرة .

حدود الدراسة:

إن الدراسة التي نحن بصددها، ألا وهي أهلية الزواج بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري هي بين نظامين فقهي وقانوني، فمن الناحية المكانية الفقه متبع في جميع الأقطار الإسلامية بإختلاف مذاهبم أما القانون فنحن نجري الدراسة حول قانون الأسرة الجزائري، أما من الناحية الزمانية فقانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية وهي صالحـة لكل زمان ومكان.

1 الحسين بن شيخ أث ملويا ، قانون الأسرة دراسة تفسيرية ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر-2013، ص55.

المنهج المتبع في إعداد البحث:

تم في هذه الدراسة إتباع المنهج الوصفي من خلال إدراج أقوال الفقهاء وأراء بعض المعاصرين، خصوصا و أن الآراء تتوجه في أربعة مذاهب كما قمنا بإتباع المنهج المقارن، وهذا من خلال دراسة أوجه الشبه والإختلاف بين ما أخذ به المشرع الجزائري بخصوص أهلية الزواج في الفقه والقانون من جهة ، ومن جهة ثانية في قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين في البلدان العربية، بالإضافة إلى اعتماد المنهج التحليلي في بعض الأحيان من أجل إعطاء وجهة نظر فضلا على استعراض بعض أراء الفقه.

عوائق البحث و الدراسة:

أولا: عند مباشرتنا للدراسة، لم نجد مراجع كافية في هذا الموضوع خاصة في المجال القانوني(القانون الجزائري) وهذا عكس ما كتب عنه في المجال الفقهي وكذا القوانين العربية، كما انه لم نجد دراسات سابقة تعرضت لمثل هذا الموضوع بالمقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: ضيق الوقت مع أن المذكرة تم تحوير عنوانها الأول قبل شهر فقط من تاريخ إيداعها.

الدراسات السابقـــة:

الدراسات السابقة اقتصرت في مجملها على أركان وشروط الزواج وصحته وبطلانه ، أما جانب الاهلية في الزواج فإن الدراسات كانت شبه منعدمة خصوصا في المجال المقارن بين الفقه والقانون ونجد بعض الدراسات مثل:

- دراسة من قبل أستاذ الشريعة والقانون بجامعة صنعاء –اليمن–الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين بعنوان تحديد سن الزواج دراسة فقهية قانونية مقارنة سنة مارس 2008.

- الولاية في عقد النكاح دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي للدكتور شوقي عبد الكريم إبراهيم علام طبعة 2013 جمهورية مصر العربية.

تقسيمات البحث:

لقد تم تناول البحث في فصلين وكل فصل به ثلاث مباحث وكل مبحث بثلاثة مطالب وفق الخطة التالية:

مقدمة ومن ثم الفصل الاول:

ماهية الأهلية في الزواج.به ثلاثة مباحث فالمبحث الأول: الأهلية و عوارضها ، المبحث الثاني مفهوم الزواج وأهميتــه ، المبحث الثالث: أحكام زواج المجنون ، المعتوه والسفيه وذا الغفلة.

أما الفصل الثاني أهلية المرأة والولاية عنها في الزواج به هو أيضا ثلاثة مباحث

المبحث الأول: أهلية المرأة.

المبحث الثاني: أهلية الولي والشهـود.

المبحث الثالث: زواج الصغير الصغيرة.

خاتمه

الفصل الأول
ماهية الاهلية في الزواج

تمهيـــــد:

الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان، حيث يتوقف على توافرها معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من حقوق وما يمكن أن يلتزم به من واجبات، وأحكام الأهلية ينظمها قانون الأسرة و القانون المدني الجزائريين على وجه الخصوص وهي عادة ما تستمد من مبادئ الدين، حيث تضمن نص المادة 07من قانون الأسرة الجزائري: *تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...*

للعلم أنه لم ترد في الآيات ولا الأحاديث تحديد سن معينة للزواج واختلف الفقهاء المتقدمون في تفسير قوله تعالى* وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ *[1]ومعنى هذه الآية هي الصلاحية للزواج كما ذكر المفسرون ، والبلوغ عند الفقهاء قد يكون بالسنين أو بالعلامات[2] ، إضافة إلى عنصر السن فإنه لا بد من توفر العقل والخلو من عوارض الأهلية ، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في هذا الفصل عبر ثلاثة مباحث ، المبحث الأول يتضمن الأهلية وعوارضها مقسم إلى ثلاثة مطالب ، أما المبحث الثاني فيتطرق إلى الزواج وأهميته في ثلاثة مطالب ، أما المبحث الثالث فيتناول أحكام زواج المعتوه و المجنون و السفيه وذا الغفلة عبر ثلاثة مطالب.

المبحث الأول:

الأهلية و عوارضها.

يتناول هذا المبحث تعريف الأهلية لغة واصطلاحا وأقسامها حيث أنها تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء وعن حالات الفرد بالنسبة لكل منها كما يتناول هذا المبحث عوارض الأهلية حيث أنها تنقسم إلى عوارض سماوية وعوارض مكتسبة .

[1] سورة النساء الآية 6

[2] عبد المؤمن شجاع الدين: تحديد سن الزواج دراسة فقهية قانونية مقارنة مارس 2008

المطلب الأول: مفهوم الأهلية.

الفرع الأول: الأهلية لغـــة.

الأهلية مصدر لكلمة أَهَلَ يَأْهَلُ وَيَأْهَلُ أَهْلاَ وَ أَهُولاَ وَتَأْهَلُ: تَزَوَجَ وَأَهَلَ فُلاَنْ امرأة يَأْهَلُ إذا تزوجها فهي مَأْهُولَةُ والتَأَهُل هو التزوج فنقول مثلا فلان أهل للزواج[1]، و أهله: راه له أهلا ومستحقا و أهل الرجل بزوجته: يكون أنس وفرح بها وقد استخدم القرآن الكريم لفظ **الأهل** ويقصد بها الزوجة فقال سبحانه وتعالى* وأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَى*[2]، و استعمل القرآن الكريم لفظ الأهل للزوجة لأن الزوجة يجب أن تكون أُنسا لزوجها يأنس بها و تأنس به.

الفرع الثاني: الأهلية اصطلاحا.

عرف الفقهاء الأهلية بتعريفات عدة، جميعها متقاربة من بعضها البعض، وتدور حول معنى واحد وهو صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام، وعرفها البخاري بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه وصلاحيته لصدور الأشياء عنه وطلبها منه[3].

و ذلك بأن يكون الشخص صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه، أي صلاحية الإنسان لصدور شيء منه، وطلبه منه ، وقبوله إياه.

ومن خلال هذه التعاريف (اصطلاحي ولغوي) يتضح وجود علاقة كبيرة بينهما ، فعندما نقول الأهلية لغة بمعنى الاستحقاق و الإستوجاب فإن ذلك يعني أن الإنسان أصبح قادرا على التكليف شرعا، ولعل أوضح التعريفات

[1] ابن منظور محمد بن مكرم المصري ، لسان العرب مج 15 ط 1 بيروت دار صادر مادة (أهل) ج 11 ص28 .

[2] سورة طه الآية 132.

[3] عبد العزيز بن احمد بن محمد ، علاء الدين كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي 4 مج تحقيق عبد الله محمود ، بيروت دار الكتاب العلمية 1997 ج4 ص 335.

للأهلية اصطلاحا هو ما عرفه الزرقا لأنه يشمل جميع الأشخاص وذكر في تعريفه صفة يقدرها وهذا يدل على دقة تعريفه بأن صفة الأهلية تختلف من شخص إلى أخر، فالجنين مثلا تكون له أهلية وجوب ولا تكون له أهلية أداء بخلاف الشخص البالغ العاقل فتكون له أهلية وجوب وأهلية أداء[1].

الفرع الثالث: تعريف الأهلية قانونا.

لم يتطرق المشرع الجزائري بتعريف واضح وصريح للأهلية وإنما تضمنت المادة:40 من القانون المدني الجزائري مواصفات في الشخص حتى يكون مكتمل الأهلية منها ماهو متعلق بالسن 19 سنة كاملة ويثبت ذلك من خلال شهادة ميلاده وكل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، فهنا نلحظ شرط العقل ويثبت ذلك بشهادة طبيب مختص، غير أن المشرع الجزائري أعطى الإمكانية للقاضي بالترخيص للزواج لمصلحة أو ضرورة وهذا بموجب أمر على عريضة بعد الإطلاع على الأسباب والإثباتات الطبية وكذا الإطلاع على إلتماسات النيابة العامة ويصدر الأمر بالترخيص عادة عن رئيس المحكمة، لكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر عن قاضي الأحوال الشخصية[2] .

المطلب الثاني.

أقسام الأهليـــــــة.

الأهلية قسمان رئيسيان: أهلية **وجوب** وأهلية **أداء** وسنشرح بالتفصيل كلا منهما في هذا المطلب وعلاقة الأهلية بالزواج.

الفرع الأول: أهلية الوجوب.

عرفها كل من التفتازاني ومصطفى الزرقا بانها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي صلاحيته للإلزام و الإلتزام [3] .

[1] الزرقا مصطفى احمد –المدخل الفقهي العام 2 مج ط 1 دمشق دار القلم 1998 ج1 ص 783.

[2] أ لحسين بن شيخ أث ملويا – قانون الأسرة دراسة تفسيرية دار الهدى عين مليلة الجزائر2013 ص 19 .

[3] هناء فوزي رسالة ماجيستير الاهلية بين الفقه و القانون جامعة الخليل 2013 ص8.

وهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق، والتحمل بالالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته، وحفاظا على حقوق الجنين تقررت له أهلية وجوب قبل ولادته ولكنها ناقصة، وتتمثل في إكتساب الحقوق مثل الإرث، الوصية والهبة، بحيث يقبلها عنه وليه، ولقد جاءت المادة 25 من القانون المدني الجزائري كما يلي " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته . على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون."

فبالولادة تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة فهي مرتبطة بالشخصية القانونية، وحرمان الأشخاص من أهلية الوجوب يعني حرمانهم من الشخصية القانونية . غير أن المشرع قيد أهلية بعض الأشخاص في حالات معينة، فتكون لهم أهلية وجوب ناقصة في إكتساب بعض الأموال، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 402 قانون مدني، التي منعت القضاة والمحامين وكتاب الضبط والموثقين شراء الحقوق المتنازع فيها، إذا كان النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها عملهم . فإذا تم البيع في هذه الحالة كان باطلا بطلانا مطلقا.

فأهلية وجوب الأشخاص المذكورين في هذه المادة أهلية ناقصة بالنسبة للتصرفات المنصوص عليها في المادة فقط، أما بالنسبة للتصرفات القانونية الأخرى فلهم أهلية وجوب كاملة[1].

تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين:

-/**أولا**: أهلية الوجوب الناقصة وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له فتثبت له الحقوق على غيره و هذه الأهلية تثبت للجنين في بطن أمه لأن حياته غير مستقرة ومشكوك في ثبوتها ومناط هذا النوع من الأهلية هو الحياة ، ونظرا بأن الجنين حي فهي تثبت له، ونلمس ذلك من خلال ما جاء به المشرع الجزائري في مادته 25 من القانون المدني* التي تنص على أنه تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته*.

[1] د .محمدي فريدة زواوي ، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 1998 ، ص.76

ثانيا : أهلية الوجوب الكاملة وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وترتب الواجبات عليه وهذه الأهلية تثبت للطفل منذ ولادته و تستمر معه حتى وفاته، وتثبت هذه الأهلية أيضا للمجنون والمعتوه.

الفرع الثـــــــاني: أهلية الأداء.

هي التي تجعل الشخص صالحا لممارسة الأعمال وكامل التصرفات التي يقرها القانون ولها إرتباط وثيق بالعقل و الرشد، وهي تنقسم إلى ثلاثة مراحل.

–/أولا: أهلية الأداء المعدومة: وتكون هذه الأهلية في حالة فقدان الشخص للعقل والتمييز فتكون منعدمة عند الشخص في بداية حياته أي في مرحلة عدم التمييز، وتكون منعدمة أيضا في حالة الجنون، فالمجنون عند قيامه بأي تصرف معين فإنه يكون فاقدا للإدراك والتمييز وهو حاله حال الصبي غير المميز لا يؤاخذ على تصرفاته لأنه لا تمييز له.

–/ثانيا: أهلية الأداء الناقصة: وهي تحوي فئتين، الصغير المميز الذي لم يبلغ الحلم والمعتوه ، وهما يتميزان بصفة نقصان العقل وهذا حسب نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري (13 سنة) وسرعان ما تصبح كاملة في سن الرشد (19 سنة حسب المادة 40 ق م ج) ، فتصرفاتهما موقوفة على إذن من ينوب عنهما قانونا.

إن القانون الجزائري لم يتعرض إلى حكم تصرفات ناقص الأهلية في هذه المرحلة و لكن فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فرقوا بين تصرفات الصبي المميز[1] على النحو التالي:

أ:<u>تصرفات نافعة نفعا محضا</u> :تعتبر تصرفات الصبي المميز صحيحة نافذة متى كانت تؤدي إلى اغتنائه دون المساس بمصالحه المادية و الأدبية كقبول هدية بغير عوض.

1– [1]د . محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص77

ب:تصرفات ضارة ضررا محضا :تعتبر تصرفات الصبي المميز باطلة و غير نافذة متى كانت تؤدي افتقاره دون أن يستفيد منها كأن يبرم عقد قرض أو إلزامه بوصية أو وقف.

ج:تصرفات دائرة بين النفع و الضرر :هناك تصرفات دائرة بين الضرر و النفع ، وفي هذه المرحلة وبما أن المعني لا يزال نقصا لأهلية الأداء فإن التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، كالبيع و الإيجار و عقود المعاوضة تكون قابلة للإبطال(بطلان نسبي) لمسلحة القاصر وحده ، إلا إذا أقرها الولي او الوصي او القيم ، أو أقرتها المحكمة المختصة في الأحوال الشخصية أو أقرها القاصر بعد بلوغه سن 19 سنة.

ثالثا: أهلية الأداء الكاملة:

وتكون هذه الأهلية لمن بلغ الحلم وكان عاقلا والأصل في هذه الأهلية العقل فالإنسان الذي يصل إلى سن البلوغ يكون كامل الأهلية للأداء ما لم يصدر عنه ما يدل على نقص عقله أو اختلاله إلا أن الفقه والإجماع لم يحددا سنا معينة للبلوغ مع توفر العقل وحددت من طرف التشريعات كل حسب ما تراه مناسبا ففي الجزائر حدد المشرع سن الرشد باكتمال 19 سنة (المادة40 من ق م ج) إلا أنه أجاز للقاضي أن يرخص للزواج لمن هو أقل من هذا السن لضرورة أو مصلحة حسب المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، كما أنه لاكتمال الأهلية لا يجب أن يحجر على الشخص سواءا قضائيا أو قانونيا (حسب المادة40 ق م).

المطلب الثالث:عوارض الأهلية.

وهي الأمور التي تعترض الأهلية مما تؤدي إلى الشخص أن يصبح ناقصا أو عديما لها وهذا ما يؤثر على تصرفاته و أفعاله و هذه العوارض لا تجري في أهلية الوجوب ؛ لأنها ثابتة للإنسان بمجرد وجوده حياً، ابتداء من كونه جنيناً في بطن أمه ولا تزول عنه إلا بالموت، فيتبين بذلك أن هذه العوارض إنما تعرض لأهلية الأداء، بحيث تزيلها أو تنقصها وقد قسم الفقهاء عوارض الأهلية إلى قسمين: عوارض سماوية، وأخرى مكتسبة.

الفرع الأول: العوارض السماوية. والمقصود بها الأوصاف التي تحصل للإنسان من غير اختيار منه[1] .وهي:

-1**الصغر** :وهو أول حال طبيعي يتقدم حياة كل إنسان، وإنما جعل الصغر من العوارض مع أنه حالة أصلية للإنسان في مبدأ الفطرة، لأن الصغر ليس لازماً لماهية الإنسان، فالمقصود بالعارض هنا: الحالة التي لا تلازم الإنسان، والصغير لا تثبت له أهلية الأداء إلا في سن التمييز، وفي سن التمييز لا تثبت له أهلية كاملة بل ناقصة فالصغر أثر في إنتفاء الأهلية بالكلية قبل سن التمييز[2] .

2-الجنون :وهو زوال العقل أو فساد فيه، وتنعدم به أهلية الأداء، فيكون المجنون كالصبي غير المميز، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يعقل) رقم 1423 سنن الترمذي قال عنه الشيخ الألباني أنه حديث صحيح.

3- العته :وهو اختلال في عقل الإنسان بحيث يختلط كلامه، فيشبه كلام العقلاء مرة، وكلام المجانين أخرى و الاختلال يتفاوت من شخص لأخر، فالعته الذي يبقى معه إدراك وتمييز، ليس كإدراك العقلاء وتمييزهم، فهذا يلحق بالصبي المميز، بحيث تثبت له أهلية أداء ناقصة، دون الكاملة[3].

4- **النسيان** :هو جهل الإنسان ما كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة لا بأفة. والنسيان لا ينافي أهلية الأداء في الأصل، لبقاء القدرة بكمال العقل، ولكنه يعتبر عذرا بالنسبة لحقوق الله تعالى، فإنه يؤثر فيها، فيمنع الإثم والعقوبة الأخروية ، ولذلك يقول الله تعالى: (رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا) [4].

[1] الدكتور حسين الجبوري ، عوارض الأهلية دار الجوزي 1999 (ص70)

[2] الدكتور حسين الجبوري ، المصدر السابق ص 72

[3] لدكتور حسين الجبوري ، المصدر السابق ص 74

[4] سورة البقرة الأية 286

عن إبن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[1] أخرجه الطبراني في (الكبير) رقم (11274(، وأما حقوق العباد فإنه لا أثر له فيها، فلا يكون عذراً، فلو أتلف الناسي مال غيره وجب ضمانه.

5-النوم :عرفه بعض أهل العلم بأنه: فترة طبيعية تحدث في الإنسان بلا إختيار منه وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها، وتمنع إستعمال العقل مع قيامه، والنوم ينافي أهلية الأداء، لإنعدام التمييز فيه، فلا يعتد بشيء من أفعاله، فلو صدرت منه عبارة تدل بذاتها على الإيجاب أو القبول أو نحو ذلك، فإنها لغو لا قيمة لها، وأما أفعال النائم التي تتعلق بحقوق العباد، كما لو إنقلب وهو نائم على إنسان فقتله، فإنه يتحمل نتيجة الخطأ لا نتيجة العمد، لعدم القصد يقينا، فلا يعاقب بدنيا، وإنما تلزمه الكفارة والدية[2].

6-الإغماء :هو فتور غير أصلي بلا مخدر يزيل عمل القوى، ويأخذ حكم النوم.

7-الرق :ليس في الرق منافاة لأهلية الوجوب، وأما أهلية الأداء بالنسبة له فالأصل وجودها، لكن للرق تأثير في إبطال مالكية المال؛ لأنه مملوك لسيده، وعلى هذا لم يجب عليه الحج، لعدم الاستطاعة المالية، ولكن تجب عليه الصلاة والصيام ، لأن أصل القدرة ثابت له، وأما النكاح والحياة والدم، فلا أثر للرق فيها، فيصح إقراره بالحدود والقصاص والسرقة.

8-الحيض :وهو دم طبيعي يخرج بسبب الولادة من قعر الرحم يعتاد أنثى إذا بلغت في أوقات معلومة[3]، وليس له تأثير على أهلية الوجوب أو أهلية الأداء في الأصل، لبقاء الذمة والعقل والقدرة في البدن، ويكون له تأثير في أداء الصوم والصلاة، فالحائض لا يجيز الشارع لها الصلاة ولا الصوم، وأوجب عليها قضاء الصوم بعد الطهر، وأما الصلاة

[1] حديث حسن رواه إبن ماجة و البيهقي و غيرهما

[2] مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع عبد الرحمن بن قاسم، دار عالم الكتب، الرياض، 1412هـ ..

[3] إبن القيم -إ غاثة اللهفان في حكم الطلاق المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1988 ص 235

فلم يأمرها بأدائها بعد الطهر؛ دفعاً للحرج؛ ذلك أن الصلاة تتكرر، بخلاف الصوم الواجب، فإنه لا يكون إلا شهراً واحداً في العام.

9-مرض الموت :وهو ما جمع أمرين :أولا أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع في ذلك إلى الأطباء .و ثانيا أن يعقبه الموت مباشرة، سواء كان الموت بسببه أم بسبب آخر، كقتل أو حرق أو غرق أو نحو ذلك [1].ومن أمثلته: مرض السرطان بأنواعه، والسل، ونزيف الدم الدائم، وغير ذلك ، فمرض الموت وما في حكمه لا ينافي أهلية الأداء في الأصل؛ ولذا تلزمه الحقوق بنوعيها: حقوق الله تعالى، وحقوق العباد، كما يجب له أيضاً ما ثبت له من حقوق إلا أن الشارع قيد بعض تصرفاته المالية المتعلقة بحقوق الوارثين، وحقوق الدائنين؛ حفاظاً عليه.

10-الموت :وهو عكس الحياة، وهو ينهي أهلية الوجوب والأداء، فلا تبقى له أهلية، وأما بالنسبة لمتعلقات أهليته قبل موته، فإن كان بريء الذمة[2]، بحيث لم يكن عليه حقوق لغيره من العباد، فإنه يلقى الله على ذلك، وأما إن كانت عليه حقوق، فإن كانت عينية، فإنها تستوفى، وإن كانت ديناً في ذمته، أخذ مما تركه من مال وإلا سقط عنه؛ لأن ذمته ضعفت بالموت.

الفرع الثاني: العوارض المكتسبة

والمقصود بها: التي تحصل بكسب الإنسان واختياره. وقد يكون حصولها من قبل الشخص نفسه، كالجهل والسكر، والهزل، والسفه، والخطأ، أو من قبل شخص آخر، كالإكراه، ويمكن عرضها فيما يأتي[3]:

1-الجهل :وهو ضد العلم، وإنما جعل الجهل من العوارض المكتسبة -مع أنه من الأمور الأصلية في المكلف لأن إزالته باكتساب العلم في مقدور المكلف، فكأن ترك تحصيل العلم بمنزلة اكتساب الجهل، وذلك باختيار إبقائه، فكان

1 إبن القيم ، نفس المرجع السابق ص 236

2 إبن القيم ، نفس المرجع السابق ص 236

3 مصطفى البابي الحَلَبِي ، دار الكتب العلمية ، ودار الفكر ، بيروت (1417 هـ - 1996 م ص355

مكتسباً من هذا الوجه، والجهل في أصله لا ينافي أهلية الأداء؛ لأنها متعلقة بالتمييز والعقل، والجهل لا تأثير له على ذلك.

2-السكر :وهو غيبة العقل غيبة وقتية بسبب شرب الخمر وما في حكمها، وهو نوعان: سكر بطريق مباح كسكر المضطر، والمكره، والمتداوي، ونحوه، فهذا في حكم الإغماء، فلا يعتد بتصرفاته من طلاق أو إعتاق أو نحو ذلك. وأما النوع الثاني، فهو السكر المحرم، وهو تعمد شرب الخمر وما في حكمه للهو والطرب، وهذا النوع لا ينافي الأهلية، وعلى ذلك: تلزمه أحكام الشرع كلها، من طلاق وإعتاق، وبيع وشراء؛ زجراً له، وقيل: إنه غير مخاطب بأحكام الشريعة، فلا يقع طلاقه، ولا تصح تصرفاته؛ لأنه لا قصد عنده، كالمغمى عليه، وزجره إنما يكون بإقامة الحد عليه[1].

3- الهزل :وهو أن ينطق الإنسان بكلام راضياً مختاراً على سبيل اللهو واللعب من غير أن يقصد وقوع أثره. والهزل لا أثر له في أهلية الأداء في الاعتقادات، فلو هزل بالردة كفر؛ لأنه استهزاء بالدين، فيرتد الشخص بنفس الهزل، لا بما هزل به؛ ولذلك يقول الله تبارك و تعالى:(قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ)[2]، وأما الهزل في التصرفات فعلى قسمين- :قسم لا أثر للهزل فيها، وهي التصرفات التي جاءت في قول النبي صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة[3] فالهزل في هذه الأمور ينزل منزلة الجد، بحيث تترتب آثارها عليها- .وقسم للهزل فيه تأثير، وهي التصرفات المالية، كالبيع، والإجارة ونحوها، فإن آثارها لا تترتب عليها في حالة الهزل.

4-السفه :وهو خفة تجعل صاحبها ينفق ماله على غير ما يقتضيه العقل والشرع، وهو لا ينافي أهلية الأداء في الأصل، ولا يمنع شيئاً من أحكام الشرع؛ لأن السفيه كامل العقل والإدراك، وإن كان ضعيف الإرادة، فتوجه إليه كل التكاليف، ويؤاخذ بأفعاله؛ إلا أنه يحجر عليه في التصرفات المالية، لا لفقد أهليته أو نقصها، وإنما محافظة على ماله، وتكون تصرفاته المالية كتصرفات الصبي المميز. والحجر يستمر باستمرار السفه عند جمهور الفقهاء، فالمالكية – قالوا : السفه هو التبذير وعدم حسن التصرف في المال فمتى اتصف الشخص بذلك سواء كان ذكرا أو أنثى فإنه يكون

[1] محمد رشاد سالم ، العقيدة الإسلامية لشيخ الإسلام الفقه إبن تيمية ، تحقيق لكتاب أصول إعتقاد أهل السنة و الجماعة ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ط 2 1991 ص 360.

[2] سورة التوبة الأية 65

[3] حديث صحيح رواه الترمذي و أبو داود و إبن ماجة رقم:2039.

مستحقا للحجر عليه فإذا عرض له السفه بعد بلوغه بزمن قليل كعام فإن الحجر عليه يكون من حقوق أبيه لأن ذلك الزمن قريب البلوغ فكان في حكم الصبي والحجر على الصبي من حقوق الأب كما تقدم . أما إذا عرض له السفه بعد البلوغ بزمن أكثر من عام فإن الحجر عليه لا يكون إلا بحكم الحاكم.[1]

6-السفر :وهو لا يؤثر على أهلية الأداء في الأصل، ولا يمنع شيئاً من الأحكام؛ لكن جعله الشارع من أسباب التخفيف، فرخص للمسافر قصر الصلاة الرباعية، والفطر في رمضان[2].

7-الإكراه :وهو إجبار الإنسان غيره على فعل أو قول لا يرضاه، بحيث لو خلى بنفسه لم يفعله[3]

المبحث الثاني

مفهوم الزواج و أهميتـــه

يحتاج عقد الزواج إلى إدراك كامل لما يترتب عليه من أثار، ولذلك يجب على العاقد أن يكون بالغا، أي السن الذي يكون فيه كل من الرجل والمرأة أهلا لإنجاب الأولاد وهذا ما تم التطرق له في المبحث الأول ، ولقد اعتمدت أغلب التشريعات المدنية والدينية سنا تتجاوز في الغالب سن البلوغ الحقيقي، وقبل هذا السن سمحت للسلطة المختصة بالترخيص لعقد الزواج إذا ما طلب أحد الخاطبين هذا الترخيص وهذا لضرورة أو مصلحة(حسب المادة7 من قانون الأسرة الجزائري)، أما الفقه الإسلامي لم يضع سنا معينة للزواج، بل إعتمد في ذلك على علامات طبيعية و فيزيولوجية.

[1] الحبيب بن الطاهر –الفقه المالكي و ادلته –الجزء 4-مؤسسة المعارف بيروت لبنان ط2 2005 ص 165

[2] عبد الرحمان بن محمد الجزيري –الفقه على المذاهب الأربعة –دار الكتب العلمية بيروت لبنان ج3 ط2003 ص183

[3] عبد الرحمان بن محمد الجزيري –نفس المرجع السابق ص 184

المطلب الأول.

تعريف الزواج لغة و إصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة:

لقد ورد لفظ الزواج في القِان الكريم في عدة مواضع فيقال ، يقال: زوج الشيء بالشيء أي قرنه به وقوله تعالى(وإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ)[1] أي قرنت بأعمالها لأنه ليس في الأخرة تزويج ، ثم شاع لفظ استعمال الزواج في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام و الاستمرارية، ولفظ الزواج يطلق على كلا الزوجين فيقال الرجل زوج المرأة و يقال المرأة زوج الرجل **أما شرعا:** فهو عقد يفيد حل استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل على الوجه المشروع، ويطلق على هذا العقد لفظ النكاح كما يطلق عليه لفظ الزواج، بل أن الاستعمال الشائع لدى الفقهاء هو لفظ النكاح و لفظ الزواج شائع لدى العوام و القانونيين.

الفرع الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا.

وأما تعريف الزواج في اصطلاح الفقهاء : فهو يترادف مع النكاح ، وهو عبارة عن عقد يتضمن إباحة الإستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وما إلي ذلك إذا كانت المرأة محلا للعقد عليها بأن لم تكن من محارمه .

إذا فالنكاح في الشرع : هو عقد التزويج فعند إطلاقه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل[2]

والنكاح في اصطلاح الفقهاء (عقد يفيد ملك المتعة قصداً)[3] ، وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (1) منه بما يلي: (الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)

---

[1] سورة التكوير الأية 7

[2] عبد الرزاق غالب المهدي – شرح فتح القدير على الهداية –دار الكتب العلمية –ط 1 2003 ص 167

[3] الموسوعة الفقهية ج 17 حجاب حفيد –وزارة الشؤون الإسلامية الكويتية طباعة ذات سلاسل –الكويت-1990 ص 183

وبالمقارنة بين التعريفين يتضح لنا رجحان التعريف الفقهي، لإقتضابه وخلوه من الشروط من جهة، وهو من صفات التعريف، ولإستجماعه لموضوعه، وهو من ضروريات التعريف أيضا، بخلاف تعريف القانون السوري، فإنه خلا من الموضوع، وهو ملك إستمتاع كل من الزوجين بالأخر ثم إن ما ذكره من غاية وهي إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل، فإنما هو حكمة وليس موضوعاً، فلا يغني عنه.

فلقد تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أننا نجدها تقريبا متفقة على الغرض المبدئي له و ذلك رغم إختلافهم في التعابير فإنها تدور حول نفس المعنى، فهناك من عرفه بأنه عقد يفيد حل إستمتاع كل من العاقدين بالأخر على الوجه المشروع ، ويعرفه أخرون بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا ، ومن أهدافه أيضا في الشرع الإسلامي التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما ولهذا فقد عرّف الزواج " بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بذكر مقاصد الزواج في التعريف بحيث جاءت المادة04 من قانون الأسرة الجزائري (الزواج هو عقد رضائي بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب).

المطلب الثاني

أهمية الزواج و مشروعيتـــــه

للزواج أهمية كبرى نظرا لما يحققه من مصلحة للبشرية جمعاء وتتمثل هذه الأهمية في عدة أمور فالنكاح مشروع بدلالة الكتاب والسُّنَّة والإجماع؛ قال الله تعالى :(فانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ)[1] ولما ورد ذِكر النساء التي يحرم التزوج منهن في سورة النساء ، قال الله تعالى بعد ذلك :(وأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ)[2] ، والنكاح من سننِ المرسلين .

[1] سورة النساء الأية3

[2] سورة النساء الأية 24

قال الله تعالى :(وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً)[1] ، وتزوج النبي صلى الله عليه وسلم وذكر أن الزواج من سنَّته ، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: جاء ثلاثةُ رهطٍ إلى بيوت أزواجِ النبيِّ صلَّى الله عليه وسلَّم يسألون عن عِبادة النبيِّ صلَّى الله عليه وسلَّم فلمَّا أُخبِروا كأنَّهم تَقالُّوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قد غُفِر له ما تقدَّم من ذنبه وما تأخَّر فقال أحدهم: أمَّا أنا فإنِّي أُصلِّي الليل أبدًا، وقال آخَر: أنا أصومُ الدهر ولا أفطر، وقال آخَر: أنا أعتزلُ النساء فلا أتزوَّج أبدًا، فجاء رسولُ الله – صلَّى الله عليه وسلَّم – إليهم فقال: (أنتم الذين قُلتم كذا وكذا؟! أمَا والله إنِّي لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكنِّي أصومُ وأُفطر، وأُصلِّي وأرقُد، وأتزوَّج النساء، فمَن رغب عن سنَّتي فليس منِّي)[2] .

وقد حَثَّ النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم على الزواج ورغَّب فيه؛ فقال: (يا مَعْشَرَ الشباب، مَن استطاع الباءة فليتزوَّج؛ فإنَّه أغضُّ للبصَر وأحصَنُ للفَرْجِ، ومَن لم يستطعْ فعليه بالصوم؛ فإنَّه له وجاء)[3].

الفرع الأول: أهمية الزواج.

للزواج مقاصد وفوائد تظهر في حفظ النسل التي حث الإسلام عليها وجعلها من مقاصده، ومن أهمها حفظ كل من الزوجَيْن وصِيانته، و إعفاف الفُروج وإحصانها وصِيانتها من الاستِمتاع المحرّم الذي يفسد المجتمعات البشريَّة، ويهدمُ أخلاقها ويذهب مُروءتها مع إستمتاع كل من الزوجين بالأخر، وانتفاعه بما يجبُ له من حُقوقٍ وعِشرة؛ فالرجل يكفل المرأة، ويقوم بنفقاتها من طَعامٍ وشَراب، ومسكن ولباس بالمعروف مع حُصول السكينة و المودة والراحة النفسيَّة بين الزوجين، وكذاَ بقاء النوع الإنساني على وجهٍ سليم، وهذا لإنجاب ذرية صالحة فالأولاد الذين هم زِينة الحياة الدنيا، وهناك مقصد شرعي ألا وهو تكثير عدد المسلمين وتقويتهم.

فلقد أورد الإمام ابن القيِّم رحمه الله تعالى في بَيان بعض حِكَمِ النكاح وفوائده في معرض مُناقشته لمسألة تفضيل النكاح والانشِغال به على نوافل العبادات؛ قال – رحمه الله تعالى –: "استُدِلَّ على تفضيل النكاح على

[1] سورة الرعد 38

4 صحيح البخاري ص1949

[3] صحيح البخاري – نفس المرج السابق.

التخلِّي لنوافل العبادة بأنَّ الله – عزَّ وجلَّ – اختارَ النكاح لأنبيائه ورسُلِه، واقتطع من زمن كليمه – يعني: موسى، عليه السلام – عشر سنين في رعاية الغنم مهر الزوجة، ومعلومٌ مِقدار هذه السنين العشر في نوافل العبادات، واختار لنبيِّه محمد – صلَّى الله عليه وسلَّم – أفضل الأشياء فلم يحبَّ له ترك النكاح، بل زوَّجَه بتسعٍ، ولا هدي فوق هدي[1].

الفرع الثاني : مشروعية الزواج.

إن الله سبحانه وتعال سن لمخلوقاته الزواج على الجانب الإنساني وهو رباط وثيق يجمع بين الرجل والمرأة وتتحقق به السعادة، وتقر به الأعين، إذا روعيت فيه الأحكام الشرعية والآداب الإسلامية. قال تعالى: (رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ)[2]، وهو السبيل الشرعي لتكوين الأسرة الصالحة، التي هي نواة الأمة الكبيرة، فالزواج في الشريعة الإسلامية: عقد يجمع بين الرجل والمرأة، يفيد إباحة العشرة بينهما، وتعاونهما في مودة ورحمة، ويبين ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات، وقد عنَّف رسول الله صلى الله عليه وسلم، من ترك الزواج وهو قادر عليه، ونبه إلى أن هذا مخالف لسنته وحكم زواج المسلمون والمسلمات ثلاثة أصناف:

الاول: صنف توافرت له أسباب النكاح، وعنده الرغبة المعتدلة في الزواج، بحيث يأمن على نفسه إن لم يتزوج من أن يقع في محظور شرعي؛ لأن غريزته لا تلح عليه بصورة تدفعه إلى الحرام. وفي نفس الوقت يعتقد هذا الصنف ، أو يغلب على ظنه– أنه إن تزوج فسوف يقوم بحقوق الزوجية قيامًا مناسبًا، دون أن يظلم الطرف الآخر، ودون أن ينقصه حقًّا من حقوقه ، والزواج في حق هذا الصنف سنَّة مؤكدة، مندوب إليه شرعًا.

الثاني: أولئك الذين توافرت لهم أسباب الزواج، مع رغبة شديدة فيه، وتيقنه أنه يقع في محظور شرعي إن لم يتزوج، فهذا الصنف يجب عليه الزواج لتحصيل العفاف والبعد عن أسباب الحرام، وذلك مع اشتراط أن يكون قادرًا على القيام بحقوق الزوجية، دون ظلم للطرف الأخر.

[1] محمد بن أبي بكر الجوزية– الفوائد – نفس المصدر ص 299

[2] سورة الفرقان الأية 74

الثالث: صنف لا شهوة له، سواء كان ذلك من أصل خلقته، أو كان بسبب كبر أو مرض أو حادثة فإنه يتحدد حكم نكاحه بناء على ما يمكن أن يتحقق من مقاصد النكاح الأخرى، التي لا تقتصر على إشباع الغريزة الجنسية، كأن يتحقق الأنس النفسي والإلف الروحي به، مع مراعاة ما قد يحدث من ضرر للطرف الآخر، ولذا يجب المصارحة بين الطرفين منذ البداية في مثل هذا الأمر؛ ليختار كل من الطرفين شريكه على بينة.

المطلب الثالث.

أركان الزواج.

حرصت الشّريعة الإسلاميّة وكذا القوانين الوضعية على أن تكون للعقود شروط وأركان لا بد من توفرها فكيف إن تعلّق الأمر بعقد الزواج، وبناءً على ذلك فقد أوجد الشارع لكل عقدٍ مجموعةً من الأركان التي لا ينعقد العقد ولا يتمّ إلّا إن تمت صحيحة، تتبعها بعض الشروط والأمور الأخرى التي تكون أقل أهمية من الأركان، وقد إختلف الفقهاء في أركان عقد الزّواج على قولين: أولهما أنّ عقد الزّواج له ركنٌ واحدٌ، وهو رأي الحنفيّة، أمّا القول الثاني فهو أنّ لعقد الزّواج خمسةُ أركانٍ، وقد ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء وسنفصل في هذا كما ياتي:

الفرع الأول: أركان الزواج في الفقه الإسلامي.

أولا: إن الركن المتفق عليه عند جميع فقهاء المذاهب الأربعة هو **الصيغة** (أبي حنيفة، مالك، الشافعي، وأحمد) والركن الوحيد عند الحنفية ؛ إذ دون الصيغة لا ينعقد الزواج ولا يتم، وتنقسم الصيغة في عقد الزواج كما في أي عقد آخر إلى إيجابٍ وقبول، فالإيجاب: هو ما يصدر من العاقد الأول، والقَبول: ما يصدر من العاقد الثّاني، ذهب الحنفيّة وعلماء المالكية إلى القول بأنه يَصِحُّ انعقاد الزَّواج بكلّ لَفْظٍ يدُلُّ على تَمليك العَين في الحال، ويكون ذلك بلفظ التَّزويج، و الإنكاح، والتَّمليك، والجُعْل، والهِبَة والعَطيَّة والصّدَقَة، شرطَ توفّر النِيَّة أو ما يدلُّ صراحةً على أنَّ المراد باللّفظ هو إتمام عقد الزّواج [1].

[1] وهبه الزحيلي، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الطبعة الرابعة)، دمشق: دار الفكر، صفحة 234.

ثانيا: الصداق، أو المهر هو أحد أركان عقد الزواج عند جمهور الفقهاء المالكية، والشافعيّة، والحنابلة، وقد استدلوا على ذلك من الكتاب والسُّنة والإجماع، أمّا دليلهم من القرآن الكريم فهو قوله تعالى: (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)[1].

ثالثا:طرفا العقد، والمقصود بهما العاقِدان وهما من جرى عليهما وبهما عقد الزّواج؛ أي الزَّوج والزّوجة، وكل واحد من الزّوجين ركنٌ مُستقلٌ بذاته، فلا ينعقد النّكاح بأحدهما دون الآخر، ويُشتَرَطُ في الزّوجة أن تكون خاليةً من الموانع الشرعيّة للنّكاح.

رابعا:الشُّهود، لا يَنْعَقِدُ الزّواج إلا بِحُضُور شاهدَين رَجُلَين تحديداً، مُسلمَين وصلا سنَّ البلوغ، عاقِلَين حُرَّيْن عَدلَين، سامعَين، بَصيرَين، فاهمَين ما يجري أمامهما من العقد، يُجيدان اللّغة التي ينطقها العاقدان[2]

خامسا:الوَلِيّ، إختلف الفقهاء في كون الوليّ ركناً في عقد النكاح أو لا، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه ركنٌ فيه، فلا يتمُّ عقد النِّكاح إِلَّا بولِيٍّ، وذلك لقَوله سبحانه وتَعَالَى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ)[3]، قيل إنّ هذه الآية نزلت فِي الصحابيّ الجليل معقل بن يسَار رضي الله عنه؛ حيث يروي البخاريّ في صحيحه عن الحسن البصريّ قوله: (أنّ أختَ مَعقِلِ بنِ يَسارٍ طلَّقَها زوجُها، فتَركها حتّى انقَضَتْ عِدَّتُها فخطَبها، فأبَى مَعقِلٌ، فنزَلَتْ: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ)[4].

---

[1] سورة النساء الأية 4

2بو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحصني (1994)، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار (الطبعة الأولى)، دمشق: دار الخير، صفحة 3566.

[3]سورة البقرة الأية 232

[4]رواه البخاري، في صحيحه ، عن الحسن البصري، الرقم: 4529.

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

إعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الإلتزامات المالية والواجبات الاجتماعية والعائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة شؤون الحياة والأعباء الزوجية، فعندما كانت أهلية الزواج في المادة الخامسة (05) من الأمر الصادر في: 04-02-1959 15 سنة بالنسبة للمرأة و18 بالنسبة للرجل، وفي المادة الاولى من قانون الاسرة الجزائري المؤرخ في 29-06-1963 ، 16 بالنسبة للمرأة و 18 بالنسبة للرجل، نجدها ارتفعت في المادة 07 من قانون الأسرة الصادرة في 09 جوان 1984 إلى 21 للرجل و 18 للمرأة. وتم تعديل هذه المادة بموجب الأمر 02/05 الذي اعتبر السن القانوني للزواج 19 سنة للرجل والمرأة. وقد ساير المشرع الجزائري هنا سن الرشد القانوني والمالي وكذا تكاليف ومطالب الحياة الزوجية ومسائل النمو الديمغرافي في الجزائر، غير أنه قدر الأوضاع والعادات في البلاد فأجاز للقاضي في نفس المادة أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة (م 07 ق 11/84).

وعليه إن قانون الأسرة الجزائري نظم الزواج وأركانه في نص المواد7 الى 35 قانون أسرة حيث تحدث عن أهلية الزواج في المادة 7 –الرضا والعلانية (9-10)، خلو المرأة من لمحرمات الشرعية المواد (23-31) الصداق وولي الزوجة المواد (9-17) والشهود المادة 9 وبذلك يكون قد اتبع المالكية ، فلقد فصل في الرضا وجعله كركن أساسي في انعقاد العقد كباقي العقود الأخرى أما باقي الأركان فقد أنزلها إلى شروط صحة العقد ، وبهذا يكون المشرع قد تأثر برأي أبي حنيفة.

المبحث الثالث

أحكام زواج المجنون ، المعتوه والسفيه و ذا الغفلة.

يشترط في المكلف لصحة تكليفه شرعا أن يكون عاقلا بالغا ، وذلك لكي يكون قادرا على فهم دليل التكليف والقيام بمقتضى الدليل ، ولما كان العقل أمرا خفيا لا يدرك بالحس الظاهر ، ربط المشرع التكليف بأمر ظاهر يكون مظنة للعقل ألا وهو البلوغ، فأيما إنسان بلغ الحلم من غير أن تظهر عليه علامات الإختلال العقلي، كان إنسانا مكلفا شرعا ولذلك كان مناط أهلية الأداء في الشريعة الإسلامية أن يكون الشخص بالغا عاقلا[1].

و بما أن البلوغ كان شرطا أساسيا إرتبط إرتباطا وثيقا بالعقل فإنه حتى ولو بلغ الفرد سن الرشد وإختل العقل بأحد العوارض(كالجنون والعته والسفه وذا الغفلة والسكران)،فإن أهليته تكون إما ناقصة أومنعدمة وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث.

المطلب الأول

أحكام المجنون في الزواج

يعد إشتراط العقل والبلوغ في كل من الزوج و الزوجة شرط إنعقاد، فلا ينعقد الزواج إلا بكون العاقدان عاقلين بالغين، إن ثبتت لهما أهلية الأداء، فإن زواج البالغ العاقل الحر نفسه زواجا مستكملا بشروط إنعقاده وصحته كان زواجه صحيحا نافذا أما بالنسبة للصغير غير المميز والمجنون فلا يصح العقد منهما لأنهما ليس لهما أهلية أداء مطلقا فإن زوج المجنون أو الصغير غير المميز نفسه كان زواجه باطلا، وإن كان ناقص الأهلية كان مميز كان زواجه موقوفا، لإنعدام ولايته على نفسه وهذا ما أخذ به الحنفية[2].

[1]-/ محمد رشاد ، العقيدة الإسلامية لشيخ الإسلام إبن تيمية ، أصول إعتقاد أهل السنة و الجماعة ،نفس المصدر ص 302

[2] علاء الدين بن احمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، ط 2 ،1986 ص 320

الفرع الاول: تعريف الجنون و انواعه و كيفية إثباته

أولا: تعريف الجنون.

فلقد عرفه التفتازاني بأنه إختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا[1]

وعرفه إبن نجيم أنه إختلال القوة المميزة بين الامور الحسنة و القبيحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر أثارها وتتعطل افعالها[2].

يتضح من خلال هذين التعريفين بأن الجنون عبارة عن فقدان الإدراك للأمور بحيث لم يعد الإنسان يفرق بين الحسن والقبيح ونستطيع أن نقيس على الجنون غيره من الإختلالات النفسية والعقلية إذا وجدت نفس العلة ألا وهو الإدراك.

ثانيا : أنواع الجنون يقسم الجنون بإعتبار سببه إلى:جنون أصلي ، جنون طاريء وبإعتبار إمتداده إلى جنون مطبق وجنون غير مطبق.

-/أ- **جنون أصلي**: وهو ما يكون موجودا مع الإنسان منذ ولادته و يصعب شفاء الإنسان منه.

-/ب- **جنون طاريء**: وهو ما لا يكون موجودا مع الإنسان منذ ولادته ولكن يطرأ على الإنسان نتيجة مرض اوحادث معين، ويحدث غي العادة نتيجة تعاطي المخدرات أو التعرض إلى حادثة.

-/ج- **الجنون المطبق**: وهو الجنون الذي يستمر مع الشخص و لا ينقطع.

-/د- **الجنون غير المطبق**: ويسمى أيضا غير الممتد ، او المنقطع وهو الجنون الذي تتخله فترات إفاقة.

ثالثا: كيفية إثبات الجنون.

1 محبوبي عبيد الله إبن مسعود .الواضح لمتن التنقيح 2 مج، تحقيق زكريا عميرات ، بيروت.دار الكتب العلمية1996 ج2 ص141
2 إين نجيم، فتح الغفار ، دار الكتب العلمية ، بيروت 2001 ،ص95

بمأن العلم في تطور مستمر فإن الأساليب العلمية هي الأكثر إيفاءا بهذا الغرض ، فالان توجد عدة مصحات نفسية وعقلية بها أطباء ومختصين بإمكانهم إعطاء حتى نسبة الجنون (50 ، 80 ، 100 بالمئة) ،ووصفات طبية مسلمة من قبل إخصائيين مؤهلين لذلك ، حتى لا تكون كحيلة يلجأ إليها الأشخاص للتهرب من المسؤلية الجزائية، كما ان المجنون تظهر عليه علامات دالة على فقدان عقله لدى العامة، ولكن لا يؤخذ حاليا بالعين المجردة ولكن بالسبب العلمي و الإثبات الموثق والمؤشر عليه وهذا ما تعمل به المحاكم بتسخيرات يقوم بها وكيل الجمهورية إلى المختص او إنابات قضائية إلى ذات الشخص من قبل قضاة التحقيـق.

الفرع الثاني: حكم زواج المجنون.

أولا –من الناحية الشرعية : لا يجوز أن يزوج المجنون نفسه بإتفاق الفقهاء[1] ، فالمجنون البالغ إن كان يفيق أحيانا تنظر إفاقته ولاينعقد تزويجه بغير إذنه، وإن كان جنونه مطبقا جاز لوليه تزويجه إن إحتاج لذلك رفعا للضرر المتوقع بعدم التزويج، وجلبا للمصلحة المترتبة على ذلك، وليس قياسا على الصبي، فلقد ذهب مالك وأبو عبد الله بن حامد أنه للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء، بأن يتبعهن ويريدهن، وهذا مذهب الشافعي، لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه، وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة، وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب: إن في تزويجه ذهاب علته. لأنه من أعظم مصالحه[2].

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لهذا الجانب أو النوع من الزواج ، ولقد أكد المحامي "الصادق جدي" أن عدم إلزامية المشرع الجزائري لشرط الشهادة الطبية في عقد الزواج هو أهم سبب لتفشي هذه القضايا في المحاكم، حيث أنه إشترط على الزوجين شهادة طبية عامة وشهادة في الأمراض الخاصة، إلا أنه لم يوجبها، حيث إن الإمام أو مصالح

[1]–إبن عابدين حشية رد المحتار المصدر السابق ج 3 ص 72

[2]أحمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية علام الموقعين عن رب العالمين دار الكتب العلمية ط 1 1991 ص 320

البلدية أو الموثق لا يطلبها أثناء عقد الزواج، داعيا إلى ضرورة اشتراطها مع سن عقوبة أو غرامة لكل من لم يقدمه[1] وأوضح المتحدث ذاته أن إخفاء العيب الموجود في العريس أو العروس يعتبر تدليسا من الناحية القانونية قائلا إن الأمر يكون أقل خطورة إذا تم اكتشافه قبل البناء، أما إذا تم الدخول وتم اكتشاف الأمر فيكون سببا قويا وموضوعيا للتطليق بينهما، وأن المحاكم تشهد عدة قضايا من هذا النوع في الآونة الأخيرة.وقال الشيخ البشير الإبراهيمي، إن الشرع يلزم عائلتي الزوجين بكشف عيوب أبنائهما المقبلين على الزواج يوم الخطبة، وبما أن العيوب الخلقية تكون عادة ظاهرة للعيان، فإن عدم السلامة العقلية من الأمور التي يجب أن يفصح بها أولياء العريسين، لأن إخفاء مثل هذا الأمر يعتبر غشا منهيا عنه شرعا، إذ إن المجنون غير مكلف ولا يمكنه بناء أسرة أساسها المودة والاحترام، وهدفها الاستقرار والمحافظة على النسل [2].

المطلب الثاني

حكم زواج المعتوه والفرق بينه وبين المجنون.

العته هو مرض يصيب الدماغ فيؤدي إلى الفقدان المتدرج لوظائف عقلية معينة وبالأخص الذاكرة وقد يحدث مرض العته في أي سن و يعرف بالعته الباكر إذا حصل قبل سن الخامسة والستين وبالعقم الشيخوخي إذا حصل بعد هذا السن، تبدأ أعراض العته عادة بفقدان الذاكرة وبالأخص ما يتصل بالأحداث، بحيث تضعف الوظائف العقلية الأخرى بصورة متزايدة كطاقة التفكير والفهم ويفقد المريض إهتمامه بمحيطه، أما قانونا فالمعتوه هو قليل الفهم مخلبط الكلام فاسد التدبير[3].

[1] محمد وردي ، أبحاث قانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،2009 ص 160

[2] البشير الإبراهيمي ، البصائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ج 4 1985 ، ص 89

[3] ليونا تايلر،الإختبارات والمقاييس ترجمة الدكتور سعد عبد الرحمان،مراجعة محمد عثمان نجاتي،دار الشروق ط 3 1989 ص67

الفرع الأول: العته والفرق بينه وبين الجنون.

أولا – تعريف العته: العته هو خلل يعتري العقل فيجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير دون أن يصل إلى مرتبة الجنون وعرفه أمير بادشاة بانه إختلال العقل بحيث يختلك كلامه مرة كلام المجانين و مرة كلام العقلاء[1]

ثانيا: الفرق بين العته والجنون:

يعد كلا من الجنون والعته من عوارض الأهلية فالمجنون والمعتوه لا يصح العقد منهما ويعد عقداهما عقدا باطلا وكلاهما يوجب الحجر عليه و يحتاج كل منهما إلى الولي ليدبر أمورهما وهو يؤثر في التصرفات والأفعال أما بالنسبة إلى الإختلافات بين الجنون والعته فهناك إتجاهين، فالإتجاه الأول يرى أنه لا فرق بين العته والجنون وقد يطلق العته ويقصد به الجنون أو العكس ومن قال بذلك هم المالكية والشافعية والحنابلة وحجتهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم(رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقط، وعن الصبي حتى يشب و عن المعتوه حتى يعقل [2]) أما الإتجاه الثاني ففرق بين الجنون و العته و إعتبر أن كلا منهما قسم مستقل عن الاخر و هذا ما ذهب إليه الحنفية، حيث إعتبروا حكم المعتوه هو حكم الصبي المميز ، وقد قال أكثر الحنفية إن العته نوع من الجنون، فيمنع أداء الحقوق جميعا إلا أن الدبوسي قال (فيكون حكمه حكم الصبي إلا في حق العبادات فإن لم نسقط به الوجوب إحتياطيا لا في وقت الخطاب وهو البلوغ)[3].

[1] محمد أمين البخاري بادشاة، تيسير التحرير ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط3 ،1996 ص378

[2] كيلاني محمد خليفة ، إبراز الحكم من حديث رفع القلم ، دار البشائر الإسلامية للطباعة و النشر و التوزيع ،بيروت،1992 ص27

[3] خليل الميس، تقويم الأدلة ط1 بيروت ، دار الكتب العلمية 2001 ص 433

ثالثا: الولاية على المعتوه.

يعد العته عارضا من عوارض الأهلية، فالمعتوه لا تثبت له الولاية على نفسه وإنما تنقل إلى وليه لأن الولاية يعتبر فيها كمال النظر و حسن الرأي و المعتوه ليس له هذا الأمر ولا دراية له في التصرف في الامور و لهذا كان الأصح ان يتولى أموره وليه لحفظ ماله و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في النيابة الشرعية فقد سوى بين المجنون والمعتوه في الحكم و اعتبر كلا منهما كالصبي غير المميز ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات المعمول بها قانونا وفق لنص المواد:42،43،44 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: حكم زواج المعتوه.

أولا– من الناحية القانونية: ففي القانون الأردني بما أن الزواج يعتبر من العقود الرضائية و التي تتميز بالديمومة، و أن طرفي هذين العقدين هما من يقومان بمباشرته فإنه كان لزاما توفر شرط العقل لإتمام هذا العقد، وبما أن المعتوه يعد فاقدا للأهلية، وعليه فإن المشرع الجزائري لم يتحدث صراحة على هذا الأمر ولكن يمكن إستخلاص بعض الامور من المادة 7 مكرر قانون الأسرة التي أوجبت على طالبي الزواج إدراج شهادة طبية تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل يمكن ان شكل خطرا على العلاقة الزوجية، و الجنون والعته يعدان مرضين ظاهرين للعيان حتى ولم يكن محجور عليه قانونيا فالمادة 107 قانون الأسرة الجزائري بينت تصرفاته الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر إذ نصت على ما يلي " : تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة. وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها[1] ."

ثانيا– من الناحية الفقهية: لقد ذهب أغلب الفقهاء ان المعتوه لا يمكنه تزويج نفسه إلا بولي، وعليه فإن الفقهاء أعطوا إمكانية الزواج للمعتوه، ولكن الإختلاف كان في ترتيب الاولوية في الولاية على تزويجه، وجعلوا العقد باطلا إذا باشره المعتوه شخصيا، ففي قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته الثامنة (للقاضي ان يأذن بزواج من

[1] لحسين بن الشيخ أث ملويا –قانون الأسرة دارسة تفسيرية –دار الهدى 2014 ص 105

به جنون او عته إذا ثبت بتقرير طبي ان كان في زواجه مصلحة له)، ويلاحظ من قانون الأحوال الشخصية إنه راعى مصلحة المجنون او المعتوه من هذا الزواج و لكنه تجاهل موقف الولي من هذا الزواج فلم يشترط أن يكون الزواج بموافقة الولي و قد إشترط الفقهاء إذن الولي قبل إذن الحاكم [1] .

المطلب الثالث.

أحكام زواج السفيه وذا الغفلة.

الفرع الأول: تعريف السفيه وذا الغفلة.

السفيه هو الذي ليس له حالة باعثة على حفظ ماله والإعتناء بحاله فهو يصرفه في غير موقعه ويتلفه فهو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير، ويرى الحنفية عدم جواز الحجر على السفيه وذي الغفلة ولكن الأئمة الثلاثة يرون جوازه، اما ذا الغفلة فهو الذي به ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس ترذ على حسن الإدارة و التقدير و يترتب على قيامها بالشخص أن يغني في معاملاته مع الغير[2].

ومن خلال هذين التعريفين يتضح لنا ان كلا من السفيه و ذا الغفلة يشتركان في معنى واحد ألا وهو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر على التمييز الكافي بين النافع و الضار فيغبن معاملاته بينما الثاني كامل الإدراك معبر بعواقب فساده و لكنه يتعمده و يقدم عليه غير عارف بنتيجته.

[1] هناء فوزي رسالة ماجيستير –الاهلية بين الفقه و القانون –جامعة الخليل -2013 ص 47

[2] عمرو عيسى الفقي الموسوعة الشاملة في الاحوال الشخصية ج1 1 ،المكتب الجامعي الحديث الأزاريطة الإسكندرية 2005 ص 36

الفرع الثاني: حكم زواج والسفيه وذا الغفلة.

بما ان السفيه و ذا الغفلة يتصفان بنقص في الأهلية مثلهما مثل المميز الذي لم يبغ سن الرشد وهذا حسب نص المادة:43 قانون مدني جزائري ، إلا أنهما يخضعان لنفس أحكام فاقدي الاهلية كالمعتوه و المجنون بخضوعهما لنفس احكام النيابة الشرعية (الولاية، الوصاية ، القوامة) ، حسب نص المادة:44 قانون مدني.

ولما كان الزواج عقدا في شروطه المهر وهو جانب مالي فإن المهر يخضع لأحكام الحجر حسب نص المادة101 من قانون الأسرة الجزائري.

ملخص الفصل الأول

يترتب عن الزواج تبعات على طرفيه ،كلا من الجرل و المرأة ، تتمثل في تحمل المسؤوليات وتقاسم الواجبات وتلقي الحقوق بالتناسب المطلوب و عليه ليتاتى هذا يجب أن يكون كلا منهما أهلاه لذلك و قادرا على الخوض في غمار هذ العقد المقدس .

إذا الأهلية هي تلك الخاصية التي تجعل الشخص صالحا لممارسة الاعمال وكامل التصرفات التي يقرها القانون كما لها إرتباط وثيق بالعقل و الرشد وهي إما أهلية الوجوب ، التي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته ، أو أهلية أداء وتكون منعدمة أو ناقصة أو كاملة و للأهلية عوارض تتخللها سواء مكتسبة أوسماوية.

وللأهلية إرتباط وثيق بالزواج ، الذي هو محور بحثنا ، حيث تعرضنا إلى مفهوم الزواج أو القران والنكاح شرعا قانونا وإصطلاحا ، و كذا أهميته و مشروعيته .

فالزواج أركان وشروط يجب ان تتوفر فيه مع الإختلاف الواضح الذي سجلناه بين الشرع و القانون ، كما تطرقنا إلى أحكام زواج المجنون و المعتوه و ذا الغفلة و الفروقات التي بينهم.

الفصل الثاني
أهلية المرأة والولاية عليها في الزواج

تمهيـــــد:

لقد كانت المــرأة قبل بزوغ فجر الإسلام مهضومة الحق ومنزوعة الكرامة، حيث كانت تجبر على الزواج في مختلف الشرائع القديمة (المسيحية و اليهودية)، وحتى عند العرب في الجاهلية، فكانت سلطة الأب مطلقة، بحيث يجبر إبنته على الزواج سواء أكانت بكرا أم ثيبا فهنا إرادتها كانت مسلوبة فيزوجها ممن يختار هو أو يمنعها ممن تراه هي كفؤا لها، إلى أن ظهر الإسلام وكفل لها جميع حقوقها و إعترف لها بحق الرأي و أخذ الإذن منها، فالولاية في عقد الزواج من الموضوعات التي طرحت تساؤلات منذ القديم و كانت محل إختلاف بين العلماء و المذاهب الفقهية.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة بأنه " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق، و تنص المادة 33 من نفس القانون على أنه "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل و الإجابة عن التساؤل في مدى ما وفق المشرع الجزائري في تنظيمه في ظل وجود إختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية؟.

المبحث الأول.

أهلية المـــــرأة.

إن القاعدة العامة لكل أنواع الأهلية هي وجود الإنسانية بالنسبة لوجوب الحقوق، والعقل بالنسبة لأداء الحقوق والتكليف بها، فالمرأة تشترك مع الرجل في توفر هذه الخاصية، لكمال إنسانيتها، ولوجود العقل، فهي تشترك مع الرجل في قابلية حمل أمانة التكليف، ولذلك فالأصل أن المرأة تتمتع بأهلية كاملة في جميع الحقوق والواجبات الإنسانية والمدنية والجزائية والشخصية والسياسية، ونحن بصدد التكلم عن الأهيلة في الزواج سوف نتطرق إليها تباعا عند المرأة البكر و الثيب ، فالآراء اختلفت في هذا الشأن في ربط أهليتها بالولاية عنها.

المطلب الأول.

المرأة البكـــر.

البكر هي المرأة التي لم تزل بكارتها بوطء حلال أو شبهة أو زنا، أما الثيب هي التي زالت بكارتها بشيء من ذلك، والبكارة هي الغشاء الخاص الموجود في فرج المرأة ، وجاء في "كفاية الأخيار " في فقه الشافعية " أن الثيوبة لو حصلت بالسقطة أو بإصبع أو حدة الطمث وهو الحيض، أو طول التعنيس، وهو بقاؤها زمانا بعد أن بلغت حد التزويج ولم تزوج فالصحيح أنها كالأبكار، ولو وطئت مكرهة أو نائمة أو مجنونة فالأصح أنها كالثيب، وقيل كالبكر ولو خلقت بدون بكارة فهي بكر[1] .

الفرع الأول: تزويج المرأة البكر مع اشتراط الولي.

إختلف الفقهاء في حكم تزويج المرأة نفسها إن كانت بكرا، هناك من العلماء من إشترط وجود الولي الذي يتولى تزويج المرأة البكر البالغة العاقلة، وذهب بعضهم الأخر إلى جواز تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها، حيث ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى إشتراط الولي في تزويج المرأة البكر البالغة العاقلة ودليلهم على ذلك من الكتاب قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)[2] فالآية وضحت أن الرجال قوامون على شؤون النساء بالحفظ والرعاية و الحماية و الصيانة ومن هنا تأتي القيادة للرجل في قيامه على شؤون زوجته، وقال سبحانه وتعالى(أَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ) ووجه الاستدلال من الأية انها تخاطب الرجال أمرة

[1] أبوبكر بن محمد الشافعي ،كفاية الأخبار ،تحقيق على عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان ،دار الخير-ج2 دمشق ط 1 ،1994 ص 47

[2] سورة النساء الآية 34

اياهم بالإنكاح و لو كان أمر تزويج النساء عائدا إليهم لما وجه الخطاب إلى الرجال[1]،ومن السنة إستدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم(لا نكاح إلا بولي)[2].

الفرع الثاني: تزويج المرأة مع عدم شرط الولي.

ذهب الحنفية إلى عدم إشتراط الولي في تزويج المرأة ولكن من المستحب في حقها في تفويض الأمر إليه ودليلهم في الكتاب قوله تعالى(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ)[3] فاستدلوا بهذه الآية من خطاب طلقتم (للأزواج) و في (فلا تعضلوهن) للأولياء ثم انها أضافت النكاح إليهن حيث قالت الآية (أن ينكحن) فدل جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، كما انها نهت الأولياء عن المنع من نكاحهن أنفسهن أزواجهن إذا تراضى الزوجان فيما بينهما[4] ، أما دليلهم في السنة عن إبن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها و إذنها صمتها)[5].

المطلب الثاني.

المرأة الثيب.

الثيب من النساء هي من زالت عذريتها، وقد إختلف في تعريفها شرعا، فعند الأحناف هي من لم تتزوج وعند الشافعية والحنابلة: هي الموطوءة في القبل، سواء كان الوطء حلالا أو حراما، أو كان وهي نائمة ، فالثيب هنا متعلقة بالوطء و العذريـة ، وهنا لم نستطيع إدراج إن كانت المرأة فاقدة العذرية بدون عقد زواج ثيبا في نظر القانون ام لا، ولو ان هذا الجانب ليس بمحل في دراستنا، وقد سبق و ان تحدثنا عن حكم تزويج المرأة البالغة العاقلة إن

[1] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار العلم و الثقافة للنشر و التوزيع ،دمشق 1999 ص 55.

[2] أخرجه الترمذي ،سنن الترمذي ،كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي ج3 ص 407

[3] سورة البقرة الأية 232

[4] هناء فوزي ، الأهلية في الزواج بين الفقه و القانون ،رسالة ماجيستير ،جامعة الخليل ،2013 ص 80

[5] أخرجه مسلم، كتاب النكاح ،باب إستئذان الثيب في النطاح بالنطق و البكر بالسكوت ج 4 ص141

كانت بكرا و بينا أراء الفقهاء في ذلك أما عن حكم تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها إن كانت ثيبا فقد إختلف فيه رأي الفقهاء إلى مذهبين.

الفرع الأول: زواج المرأة الثيب بشرط الولي.

ذهب الجمهور من المالكية و الشافعية والحنابلة إلى اشتراط الولاية على المرأة البالغة العاقلة من دون تفريق بين الثيب و البكر ، فزواج المرأة بغير ولي زواج باطل عند جمهور العلماء، بكراً كانت المرأة أو ثيباً، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت، لم يصح النكاح. روي هذا عن عمر، وعلي وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريرة، وعائشة ، رضي الله عنهم وإليه ذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى وابن شبرمة، وابن المبارك، وعبيد الله العنبري، والشافعي وإسحاق، وأبو عبيد، وروي عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وأبي يوسف: لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي، فإن فعلت كان موقوفا على إجازته[1].

الفرع الثاني: زواج الثيب بعدم شرط الولي.

ذهب جمهور الحنفية إلى أن الثيب البالغة العاقلة لها الحق في إنشاء عقد زواجها و لا يملك أحد تزويجها بغير إذنها و ادلتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم(الأيم أحق بنفسها من وليها)[2]، كما قال صلى الله عليه وسلم(ليس للولي على الثيب امرا) [3] و وجه الدلالة على هذين الحديثين على أن الأيم وهي الثيب التي فارقها زوجها يحق لها

[1] موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة ،دار إحياء التراث العربي ط 1 1985 ص 340

[2] أخرجه مسلم ،صحيح مسلم ،كتاب النكاح،باب إستئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ج4 ص 141 .

[3] اخرجه إبن محمد إبن حبان ،صحيح إبن حبان ،مج18 تحقيق شعيب الأرناؤوط ،ط2 بيروت ،مؤسسة الرسالة 1993 ج 9 ص399

انشاء عقد زواجها بنفسها و لا يشترط وجود الولي في زواجها، إن المــرأة تتم أهليتها بالبلوغ والعقل فتكون الولاية كاملة على نفسها ومالها[1].

كما أن لكل قاعدة استثناء و خوفا من أن يؤدي إعطاء المرأة حق تزويج نفسها إلى نتائج وخيمة وإلقاء نفسها إلى التهلكة فقد منح أبوحنيفة الولي الحق في الاعتراض على العقد بل والمطالبة بفسخه إن زوجت المرأة نفسها من غير الكفء لها أو بأقل من مهر مثيلاتها، وبذلك جعل الكفاءة شرطا لحماية المرأة من طيشها وكذا جمح عنان تهورها، فمتى زاغت عن عقلها وطاشت وراء نزواتها ظهر دور الولي في المحافظة عليها وإبقاءها على سكة الفلاح و النجاة، لجلبها لشاطئ الأمان و كبح جماحها2.

المطلب الثالث.

موقف القانون الجزائري وبعض التشريعات العربية من تزويج المرأة نفسها.

لقد إختلفت التشريعات الوضعية العربية، في تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها مثل إختلاف توجهات المذاهب الفقهية، فهناك من رأى الولي **ركنا** و هناك من رأه **شرطا** لصحة الزواج.

الفرع الأول : موقف التشريعات العربية من تزويج المرأة نفسها.

لقد جعل المشرع المغربي للزواج ضوابط يقوم عليها، فيجب أن تتوفر فيه الشروط التالية المنصوص عليها في المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية، وهي أهلية الزوجين، عدم الإتفاق على إسقاط الصداق، ولي الزواج عند الإقتضاء سماع العدلين الإيجاب والقبول، ثم انقضاء الموانع الشرعية، فمن خلال هذه المادة نجد أن هناك إشارة، وإن كانت مقتضبة على أن الولي ليس شرطا ضروريا في كل عقود الزواج، إلا أن مدونة الأسرة في المادة الرابعة والعشرون

[1] –الكساني،بدائع الصنائع،المرجع السابق ص 248

[2] عبد الرحمان الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ، نفس المصدر السابق ص 288

جاءت صريحة في إسقاط شرط الولي بالنسبة للبالغة "الولاية حق للمرأة تمارسها الرشيدة حسب إختيارها ومصلحتها"، متبعا بذلك المذهب الحنفي ، من خلال ما تقدم نجد أن مدونة الأسرة سارت في اتجاه إعطاء الحرية للمرأة لعقد زواجها دون وصاية أي أحد عليها وجردت الولي من أي سلطة يمكنه استخدامها لإحباط زواج موكلته، وقد سارت العديد من الدول العربية على نهج مدونة الأسرة المغربية فيما يخص منح الفتاة البالغة سلطة الولاية على نفسها نذكر هنا سبيل المثال لا الحصر مصر، وتونس ، وهذا ما سار عليه القانون الأردني في مادته06 [1].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها.

من خلال تصفحنا للمادتين11 و13 المعدلتين بموجب أمر 05-02يتبين لنا انه اخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصر بشكل واضح ، فلا يمكن للأب أو أي شخص آخر سواء من الأقارب أو الغير أن يزوجها إلى شخص ليست راغبة فيه وذلك بضمه في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الجزائرية: «دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون (يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له) وبنصه كذلك في المادة 13 المعدلة من نفس القانون بصريح العبارة: (لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها)[2].

أما فيما يخص المرأة الراشدة طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة فقد خولها القانون بإبرام عقد زواجها و جعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد بموجب المادة 09، و لكن المشرع إضافة إلى الرضا اشترط حضور الولي في عقد الزواج في المادة 11 المعدلة.

لكن ما يثير الانتباه صياغة المادة 11 المعدلة ذكر الأب أولا وعند غيابه يحل محله أحد الأقارب بدون تحديد درجة القرابة فقد استعمل المشرع في الصياغة الحرف **"أو"** المعروف عنه في اللغة العربي يستعمل للتخيير معنى

[1] هناء فوزي ، الأهلية في الزواج بين الفقة والقانون ،رسالة ماجيستير ، جامعة الخليل -2013 ص 87

[2] عيسى حداد ،عقد الزواج دراسة مقارنة ،منشورات جامعة باجي مختار 2006 ص120

ذلك أن المرأة تختار من تشاء في عقد زواجها دون احترام الترتيب لان القانون يسمح بذلك ومنه نستشف ان المشرع الجزائري اخذ بالتوجه في المذهب الحنفي .

فبالنسبة للمرأة الراشدة فلم يأخذ كذلك بالنسبة إليها بولاية الإجبار لأنه اعتبر رضاها ركنا أساسيا في عقد الزواج في المادة9 من الأمر 05-02 و رتب على تخلفه البطلان في المادة 33 معدلة من قانون الأسرة: (يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا) فما جاء في المادة 11 الفقرة الأولى و نص على أن المرأة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها و لكن فقط بحضور وليها أو أي شخص آخر تختار، فالمشرع وضع حدا نهائيا للنقاش حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج من شخص لا تحبه ولا ترغب فيه، كما أن الولي إذا اجبر ابنته و أبرم العقد في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج فان مثل هذا العقد يكون باطلا و لا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية لكونه مخالفا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية، التي يشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد في خارج الوطن الشروط الأساسية التي تتطلبها قانون بلده لإمكان عقد الزواج[1] .

المبحث الثانـــــي.

أهلية الولي و الشهـود.

إن عقد الزواج عقد مقدس لابد من أن تتوفر فيه شروط و أركان، ويعتبر إحضار الشاهدين والولي شرطان رئيسان لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي)[2] ، و جاء في بعض الروايات (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[3]، وعليه سوف نتطرق في هذ المبحث إلى الشروط الواجب توفرها في الولي والشهود و بما ان موضوعنا يتحدث

[1] عيسى حداد عقد الزواج دراسة مقارنة ، المصدر السابق ص121

[2] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، سنة النشر 1986 ، باب لا نكاح إلا بولي ص92

[3] أخرجه إبن حبان في صحيحه (ص4075) ، و البيهقي في السنن الكبرى ج 7 ص 125 من حديث عائشة رضي الله عنها و الحديث صححه الألباني في صحيح الجامع 7557

عن كل ما يتعلق بالأهليـة، فسوف نسردهم تباعا في هذا المبحث، كما سنتطرق للشروط المتعلقة بالشهود والولي في قانون الأسرة الجزائري و بعض القوانين العربية الأخرى.

المطلب الأول.

أهلية الولي في الزواج.

يتعبر الولي شرطا رئيسيا لإكتمال عقد الزواج كما تحدثنا عنه سابقا في التمهيد لهذا الموضوع، ونظرا لأهمية دور الولي، لا بد من تتوفر فيه شروط لذلك، وما يترتب عن تخلفها أي الشروط وتخلفه هو في حد ذاته.

الفرع الأول شروط الولي: يشترط في الولي شروط منتفق عليها وشروط إختلف العلماء فيها:

- **أولا : الشروط المتفق عليها:**

أ/ كمال الأهلية: أي لا نقصان ولا إنعدام فيها، فقد إتفق الفقهاء على إعتبار العقل من شروط الولاية، لأن المقصود من الولاية مصلحة المولى عليه عند عجزه من النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر في مصلحة نفسه فكيف بمصلحة غيره[1]، ولا يعني هذا الكلام ان المرأة عاجزة عن النظر في مصلحة نفسها و انها ناقصة عقل وإنما إشترط وجود الولي لمصلحتها وهو اكثر دراية بالرجال منها، ثم ان المرأة تغلب العاطفة على العقل و يستوي في هذا من لا عقل له لصغر كالطفل او من ذهب عقله بجنون او كبر، فمن لا عقل له و هو المجنون يكون فاقد الأهلية، لأن القوة المميزة بين الأمور الحسنة و القبيحة المدركة للعواقب غير موجودة عنده أي كما هو الحال بالنسية للمرأة.

[1] إبن قدامة ،المغني المرجع السابق ج 7 ص 355.

ب/ البلوغ: فبالإضافة إلى العقل يشترط لكمال الأهلية البلوغ، فعرفه الفقهاء بانه (قوة تحدث في الصغير يخرج بها من حالة الطفولة إلى حالة الرجولة)[1]، أي هو بلوغ الحد الذي يصبح فيه الصغير مكلفا بحيث يجب عليه القيام بالتكاليف التي كلفه الله بها، و بالبلوغ تصح تصرفات البالغ وصية و زواجا وطلاقا ونحو ذلك[2]، فغير البالغ لا تثبت له ولاية التزويج فلا يجوز للصبي ان يكون وليا لأنه قاصرا .

ثانيا/الإسلام : فهذا الشرط يشترك فيه الولي و الشهود، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم و لا المسلم على غير المسلم، وهذا ما اخذ به مذهب الحنفية و الحنابلة على أنه لا يزوج الكافر مسلمة و لا عكس ذلك، أما الشافعية فجوزوا تزويج الكافر للكافرة سواء اكان زوج الكافرة مسلما أو كافرا و قال المالكية يزوج الكافرة الكتابية مسلما و لا ولاية للمرتد على أحد أمسلم أو كافر لقوله تعالى(وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ)[3] ، وقوله تعالى(وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ)[4] ، وقوله تعالى (وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) [5]، والسبب في إشتراط إتحاد الدين هو وجهة النظر في تحقيق المصلحة ولان إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم.

1الأبي الأزهري صالح عبد السميع ، الثمر الداني لتقريب المعاني شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني ، بيروت المكتبة الثقافية ص 303.

[2] عمر سليمان عبد الله الأشقر ،أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، دار النفائس ،الأردن ، ط1 1997 ، ص111

[3]سورة التوبة الأية 71.

[4] سورة الأنفال الأية 73.

[5] سورة النساء الأية 141

المطلب الثانـــي.

أهلية الشهود.

المراد بالشاهدين أن يحضرا العقد إثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين لقوله تعالى(أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) [1]، ويشترط في أهلية الشهود كمال الأهلية بالبلوغ والعقل و الإسلام و هو ما يشترك في شروطه مع الولي وهو ما سبق التفصيل فيه في المطلب الأول من هذا المبحث، أما الشروط التي تخص الشهود صرفا فهي كالتالي:

الفرع الأول: اختلاف الفقهاء والقانونيين في جنس الشهود.

الشهود في عقد الزواج إما أن يكونوا ذكوراً فشهادتهم صحيحة بالإتفاق إن توافرت فيهم بقية الشروط(الشروط السابقة)، وإما أن يكن نساءً، فإن عقد الزواج بشهادة امرأتين فالعقد غير صحيح في مذهب الإمام أحمد[2]، والشافعي، وظاهر مذهب أبي حنيفة، وقال به الإمام مالك، فقد سئل عن شهادة المرأة في القصاص فقال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القصاص ولا في الطلاق ولا في النكاح، ولا تجوز شهادتهن فيه على شهادة غيرهن في شيء من هذه الوجوه[3].أما إن كان النكاح بشهادة رجل وامرأتين، فقد إختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

- **القول الأول:** يصح عقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين، وهذا هو مذهب الحنيفية[4]، ورواية عن الإمام أحمد، فقد روي أنه قال: "إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فإن كان معهن رجل فهو أهون". فأثبت ذلك القاضي وجماعة من أصحابه، ومنع ذلك أبو حفص العكبري[5] وقال: "قوله هو أهون يعني في اختلاف الناس".

---

[1] سورة الطلاق الأية 2

[2] إبن قدامة المغني المرجع السابق ج 7 ص349

[3] أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ط9 ،1991 ج7 ص323

[4] محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير، ط1 -1993 ص 202

[5] شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي ، دار العبيكان ، ط1 1993 ج5 ص 24

- **القول الثاني**: لا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين وهو مذهب الشافعية[1] والمذهب عند الحنابلة، من خلال عرض القولين وأدلتهما يظهر أن مدار الخلاف يرجع إلى الاختلاف في شهادة النساء.

إذن الأصل عدم جواز شهادة النساء في عقد الزواج، فإن شهدن أو احتيج لهن لعدم وجود الرجل فتجوز شهادة المرأتين مع الرجل ويصح العقد، وذلك لعدة أمور :

أ/ عدم قبول شهادة النساء في الزواج ، لأنهن لسن ممن يوجب العقد أو يقبله، والشهادة ليس فيها إيجاب ولا قبول.

ب/ أن القصد من الشهادة التوثيق والإثبات، وهذا متحقق بشهادة المرأتين مع الرجل، فنسيان المرأة مندفع بانضمام أخرى إليها.

ج/ أن عقد الزواج إذا توافرت فيه الأركان وخلت منه الموانع فإن شهادة المرأتين مع الرجل لا تكون سبباً لعدم انعقاده[2] .

الفرع الثاني: شهادة الأعمى، الأصم و الأبكم.

أولا: شهادة الأعمى: لقد إختلف العلماء في صحة عقد الزواج بشهادة الأعمى على قولين:

- **القول الأول**: جواز عقد الزواج بشهادة الأعمى و هذا محا ذهب إليه الإمام احمد و أدلتهم في ذلك أن الشهادة في الزواج شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة، وإنما تعتبر شهادتهما إذا تيقنا الصوت على وجه لا يشك فيه[3]، كما ان قبول شهادة الأعمى مروي عن جابر وابن عباس، ولا يعرف

[1] أبو الحسن علي بن محمد البغدادي ، تحقيق الشيخ علي محمود معوض ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلميةبيروت-ط1 ، 1999 ج9 ص 59

[2] محمد بن أحمد السرخسي ، المبسوط ،درا المعرفة ،ج5 ،1993 ص 33

[3] إبراهيم محمد بن عبد الله برهان الدين، المبدع في شرح المقنع ،دار الكتب العلمية ، بيروت 1997 ط1 ، ج 7 ص74

لهما مخالف في الصحابة لحصول العلم له بذلك كاستماعه بزوجته [1]،مع العلم أن الأعمى ثبتت السنة بجواز نكاحه ومبايعته وبقبول تأذينه وروايته، فكذا شهادته على ما استيقنه من الأصوات.

- **القول الثاني**: عدم انعقاد الزواج بشهادة الأعمى وهو مذهب الحنفية، والصحيح في مذهب الشافعية و أدلتهم في ذلك أن الأعمى لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه إلا بدليل مشتبه وهو النغمة والصوت، فلم تصح شهادته لورود الشبهة قياس الأعمى على الأصم في عدم جواز صحة عقد النكاح بشهادته بجامع عدم معرفتهما التامة للعاقد، ولعدم الرؤية في الأعمى وعدم السماع في الأصم[2].

ثانيا/ شهادة الأصم و الأبكم:

الصمم وهو عدم السمع، والخرس هو عدم القدرة على الكلام صفتان غير متلازمتين، فقد يكون الأصم أخرساً، وكذا العكس ، ولذا يشترط سماع الشاهدين كلام المتعاقدين، فإذا لم يسمعا الإيجاب والقبول فلا تتحقق الشهادة التي هي شرط في عقد النكاح، لذا إتفقت المذاهب الثلاثة على إشتراط السمع في شاهدي عقد النكاح وذلك لأن الأصم لا يسمع العقد فيشهد به[3]، والمشهود عليه قول فلا بد من سماعه، ثم إن السماع يشترط فيه فهم كلام العاقدين فلا ينعقد بشهادة من لا يفهم كالأعجمي يشهد للعربي وهو لا يحسن، أما الأخرس فهو من لا يستطيع النطق[4]، فقد إختلف العلماء في إنعقاد النكاح بشهادته على قولين:

- **القول الأول**: لا ينعقد النكاح بشهادة الأخرس، وهو مذهب الحنفية والحنابلة[5] ودليلهم إن الشهادة تفتقر إلى صريح اللفظ، والأخرس لا يتأتى منه ذلك، فلا يتمكن من أداء الشهادة فوجوده كعدمه،

[1] إبراهيم محمد بن عبد الله برهان الدين ، المبدع في شرح المقنع نفس المرجع السابق ص76 .

[2] محمد بن أحمد السرخسي ، المبسوط ، نفس المصدر السباق ص 36 .

[3] –علاء الدين أبو بكر الكساني ،بدائع الصنائع ، المرجع السابق 291

[4] شمس الدين الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط 1 ،1994 ص 198

[5] شمس الدين الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المرجع السابق ص199.

أما من يسمع ولا يستطيع النطق وإن كان قليلاً فلغة الإشارة قد تطورت في زماننا هذا حتى بلغت درجة النطق في الإفهام، وإن عجز عنها فيؤدي الشهادة بالكتابة، فلا يستقيم قولهم إلا فيمن عجز عن الإشارة المفهومة والكتابة.

- **القول الثاني**: ينعقد النكاح بشهادة الأخرس وإستدل أصحاب هذا القول بأن إشتراط الشهادة في النكاح لأجل دفع الإختلاف والشبهة التي قد تحصل، والأخرس إذا كانت إشارته مفهومة أدت الغرض، لأنها تقوم مقام العبارة يمكن أن يقال: إن الإشارة إذا اقترن بها قرائن الأحوال أورثت بمجموعها العلم الضروري[1].

المطلب الثالث .

أهلية الولي والشهود في نظر القانون.

إن المشرع الجزائري، حذا حذو الفقه الإسلامي في تواجد الشاهدين و الولي، لكن لم يعطهما درجتي الأركان بل إقتصر على إشتراطهما لصحة عقد الزواج وهذا ما إعتمدته معظم التشريعات العربية وسنتطرق لهذا وفق الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أهلية الولي.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وهذا ما تطرقنا له بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا الفصل فالولي هنا شرط من بين الشروط التي يجب أن تتوفر في عقد الزواج وهذا ما تضمنه نص المادة 9 مكرر من قانون

[1] أبو عبد الله بدر الدين الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية ، وزارة الأوقاف الكويتية ، ط2 -1985 ص 173.

الأسرة الجزائري، أما في المادة 11 من نفس القانون فلقد فرق المشرع هنا بين المرأة الراشدة والتي يبلغ سنها 19 سنة و القاصر التي يقل عمرها عن ذلك.

- **أولا**: بالنسبة للمرأة البالغة، لا يعتبر الولي شرطا في الزواج بل حضروه رمزي، ولها أن تختار وليها بكل حرية ما بين أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص أخر ولو كان غير قريب لها، وإذا كانت المرأة قاصرة ورخص لها القاضي بالزواج طبقا لنص المادة:7 من قانون الأسرة فإنها لا تكون بحكم البالغة بسبب ذلك، يتولى زواجها وليها طبقا للفقرة الثانية من المادة:11 قنان الاسرة.
- **ثانيا**:بالنسبة للمرأة القاصر ، فالقاصر هنا هي التي لم تبلغ سن الرشد وهو 19 سنة، فإنها لا تتزوج إلأا بواسطة الولي و هو الأب او احد الأقارب الأولين والقاضي هو الولي في حالة إنعدام هذا الأخير ، ، وتطبق المادة: 11 الفقرة الثانية إذا كنا بصدد زواج عرفي ذلك أنه في حالة الزواج الرسمي فإن القاصر يتولى زواجها وليها.[1]

الفرع الثاني:أهلية الشهود.

إن الشهادة تلعب دورا هاما في الشريعة الإسلامية إذ أن عقد الزواج في ظلها لا تتوقف صحته على الرسمية بل تكتفي بإبرامه أمام الشاهدين وقد أخذ المشرع بهذا الشرط في المادة 9 مكرر المعدلة ، غير أنه جاء في المادة 2/33 المعدلة بعدم قبول أي طلب لإبطال الزواج بعد الدخول ولو لم يحضر لهذا العقد الشاهدان ومعناه ان المشرع لم يرتب على فقد الشاهدان البطلان بعد الدخول، حيث أن المشرع في قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط محددة للشاهدين لكن إكتفى بذكر الشهادة في عقد الزواج مما ينبغي الرجوع إلى الشريعة العامة حيث أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية" يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأقل

[1] حسين بن الشيخ أث ملويا ، قانون الأسرة دراسة تفسيرية ، المرجع السابق ص29

سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون فرق فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الاشخاص المعنيين. وعليه فإنه يمكن إستخلاص الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهدين:

1/ الأهلية والرشد أي بالغ 19 سنة متمتعا بجميع قواه العقلية.

2/ أن يكون مسلما إذ لا يجوز شهادة الكافر على المسلم لأن الشهادة بمثابة الولاية.

3/ يشترط في شهادة الشهود أن يكون ذكرين، حسب قرار المحكمة العليا 1989/01/2 أي أخذت بالمذهب المالكي[1].

المبحث الثالث.

زواج الصغير الصغيرة.

إن من بين المظاهر التي نسمع و نراها أحيانا في مجتمعاتنا الحالية هي زواج الصغير، فهو الزواج الذي يتم ما بين شخصين يكون كل منهما لم يبلغ السن الذي يؤهله لإجراء عقد زواج لنفسه أو لغيره وقد يكون احدي الزوجين صغيرا والأخر بالغ أي إحدى العاقدين ناقص الأهلية[2] ، التي تؤهله لإجراء عقد بنفسه فبعض البلدان الإسلامية إختار السادسة عشرة كسن للزواج (الأردن)، وبعضها إختار السابعة عشرة(سوريا) ، والبعض الآخر اختار الثامنة عشرة(مصر والمغرب)، و تسعة عشرة سنة بالنسبة للجزائر ، دون أن يثير هذا الاختلاف أي إشكال بخصوص الإنضباط لخصوصية الإلتزام الشرعي كما هو وارد في المرجعية الفقهية.

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2012 ص 192

[2] هناء فوزي ، رسالة ماجيستير أهلية الزواج بين الفقه والقانون ، 2013 جامعة الخليل ص 67.

المطلب الأول.

زواج الصغير و الصغيرة من الناحية الفقيهة.

لقد تباينت إجتهادات الفقهاء فيما يخص تحديد سن البلوغ في غياب علاماته، حيث ذهب أبوحنيفة إلى القول بأن الذكر بإتمام ثمان عشرة سنة، والأنثى بإتمام سبع عشرة سنة. وذهب الشافعي إلى القول بإتمام خمس عشرة سنة للذكر والأنثى ، وذهب أحمد بن حنبل إلى القول ببلوغ سنهما خمس عشرة سنة كاملة ، في حين ذهب مالك إلى القول بإتمام ثمان عشرة سنة للذكر والأنثى، دون أن يكون لهذا الاختلاف في التقدير الفقهي أي أثر على مستوى التشكيك في عقيدة هذا الفقيه أو ذاك، ولكن الإشكال كان في تزويج الصغير والصغيرة.

فلا يجوز للصغير أن يباشر عقد زواجه بنفسه لأنه ليس بأهل لتزويج نفسه فأهلية الأداء له إن كان غير مميز معدومة و إن كان مميز فأهلية الأداء له ناقصة[1]، فهناك من أجاز تزويج الولي للصغير او الصغيرة ، وهناك من أجاز تزويج الولي للصغيرة دون الصغير ، أما الإتجاه الثالث فقد رأى عدم ثبوت ولاية التزويج للصغير والصغيرة.

الفرع الأول: ثبوت تزويج الولي للصغير أو الصغيرة.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و المالكية إلى جواز تزويج الولي للصغير و الصغيرة ودليلهم من الكتاب في ذلك قوله تعالى (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرا)[2]، ووجه الإستدلال بهاته الأية أن اللائي لم يحضن هن صغيرات و قد جعل الله تعالى عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر ولا تكون العدة إلا بعد عقد الزواج[3] ، أما دليلهم من السنة فحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى اله عليه وسلم تزوجها بنت ستة سنوات و أدخلت

[1] هناء فوزي – نفس المرجع السابق ص 68

[2] سورة الطلاق الأية 4

[3] إبراهيم إبراهيم بن عبد الرحمان ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط 1 ، عمان الأردن ، دار الثقافة 1999 ص 51

عليه وهي بنت تسع سنوات و مكثت عنده تسعا[1]،كما إستدل أصحاب هذا القول من الأثار ان عليا رضي الله عنه زوج إبنته ام كلثوم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وعمرها 11 سنة .

وعليه أجمع العلماء على جواز تزويج الآباء لصغارهم من البنات و عن كن في المهد إلا أنه لا يجوز لأزواجهن البناء بهن إلا إذ صلحن للوطء و إحتملن الرجال[2].

الفرع الثاني: ثبوت ولاية تزويج الصغيرة دون الصغير.

تثبت ولاية التزويج على الصغيرة دون الصغير وهو قول الظاهرية وأدلتهم في ذلك أنه ما جاء في المحلى قوله (وللأب أن يزوج إبنته البكر ما لم تبلغ بغير إذنها و لا خيار لها إذا بلغت، وأما الصغيرة التي لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها لا من ضرورة و لا من غير ضرورة حتى تبلغ)، أما موقفه من الصغير فيرى أنه ليس للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فإن قام الولي بإنكاح الصغير فإن عقده باطل[3].

الفرع الثالث: عدم ثبوت ولاية تزويج الصغيرة و الصغير.

يرى أصحاب هذا الرأي بعدم ثبوت الولاية في تزويج الصغيرة والصغير لقوله تعالى(ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)[4] ، وجه الدلالة من الأية أن علامة إنتهاء الصغر هي بلوغ النكاح ولو كان زواج الصغير صحيحا ، فما كان لهذه الغاية معنى ، كما انه لا فائدة من هذا الزواج لأن الزواج للمعاشرة و التناسل و لا يكون ذلك في زواج الصغيرة و الصغيرة بل يكون فيه ضرر عليهما لإجبارهما على حياة مؤبدة دون التأكد من الإنسجام بينهما[5].

[1] ياسين خليفة الطيب المحجوب ، مؤسسة الدرر السنية ، المملكة العربية السعودية ، 2011 ص77

[2] هناء فوزي ، رسالة ماجيستير ، الأهلية بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ص 70

[3] إبن حزم ، المحلى ، دار الفكر ، بيروت ، ج 9 ص459

[4] سورة النساء الأية 6.

[5] هناء فوزي ، رسالة ماجيستير ، الأهلية بين الفقه و القانون ، المرجع السابق ص 71

المطلب الثاني.

حكم زواج الصغير و الصغيرة من الناحية القانونية.

لقد راجت ظاهرة زواج القاصرات في الجزائر بشكل جد ملفت، ولو أن القانون حدد سن الزواج سواءا للرجل أو المرأة بتسعة عشرة سنة طبقا لنص المادة:7 من قانون الأسرة الجزائري، فهذا النوع من الزواج يُعد ممنوعا إلا بترخيص من قاضي مختص في الأحوال الشخصية، حيث يملك هذا الأخير السلطة التقديرية لتزويج الفتاة القاصر وذلك بعد التأكد من رضاها والتأكد من قدرتها على الزواج الجسدية والعقلية، فالأصل في الزواج هو أن تبلغ الفتاة السن القانوني للزواج المحدد بـ19 سنة، إلا أن القانون استثنى ذلك شريطة الحيازة على ترخيص من القاضي المختص.

الفرع الأول: الإستثناء في تحديد سن الزواج.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية بصفة عامة في القانون المدني أما أهلية الزواج فقد نظمها في نص المادة 07 من قانون الأسرة، فنص هاته المادة وضع شرطا جوهريا متمثلا في التأكد من قدرة الطرفين على الزواج وأعبائه إضافة إلى ترشيد القاصر فيما يخص الحقوق والالتزامات التي يرتبها عقد الزواج، حيث لا يخضع لأية وصاية في شؤون أحواله الشخصية، وما تجدر الإشارة إليه أن كل القوانين التي سبقت التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 سواء ما صدر منها خلال فترة الاحتلال أو بعد الاستقلال كلها حافظت على الاستثناء الذي يمكن من إبرام عقد الزواج قبل اكتمال السن القانوني المحدد في القانون الحالي 19 سنة.وأهلية الزواج من المسائل التي تتعلق بالنظام العام حيث لا يمكن إبرام عقد الزواج بدون مراعاة السن القانوني ولو إرتضى الطرفان على ذلك قياسا على الأهلية بصفة عامة وفكرة النظام العام تحدد من قبل المشرع بناءا على معتقدات المجتمع وعاداته وتقاليده لذلك منع المشرع الجزائري زواج الصغار ومنح للقاضي سلطة تمكنه من تحديد سن الزواج في حالة وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي ذلك.

الفرع الثاني:سلطة القاضي في زواج الصغير.

لقد جعل المشرع الجزائري القاضي رقيبا على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية وجعل منه وليا غير مباشر لهم إن صح القول وأمينا على مصالحهم ومقدرا عادلا لظروفهم الخاصة ولما يواجهم من ضرورات ومصالح تخصهم هم أنفسهم. و بالرجوع دائما إلى نص المادة 07 من قانون الأسرة نجد أنها تكلمت عن حالة الضرورة والتي بموجبها يمنح القاضي الإذن بالزواج للقاصر، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم حالة الضرورة وترك ذلك للقاضي بما له من سلطة تقديرية واسعة لأنه من أولى الأمر المختصين بتفسير القانون والبحث على نوايا ومقاصد المشرع في النصوص القانونية وما تعطيه في إزالة الإبهام وحل النزاع، فالمصلحة و الضرورة ركيزة أساسية بالغة الأهمية أرسيت عليها أحكام الترخيص بالزواج ، كما أن المشرع لم يفصل المعايير التي تساعد القاضي في تحديد المصلحة أو الضرورة، وما يمكن قوله أن المصلحة أو الضرورة معيار نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص، وعلى القاضي أن يدرس القضايا المطروحة عليه حالة بحالة، وأن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص وألا يعطي هذا الترخيص إلا إذا توافرت الشروط اللازمة، كما لا يصح له بالمقابل أن يتعسف في استعمال سلطته ما دام الإذن لا يمس بمصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم .

الفرع الثالث: الشروط القانونية لزواج الصغير.

إن المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 فالمادة السابعة من قانون الأسرة أضافت شرطا جوهريا كان حلقة مفقودة في قانون الأسرة 84-11 والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج وذلك بتعليق الترخيص بزواج القصر على شهادة طبية وهذا حتى يتأكد القاضي من قدرة الطرفين

على الزواج، وبهذا الشرط أصبح من الواجب على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان القاصر المقبل على الزواج أهلا لذلك أم لا, وأن لا يكتفي عند منحه للترخيص بسلطته التقديرية[1].

المطلب الثالث.

إجبار و إستئذان الولي للمرأة في الزواج.

ظاهرة تزويج المرأة غصبا عنها، ظاهرة موجودة قديماً وحديثاً، وهي ظاهرة مؤلمة ومؤسفة، لها آثارها وتداعياتها السلبية، وتقود في غالب الأحيان إلى عواقب وخيمة، ونحن في هذا المطلب سوف نتطرق لموضوع إجبار المرأة للزواج سواءا أكانت كاملة للأهلية أو ناقصة لها(بكر ، ثيبا ، صغيرة) ، ولقد تطرقنا إلى هاته الفصائل فيما سبق، وسوف نرى رأي الفقهاء في إجبار المرأة وإستئذانها.

الفرع الأول: جواز إجبار المـــــرأة.

للأب إجبار البكر البالغ على الزواج، ولو خالف ذلك رأيها، وذلك لما يلي :حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (تستأمر اليتيمة في نفسها) [2]فدل الحديث، على أن غيرها خلافها أي لا تستأمر ولأنه لا يفتقر إلى نطقها في عقد نكاحها، مع القدرة عليه كالصغيرة، وربما يعلل الأمر بالبكارة، وعدم البروز، كما يعلل بولاية الأب الثابتة عليها بالمال، وإن بلغت، والنكاح مبني على ذلك، ولأن كل ولاية يملك بها إنكاح الصغيرة، جاز أن يملك بها إنكاح الكبيرة، كولاية الكفاءَة[3]،وهناك قول لمالك، ينص على أن البكر المعنسة، لا يجوز للأب أن يجبرها على النكاح ، قال ابن رشد: (وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة: لا بد من اعتبار رضاها و وافقهم مالك في البكر

---

[1]بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)ج1، المرجع السابق ص 195

[2] يحي بن شرف النووي ، تحقيق مشهور بن حسن أل سلمان أبو عبيدة ، شرح سنن أبي داود للعباد ، الدار الأثرية ط1 2007 ص 241

[3]– عبدالوهاب بن علي البغدادي ، تحقيق: الحبيب بن طاهر ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان. الطبعة الأولى ، 1999م ص 138

المعنسة على أحد القولين عنه[1]، كما أنه للأب تزويج الثيب الصغيرة جبرًا، لعموم الخبر الظاهر، ولأن حال الصغيرة يثبت معها الإجبار وولاية الأب ثابتة عليها في هذه الحال كالغلام ، ومن جانب آخر، فإن كل معنى لم يؤثر في سقوط الولاية عليها في المال، لم يؤثر في إجبار الأب إياها على النكاح، ولأنها ولاية ثابتة للأب على ولده الصغير فلم يؤثر في إزالته ذهاب البكارة (الثيوبة) على أي وجه ذهبت، وأصله ولاية المال، ولأنه عقد على منفعة، يتضمن العوض، فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة، مثل هذا مثل الإجارة، وكذلك لأنه عقد يتضمن عوضًا، فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة كالبيع، وكذلك؛ لأن الثيوبة التي تسقط الإجبار، هي التي يثبت معها حكم الإذن كالكبيرة، ولأنها إحدى حالتي المرأة، فلم ينفك عنها من جواز إنكاح الأب إياها، كحال البكارة[2].

الفرع الثاني: عدم جواز الإجبار.

ذهب جماعة من العلماء إلى عدم جواز إجبار المرأة على الزواج، وممن ذهب إليه الحنفية أن ، العاقلة البالغة لا يجوز إجبارها في النكاح، لأن هذا يتنافى مع الأدلة السنية، كما أنه يتنافى مع الإرادة، والاختيار الذاتي، لمن هو عاقل بالغ يستطيع تحديد مصيره، ومستقبله، في أمر يتعلق به بصورة مباشرة، ويلامس حياته ملامسة، لا تقبل التوسط ، ذلك لأنها حرة، مخاطبة بتكاليف الشريعة، كمل عقلها بالبلوغ، بدليل توجه الخطاب، فصارت كالغلام، وكالتصرف في المال، وما إلى ذلك من مسائل[3]،وكما أن هذا الحكم على البكر البالغة، يكون من باب أولى على الثيب البالغة فلا يجوز إجبارها على النكاح، من هنا، فإن من السنة، أن يقوم الولي غير المستبد بطلب أمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج الذي تقدم يريد زواجها، وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه، من غير تدليس ولا تلبيس، فإذا

[1] - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ص312

[2]– محمد بن أحمد بن رشد. تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة. الطبعة الأولى: 1994ص 190

[3] – – ابن قدامة المقدسي الموفق.، المغني ، المرجع السابق ص238

سكتت فقد رضيت، ولو ضحكت فهو إذن، ولو بكت إن كان بغير صوت، فهو رضًا، وإن كان بصوت مرتفع، فهو دليل السخط، وعدم القبول[1].

أما بالنسبة للصغيرة والمجنونة فيجوز للولي أن يزوجها ولو جبرًا، قال الكاساني: (وأما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد، فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا، كون المولى عليه صغيرًا أو صغيرة، أو مجنونًا كبيرًا، أو مجنونةً كبيرة، سواء كانت الصغيرة بكرًا أو ثيبًا، فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل، ولا على العاقلة البالغة[2] .

[1]- علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1990م ص168.

[2]- الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ص 504

ملخص الفصل الثاني.

تطرقنا في هذا الفصل إلى أهلية المرأة بالتفصيل بعد التطرق لها في الفصل الاول بالعموم ، فأهلية المرأة في الزواج إختلفت عبر العصور و الأزمنة وكذا في مختلف الأديان، وحتى في الدين الواحد خاصة في موضوع تحديد سن الزواج، كما إختلفت في طبيعة المرأة في حد ذاتها(ثيبا أم بكرا).

فالمرأة البكر هي التي لم تزل بكارتها بأي وسيلة كانت أو بأي سبيل (حلال ، شبهة، زنا) ، وهذا الصنف إختلف الفقهاء في تزويجها إما بإشتراط الولي و هذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية و الشافعية و الحنابلة أما بعدم إشتراط الولي فأخذ به الحنفية و لكل فريق دليله سبق و أن تم توضيحه.

أما المرأة الثيب هي التي زالت عذريتها بغض النظر عن الطريق إلى ذلك، وهي كذلك إختلف الفقهاء في تزويجه بشرط الولي او غيره و هو الامر نفسه بالنسبة للمرأة البكر.

كما تطرقنا بالإسهاب إلى موقف المشرع الجزائري من تزويج المرأة نفسها وبعض التشريعات العربية، مع الحديث عن اهلية الولي و الشهود بين الفقه والقانون مع توضيح العوارض و العاهات التي تطرأ على كل منهما.

و في أخر الفصل تحدثنا عن احكام زواج الصغير و الصغيرة ، وهذا لا يعني تكرار نفس أحكام البكر والثيب ، لكن تطرقنا لها من جانب السن أكثر، وحجية الترشيد في ذلك.

الخاتمة

خاتمة

ختاما لبحثنا في موضوع أهلية الزواج بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري ، يتضح ان ما ذهب إليه الفقهاء والقانونين في موضوع الأهلية التي ترتبط إرتباطا وثيقا بالنظام العام، بأهميتها في شتى مجالات المعاملات الإنسانية خصوصا في ما يتعلق بعقد الزواج، الذي به تنبثق الخلية الأساسية للمجتمع ألا وهي الأسرة ، فالمشرع الجزائري حذا حذو الفقه و لو بإختلاف مذاهبهم بالرغم من أن المغرب العربي يتبع المذهب المالكي.

ففي هذه الدراسة تناولنا ماهية الأهلية في الزواج، معرجين على تعريف الأهلية وعوارضها، وكذا تعريف الزواج وأهميته وأركانه، وكذا احكام زواج فاقدي وناقصي الأهلية(المجنون ، المعتوه و ذا الغفلة والسفيه)، مرورا بمفهوم أهلية المرأة و الولاية عنها (البكر ، الثيب ، الصغيرة) ، في إجبارها أو إستئذانها في الزواج.

فمن بين النتائج التي خلصنا لها ، أن الحنفية هم أكثر المذاهب توسعا في الأهلية ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة في الولاية على المرأة الراشدة و القاصرة ، أما من ناحية البلوغ والرشد فذهب المشرع إلى تحديد السن بغض النظر عن علامات البلوغ والقدرة على إحتمال الوطء و الحمل.

كما أن مناط التكليف في جميع الامور سواء الدينية او الدنيوية هو العقل فالمجنون لا يعتد بأقواله و لا يترتب عليها أي شرعي لأن مدار صحة الأقوال العقل و التمييز وهو فاقد لهما ، وبناءا عليه لا يصح تزويجه لنفسه ولا طلاقه و بالتالي لا تصح ولايته لشخص اخر فهو بحد ذاته فاقدا للأهلية.

أما العته نوعان : فالعته الذي معه إدراك و تمييز فهو يعامل معاملة الصغير المميز في الأحكام و العته الذي لا يكون معه إدراك وتمييز فهذا يعامل معاملة المجنون فلا يحاسب على أعماله ، و لا جواز لزواجه لفقد العقل (الاهلية مناطها العقل).

كما أنه بطريقة طردية فإن الولاية تسير في خط متواز مع الأهلية للشخص فإذا إنعدمت الأهلية زالت الولاية ، وفي وجودها تكون الولاية.

بالنسبة للمرأة الراشدة فإن المشرع الجزائري سمح لها عقد قرانها بحضور وليها أو أي شخص تختاره فهنا نرى الحرية المعطاة للمرأة عند المشرع الجزائري طبقا لنص المادة:11 من قانون الأسرة الجزائري ، اما شرعا فإن المراة البالغة العاقلة تزوج نفسها عن طريق القاضي إذا منعها وليها من الزواج ظلما وبهتانا بشرط وجود الكفاءة المعتبرة بالخاطب.

بسيرنا في هذا البحث نرى أن تحديد سن الزواج أختلف فيه من بلد لأخر ، وهناك من لم يحدده بسن معين بتاتا كما هو الحال في اليمن ، فتحديد سن الزواج يعتبر من باب السياسة الشرعية فلا يوجد نص في الشرع يحدد و يبين سن الزواج بل هناك علامات للتكليف تظهر على الفرد الذكر و الأنثى.

وعليه نرى أن المشرع الجزائري حاول التوفيق و الأخذ بمباديء الشريعة الإسلامية في أهلية الزواج سواءا في الزوج او الزوج وكذا الولي و الشهود.

قائمة المصادر و المراجع

أولا : المصادر

*1- القرآن الكريم

*2- المعاجم:**أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور**: لسان العرب، مطبعة دار إحياء التراث العربي بيروت، 1988.

ثانيا : قائمة المراجع

1- الكتب

أ/الكتب العامة:

1-أبوبكر بن محمد الشافعي – تحقيق على عبد الحميد بلطجي–الأم –ط 1 –دار الخير– دمشق –1994.

2-أبوبكر بن محمد بن عبد المؤمن الحصني– كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار–ط1–دار الخير–دمشق 1994.

3-أبو الحسن علي بن محمد البغدادي – الحاوي الكبير– ط1–تحقيق الشيخ علي محمود معوض –الشيخ عادلأحمد عبد الموجود –دار الكتب العلمية–بيروت–ط1 –1999 ج9

4-أبو عبد الله بدر الدين الزركشي – المنثور في القواعد الفقهية–ط2 –وزارة الأوقاف الكويتية –1985.

5-أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي –روضة الطالبين وعمدة المفتين –تحقيق زهير شاويش – ط3 المكتب الإسلامي بيروت –1991.

6-إبن حزم –المحلى – دار الفكر –بيروت(بدون طبعة وبدون تاريخ).

7-إبراهيم إبراهيم بن عبد الرحمان –الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية –ط 1–عمان الأردن –دار الثقافة 1999.

8-إبراهيم محمد بن عبد الله برهان الدين– المبدع في شرح المقنع –ط1–دار الكتب العلمية–بيروت – 1997

9-إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم – الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية– دار العلم –دمشق 1999.

10-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني –فتح الباري شرح صحيح البخاري – دار الريان للتراث–السعودية– – 1986

11-أحمد بن أبي بكرإبن القيم الجوزية –إغاثة اللهفان في حكم الطلاق–الطبعة 2 –المكتب الإسلامي– السعودية 1988.

12-أحمد بن أبي بكر إبنالقيم الجوزية – علام الموقعين عن رب العالمين–ط 1 دار الكتب العلمية –1991

13-الأبي الأزهري صالح عبد السميع – الثمر الداني لتقريب المعاني شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني–المطتبة الثقافية–بيروت(بدون سنة نشر).

14-البشير الإبراهيمي –البصائر –المؤسسة الوطنية للكتاب ج 4 1985.

15- الحسين بن شيخ أث ملويا – قانون الأسرة دراسة تفسيرية –دار الهدى –عين مليلة الجزائر2013.

16- الحبيب بن الطاهر –الفقه المالكي وأدلته –ط2-مؤسسة المعارف -بيروت لبنان -2005 .
17-الموسوعة الفقهية ج 17 حجاب حفيد –وزارة الشؤون الإسلامية الكويتية طباعة ذات سلاسل –الكويت-1990.
18-الزرقا مصطفى أحمد –المدخل الفقهي العام-طبعة 1 - دار القلم –دمشق- 1998.
19-بلحاج العربي-الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا) -ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر 2012 .
20-حسين الجبوري – عوارض الأهلية – ط 1 –جامعة أم القرى –مكة المكرمة -1408هـ.
21-خليل الميس- تقويم الأدلة- ط1 - دار الكتب العلمية-بيروت 2001.
22-شمس الدين الشربيني –مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – ط1-دار الكتب العلمية بيروت -1994.
23-عبد المؤمن شجاع الدين- تحديد سن الزواج دراسة فقهية قانونية مقارنة-بدون دار نشر-2008
23-عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين- كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي-تحقيق عبد الله محمود دار الكتاب العلمية-بيروت- 1997.
24-عبد الرحمان بن محمد الجزيري –الفقه على المذاهب الأربعة –ط1-دار الكتب العلمية بيروت لبنان 2003
25-عبد الرزاق غالب المهدي – شرح فتح القدير على الهداية –ط1-دار الكتب العلمية –2003 .
26-عبدالوهاب بن علي البغدادي - الإشراف على نكت مسائل الخلاف -تحقيق الحبيب بن طاهر-ط1-دار ابن حزم - بيروت - 1999م.
27-علاء الدين بن أحمد الكاساني –بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع –ط 2-دار الكتب العلمية –1986
28-علي بن أبي بكر الرشدانيالمرغيناني - الهداية شرح بداية المبتدي –ط1-دار الكتب العلمية بيروت - لبنان. 1990م.
29- عمر سليمان عبد الله الأشقر –أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة – ط1-دار النفائس –الأردن-1997
30- عمرو عيسى الفقي- الموسوعة الشاملة في الاحوال الشخصية ج1 –المكتب الجامعي الحديث الأزاريطة الإسكندرية 2005 .
31-عيسى حداد –عقد الزواج دراسة مقارنة –منشورات جامعة باجي مختار 2006.
32-كيلاني محمد خليفة –إبراز الحكم من حديث رفع القلم –دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت-1992.
33-ليونا تايلر–الإختبارات والمقاييس-ط 3- ترجمةسعد عبد الرحمان–مراجعة محمد عثمان نجاتي–دار الشروق 1989.

34-محمد رشاد سالم - تحقيق لكتاب أصول إعتقاد أهل السنة والجماعة –العقيدة الإسلامية لشيخ الإسلام الفقه إبن تيمية –ط 2-جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - 1991.

35-محمدي فريدة زواوي -المدخل إلى العلوم القانونية- نظرية الحق- المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الجزائر 1998 .

36-محمد وردي –أبحاث قانونية –ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر-2009 0.

37- محمد أمين البخاري بادشاة- تيسير التحرير –ط3 -دار الكتب العلمية بيروت - 1996.

38- محمد بن علي بن محمد الشوكاني –فتح القدير- ط1 -1993.

39- محمد وردي –أبحاث قانونية –ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر-2009.

40-محبوبي عبيد الله إبن مسعود .توضيح لمتن التنقيح ، تحقيق زكريا عميرات ، بيروت.دار الكتب العلمية1996

41-محمد بن أحمد السرخسي – المبسوط -درا المعرفة –1993.

42-محمد بن أحمد بن رشد. - بداية المجتهد ونهاية المقتصد –ط1-مكتبة ابن تيمية – القاهرة- 1994.

43- موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة –دار إحياء التراث العربي –ط- 1 1985.

44-مصطفى البابي الْحَلَبِي -دار الكتب العلمية - ودار الفكر - بيروت 1417 هـ - 1996 م

46-مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع عبد الرحمن بن قاسم، دار عالم الكتب، الرياض، 1412هـ ..

47-وهبه الزحيلي، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الطبعة الرابعة)- دمشق دار الفكر.

48-ياسين خليفة الطيب المحجوب –مؤسسة الدرر السنية –المملكة العربية السعودية -2011.

49-يحي بن شرف النووي –شرح سنن أبي داود للعباد –تحقيق مشهور بن حسن أل سلمان أبو عبيدة -الدار الأثرية 2007.

2/الرسائل الجامعيـــة

1-هناء فوزي رسالة ماجيستير الأهلية في الزواج بين الفقه والقانون- جامعة الخليل 2013.

3-النصوص القانونية:

1-القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975،المعدل والمتمم بلامر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 ج ر 44 المؤرخة في

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 9يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل و المتتمبالآمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1436 الموافق 27 فبراير 2005 جر رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

3- قانون رقم 08 - 2014 المؤرخ في 09-08-2014 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 49-2014 المعدل و المتمم للأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية.

الفهرس

الفهـــــــرس

مقدمة..... (أ)

الفصل الاول: ماهية الأهلية في الزواج

تمهيد..... (07)

المبحث الأول: الأهلية و عوارضها..... (07)

المطلب الأول: مفهوم الأهلية..... (08)

الفرع الأول: الأهلية لغـــة..... (08)

الفرع الثاني: الأهلية اصطلاحا..... (08)

الفرع الثالث: تعريف الأهلية قانونا. ..... (09)

المطلب الثاني: أقسام الأهليـــــــة..... (09)

.الفرع الأول: أهلية الوجوب..... (09)

.الفرع الثـــــاني: أهلية الأداء..... (11)

المطلب الثالث: عوارض الأهلية..... (12)

الفرع الأول: العوارض السماوية..... (13)

الفرع الثاني: العوارض المكتسبة..... (15)

المبحث الثاني: مفهوم الزواج و أهميتـــه..... (17)

المطلب الأول: تعريف الزواج لغة و إصطلاحا..... (18)

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة..... (18)

الفرع الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا..... (18)

المطلب الثاني: أهمية الزواج و مشروعيتـــــــه..... (19)

الفرع الأول: أهمية الزواج..... (20)

الفرع الثاني : مشروعية الزواج..... (21)

المطلب الثالث: أركان الزواج..... (22)

الفرع الأول: أركان الزواج في الفقه الإسلامي..... (22)

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... (24)

المبحث الثالث: أحكام زواج المجنون ، المعتوه والسفيه وذا الغفلة..... (25)

المطلب الأول :أحكام المجنون في الزواج..... (25)

الفرع الاول: تعريف الجنون و انواعه و كيفية إثباته..... (26)

الفرع الثاني: حكم زواج المجنون..... (27)

المطلب الثاني : حكم زواج المعتوه والفرق بينه وبين المجنون..... (28)
الفرع الأول: العته والفرق بينه وبين الجنون..... (29)
الفرع الثاني: حكم زواج المعتوه..... (30)
المطلب الثالث: أحكام زواج السفيه وذا الغفلة..... (31)
الفرع الأول: تعريف السفيه وذا الغفلة..... (31)
الفرع الثاني: حكم زواج السفيه وذا الغفلة..... (32)
ملخص الفصل الاول..... (32)
❖ **الفصل الثاني: أهلية المرأة والولاية عنها في الزواج.**
تمهيد..... (34)
المبحث الأول: أهلية المرأة. ..... (34)
المطلب الأول: المرأة البكـــر..... (35)
الفرع الأول: تزويج المرأة البكر مع اشتراط الولي. ..... (35)
الفرع الثاني: تزويج المرأة البكر مع عدم شرط الولي..... (36)
المطلب الثاني: المرأة الثيب..... (36)
الفرع الأول: زواج المرأة الثيب مع اشتراط الولي..... (37)
الفرع الثاني: زواج المرأة الثيب مع عدم شرط الولي..... (37)
المطلب الثالث: موقف القانون الجزائري وبعض التشريعات العربية من تزويج المرأة نفسها..... (38)
الفرع الأول: موقف التشريعات العربية من تزويج المرأة نفسها..... (38)
الفرع الثاني موقف المشرع الجزائري من تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها..... (39)
المبحث الثاني: أهلية الولي والشهـود..... (40)
المطلب الأول: أهلية الولي في الزواج..... (41)
الفرع الأول: شروط الولي..... (41)
المطلب الثاني: أهلية الشهود..... (43)
الفرع الأول: اختلاف الفقهاء والقانونيين في جنس الشهود..... (43)
الفرع الثاني : شهادة الأعمى، الأصم و الأبكم..... (44)
المطلب الثالث: :أهلية الولي والشهود في نظر القانون..... (46)
الفرع الأول: أهلية الولي..... (46)
الفرع الثاني: أهلية الشهود..... (47)

المبحث الثالث: زواج الصغير الصغيرة. ..... (48)
المطلب الأول : زواج الصغير و الصغيرة من الناحية الفقيهة..... (49)
الفرع الاول: ثبوت تزويج الولي للصغير أو الصغيرة..... (49)
الفرع الثاني:. ثبوت ولاية تزويج الصغيرة دون الصغير..... (50)
الفرع الثالث: عدم ثبوت ولاية تزويج الصغيرة و الصغير..... (50)
المطلب الثاني : حكم زواج الصغير و الصغيرة من الناحية القانونية..... (51)
الفرع الأول: الإستثناء في تحديد سن الزواج..... (51)
الفرع الثاني: . سلطة القاضي في زواج الصغير..... (52)
الفرع الثالث: الشروط القانونية لزواج الصغير..... (52)
المطلب الثالث: إجبار و إستئذان الولي للمرأة في الزواج..... (53)
الفرع الأول: . جواز إجبار المـــــرأة..... (53)
الفرع الثاني: عدم جواز الإجبار..... (54)
ملخص الفصل الثاني..... (56)

خاتمه..... (58)