الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي نور البشير البيض
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عقد الزواج بين الركن و الشرط دراسة مقارنة

مذكرة نيل شهادة الماستر حقوق تخصص : قانون أسرة

إعداد الطالبة: بليزيد خلود

إشراف الأستاذ: د.خالدي تامر

الموسم الجامعي
2023/2022

لجنة المناقشة:

ـد. مشكور مصطفى	**رئيسا.**
ـد. خالدي تامر	**مشرفا مقررا**
ـد. هنان علي	**ممتحنا**

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الشكر لله عز وجل أولا وأخيرا
جزيل الشكر وجميل العرفان للأستاذ "خالدي تامر" على جميع التوجيهات والملاحظات والنصائح.
كما أوجه شكري إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين أتشرف بقبولهـــــــــم مناقشـــــــــــة هذا العمل
وأساتذة قسم الحقوق
والحمد لله كثيرا.

خلـــــــــــــــــــود

إهداء

إلى أبي وأمي الكريمين حفظهم الله لي
إلى إخوتي وأخواتي سندي في الحياة و بالأخص
أختي إكرام
إلى كل من مد لي يد العون .

خلـــــــــــــود

قائمة المختصرات:

ج: جزء.
د..س.ن: دون سنة النشر.
د.ط: دون طبعة.
ط: طبعة .
ف: فقرة .
ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري .
ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية**.**

مـــــقـــــدمـــــة

مـــقـــدمـــة:

الأسرة هي البذرة الأولى في تكوين المجتمعات منذ القدم حتى عصرنا هذا، إن صلحت وأقيمت على أسس متينة وتمت في الإطار الشرعي وهي في نفس الوقت سبب فساد المجتمع ، إن فسدت وأهملت لذلك وجب الاعتناء بها من حيث أنها وسيلة لإقامة المجتمعات وكذا حق للأفراد و الجماعات .

كما أن نظام الأسرة احتل مكانة بارزة في الشريعة الإسلامية لأنه الركيزة الأساسية لقيام المجتمع ، وقد أبرزت الشريعة الإسلامية مكانة النظام الأسري لحرصها عليها وهذا من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة.

وللحفاظ على هذه العلاقات الأسرية من الهلاك، أحاطت الزواج بعناية من حين إقامته إلى حين انتهائه و هذا ما جاء به القرآن الكريم و سماه الميثاق الغليظ تعظيما له وجعله علماء الفقه الرباط الوثيق المبني على المودة والمعاشرة بالمعروف بين رجل وامرأة.

ولما كان للأسرة في الإسلام هذه الأهمية ، وكانت النظرة الحقيقية إليها على أنها أساس المجتمع ، فقد عني الإسلام عناية خاصة بشؤونها وبكل ما يتعلق بها من أحكام فقد ذكرها الله تعالى مفصلة في القرآن الكريم ، ووضع ضوابط العقد ، وقد عني الإسلام بتوضيح ما يتصل بكل الأحوال من أحكام ، وهذا عناية بشأن الأسرة لأهميتها في الحياة ولأنها الأساس الذي يقوم عليه بناء المجتمع ، وحتى لا تكون أحكامها عرضة للأهواء.

و بالزواج تتكون الأسرة ، حاول المشرع الجزائري وضع تعريف عقد الزواج في المادة الرابعة معدلة من قانون الأسرة الجزائري "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ،من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

أي أن الطبيعة القانونية للزواج على أنه عقد ما دام أنه يحتوي على ركن التراضي ولا يمكن أن نعطي للزواج صفة العقد مثل العقد المدني لأنه ينظم الأحوال الشخصية وليس مالية وهو عقد من طبيعة خاصة .

كما أنه يعتبر الوسيلة الوحيدة لتكوين هذه الأسرة وحفظ السلالة البشرية ، من خلال إباحة العلاقة بين الرجل و المرأة لكن عن طريق عقد شرعي يستوفي الركن وكل الشروط ولما كانت للزواج أهمية أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة واضعين لعقد الزواج أركانا وشروطا تتفق وطبيعته ، منها اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها.

وكذا المشرع الجزائري قد نظم أحكام عقد الزواج في قانون الأسرة ، ورتب عليه آثارا قانونية وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية ، وأحاطه هو الآخر بالعناية في جميع مراحله من وقت إنشائه إلى غاية انحلاله .

حيث أن الزواج عقد كسائر العقود الاخرى يستلزم لنشوئه ما يستلزم فيها من أركان وشروط ، فإذا ما توافرت أركانه و شروطه ظهر للوجود وترتب عليه آثاره ، ومنه يجب التمييز بين الأركان و هذه الشروط.

حصر المشرع الجزائري أركان عقد الزواج قبل التعديل الأخير في أربعة أركان وهي رضا الزوجين ، الولي ، الشاهدين والصداق ، غير أنه بعد التعديل حصر الركن في الرضا واعتبر ما عداه شروطا.

أهمية الموضوع:

من خلال هذا الموضوع عرف وبين المشرع الجزائري بين أركان عقد الزواج وشروطه في إعمال الفكر بالتأصيل والمقاربة بقصد معالجة الإشكالات التي تطرح في هذا المجال ، إضافة إلى قلة تناوله بالدراسة على نحو مفصل ومجمل يبين موقف المشرع الجزائري من اختلاف فقهاء المذاهب الأربعة في تقسيماتهم لهذه الأركان والشروط وبعبارة أخرى إظهار مكانة أحكام كل مذهب من هذه المذاهب في التفريق بين أركان العقد وشروطه في قانون الأسرة الجزائري .

أسباب اختيار الموضوع :

-دراسة هذا الموضوع تعود بالنفع على المجتمع ،الذي يحمل قضية مهمة من شأنها أن تؤثر ايجابا على المجتمع لأن عقد الزواج من أخطر العقود.

-حب ميولي لدراسة هذا الموضوع لأنه يمس ركيزة المجتمع الجزائري.

أهداف البحث:

توضيح أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

توضيح أهمية عقد الزواج في تكوين الأسرة ومجتمع سليم.

الدراسات السابقة:

خربش منصورية ،أركان الزواج وشروطه دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ،الشعبة حقوق ،التخصص قانون خاص ، مذكرة الماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، 2022/2021.

صعوبات الدراسة:

صعوبة توفير المراجع المتخصصة في قانون الأسرة الجزائري.

تكرار نفس المعلومات بالنسبة لمراجع الفقه الإسلامي ، مما أدى إلى صعوبة استيفاء المعلومات .

إشكالية موضوع البحث :

سأتطرق في دراستي لهذا الموضوع إلى طرح الاشكالية التالية :

ما هي الأركان والشروط التي يقوم عليها عقد الزواج وما هي الآثار المترتبة على تخلفها في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟

وإلى أي حد وفق المشرع الجزائري فيما ذهب من أحكام في عقد الزواج بعد التعديل؟

المنهج المتبع:

للإجابة على إشكالية موضوع البحث اعتمدت في دراستي على المنهج المقارن بمقارنة نصوص قانون الأسرة الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية ،والمنهج الوصفي وكذا المنهج التحليلي من خلال تحليل المواد القانونية.

خطة البحث:

اعتمدت خطة ثنائية من فصلين ، الفصل الأول أركان عقد الزواج وآثار تخلفها ويتضمن مبحثين المبحث الأول أركان عقد الزواج و المبحث الثاني آثار تخلف الركن على عقد الزواج .

أما الفصل الثاني فقد تناول شروط عقد الزواج وآثار تخلفها في مبحثين المبحث الأول شروط عقد الزواج والمبحث الثاني آثار تخلف الشرط على عقد الزواج.

الفـصل الأول
أركان عقد الزواج و أثر تخلفها.

الفـــصـــل الأول : أركان عقد الزواج وأثر تخلفها.

نظم المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة وأركانه وأثر تخلفها كما سبقته في هذا الشريعة الإسلامية ، حيث اتت بأحكام تنظم عقد الزواج وما يقوم عليه من أركان وكذلك أثر تخلف هذه الأركان. حيث سيتم عرض أركان عقد الزواج في كل من الفقـــه الاسلامـــــــــــي والقانون الجزائري في المبحث الأول وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى أثـــــر تخلـــف الـــركن في عقد الزواج في كل من الشريعة الاسلامية والتشريع الجزائري.

المبحث الأول : أركان عقد الزواج.

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية ، وفقهاء القانون الوضعي وكذا الاتفاقيات الدولية ، على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ككل العقود ويتوقف وجوده عليه ،و ان اختلف في تسميته ، فهناك من يطلق عليه تسمية الايجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة ، غير أن هذا الاختلاف لفظي فقط أما المعنى فهو واحد .

ومنه سنتطرق الى أركان عقد الزواج في المطلب الأول في الفقه الاسلامي وفي المطلب الثاني في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : أركان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.

اختلف فقهاء الشريعة في تصنيف أركان عقد الزواج لاختلافهم في المراد الركن حيث أن الركن عند جمهور الفقهاء ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءا منه أما عند الحنفية الركن ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا من ماهيته.

وعليه سنقوم ببيان أركان عقد الزواج وفق كل مذهب:

الفرع الأول : عند الحنفية

يعتبرون الصيغة هي الركن الوحيد في عقد الزواج والمتمثلـــــــــــة في الإيجـــــاب والقبول ، والإيجاب عندهم هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين سواء كان رجلا أو امـــــــرأة و القبول هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الآخر ، فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك أو قال لأبيها تزوجت ابنتك فلانة فقال أو قالت قبلت ، كان الأول إيجابا من الرجل والثاني قبولا من المرأة أو وليها ، وإذا قالت المرأة للرجل زوجتك نفسي فقال الرجـــــل تزوجتـــك أو قبلت كان الأول إيجابا والثاني قبولا من الرجل [1].

[1] محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الاسلام ،الدار الجامعية ، ط4، بيروت ، لبنان،1983، ص 94.

الفرع الثاني : عند الشافعية

يرى الشافعية ان أركان عقد الزواج أربعة : الصيغـــــة (الإيجاب و القبول)، المنكوحـــــــــــة (تكون خالية من موانع النكاح)، الشهادة، العاقدين وهما الموجب وهو الولي أو وكيله والقابل وهو الزوج أو ما ينوب عنه [1].

الفرع الثالث : عند المالكية

ذهبوا إلى القول أن أركان عقد النكاح هي : الصيغة (الإيجاب و القبول)، الولي (ولي الزوجة)، المحل (الزوج و الزوجة)، الصداق [2].

الفرع الرابع : عند الحنابلة

عدو أركان عقد الزواج الصيغـــة (الإيجاب و القبول) والعاقـــدان باعتبار أن الصيغـــة لا تصدر إلا من عاقدين والإمام الغزالي ممن عد العاقدين من الأركان [3].

المطلب الثاني : أركان عقد الزواج في التشريع الجزائري.

سنعرض في هذا المطلب ما ذهب اليه المشرع الجزائري ، وما عده أركان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول : دراسة مقارنة للمادة 07 بين القانون 11/84 و الأمر 02/05.

المادة 07 من القانون 11/84 " **تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 21 سنة وللمرأة 18 سنة ، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرر".**

المادة 07 من الأمر 02/05 " **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 " [4].**

بالمقارنة بين المادتين نرى أنه المادة 07 من ق 11/84 تشترط ســـــن 21 للرجـــل و18 للمرأة بينما في الأمر 02/05 أصبح سن الزواج 19 سنة لكل من الرجل والمرأة وهذا للموافقة مع سن الرشد طبقا للمادة 40 ق.م.

وفي كل من القانون 11/84 والأمر 02/05 للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك بعد التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

---

[1] أبو زكريا يحيى بن شريف النووي، روضة الطالبين،ج7،دار النشر المكتب الاسلامي، ب.ط،بيروت،1991،ص 37.

[2] أبي البركات أحمد بن محمدية الدردير، الشرح الصغير على أقرب الممالك الى مذهب الامام مالك ، ج2، دار المعارف ، القاهرة ،ص ص334-335.

[3] كمال الدين محمد بن همام ،فتح القدير،تحقيق عبد الرزاق،ج5،،دار الكتب العلمية ،ط1،بيروت،2003 ، ص341 .

[4] المادة 07 ،قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9يونيو 1984، ج.ر،عدد31 ،صادر في 1984،متضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005، ج.ر رقم 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005 .

ونلاحظ من خلال المادتين السابقتين ما يلي:

*اغفالهما للحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الإعفاء للزوجين أو أحدهما.

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج فهو منطقي تماشيا مع التقنين المدني ، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية لأن النص لم يحدد السن الأدنى.

*عدم تبيان للآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية [1].

الفرع الثاني : دراسة مقارنة للمادة 09 بن القانون 11/84 و الأمر 02/05.

المادة 09 من ق 11/84 " **.يقوم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة وشاهدين و صداق** " [2].

المادة 09 من الأمر 02/05 " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** " [3].

من خلال المادتين نستنتج أن المشرع بعد التعديل جعل لعقد الزواج ركنا واحدا وهو ركن الرضا (الإيجاب و القبول) بينما الأركان الأخرى أصبحت شروط لصحة الزواج. إن عقد الزواج مبني أساسا على الرضا و هو ركن من أركانه [4].

وأن المادة 04 تعرف بالزواج أنه عقد رضائي ومن اهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة [5].

وانه بناء على ذلك فإنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار الزوجة على الدخول بها رغم معرضتها له وعدم الرضا به [6].

رضا الزوجين هو الإيجاب من احد الطرفين وقبول من الطرف الآخر.

ولابد أن يكون كلا من الزوج والزوجة : بالغ، عاقل ويتمتع بكل قواه العقلية حيـــــث أن صيغة الإيجاب والقبول يعبر عنها شفهيا أو كتابيا أو بالإشارة (الزوج الأصم) ويتم تحديد أطراف العقد وطبيعته [7].

---

[1] دليلة حميرش ، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير،كلية العلوم الانسانية و العلوم الاسلامية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ،2014/2013 ، ص86 .

[2] قانون الاسرة الجزائري،مرجع سابق ،المادة 09.

[3] المرجع نفسه ،المادة 09.

[4] باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، ج1 ، الجزائر ،ص18.

[5] قانون الأسرة الجزائري،المرجع نفسه ،المادة 04.

[6] غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم415123،قرار بتاريخ:12 /2008/03، المجلة القضائية لسنة2008، العدد01،ص 275.

[7] ليلى دردير ، الزواج ،الطلاق ،الجنسية و النسب ، برتي للنشر ،الجزائر ، سنة 2014 ،ص07 .

الفرع الثالث : تعريف الرضا.

أولا لغة : تستعمل كلمة الرضا للدلالة عن القناعة الذاتية بأمر معين ، فيقال رضي عنه ورضا عليه رضوانا ومرضاة ضد سخط و أرضاه بمعنى أعطاه ما يرضيه واسترضاه وترضاه أي طلب رضاه ورضي بها أي ترضاه لصحبته وخدمته [1].

ثانيا اصطلاحا : عرفه الفقه الإسلامي بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال عن التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده ، ويتمثل التعبير فيما يجري من عبارات بين المتعاقدين من إيجاب وقبول [2]، الذين يظهران في شكل الصيغة المعبرة لهما.

إن نص المادة 10 ف 01 جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وهو أن ركن الرضا يتكون من الإيجاب والقبول لكن ما يأخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية .

ثالثا : صور ركن الرضا

نصت المادة 10 من ق.ا.ج على أن الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ، ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ، نلاحظ من خلال نص المادة أن للإيجاب والقبول في عقد الزواج صور مختلفة ، قد يكون لفظا كما ينعقد بطرق أخرى كالكتابة والإشارة [3].

وما يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول وهذا ما يؤدي بنا لتحديدها الرجوع إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ، ولقد أفاض فقهاء المسلمين في الحديث عن هذه المسألة.

أ-الصيغة اللفظية : نلاحظ من خلال نص المادة 10 من ق.أ.ج أن المشرع الجزائـري لم يحدد لا الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الايجاب والقبول ، ولا اللغة التي يتم بها العقد ، ولا في صيغة الفعل عند التعبير عنه ، وهذا ما يستلزم الرجوع الى أحكام الفقه الاسلامي وفقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج [4].

---

[1] الطاهر احمد الزاوي ، مختار القاموس ،مرتب على طريقة مختار الصحاح و المصباح المنير ، د.ط،الدار العربية ، تونس، د.س، ص 251.

[2] علي أحمد عبد العال الطهطاوي،شرح كتاب النكاح، ط1،دار الكتب العلمية ،لبنان ،2005 ،ص 61.

[3] قانون الاسرة الجزائري،قانون 02/05 ، مرجع سابق، المادة 10.

[4] عبيد فاطمة الزهراء،عقد الزواج في ظل الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري،مذكرة ماستر في الحقوق ،جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم ،2008،2007،ص ص49-50.

ب-الصيغة غير اللفظية : تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 من ق.أ.ج و التي جاءت فيها "يصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الاشارة "، وما يلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اقتصر على النص في حالة الشخص العاجز عن الكلام و انعقاد زواجه بالإشارة والكتابة ، في حين لم يتطرق الى انعقاد الزواج عن طريق الرسالة ولا عن طريق وسائل الاتصال الحديثة [1].

رابعا شروط الصيغة في عقد الزواج : يشترط في الصيغة أن

- تكون الصيغة الدالة على الزواج جدية.

-توافق الايجاب و القبول في الزوجين.
-تكون الصيغة مؤبدة.

- التعبير في الحال فلا يصح اذا كان مضافا الى المستقبل أو معلقا على أمر في المستقبل [2].

خامسا : شروط التراضي:

1-التمييز:

إن كان أحدهما صغيرا أو مجنونا فإن الزواج لا ينعقد ، وهذا وقد أوردت المادة 07 من ق.أ.ج شرط اكتمال الاهلية في الزواج.

2-اتحاد مجلس الايجاب و القبول:

فلو فصل بين الايجاب والقبول بكلام أجنبي أو بما يعد في العرف أعراضا فإن الزواج لا ينعقد وليس بلازم أن يكون القبول فور الايجاب.

3-أن يوافق القبول الايجاب:

وذلك حتى يتلاقى على شيء واحد ويتحقق اتفاق الإرادتين ، فإذا تخالفا مخالفة كلية أو جزئية لا ينعقد الزواج ، إلا في حالة إذا كانت المخالفة فيها حيز للموجب فإنه ينعقد.

4-سماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه:

والذي يفهم منه إن مقصوده هو إنشاء عقد الزواج [3].

أما ما يشترط في الصيغة أن تكون منجزة غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل.

وما يرجع إلى المحل و هو المرأة فيشرط منهما شرطان:

-أن تكون الانثى محققة الأنوثة : فلو عقد على خنثى المشكل لا ينعقد العقد لعدم المحلية و يكون باطل.

-أن تكون مؤبدة:

---

[1] عبيد فاطمة الزهراء، نفس المرجع ،ص 52.
[2] كاملي مراد ،مذكرة لطلبة السنة الرابعة،علوم قانونية،الوجيز في قانون الاسرة ،2010/2009،ص 21 .
[3] عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، 2007 ، ص 51.

أي أن تكون على وجه التأبيد غير مؤقتة بوقت كان، ولهذا حكم الفقهاء على زواج المتعة بالباطل [1].

سادسا : التعبير عن الإرادتين من حيث اللفظ والصيغة:

أحوال التعبير عن الإرادتين في عقد الزواج تظهر في ثلاثة أوجه:

***الالفاظ المستعملة في العقد:**

إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه ، سواء كانت حقيقة لغوية في دلالتها عليه أم مجازا وهذا ما نصت عليه المادة 10 من ق.أ.ج.

1-الألفاظ التي تستعمل فيها لفظ الزواج:

وهي دالة صراحة على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج.

2-الألفاظ الدالة على تمليك الأعيان في الحال بغير عوض.

3-الألفاظ الدالة على تمليك الاعيان في الحال بعوض.

4-الألفاظ التي تدل على تمليك المنفعة في الحال [2].

***حكم العاجز عن التكلم:**

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 ف 2 من ق.أ.ج.

1-انعقاد الزواج بالإشارة:

إذا كان أحد المتعاقدين أخرس فإنه لا يلجأ إلى الإشارة إذا كان يجيد الكتابة لأن الكتابة أبين دلالة وأقوى في التعبي عن الإرادة ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى[3].

2-انعقاد الزواج بالكتابة:

إذا كان أحد العروسين عاجز ولا يملك القدرة اللازمة للتعبير بلسانه عن إرادته في عقد زواجه مع شخص آخر معين ، ولكنه قادر على الكتابة والتعبير بها عن مراده في الزواج فإنه يرخص له شرعا وقانونا باستعمال الكتابة كوسيلة للتعبير عن إرادته في الزواج بالإيجاب والقبول على أنه يكون ذلك في مجلس العقد نفسه [4].

3-موقف المشرع الجزائري من أحكام الصيغة:

نصت المادة 10 من ق.أ.ج على بعض هذه الاحكام فقد جاءت فيها يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا [5].

---

[1] طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، ط1 ،2009 ،ص22-23.

[2] الغوتي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2008،2،ص ص40-42.

3 سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، ط 2 ، الجزائر ،1996 ، ص 119.

[4] عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 53.

[5] قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق، المادة 10.

فيشرط في عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد .

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع قد ركز على وجوب توفر رضا الزوجين كركن لانعقاد الزواج ، ولكنه سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج .

ومن جهة أخرى ، يتضح من قراءة المادة 10 ذاتها أن المشرع لم يجعل في نفس الدرجة طرق التعبير عن الإرادة بل أعطى الأولوية للكلام ، فإذا كان الشخص المقبل على الزواج قادرا على أن يعبر عن إرادته بالكلام فله ذلك ، ويجب أن يحترم هذه الطريقة من طرف التعبير عن الإرادة . أما إذا كان عاجزا عن الكلام فله أن يعبر عن نفس إرادته بالكتابة أو الإشارة ، ولكن ما يؤخذ على المشرع هو أنه جعل في نفس المرتبة الإشارة والكتابة ، بل كان عليه أن يعطي الأولوية مثل ما فعله بالنسبة للطريق الاول للكتابة عن الإشارة [1]

المبحث الثاني : أثر تخلف الركن على عقد الزواج

يرى جمهور الفقهاء أن عقد الزواج باطل إذا فقد ركن من أركانه ، أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى تعريف واضح فيما يخص تخلف ركن الرضا ، ومنه سنتطرق إلى تخلف ركن الرضا من الجانب الفقهي في المطلب الأول وفي المطلب الثاني من الجانب القانوني.

المطلب الأول: تخلف الركن من الجانب الفقهي

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على أن ركن الرضا هو الركن الوحيد الذي إذا انعدم بطل عقد الزواج [2].

وكذلك بالنسبة للحنفية إذا تخلف الإيجاب والقبول كان عقد الزواج باطلا [3].

ومنه ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الإيجاب و القبول في عقد الزواج يجعله باطلا و منعدما لما أصابه من خلل ، و لم يرتبوا عليه أي أثر ، فلم يحللوا به الدخول ولم يوجبوا فيه لا المهر ولا النفقة ، و اتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم باعتباره زنا [4].

وقد خالف في ذلك أبو حنيفة الذي لا يرى إقامة الحد لشبهة العقد، ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة [5].

---

1 تشوار الجيلالي،الزواج والطلاق ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ،الجزائر ،2001،ص34.

2 بن الشيوخ رشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية ، ط1،الجزائر،2008،ص 55 .

3 جابر عبد الهادي،أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، ط1 ،الحلبي،بيروت، 2009 ، ص 127 .

4 حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية ، ط2 ، الاسكندرية ، د.س ، ص 119.

5 محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1975، ص149.

فالمالكية و الشافعية و الحنابلة يقولون بإقامته ، فحين الحنفية ترى أن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود ، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزيز عليها ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أن لا يرد الطلاق .

أما النسب فقد اختلف فيه الجمهور يرى بعدم ثبوته بعكس الحنفية التي قالت بثبوته .[1]

ومنه ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل ، ولم يرتبوا عليه آثار ولم يحلون به الدخول وإذا تم الدخول فلقد اتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا ، لكن أختلف حول وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنا ، لكن أختلف حول وجوب إقامة حد الزنا عليهما ، فالمالكية والشافعية والحنابلة يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج باطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود ، ولكن هذا لا يمنع من إنزال العقوبة عليهما [2] ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد الطلاق أما النسب فقد أختلف فيه فالجمهور يرى عدم ثبوته على عكس الحنفية .

وكذلك ينبغي أن يصدر رضا الزوجين خاليا مما يعيبه ، ونظرية عيب الرضا مترتبة على مبدأ سلطان الإرادة .

***آثار الغلط** : يعرف الفقه الغلط بأنه "وهم يقوم في الذهن فيصور الأمر على خلاف الرافع " [3].

وجاء في أقوال الفقهاء في هذه المسألة :

1-**المذهب الحنبلي** : قالوا : " إذا تزوج رجل امرأة على أنها مسلمة فبانت كتابية أو تزوجها يظنها مسلمة ولم تعرف بتقدم كفر فبانت كافرة -كتابية- ، فله الخيار في فسخ العقد ، لأنه شرط صفة مقصودة فبانت بخلافه فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة. وبالعكس أي بخلاف ما شرط فله الخيار نصا ، لأنه شرط وصفا مقصودا فبانت بخلافه [4].

2-**المذهب الشافعي** : جاء في "المذهب" للإمام النووي : إذا تزوجت امرأة رجلا على أنه صفة معينة ، فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ، ففيه وجهان :

الأول : أن العقد باطل ، لأن الصفة المشترطة مقصودة كالعين ، واختلاف الهين يبطل العقد ، فكذلك اختلاف الصفة . ولأن المرأة لم ترض بنكاح الرجل على هذه الصفة فإذا فاتت لم يصح العقد كما لو أدنت في نكاح رجل على صفة ، فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة.

---

[1] العيش فضيل ،قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا ،ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2 ، الجزائر ، 2007 ،ص 35 .

2 العيش فضيل ، نفس المرجع ،ص 151.

3 عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص 71.

4 حسين مهداوي ، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، مذكرة تخرج الماجستير في قانون الأسرة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،2009-2010 ، ص 80.

الثاني : يصح العقد ، وهذا هو الصحيح لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره العاقد وخرج بخلافه ، لم يبطل العقد [1].

*آثار التدليس : يعد التدليس عيب من عيوب الرضا ، يستعمل الفقه الإسلامي مصطلح التغرير أو الضرر بدل التدليس –طبقا لما ذكره السنهوري- فهو يعرف التغرير عن طريق محض الكتمان ، ثم هو كالفقه الغربي يعتد التدليس الصادر من الغير [2].

المطلب الثاني : تخلف الركن من الجانب القانوني

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص المادة 33 ف 1 من ق.أ.ج والتي تنص على:"**يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا "** ومفادها أن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال ركنه الأساسي ، ذلك أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم ملؤه الحزم والحرية [3].

كما أن عقد الزواج الذي تخلف فيه ركن الرضا لا يترتب عله أي أثر لا شرعا ولا قانونا وليس له أي وجود مطلقا ويجب على الزوجين أن يفترقا ، إلا أنه كاستثناء على ذلك نصت المادة 40 من ق.أ.ج على ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل [4].

والفرق بين الفسخ والبطلان يتبين فيما يلي:

إذا كان لكل من الفسخ والبطلان أثر رجعي ، فإن الفسخ يختلف عن البطلان من حيث كون الفسخ جزاء لعدم تنفيذ العقد أو التزام من الالتزامات ، أما البطلان فهو جزاء لعيب من انعقاد العقد.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه رتب الفسخ كجزاء والأصح هو البطلان لأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة (الزواج بالمحرمات) وفي نفس الإطار يستمر المشرع في الخلط بين المصطلحين الفسخ والبطلان ، حيث يعتبر عقد الزواج باطل إذا اشتمل على مانع [5].

---

1 حسين مهداوي ،المرجع نفسه ، ص 82.

2حسين مهداوي، نفس المرجع ، ص 84.

3 عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 02/05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، دار الخلدونية، ط1 ،الجزائر،2007،ص 53.

4 قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق،المادة 44.

5 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، دار النفائس، ط1، القاهرة،1997،ص109.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية ابطال عقد الزواج، ولا على من له الحق في طلب ابطاله ، وكذا الإجراءات الواجب اتباعها ، حيث أنه إذا انعقد الزواج بدون رضا أحد الطرفين ، فإنه يجوز له أو ممن له مصلحة أو طرف النيابة العامة رفع دعوى أمام المحكمة لطلب إبطاله ، على أن يرفق الطلب بكل الأدلة .

ويصدر الحكم الصادر في هذا الشأن حكما تقريريا لما هو قائم شرعا وقانونا [1].

يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحق للقضاء إجبار المرأة غير الراضية به على اتمام إجراءات الزواج [2].

ومنه في حالة تخلف عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدم الركن الأساسي لانعقاده ويكون بالتالي باطلا بطلانا مطلقا ، وهو ما أكده المشرع من خلال أحكام المادة 33 ف 1 :"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا " وما تجدر الاشارة إليه أنه ولانعقاد الزواج لابد أن يكون صادرا من إرادة واعية وجدية ، وبمحض إرادة الطرفين في تقبل العقد وآثاره ، طبقا لأحكام المواد 09 و09 مكرر و10 من ق.أ.ج إلا أنه لم ينص صراحة على حكم الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول هما معا مشوبا بغلط أو تدليس أو اكراه ، بحيث يشترط أن يكون الرضا في هذا العقد غير معيب بعيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس أو اكراه ، فإذا كان معيبا بإحدى هذه العيوب ، كان العقد قابلا للإبطال بطلب من المرأة قبل الدخول وبعده.

فعيوب الإرادة في عقد الزواج تتمثل في الغلط إما في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها ، أو في صفة من صفاته أو في موضوع العقد ذاته.

فإما أن يكون الغلط المانع للإرادة ويتم ذلك في صورتين : كالغلط في ذاتية الشخص وذلك لأن ذاتية الشخص محل اعتبار ، كأن يكون الغلط في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها ، فيكون هذا الزواج باطلا لانعدام تطابق الارادتين في الإيجاب والقبول طبقا لأحكام المادة 33 من ق.أ.ج. وقد يكون الغلط في ماهية العقد كأن يشوب عقد الزواج غلط في موضوع العقد ذاته ، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كانت إرادة الطرفين لا تتجه في إبرام نفس العقد ، كمن يريد الزواج عن طريق ايجابه بينما كان القبول يتجه نحو علاقة حرة ، ومن ثم عدم تطابق الإرادتين .

كما يمكن أن يكون الغلط المفسد للإرادة كأن يكون هذا الغلط في صفة من الصفات الأساسية للمتعاقدين ، كالغلط في الحالة المدنية للشخص ، أو في الصفة الجسمانية أو الصفة الخلقية.

أما بالنسبة للتدليس في عقد الزواج يتمثل في إخفاء العيوب أي كان نوعه أو التغرير باستعمال الحيلة أو الخديعة أو الغش أو الخيانة ، فالمدلس عليه يملك الخيار في فسخ الزواج وطلب التعويض.

---

[1] عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 189.

[2] غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 249128،قرار بتاريخ 2000/07/18،المجلة القضائية،سنة 2003،العدد 02، ص267 .

أما بالنسبة للإكراه في عقد الزواج يتمثل في استعمال ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد حالة من الرهبة أو الخوف ، الأمر الذي يحمله على التعاقد ، ويكون الاكراه ماديا (كالضرب أو العنف مثلا) ، وقد يكون معنويا (أي نفسيا كالتهديد بإيقاع ضرر ما)[1].

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2008/03/12 بقولها : يبطل الزواج بانعدام ركن الرضى ، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على اتمام إجراءات الزواج "[2] .

خلاصة الفصل

يتلخص لنا أن أركان عقد الزواج من حيث عدها و حصرها مختلف فيها بين فقهاء الشريعة الاسلامية والمتفق عليه منها هو ركن الصيغة ، الإيجاب والقبول أي ركن الرضا وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري المستمد من الفقه الاسلامي حيث عد ركن الرضا هو الركن الأساسي والوحيد الذي يقوم عليه عقد الزواج، ويتوقف وجوده عليه لأن عقد الزواج من أهم العقود التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية وكذا القانون الجزائري وميزه عن جميع العقود لما له من أهمية كبيرة في جميع المجتمعات.

حيث ذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل ، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحلون به الدخول ، وكذا المشرع الجزائري تطرق إلى تخلف ركن الرضا في نص المادة 33 من قانون الأسرة ورتب عليه بطلان عقد الزواج.

[1] تشوار جيلالي ، مرجع سابق ، ص ص 36-37.

2 المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار بتاريخ 2008/03/12 ، ملف رقم 415123 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، 2008 ، ص 275.

الفصل الثاني
شروط عقد الزواج و أثر تخلفها

الفـــصـــل الثاني : شروط عقد الزواج و آثار تخلفها

يقوم عقد الزواج على أركان وشروط ،واقتصر جمهور الفقهاء في تحديد أركان الزواج في الايجاب والقبول ، وهو ما أخذ به التعديل الجزئي الجديد وفقا للمادة 09 من ق.أ المعدلة بالأمر 02/05 ،فإن الأركان تنحصر أساسا في الإيجاب و القبول من أحد الطرفين ، وهي الصيغة وهو ركن الرضا ، وماعدا هذا ، فهي شروط لعقد الزواج [1].

ومن خلال هذا الفصل سنعرض الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج، وأثر تخلفها وفق ما هو مقرر في الفقه الاسلامي وما نص عليه المشرع الجزائري من خلال تعديله الجديد لقانون الأسرة الجزائري ، حيث حدد ما يعد ركنا في عقد الزواج و ما يعد شروطا فيه ، حيث حصر الركن الوحيد في عقد الزواج و هو الرضا في المادة 09 أما باقي عناصر عقد الزواج عدها شروطا ، وهو ما جاءت به المادة 09 مكرر.

ومنه سنتطرق إلى شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية في المبحث الأول وفي المبحث الثاني أثر تخلف الشرط على عقد الزواج.

المبحث الأول : شروط عقد الزواج

لقد نظم المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة أركان الزواج ، حيث حدد الركن الأساسي للزواج الذي لا وجود لماهية العقد بدونه ، وهناك شروط أخرى فرض وجودها في عقد الزواج ، وقبل الخوض في شروط عقد الزواج نعرف الشرط لغة واصطلاحا ، فيعرف لغة : أنه العلامة وهو إلزام شيء والتزامه ، وجمعه شروط وأشرط ومنها أشراط الساعة ، أي علاماتها [2]، أما اصطلاحا : فالشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عنه، وليس مؤثرا فيه ، ولا موصلا إليه ، كالوضوء في الصلاة مثلا

أي : لا يلزم من وجود الشرط وجود الحكم أو المشروط ولا عدمه ، ولكن يلزم من عدمه وجود الشرط عدم وجود الحكم أو المشروط [3].

سأتطرق إلى هذه الشروط في الفقه الإسلامي في المطلب الأول أما المطلب الثاني شروط عقد الزواج في التشريع الجزائري.

المطلب الأول : شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية

سأتطرق في هذا المبحث إلى شروط عقد الزواج ، بما جاء به الفقه الاسلامي.

---

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط 6 ، 2012 ،ص 113 .

2 محفوظ بن الصغير ، أحكام الزواج في الفقه و قانون الأسرة ، دار الوعي ، ط 2 ، الجزائر ، 2015 ، ص 131.

[3] عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه و القانون الأسرة ، البصائر الجديدة للنشر والتوزيع ، ط 3، الجزائر ، 2016 ، ص 55 .

الفرع الأول : أهلية الزواج في الفقه الاسلامي

يقصد بالأهلية في الفقه الاسلامي صلاحية الشخص للإلزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق من قبل غيره ، فإذا كان هذا الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له وثبوت الحقوق المشروعة عليه وأهلا لأن يلتزم بحقوق تنشأ أسبابها القولية ، كانت عنده الأهلية بجزأيها ، أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء[1]. وان كان للشخص صلاحية لثبوته الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كانتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير هي أهلية الوجوب [2].

وهي تحديد سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى والفتاة فلم يكن معروفا عند المسلمين الأوائل لعدم ورود نص لا في الكتاب ولا في السنة حوله لذلك كان مسموحا بالزواج دون قيد أو شرط في العمر، ولو كان بعض الفقهاء يقولون بمنعه لغير البالغ لعدم تحقق الغرض المقصود من مثله ، ولذلك قاموا بتحديد أهلية الزواج على أساس الأمارات الطبيعية لشخص بوجود واحدة من هذه الامارات يعتبر الشخص بالغا ومن ثمة أمكنه الزواج ، وهذه الامارات هي الانزال عند الذكر يقظة أو مناما ، وعند الأنثى الحيـــــــــض أو الحمل والاحتلام .

ولكن في حالة ما إذا تأخر ظهور الأمارات فعندئذ حدد الفقهاء أهلية الزواج بسن معينة بحيث قدره جمهور الفقهاء بالخامسة عشر للذكور والإناث.

وعلى هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد زواجه باتفاق الفقهاء ، أما الصبي المميز فينعقد موقوفا على إجازة وليه عند الحنفية ، ويبطل زواجه كسائر العقود عند الجمهور على انه متى وصل سن البلوغ الطبيعي جاز له أن يعقد الزواج بنفسه.

أما فيما يتعلق بالعقل ، فمن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج فيجوز عندهم أن يزوج الولي المجنون و كذا المعتوه ، ولا فرق في الجنون أن يكون أصليا أو طارئا عند الحنفية [3].

ولا يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وأكد صحة الزواج الصغير والمجنون وقد كانت آراء الفقهاء واضحة ، فلم يعينوا للبلوغ سنا ، إذ جعل أبو حنيفة نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية فحددها بخمسة وعشرين سنة (25 سنة) [4].

الفرع الثاني : الصداق في عقد الزواج

أمر القرآن الكريم بإيتاء الزوجات أجورهن ، والأجور هو الصداق والأمر للوجوب ما لم يصرفه عنه صارف.

---

[1] الامام أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ،القاهرة، ب. س ، ص 198.

2 محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، ب.س ، ص 64.

3 يوسفي كهينة و لامي ليلى ، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص ، جامعة عبد الحميد نميرة ، بجاية ، 2012-2013.

4 وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و ادلته ، ج 9 ، دار الفكر ، ط2 ، سنة 1984 ، ص ص 60-65 .

أولا : تعريف الصداق :

أ-لغة : مهر المرأة مهرا ، أي جعل لها مهرا، وأعطاها مهرا [1]، والمهر صداق المرأة والجمع مهور مهورة وفي حديث أم حبيبة : وأمهرها النجاشي من عنده ، ساق لها مهرا وهو الصداق والصداق مأخوذ من الصدق ، وهو الشديد الصلب ، لأنه أشد الأعواض ثبوتا فإنه لا يسقط بالتراضي [2].

ب-اصطلاحا : عرف الفقهاء المهر بتعريفات عدة منها

***الحنفية** : اسم للمال الذي يجب لعقد النكاح على الزواج في مقابلة البعض إما بالتسوية أو بالعقد.

***الشافعية :** ما وجب بنكاح أو وطء.

***المالكية** : ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها .

***الحنابلة** : العوض المسمى في عقد النكاح أو المسمى بعده [3].

ثانيا : أنواعه : وهو نوعان

أ- المهر المسمى : وهو ما اتفق عليه العاقدان وقت العقد أو الفرض للزوجة بالتراضي بعد العقد وهذا المهر المسمى بنوعين ، يكون الواجب للزوجة ، إذا تم 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 المهر المسمى من غير توقف هذا الدخول هو في العقد الصحيح أم العقد الفاسد فلا يجب بمجرده شيء ولو كانت التسمية صحيحة غير انه إذا دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا ، فإنه يجب لها على الأقل من المهر المسمى ومهر المثل [4].

ب-مهر المثل : هو مهر امرأة من أقارب أبيها، كالأخوات والعمات وبنات الأعمام ولا يعتبر بأمها وخالتها ، إلا إذا كانت من قبل إليها 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.

وإن لم توجد من تماثل في صفتها من أقارب أبيها ، اعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثل أسرة أبيها في المكانة والمنزلة الاجتماعية ، وعندما يراد إثبات مثل أسرة يشترط

1 ابن منظور ،لسان العرب ، المجلد الأول ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، بيروت ، 2005 ،ص 184 .
2 فوزية أبو الحاجي و غنية غوناي ، الأحكام القانونية لانعقاد الزواج، مذكرة ماستر حقوق تخصص أحوال شخصية ، جامعة جيلالي بونعامة، خميس مليانة ، 2015/2014 ، ص 47.
3 البشير كوثر ، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،تخصص قانون خاص معمق ،2017-2018 ، ص 18.
4 لبشير كوثر ، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع السابق ، ص 18.

إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول بأن يقولا " **نشهد بأن مهر مثلها مثل أقارب أبيها وقد تزوجت بهذا المبلغ** " [1].

ثالثا : شروط الصداق : عدد فقهاء الشريعة شروط الصداق في:

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

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

-أن يكون معلوما غير مجهول [2].

-أن يكون طاهرا لا نجس فيه إذ يقع بالنجس تقويم شرعا كالخمر.

-أن يكون منتفع به شرعا إذ غير المنتفع به لا يقع فيه تقويم كأنه لهو مثلا : فلا يصح دفعها صداقا.

-أن يكون مقدورا على تسليمه [3].

رابعا : مقدار الصداق:

لم تجعل الشريعة حدا لقلته ، ولا لكثرته ، إذ الناس يختلفون في الغنى والفقر ويتفاوتون في السعة والضيق ، ولكل جهة عاداتها وتقاليدها ، فتركت التحديد ليعطي كل واحد على قدر طاقته ، وحسب حالته ، و كل النصوص جاءت تشير إلى أن المهر لا يشترط فيه إلا أن يكون شيئا له قيمة ، بغض النظر عن القلة والكثرة ، فيجوز أن يكون خاتما من حديد أو قدحا من تمر أو تعليما لكتاب الله ، وما شابه ذلك [4].

ثم إن المغالاة في المهور تعطي كثيرا من الشبان فرصة التعلل والإكثار من الأعذار فيسهل عليهم العدول عن الزواج ، وفي ذلك من المفاسد العظيمة ما لا يخفى ضرره [5].

خامسا : الاختلاف في تسمية المهر وعدم تسميته:

اختلف الفقهاء في كيفية فصل النزاع في هذا الموضوع بين التسمية وعدم التسمية.

أ-قال الحنفية:

إذا كان الاختلاف في حال حياة الزوجين ، وحلف مذكر التسمية فيجب مهر المثل باتفاق أئمة الحنفية ، وإن كان بعد الطلاق ، قبل الدخول تجب المتعة باتفاقاتهم أيضا وإذا وقع الاختلاف بعد موت أحد الزوجين فهو كالاختلاف في حال حياة الزوجين ، فمن كان القول له ولو كان حيا يكون القول لورثته فيحكموا بالمسمى إن ثبت ويمهر المثل إن لم يثبت.

ب-قال المالكية:

---

[1] لبشير كوثر ، مرجع سابق ، ص 19.

2 يوسفي كهينة و ولامي ليلى ، مرجع سابق ، ص 36.

3 عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 133 .

[4] أحمد عبد العال الطهطاوي ، شرح كتاب النكاح ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ،القاهرة، 2005، ص 50 .

5 أحمد عبد العال الطهطاوي ،نفس المرجع ، ص 164.

إن قام المدعي البينة على ما يدعيه قضى له بما ادعى وإن لم يقم البينة، كان القول قول من يشهد له العرف في التسمية و عدمها مع يمينه.

ج-قال الحنابلة:

إن اختلف الزوجان أو ورثته أو أحدهما وولى الآخر أو ورثته في تسمية المهر فقال لم نسم وقالت سمي لي مهر المثل، فالقول قول الزوج بيمينه.

د-قال الشافعية:

لو أذنت المرأة تسميته ، فأذكر زوجها قائلا لم تقع التسمية ولم يدع تفويضا تخالف في الأصح لأن حاصلة الاختلاف في قدر المهر [1].

سادسا : تعجل المهر وتأجيله

ذهب الجمهور إلى أنه لا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول ، بل يجوز تأخير بعضه أو كله إلى ما بعد الدخول ، ويشترط أن لا يكون مجهولا جهالة فاحشة وعند عدم النص في العقد على تأجيل أو التعجيل فإن العرف الجاري في البلاد هو الذي يتبع ويسقط الأجل المعين في العقد باستحقاق المهر بالطلاق أو الوفاة.

ويذهب المالكية إلى كراهية تأجيل الصداق شرط من شروط الزواج فإن وقع شيء منه مؤخرا فلا يجوز أن يطول الأجل ، حتى لا يتعذر الناس إلى الزواج بدون صداق ويرى المالكية أنه لا يصح تأجيل الصداق إذا كان معينا ولو يشترط قبضه بعد الدخول وأن الاجل في غير المعين إذا كان مجهولا بفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعد الدخول[2].

سابعا : مؤكدات المهر و مسقطاته:

أ-مؤكدات المهر:

المقصود من تأكيد المهر بعد وجوبه أن يكون دنيا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الابرام ومؤكدات المهر ثلاثة:

*الدخول الحقيقي للزوجة : إذ دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا تأكد وجوب المهر عليه ، لأنه يكون قد استوفى حقه فيتقرر حق الزوجة في المهر.

*الخلوة الصحيحة : وهي أن يجتمع الزوجان وحدهما .

*موت أحد الزوجين : إذا مات أحد الزوجين ولو قبل الدخول والخلوة الصحيحة تأكد وجوب الزوج وذلك لأن المهر وجب بنفس العقد ، والعقد لا يفسخ بالموت وإنما ينتهي به،والشيء بانتهائه تتقرر أحكامه التي يمكن تقريرها ومنها المهر [3].

---

[1] وهيبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي وأدلته الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية ،ج7 ، دار الفكر ، ط 3 ،ص ص307-308.

2 عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 143.

3 أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الشريعة،الدار الجامعية ، د.ط ، د.س ، ص 210.

ب-مسقطات المهر:

*مسقطات جميع المهر : يسقط جميع المهر إذا حصلت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات التالية:

1-أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة لسبب من جهة الزوجة ، كأن تأبى الدخول في الإسلام أو أن تفسخ العقد قبل الدخول والخلوة الصحيحة لوجود خيار فسخ العقد بالبلوغ أو العتق.

2-أن تقع الفرقة بين الزوجين من جهة الزوج لعيب أو علة في الزوجة فإنه يسقط جميع المهر.

3-أن تقع الفرقة بين الزوجين لعيب أو علة في الزوج.

4-أن تقع الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة من جهة الزوجة بسبب عدم كفاءة الزوج ، كأن يزوجها وليها ، ثم تعلم بالزواج ، فتطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج.

5-أن تقع الفرقة بين الزوجين قبيل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب خيار البلوغ أو الإعاقة من الجنون ، كما لو زوج غير الأب أو الجد من له ولاية الإجبار عليه واختيار الزوج نفسه قبل الدخول عند زوال سبب الحجر عليه.

*مسقطات بعض المهر: تستحق الزوجة نصف المهر في الحالات التالية:

1-الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

2-إذا وقعت الفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما من قبل الزوج سواء كان الطلاق أم فسخا من ذلك:

-الإيلاء : بأن يحلف عدم قربان زوجته أربعة أشهر أو أكثر و تمضي هذه المدة.

-اللعان : وهي اتهام الزوج لزوجته بالزنا وليس لديه بينة ، فيلاعن القاضي بينهما ويعد تفريق القاضي بينهما طلاقا.

-الردة : وهي الخروج عن الإسلام ويعد فسخا.

-إباء الزوج الذي أسلمت زوجته أن يسلم بعد عرض الإسلام عليه ، ويعد فسخا.

-فعل الزوج ما يوجبه حرمة المصاهرة كالزنا بأم امرأته أو بنته [1] .

الفرع الثالث : الولي كشرط في عقد الزواج

أولا : تعريف الولاية:

[1] البشير كوثر ، مرجع سابق ، ص ص 20-21.

أ-لغة : الولاية لغة بكسر الواو و هي النصرة و المحبة و منه قوله تعالى:" و من يتول الله و رسوله و الذين آمنوا فان حزب الله هم الغالبون " [1].

والولي هو الناصر والمحب والمعين ، كما تأتي بمعنى القائم بأمر الشخص المتولي لشؤونه [2]، ويسمى متولى العقد ، والولي ضده العدو والولي المالك نقول ولي يتيم أو قتيل بمعنى المالك أمرهما وولي المرأة الذي يلي عقدهما عند الزواج.

ب-اصطلاحا : الولي هو القريب الذي ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه كالمرأة والصغير والمجنون [3]، أما الشافعية فعرفوا الولي بأنه "من له على المرأة ملك ، أو بنوة أو أبوة ، أو تعصيب أو ولاء أو كفالة أو سلطة ، أو ذو إسلام ".

ثانيا : شروط الولي: لابد من توافر شروط في الولي حتى تكون ولايته صحيحة جائز النكاح بها و هي:

أ-شرط الإسلام : لا تصح ولاية غير المسلم على المسلم ، كما لا تصح ولاية المسلم على غير المسلم ،لأنه لا توارث بينهما [4].

ب-شرط العقل : هذا الشرط كما هو معروف هو مناط التكليف ، وفاقد العقل لا ولاية له على نفسه فكيف يكون له ولاية على غيره ، جاء في المعنى "فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنها تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى " [5].

ج-شرط البلوغ : فلا يصح لمن كان محتاجا إلى من يقوم بأمره أن يتولى أمر غيره[6].

د-شرط الرشد : اشتراط الرشد في الولي خشية ألا يختار لها الكفء ، فالفاسق ليس بمرشد ولا يصلح وليا [7].

ه-شرط الحرية : لا تثبت الولاية لمن به رق لأن العبد لا تثبت له ولاية على نفسه فلا تثبت له ولاية على غيره بالأولى [8].

الفرع الرابع : الشاهدان:

يعد شرط الشهادة ذا أهمية بالغة في عقد الزواج ولأن الاشهاد من إعلان النكاح مطلوب لخطورة هذا العقد ، اشترطت الشهادة فيه لئلا يكون فيه جحود من أحد الزوجين فيضيع نسب الأولاد وحقوقهم لذا فرضته الشريعة الاسلامية.

---

[1] سورة المائدة الآية 56.
2 ابن المنظور، مرجع سابق ، ص 407.
3 عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق ، ص 117.
4عبد الجليل علي ، أحكام الأسرة الشرعية ، الاشعاع الفنية ،د.ط ،الجزائر،2001 ، ص 44.
[5] نضال محمد أبو سنينة ،الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية،دار الثقافة ، عمان ، ط 1 ، 2011، ص ص 305-306.
6 عبد الجليل احمد علي ، مرجع سابق ، ص 45.
7 عبد الجليل احمد علي ،نفس المرجع ، ص 138.
8 محمد رأفت عثمان ، عقد الزواج أركانه و شروط صحته في الفقه الاسلامي ، د.ط ، د.س ، ص 227.

أولا : تعريف الشهادة:

أ-لغة : الشهادة مشتقة من شهد ، يشهد شهادة ، وهو بمعنى الحضور.

ب-اصطلاحا : إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر الشهادة مأخوذة من المشاهدة وهي أن يخبر الإنسان بما رأى أو أدرك بأحد حواسه وتعد من وسائل الإثبات والبيانات عند وصول التناكر والتجاحد.

فتعتبر الشهادة شرطا أساسيا في عقد الزواج لا خلاف فيها عند جمهور الفقهاء لتعلق عقد الزواج بحقوق الزوجين ، وما يترتب عليه من آثار ذات صلة وثيقة بالمجتمع.

والحكمة من اشتراط الشهادة ، هي إبراز أهمية عقد الزواج وإظهار أمره بين الناس حتى يتميز الحلال من الحرام ، كما أنه يوثق ما لم يكن موثقا [1].

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الشهود : الشروط التي اتفق عليها جمهور الفقهاء:

أ-العقل : يجب أن يكون الشاهد عاقلا باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز.

ب-التعدد : اتفق الفقهاء على عدم صحة الزواج بشهادة واحد.

ج-البلوغ : وجد هذا الشرط لأن حضور الصبي الغير بالغ في عقد الزواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزواج وخطورته وهو ليس أهلا للولاية على نفسه وبالتالي من الأجدر أن لا يكون وليا على غيره بالشهادة.

د-الإسلام : اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجان مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن اختلوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء اشترطوا أن يكون الشاهدين مسلمين.

ه-سماع الشهود كلام المتعاقدين و فهم المراد منه : أي لا تصح شهادة نائمين أو أصمين ، أو مثلا من لا يفهم اللغة العربية إذا تم العقد باللغة العربية.

ثالثا : الشروط غير المتفق عليها:

أ-ذكورة الشهود : اعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج ولا تصح شهادة الأنثى مستدلين على رأيهم هذا بأنه جرت السنة إلى أنه لا يجوز شهادة النساء في حدود النكاح و الطلاق [2]. في حين الحنفية أجازوا شهادة رجل وامرأتين .

ب-العدالة : ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الشهود العدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط في حين أبو حنيفة لم يشترطها.

ت-الحرية : اشترط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود واعتبروا أن شهادة العقد عدلا و ثقة وهذا الشرط لو يعد محل في وقتنا الحالي باعتبار العبودية زالت.

1 ابن منظور ، مرجع سابق، ص 259.
2 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 74.

ث-البصر : هذا الشرط اشترطه الشافعية أما جمهور الفقهاء فلم يأخذوا به وتصح عندهم شهادة الأعمى لأنه ما يشترط لديهم فقط سماع العاقدين و تمييز صوتهما [1].

الفرع الخامس :انعدام الموانع الشرعية كشرط في عقد الزواج : أقسام المحرمات من النساء و تنقسم موانع الزواج بحسب القرآن الكريم و السنة النبوية إلى نوعين وهما : موانع مؤبدة و موانع مؤقتة.

أولا : المحرمات تحريما مؤبدا : والمحرمات مؤبدا هي كل امرأة حرمت على الرجل بسبب : (النسب ، المصاهرة ، الرضاع) [2].

أ-المحرمات بالنسب(القرابة) : القرابة هي اتصال في عمود النسب ، تثبت حقيقة بواقعة الولادة ، وتثبت شرعا بالعقد الصحيح و صورها كثيرة منها [3]:

***أصوله** أي أمه وأم أمه وأم أبيه وإن علت لأن لفظ الأم معناه الأصل فيشمل الجميع.

***فروعه** أي بنت وبنت بنته وبنت أبيه وإن سفلت لأن لفظ البنت معناه الفرع فيشمل الجميع [4].

***فروع الأبوين أو أحدهما** ، إن بعدت درجتهن ، وهن الأخوات مطلقا ، أي سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم ، وبنات الأخوة والأخوات وبنات أولاد الأخوة والأخوات مهما نزلن [5].

***فروع أجداده وفروع جداته** إذا انفصلن بدرجة واحدة فيحرم عليه عماته وخالاته وعمات أبيه وعمات أمه وخالات أبيه وخالات أمه وهكذا.

ب-المحرمات بالمصاهرة : وأما المحرمات بسبب المصاهرة فأربعة أصناف أيضا[6] :

***زوجة الأصل** وهو الأب والجد وإن علا سواء كان الجد من جهة الأب أم كان من جهة الأم وسواء دخل الأصل بها أو لم يدخل ، فبمجرد العقد يثبت التحريم [7].

***فروع زوجته مهما نزلن** ، فيحرم عليه الزواج ببنت زوجته وبنت ابنها وبنت بنتها والربيبة وهي بنت زوجة الرجل من غيره ، ولفظ الربائب يدخل فيه أيضا بنت بنتها وبنت ابنها [8].

1 وهبة الزحلي، مرجع سابق ، ص 75-76.
2 محمد رأفت عثمان ، مرجع سابق ، ص 125.
3 محمد كمال الدين، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، نشأة المعارف ، مصر ، د.ط ، د.س ، ص 141.
4 عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، دار القلم ،الكويت ، ط 2، 1990، ص 45.
5 أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 137.
6 أحمد فراج حسين ،نفس المرجع ، ص 139.
7 ابن تيمية تقي الدين ، أحكام الزواج ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، لبنان ، 1988 ، ص 67.
8 زكريا البري ، بداية المجتهد في أحكام الأسرة الاسلامية ،ج1 ، د.ط ، د.س ، ص 63.

***الزوجة وجداتها وإن علون** ، فمتى عقد الرجل على امرأة صارت أمها وجداتها حراما عليه بمجرد العقد ، وإن لم يدخل بها سواء كانت جداتها من قبل الأم أم من قبل الأب [1].

***زوجة فروعه مهما نزلن** ، يحرم عليه التزوج بزوجة ابنه أو ابن ابنه أو ابن بنته ويطلق عليها لفظ الحليلة وهي الزوجة بمجرد العقد عليها دخل بها الفرع أو لم يدخل [2]. والحكمة من تحريم من حرم بسبب المصاهرة أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة أوجدت علاقة متينة ورابطة قوية بين الرجل وهؤلاء النسوة تعادل علاقة القرابة ، ومن ثم تضحى أم الزوجة أو زوجة الأب في منزلة الأم ، كما وأن بنت الزوجة أو زوجة الابن في منزلة البنت ويحرم الزواج بهن [3].

ج-المحرمات بالرضاع : الرضاع هو: مص الرضيع اللبن من ثدي امرأة آدمية في زمان مخصوص [4].

أما بالنسبة للمقدار المحرم فقد ذهب أبو حنيفة ومالك إلى أنه لا حد للمقدار المحرم من الرضاع ، فلو رضع الطفل مرة واحدة حرمت عليه تلك المرأة [5].

وعلى هذا فالمحرمات بسبب الرضاع ثمانية ، إذ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة [6].

***أصول الشخص من الرضاعة** ، فيحرم عليه الزواج بأمه التي أرضعته ، وجدته الرضاعية مهما علت ومن أي جهة كانت ، كما هو الحال في الأم النسبية والجدة النسبية.

***فروع الشخص من الرضاعة** ، فيحرم عليه الزواج ببنته من الرضاع وبنت ابنه من الرضاع وبنت بنته من الرضاع مهما نزلت .

***فروع الأبوين من الرضاع** ، فيحرم عليه الزواج بأخته من الرضاع ، و بنت أخته من الرضاع مهما نزلت، وبنت أخيه كذلك ، سواء كانت الاخوة لأبوين أو لأب أو لأم [7].

***الأم الرضاعية لزوجته وأمها وإن علت** ، فإذا كان لرجل زوجة قد رضعت في طفولتها من امرأة ، كانت أما لها من الرضاع فيحرم عليه الزواج بها وبأمها وإن علت سواء دخل بها أو لم يدخل بها .

***بنت الزوجة من الرضاع** وهي من كانت الزوجة قد أرضعتها قبل أن تتزوج بالرجل وبنات بناتها وبنات أبنائها ، بشرط أن تكون زوجته دخل بها [1].

---

1 محمد بن صالح العثيمين ، الزواج مجموعة أسئلة في أحكامه ، دار الوعي ، د.ط ، السعودية ، 1992 ، ص 25.

2 عبد الجليل أحمد علي ، مرجع سابق ، ص 36.

3 عبد الجليل أحمد علي ، المرجع السابق ، ص 63.

4 محمود علي سرطاوي ، فقه الأحوال الشخصية(الزواج والطلاق)، دار الفكر، عمان، ط 1، 2008 ، ص 76.

5 عمر سليمان ، مرجع سابق، ص 246.

6 محمود علي سرطاوي ، مرجع سابق ، ص 76.

7زكريا البري، مرجع سابق ، ص 66.

***زوجة الأب والجد من الرضاع** سواء دخل الأب أو الجد أم لم يدخل فالطفل إذا رضع من زوجة رجل وكان هذا اللبن سببه ذلك الرجل فإنه يكون أبا لهذا الطفل من الرضاع فتحرم زوجة هذا الأب كما يحرم الزواج بزوجة الأب من النسب.

***زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع** فإذا رضع طفل من زوجة رجل كان ابنا لهذا الرجل من الرضاع فيحرم عليه زوجة هذا الابن وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن ابنته [2].

والحكمة من التحريم بسبب الرضاع تتمثل في المكانة السامية للمرضعة، والتي تجعلها قريبة من الام النسبية ، وفي ذلك فائدة جليلة مفادها أن التشجيع على الارضاع فيه تعويض للأطفال الذين ليس لهم أمهات ترضعهم ، وتعويض للأمهات اللواتي فقدن أبناءهن [3].

ثانيا : المحرمات تحريما مؤقتا:

وهن المحرمات تحريما مؤقتا فيبقى التحريم ما بقي سببه، فإن زال السبب زال التحريم وكان الحل وهن :

أ-زوجة الغير ومعتدته : يحرم على المسلم أن يتزوج بامرأة هي زوجة غيره أو معتدته ، فإذا كانت المرأة متزوجة بغيره قائمة حقيقية بأن لم تقع بينهما فرقة بأي سبب أو قائمة حكما بأن كانت في العدة بعد الفرقة فإنه يحرم عليه التزوج بها. ولكن إذا انقطعت هذه الزوجية بتاتا بأن طلقت الزوجة أو مات عنها زوجها وانقضت عدتها فإن التحريم يزول لزوال سببه .

ب-المطلقة ثلاثا : من طلق زوجته ثلاث تطليقات فقد استنفذ ما يملكه من عدد طلقاتها وبانت من بينونة كبرى وصارت لا تحل له إلا إذا انقضت عدتها منه ثم تزوجها زوج وفارقها هذا الآخر بعد أن دخل بها وانقضت عدتها وحينئذ يحل لمطلقها الأول أن يتزوجها ثانيا [4].

ج-الجمع بين المحارم : كالجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو الجمع بين اختين وذهب زفر إلى حرمة الجمع بين المرأة وزوجة أبيها أو ابنها عند الجمهور هو أن كل امرأتين بينهما علاقة محرمة بحيث لو فرضت كل واحدة منهما ذكرا حرمت عليه الاخرى[5].

د-من لا تدين بدين سماوي : لا يحل للمسلم أن يتزوج بمشركة ولا شيوعية أو بوذية أو وثنية ، لأنه ليس لهن كتاب سماوي معروف ، ومما لا خلاف فيه أن الأولى

---

1 أحمد فراج حسين ، مرجع سابق ، ص 152.

2رمضان السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، منشورات الكلبي، د.ط ، الاسكندرية ، ص 83.

3 محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ص83-84 .

4 عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم ، ط2 ، الكويت ، 1990 ، ص ص54-55.

5 محمود علي السرطاوي ، مرجع سابق ، ص 79.

بالمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة ، لأنه أدوم للعشرة بينهما وللمحافظة على تربية أبنائها على الاسلام [1].

المطلب الثاني : شروط عقد الزواج في التشريع الجزائري

حدد المشرع الجزائري الشروط الخاصة بعقد الزواج في قانون الأسرة وحصرها في الأهلية ، الصداق ، الولي والخلو من الموانع الشرعية ولا يقوم العقد إلا بها.

الفرع الأول : أهلية الزواج

حصر قانون الأسرة أهلية الزواج بسن الرشد 19 سنة كاملة فجعل أهلية عقد الزواج نفس أهلية سن الرشد.

المفهوم القانوني للأهلية : لقد حددها قانون الأسرة الجزائري في المادة 07 بواحد وعشرين سنة (21 سنة) بالنسبة للرجل ، والمرأة بتمام الثامنة عشر (18 سنة) بموجب القانون 84-11 [2].

1 محمود علي السرطاوي ،نفس المرجع ، ص 80.
2 قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، المادة 07.

ولكن قانون الأسرة هذا المعدل بموجب الأمر 05-02 ، فلقد نص في المادة السابقة منه المعدلة على أن أهلية الزواج تكتمل بالنسبة للرجل والمرأة بسن التاسعة عشر(19 سنة).

وما تجدر ملاحظته بشأن تحديد سن الزواج الوارد في التعديل ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج ، وهي مساواة شكلية أكثر منها جوهرية خاصة إذا علمنا جميعا أن المشكلة التي يشكو منها المجتمع الجزائري ليست مشكلة الزواج المبكر بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة البطالة بالنسبة للرجل [1].

الفرع الثاني : الصداق كشرط في عقد الزواج:

نصت المادة 14 من ق.أ.ج على أن :"الصداق هو ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " [2].

وقد ذكر المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الصداق وفق ما دلت عليه المادة 14 من ق.أ.ج:

-الصداق قد يكون نقودا أو غيرها من التمويلات.

-أن يكون مباحا شرعا ، أي لا بد من توافر الشروط الشرعية التي ذكرها الفقهاء حتى يكون الصداق صحيحا.

-ثبوت ملكية المرأة للمال عن طريق الصداق وحرية التصرف فيه، لأن حرية التصرف في المال فرع عن تمام الملكية [3].

أ-مقدار الصداق : لم يجعل المشرع للصداق حدا معينا ينتهي إليه أقل الصداق ولا أكثره ، بل ترك ذلك لتراضي الطرفين ، فكل ما اتفقا عليه يصلح أن يكون مهرا [4] آخذا بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، وفقا للمادة 14 من ق.أ.ج التي جاءت مطلقة في هذا الشأن ، حيث يفهم من عبارة **"ما يدفع نحله للزوجة من نقود و نحوها "**.

ولقد كرست هذه الحالة في التطبيقات القضائية وكمثال على ذلك نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 16 أكتوبر 1993 تحت رقم 96801 الذي جاء فيه **"من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق..."** [5]،وكذا

1 عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ، ص 25.
2 قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، المادة 14.
3 عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 155.
4 عبد القادر داودي ،نفس المرجع ، ص 163.
5 قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 96801 مؤرخ في 1993/10/16،مجلة قضائية عدد خاص،سنة 2001 ،ص 266.

القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 24 سبتمبر 1994 تحت رقم 143725 الذي جاء فيه" من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق ..." [1].

وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري يتماشى مع التشريع و روح التيسير ورفع الحرج ، بما يتناسب و جميع طبقات المجتمع ، و لا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق [2].

ب-أنواع الصداق :

***الصداق المسمى :** المادة 15 فـ1 من ق.أ.ج "يحدد الصداق في العقد سواء كان عاجلا أو مؤجلا "، ما يفهم من عبارة يحدد أنه يجوز تسمية المهر بعد إبرام العقد [3].

***صداق المثل :** يرى المشرع الجزائري أنه يطبق صداق المثل متى لم يتفق في العقد على تحديد الصداق طبقا للمادة 15 من ق.أ.ج ، أو عند ابرام العقد بدون صداق وهذا ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 33 فـ2 من ق.أ.ج " ...و يثبت بعد الدخول بصداق المثل " حيث قررت استحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها بدون صداق [4].

***موقف المشرع الجزائري:**

1-الاختلاف في قبض المهر:

إذا اختلف الزوجان في قبض معجل الصداق كله أو بعضه ووقع الخلاف بعد الدخول بها وجب على الزوج إثبات ما يدعيه ، فإن أقام بينة على دعواه حكم عليه بما ادعاه وإن عجز عن إقامة البينة كان القول قول الزوجة [5].

2-الاختلاف حول صداق السر والعلن:

إذا كان الاختلاف بين الزوجين صريحا على أن صداق العلن هو صوري اتخذ للشهرة والسمعة فلا عبرة ويطالب الزوج بصداق السر ، أما في حالة النزاع حيث تمسك

---

[1] قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 143725 مؤرخ في 1996/09/24،مجلة قضائية عدد خاص،سنة 2001 ،ص 269 .

2 محفوظ بن الصغير ، مرجع سابق ، ص 148.
3 محفوظ بن الصغير ،نفس المرجع ، ص 150.
4 محفوظ بن الصغير ،نفس المرجع ، ص 151-152.
[5] عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 140.

بصداق السر وتمسكت الزوجة بصداق العلن فالقول قول الزوج ويلزم الزوج بدفع صداق المعلن عليه لأنه الشيء الذي يشهد له الظاهر [1].

ج-تعجيل المهر وتأجيله:

أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية حيث نصت المادة 15 "**يحدد الصداق في العقد سواءا كان مؤجلا أو معجلا** "، وكما جاء في نص المادة 16 "**تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول و بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول** " [2].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في ملف رقم 92714 قرار بتاريخ 1993/07/13 من المقرر قانون، ولا تستحق المرأة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول ولما ثبت في قضية الحال أن .... هي التي عدلت عن اتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعن متعلق بأحقيتها في نصف الصداق وإنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن [3].

الفرع الثالث : الولي : الولاية هي الشرط الثالث من شروط عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 من ق.أ.ج [4].

في الاصطلاح القانوني : الولاية هي سلطة شرعية تجعل تصرف الانسان نافذا شرعا، وهي تشمل سلالة التزويج و التربية و التعليم و غيرها من الحقوق الشخصية.

أولا أقسام الولي : يشترط في الولي أربعة شروط بحيث لو فقد واحدة منها لم يكن له الحق في الولاية وهي : أن يكون

*بالغا ، فلا يجوز ولاية الصبي مميزا كان أو غير مميز.

*عاقلا ، لا يجوز ولاية المجنون والمعتوه.

*حرا ، لا يجوز ولاية العبد مطلقا.

*مرافقا للولي عليه في الدين ، فلا يجوز ولاية غير المسلم على المسلم [5].

ثانيا : أحكام الولاية:

حسب نص المادة 09 من ق.أ.ج من الأمر رقم 02/05 فإن الولي شرط أساسي في عقد الزواج كما أنه أكد ذلك في المادة 11 من الأمر رقم 02/05 [1].

---

1 بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق.أ.ج ، مرجع سابق ، ص 114.

2 بلحاج العربي ،نفس المرجع ، ص 106.

3 المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1995 ، ص 128.

4 قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، المادة 09.

5 سعادي ليلى ، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة اطروحة دكتورة ، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة ، كلية الحقوق سنة 2014 -2015 ، ص 90.

وفي هذه المادة المعدلة أسند المشرع الجزائري مباشرة أمر الزواج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة الأصلية بهذا القانون ، أي كان قبل التعديل

من يبرم زواج المرأة وليها وهو يتولى تزويجها وأما عند تعديل هذه المادة أصبحت المرأة الراشدة هي من تبرم عقد زواجها ، أي أن المشرع أعطى لها الولاية شأنها شأن الرجل وهذا رأي الأحناف [2].

كما أن المشرع في هذه المادة وسع من دائرة الولي بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون ولي لها.

وهذا التوسع جاء مطلقا فلم يقيده المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذي قربى عموما ، إضافة إلى ذلك فقد نص المشرع في المادة 13 من ق.أ.ج أنه " **لا يجوز للولي أي ...، أن يزوجها بدون موافقتها** " [3].

أي أن المرأة القاصر تبقى تحت الولاية والمشرع اشترط حضور الولي وأصبح حضوره حضور شرفي.

ولقد انتقد المشرع أثناء تعديله للمادة 11 من ق.أ.ج وقد وفق في تعديله لأن التعديل ليس من تلقاء الدولة وإنا نتيجة ضغوطات سياسية خارجية أي الدول الحاكمة تحت حجة إطار حرية المرأة.

ومن جهة أخرى كان مجبر على التعديل الذي نص عليه ليواجه المجتمع الدولي وحافظ على مبادئ الشريعة الإسلامية بعدم تطبيقه لهذه المادة أي لم تلقى أي تطبيق في المجتمع .

ثالثا : الولاية على النفس:

وهي سلطة إنشاء عقد الزواج ، لأن ولاية التزويج جزء من الولاية على النفس وهي نوعان:

أ-ولاية القاصرة:

وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وهذه الولاية مرتبطة بأهلية الأداء كاملة كانت له ولاية قاصرة على نفسه.

ب-ولاية متعدية:

وهي سلطة تزويج الإنسان غير مجبرا عنه، أو هي سلطة الشخص في إنشاء عقد الزواج لغيره. وقد تكون ولاية عامة كالولاية التي تثبت للقاضي على الصغير ومن في

---

1 نفس المرجع ، المادة 11.

2 بوزيد خالد ، محاضرات الزواج و الطلاق ، ص 32.

3 عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ،ص ص 68-69.

حكمه ، وقد تكون ولاية خاصة تثبت للأب أو الجد وبمقتضاها يكون لهذا الولي حق تزويج هذا الصغير ومن في حكمه [1].

وهي تثبت للولي الذي يقوم بتزويج من تحت ولايته المرأة ولو كانت راشدة ولا تزوج نفسها بنفسها.

رابعا : ترتيب الأولياء:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يتبع نهجا معينا في مسألة من هم أحق بهذه الولاية على أساس سن المرأة الراغبة في الزواج ما إن كانت بالغة أو قاصرة أي لم تبلغ السن القانوني.

أ-ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة:

1-قرابة الأبوة :

وهي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته عليها وهنا حصر القانون الولاية في الأب فقط ، ويفهم من ذلك أنه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل التعديل ، ويستنتج هذا من مسألة الترتيب حسب مفهوم النص القانوني.

2-القرابة:

يفهم من نية المشرع أنه ترك الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة من يكون لها وليا في عقد زواجها وبهذا المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج [2].

3-الولي المختار:

في حالة اختار الأب أو أحد الأقارب ، حول المشرع الحق للمرأة في اختيار الولي ، وبهذا يكون خول لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عليها لهذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة في مسألة اختيار الولي .

ب-ترتيب الولاية للبنت القاصر:

1-الأبوة :

وهي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها لممارسة ولايته على المولى عليها سواء كان الأب أو الجد وإن علا ، لأن الأب والجد لا فرق بينهما من حيث الشفقة على الفروع غير أن الأولوية للأب عند وجوده فإن لم يكن موجودا فالجد إلا بسقوط أحد شروطها وهي :

---

[1] سعادي ليلى ، مرجع سابق ، ص 50.

[2] فوزية بوحاجي وغنية عوناي ، مرجع سابق ، ص 57-58.

*عجز الولي عن القيام بهذه الولاية.

*الحجر عليه لانعدام الأهلية ، وتوفر سبب الحجر بسفاهة أو جنون.

*سقوطها بقوة القانون عند الوفاة سواء كانت الوفاة حقيقة أو حكما.

2-الأخوة:

هذه القرابة تؤهل أصحابها للحصول على الولاية إذا تعذرت قرابة الأبوة ومن تثبت للأخوة فإنها تكون حقا للقرابة القوية على القرابة الضعيفة ، فتقدم قرابة الأخ الشقيق على قرابة الأخ لأب ، وتقدم هذه الأخيرة على قرابة الأخ لأم وفق المادة 154 من ق.أ.ج وهذا ما تقره قاعدة الأقرب تحجب الأبعد [1].

3-العمومة:

العم الشقيق أم العم لأب ، حيث له الحق في تولي من لم يكن لها واحد مما ذكروا لأنه من العصبة ، وهو من يليه في المرتبة يسمون بالحاشية البعيدة وذلك مقابلة اهم بالحاشية القريبة ، وهم الأخوة الأشقاء أو الأب وأبنائهم.

4-أبناء الأعمام:

أشقاء كانوا أولا بالقرب منهم ، فالأقرب والشقيق يقدم على الذي لأب وفق القول بالتعصيب في الميراث.

5-الكافل:

ويكون في مرتبة بعد انعدام من ذكروا سابقا.

6-القاضي:

وهو ولي من لا ولي له ، فإن الولي من كانت تحت ولايته في الزواج أو لم يكن لها ولي أصلا ، فالقاضي من حقه أن يزوجها باعتباره ولاية عامة [2].

الفرع الرابع : الشاهدان:

يعتبر المشرع الجزائري الشهادة شرطا أساسيا في عقد الزواج و هذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من ق.أ.ج والمادة 33 ف 2 ، فتناول المشرع أثر تخلف الإشهاد في العقد دون التطرق إلى تعريفه.

أولا : الشروط الواجب توافرها في الشهود:

---

[1] عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات باجي مختار ، ط1 ، عنابة ، 2006 ، ،ص ص 147-148.

[2] محمد محدة ، الخطبة و الزواج ، دار الشهاب ، ط2 ،الجزائر، 2000 ، ص 246.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم و هذا ما يجعلنا و وفقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة وأوجبوا توافرها في الشهود [1].

يشترط في الشاهدين ما يلي:

أ-العقل : يجب أن يكون الشاهد عاقلا باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود.

ب-البلوغ : وجد هذا الشرط لأن حضور الصبي الغير بالغ في عقد الزواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزواج و خطورته .

ج-التعدد : عدم صحة عقد الزواج بشهادة واحدة.

د-الإسلام : إذا كان الزوجان مسلمين ، يجب أن يكون الشهود مسلين.

ه-سماع الشهود كلام المتعاقدين وفهم المراد منه : أي لا تصح شهادة نائمين أو أصمين ، أو من لا يفهم اللغة العربية إذا تم العقد باللغة العربية [2].

الفرع الخامس: انعدام الموانع الشرعية:

يطلق مصطلح الموانع على المحرمات وهو في الاصطلاح القانوني كل ما يتعلق بالمرأة ويحول بينها و بين الرجل في الزواج ، ولا يمكن له قبل العقد الاتصال بها أو الاقتراب منها أو الخلوة بها، إلا إذا كانت قريبة بالدم أو الرضاع أو المصاهرة ، ولكن المخالطة الجنسية بين الرجل والمرأة لا يمكن أن تتم إلا بموجب عقد شرعي يخرج المرأة من دائرة التحريم إلى الإباحة غير أن هذا العقد لا يحل الإشكال بجميع من أبرم معها العقد لأنه يخرج بعض النساء من دائرة الإباحة إلى دائرة التحريم على الرجل [3].

وتنقسم هذه الموانع إلى قسمين : موانع مؤبدة وموانع مؤقتة وعندما صدر قانون الأسرة سنة 1984 تبنى كل هذه الموانع وهذه المحرمات و ذكرها ضمن المواد من 23 إلى 31 بالترتيب والتفصيل ولما صدر الأمر رقم 02/05 سنة 2005 بالتعديل في قانون الأسرة الجزائري اشتمل على ما اشتمل عليه هذا القانون ، ولم يتناول بالتعديل سوى مادتين 30-31 حيث أهمل النص تلك التي تزيد على العدد المرخص شرعا [4].

---

[1] البشير كوثر، مرجع سابق، ص 29.

2 البشير كوثر، مرجع سابق ، ص 30.

3 حداد عيسى ، مرجع سابق ، ص 203.

4 سعد عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 29.

ونلاحظ كذلك أن المشرع في المادة 27 من ق.أ.ج ، اقتصر على ذكر محرمات الرضاع من النسب ولم يذكر المصاهرة ، فلا تثبت محرمات المصاهرة عن طريق الرضاع.

كما أن القانون ذكر مستثنيات الرضاع في المادة 28 من ق.أ.ج التي نصت على "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه " [1].

كما يستنتج من المادة 29 من ق.أ.ج الشروط التي يجب توافرها في الرضاع حتى يحرم الزواج به [2] ، ومنه يمكن القول بأن المشرع اعتمد في المقدار على التحريم مذهب الحنفية والمالكية [3].

المبحث الثاني : أثر تخلف الشرط على عقد الزواج

إذا تم الزواج فاقدا لشرط من شروطه ، أو اختلال واحد من هذه الشروط تترتب آثار تؤثر على صحة عقد الزواج ، وهذا ما سأتطرق إليه في المطلب الأول من جانب الفقه الإسلامي وفي المطلب الثاني وفق قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : أثر تخلف الشرط على عقد الزواج في الفقه الإسلامي

[1] بالحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 176.

2 قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، المادة 29.

3 محفوظ بن الصغير ، مرجع سابق،ص 329-330.

سأذكر أثر تخلف الشرط على العقد من الجانب الفقهي.

الفرع الأول : أثر تخلف الأهلية:

لم يتطرق الفقه الاسلامي إلى الآثار التي يمكن أن تترتب عن الزواج الذي انتفت أهلية أحد الطرفين أو كليهما.

الفرع الثاني : تخلف الصداق:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الصداق هو حكم من أحكام الزواج ،وبالتالي إذا لم يتم أثناء ابرام العقد، أو اتفق على إسقاط التسمية يكون العقد صحيحا وتستحق الزوجة مهر المثل ، غير أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط المهر ، لأنه أدفع للخصومة بينما ذهب الحنفية إلى صحة النكاح بمهر المثل إن خلا من المهر ، لأن وجوبه هو لإظهار شرف المحل.

أما المالكية يرون بأن تخلفه بعدم تسميته أو بالاتفاق على اسقاطه يجعل العقد غير صحيح ، غير أنه في رواية عن الإمام مالك أنه قال فيمن نكح بغير صداق **"إن دخل بها ثبت النكاح ولها صداق مثلها ، وإن لم يدخل بها فرق بينهما، فهذا رأي والذي استحسنت "** [1].

الفرع الثالث : أثر تخلف شرط الإشهاد:

يرى جمهور الفقهاء أن تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج يؤدي إلى فساده أو إمكانية فسخه ، لأنه شرط صحة ، واختلفوا فيما دون ذلك [2].

الفرع الرابع :أثر تخلف الولي في عقد الزواج :

اتفق جمهور الفقهاء أن تخلف هذا الشرط هو عدم صحة العقد ، وبالتالي يكون العقد باطلا ، أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا او بكرا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي.

بينما يذهب بعض الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا موقوفا إلى إجازة الولي [3].

الفرع الخامس : أثر الزواج بإحدى المحرمات : ذهب جمهور الفقهاء إلى:

1 محفوظ بن صغير، مرجع سابق ،ص ص 171-172.

2 نسرين شريفي و كمال بوفروة ، قانون الأسرة الجزائري ، دار بلقيس ، ط1،الجزائر ، 2013 ، ص 41.

3 محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص ص 243-244.

أولا : فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده ، عكس المذهب الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة ثابتة (بنص قطعي)، ويفسخ العقد إذا كانت الحرمة فرعية (ثابتة بنص ظني).

ثانيا : ثبوت نسب الأولاد الذين نتجوا عن هذا الزواج الفاسد لأبيهم و أمهم.

ثالثا : وجوب الاستبراء على المرأة التي تزوجت في هذا الزواج الفاسد بأن تعتد حتى تستبرئ رحمها [1]، ويضيف الفقه أنه إذا كان الزوجان سيئا النية (بأن يعلما بأن زواجهما محرم)، فإن الحد يطبق عليهما [2] .

المطلب الثاني : أثر تخلف الشرط في الجانب القانوني

بيان الآثار القانونية المترتبة على عقد الزواج في حال تخلف الشرط وفق ما جاء به المشرع الجزائري.

الفرع الأول : أثر تخلف شرط الأهلية:

إن المادة 07 من ق.أ.ج لم توضح الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني ، ونلاحظ أن التعديل الجديد الوارد في المادة 07 من الأمر 02/05 يعتبرها سنا ضمنيا للحكم القديم ، الذي جاء به القانون رقم 63/224 ، وذلك تغليبا لإرادة المشرع الحديثة وكذا لاستحالة أعمال الحكمين في وقت واحد مما يستوجب معه تطبيق المادة 07 المعدلة وفقا لاجتهاد المحكمة العليا الحديث [3].

والقانون رقم 224/63 نص في فـ1 منه على أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ، ولا للمرأة التي لم تبلغ 16 سنة أن يعقدا زواجا ، ونص المادة 02 من ق.أ.ج على معاقبة كل ضابط الحالة المدنية أو الموثق ، والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السن القانونية ، ثم نص المادة 03 من ق.أ.ج على ان كل زواج ابرم خلافا لأحكام المادة 01 يكون باطلا ،ما لم يلحقه دخول و يجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا أو من له مصلحة فيه.

ولكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج ، لهذا فإننا نعتقد أنه مادام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 224/63 ولم يتضمن مؤديات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف سن أهلية الزواج [4].

---

[1] محفوظ بن الصغير ، مرجع سابق ،ص ص 330 ، 333.

[2] العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 261 .

[3] بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2013 ،ص ص 198-199.

4 عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، مرجع سابق ، ص 28.

وبالتالي تطبق المادة 03 من القانون 224/63 كجزاء على الزواج الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانونا ، ويترتب عليه البطلان ما لم يلحقه دخول ، ويجوز الطعن فيه بالبطلان من الطرفان شخصيا ، أو من النيابة العامة و للقاضي من تلقاء نفسه.

وهناك رأي آخر مفاده أن المشرع الجزائري قام بتحديد سن الزواج ولكنه لم يعطي ذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له ، فهو نهى دون جزاء ، قد يجدي نفعا لدى البعض وخاصة عند علمهم بما تسمح به المادة 22 من ق.أ.ج من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء في حالة الزواج [1].

وأمام هذا الفراغ التشريعي الذي يخلق مشاكل قانونية وعملية ، فنرى أنه من المستحسن للمشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء سن الزواج المقررة في المادة 07 من ق.أ.ج [2].

الفرع الثاني : أثر تخلف شرط الصداق:

حسب نص المادة 33 من ق.أ.ج حدد المشرع حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليه فسخ عقد الزواج ، كما فصل في مسألة عدم استحقاق الزوجة للصداق وفي هذه الحالة ، وهي ما جسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1987 تحت رقم 45301 جاء فيه **"أنه المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ، ولم يكن قد وقع حكم بفســـخ العقد وبالطلاق "** [3].

كما تعرض المشرع الجزائري في حالة اثبات عقد الزواج في نص المادة 3/33 من ق.أ.ج والتي نصت "ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17-11-1998 تحت رقم 21422 الذي جاء فيه**"أن عدم تحديد الصداق ، يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقض للزوجة بصداق المثل "** [4].

ومتى تبين في قضية الحال فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج.

الفرع الثالث : أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج:

المادة 33 فـ2 من ق.أ.ج جاءت صريحة في بيان أثر تخلف الولي في عقد الزواج إذ جاء فيها **"...إذ تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه بفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل "**.

---

1 قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،المادة 22 .

[2] يوسفي كهينة و ولامي ليلى ، مرجع سابق ، ص 34.

[3] سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 375.

4 بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع و اربعين سنة 1966-2010 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 4 ،الجزائر،2012 ، ص 81.

فعلى حسب هذه المادة فإن أثر تخلف شرط الولي يأخذ حالتان

الأولى : إذا عرف ذلك قبل الدخول يترتب عنه فسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

الثانية : إذ عرف ذلك بعد الدخول فإن العقد يتم صحيحا و يثبت بصداق المثل [1].

وكان المشرع الجزائري موقفه في تخلف الولي أنه إذا تخلف هذا الشرط يؤدي لفسخ عقد الزواج قبل الدخول ، ولا تستحق المرأة الصداق ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى العقد ركنه و الشروط الأخرى حسب المادة 33 فـ2 من ق.أ.ج

ويمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر الولي شرطا من شروط عقد الزواج فجعل الولاية على الصغيرة فقط ، أما الراشدة فلها الحق في تزويج نفسها ، حينما سمح لها بتفويض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر وقد يكون أجنبيا وهذا لا نجد له سندا في الفقه الإسلامي أو أي مذهب من المذاهب الفقهية [2].

الفرع الرابع : أثر تخلف الاشهاد على عقد الزواج:

يترتب على تخلف شرط الاشهاد إذا تم اكتشافه قبل الدخول فسخ العقد، ولا تستحق الزوجة الصداق.

وحسب المادة 33 من ق.أ.ج إذا ما تم عقد الزواج بدون شهود وتم الدخول فيثبت الزواج بصداق المثل [3].

كما كان قانون الأسرة الجزائري القديم يجعل من حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج وفق المادة 09 منه ، و تخلفه ينتج عنه فسخ الزواج وفقا لنص المـــــــــــادة 32 و 33 من نفس القانون وفي حالة اقتران تخلف شرط الشهود مع أحد الأركان الأخرى يتحول الفسخ إلى بطلان.

إلا أن المشرع الجزائري ، وفق التعديل قد عدل عن موقفه هذا وكف الشهادة في عقد الزواج على أنها شرط صحة فيه طبقا للمادة 09 مكرر ، مسايرا بذلك جمهور الفقهاء وتخلف هذا الشرط ، يترتب عنه فسخ عقد الزواج قبل الدخول ، ولا تستحق الزوجة صداقا ويثبت بعد الدخول بصداق المثل [4].

الفرع الخامس : أثر الزواج بإحدى المحرمات:

1 سعادي ليلى ، مرجع سابق ، ص 106.

[2] يوسفي كهينة و ولامي ليلى ، مرجع سابق ، ص53.

3 قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، المادة 33.

[4] يوسفي كهينة و ولامي ليلى ، مرجع سابق ، ص 59.

جاء في المادة 32 من ق.أ.ج أنه :"**يبطل الزواج ، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد** "، ومنه فإن الزواج بإحدى المحرمات يبطله [1].

ولقد رأينا أن الموانع اعتبرها المشرع الجزائري شرط من شروط صحة عقد الزواج وذلك في المادة 09 مكرر من ق.أ.ج أي هناك تناقض بين هذه المادة و المادة 32 من ق.أ.ج.

والأثر المترتب لما تقضي المحكمة بالبطلان ويفسخ قبل الدخول وبعده وهذا ما نصت علية المادة 34 من ق.ا.ج "**كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخـــــول وبعده** " [2].

ونستخلص من نص هذه المادة ثلاثة نقاط:

أولا : فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده

فإذا لم يدخل الزوج بزوجته عليهما الافتراق من تلقاء أنفسهما ، وإلا فرق بينهما القاضي لفساد العقد ، أما إذا تم الدخول فيفسخ العقد دون طلاق ، وتحكم المحكمة ببطلان العقد تلقائيا أو بطلب من كل ذي مصلحة ، مما يعني أنه متى تبين وجود مانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده [3].

ثانيا : ثبوت النسب

فكل عقد أبرم مع إحدى المحرمات وتم فسخه ، يترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد إلى الزوج ، وتسجيله في سجل الحالة المدنية على لقب واسم هذا الزوج باعتباره والده الشرعي ، إذا كان قد ولد بين أدنى وأقصى مدة الحمل ، وخلال فترة ما بعد العقد [4].

ثالثا : وجوب الإستبراء

فإذا دخل الرجل بالمرأة وتم فسخ العقد بينهما لثبوت المانع، وجبت عليها العدة من وقت الفرقة للتأكد من براءة رحمها [5]، كما أن نص المادة 32 من ق.أ.ج المعدلة فيها إشارة لأسباب البطلان ، 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 كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه[6].

خلاصة الفصل:

---

[1] يوسفي كهينة و ولامي ليلى ،نفس المرجع ، المادة 32.

2 البشير كوثر ، مرجع سابق ،ص 35 .

3 لعربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 260.

[4] عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 113.

[5] عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 163.

[6] العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 261.

طرحنا في هذا الفصل أهم الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج وهي الأهلية ، الصداق ، الولي ، الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية لما لها من أهمية في ابرام عقد الزواج في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري .

توصلنا إلى أنه إذا تخلف شرط من شروط عقد الزواج أدى إلى أثر لتخلفه على هذا العقد ، وهذا لأهمية هذا العقد و خطورته .

حيث إذا اختل شرط من شروط صحة الزواج كان عقد الزواج فاسدا و يجب على الزوجين الافتراق وإن لم يفترقا فرق بينهما القضاء و لا يترتب عليه أثر ، وكذا رتب المشرع الجزائري الفسخ كجزاء لتخلف شرط من الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة إذا تم الزواج فاقدا لشرط واحد من شروطه فإنه يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه ويثبت بعد البناء بصداق المثل.

خـــاتـــمـــة

خـــاتـــمـــة :

على ضوء ما سبق التطرق إليه اتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية ، نظم الأحكام القانونية للزواج حيث جعله عقدا رضائيا ، فأصبح الرضا الركن الأساسي والوحيد في العقد بالإضافة إلى شرط صحة عقد الزواج وهي : أهلية الزواج ، الصداق ، الولي و انعدام الموانع الشرعية للزواج.

كما رتب أثر تخلف الركن والشرط على عقد الزواج ، أما من حيث التعديلات الخاصة للزواج فنجد المشرع الجزائري قد أخضع عقد الزواج لإجراءات معينة و تعديلات تهدف إلى اثبات عقد الزواج بأركانه و شروطه.

وبعد دراستنا لأركان و شروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري خلصنا إلى أن المشرع الجزائري فعلا قد أدمج بين المذاهب وأخذ من كل مذهب ما استشف فيه الصلاح للمجتمع الجزائري وقننه في قانون الأسرة من دون أن يكون متعصبا لمذهب ما رغم أن المذهب المتبع عموما في الجزائر هو المالكي ، وهذه نقطة ايجابية تحسب له إلا أن هذا الموقف المتخذ من طرف المشرع لا يخلو من الغموض والعيوب التي أثرناها لدى تطرقنا لمختلف نقاط الموضوع محل البحث والتي نظمها قانون الأسرة .

التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة من خلال الإجراءات التي جاء بها المشرع الجزائري وقد كان لها أثر واضح على معالم نظام الزواج وتأثرت بما يحدث من تغييرات وتحولات داخل وخارج المجتمع لأن الزواج هو بناء الأسرة وبناء المجتمع ، لذا وجب تطوير نظامه بما يتماشى وفلسفة المجتمع والمحافظة عليه من خلال سن قوانين واضحة تضع حدا للملابسات التي قد تسئ إليه.

النتائج المتوصل إليها :

-المشرع الجزائري بنى قواعد أحكامه على عقد أصلي لتأسيس الأسرة وهو عقد الزواج لما لهذا العقد من طبيعة خاصة لعظمه في حياة الأسرة والمجتمع وكذلك اهتمام فقهاء الشريعة به.

-المشرع الجزائري سار مع الفقه الإسلامي في اعتبار الزواج عقدا رضائيا أساسه الإرادة السليمة للزوجين بهدف بناء أسرة قائمة على المودة والرحمة.

-عقد الزواج قائم على ركن واحد وهو الرضا المعبر عنه بالصيغة ايجابا وقبولا وفق قانون الأسرة الجزائري، أما الفقه الإسلامي فهناك اختلاف فقهي بين المذاهب حول طبيعة أركان عقد الزواج وأثر تخلفها.

-هناك اختلاف من ناحية الشروط في الفقه الإسلامي، أما المشرع الجزائري حصر جميع الشروط في نص المادة 09 مكرر في قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05.

-بالنظر إلى المواد 09 مكرر من ق.أ.ج نستخلص بأنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : وهي أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، الشاهدين وانعدام الموانع

الشرعية. كما جاء في المادة 11 من نفس القانون على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره.

نستنتج أن المشرع اعتبر ضمنيا عقد الزواج عقدا شكليا ، لاشتراطه الولي والشاهدين فكيف به ينص في المادة الرابعة على أنه عقد رضائي.

-نجد أن المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر اعتبر الموانع الشرعية شرط من شروط الصحة إلا أن المادة 34 من نفس القانون اعتبرها ركن، وتعتبر هذه الاخيرة هي الأصح لأنه رتب على تخلفها البطلان.

-كما أنه نص على شرط الشاهدان ولم ينظم نصوص قانونية بخصوص ذلك وهذا ما جعلنا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما نصت عليه المادة 222 منه.

-ومن أركان وشروط عقد الزواج في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ركن الرضا، أما الشروط هي: أهلية الزواج، الصداق، الولي وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

-وإذا كان خلل في أركانه كان العقد باطلا، وإذا استوفى أركانه وفقد شرطا من شروط صحته كان العقد فاسدا.

-المادة 11 : ما يلاحظ فيما يخص ما نصت عليه أن المشرع الجزائري قد ألغى تأثير الولي(الأب) على زواج المرأة البالغة فبرغم أنه مازال شرطا من شروط عقد الزواج، إلا أن وجوده أصبح وجودا شكليا ، وأصبحت لا تحتاج إلى موافقته ما دام أن لها حرية اختيار أي شخص ليكون وليها.

-إلا أن تطبيق هذا الحكم يطرح عدة إشكالات ، فهو يتناقض مع مبادئ المجتمع الجزائري الذي تغلب عليه الأعراف و التقاليد في مجال تنظيم الأسرة خاصة في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي ، لذا فمن الأجدر إعادة النظر في نص هذه المادة على نحو يسمح بتأكيد دور الولي في عقد زواج موليته ، كما ينبغي أيضا تحديد القاضي المختص الذي يتولى تزويج من لا ولي لها ، وبيان الإجراءات المتخذة في سبيل ذلك.

-المواد 32،34 و 35 : بعد أن كان العقد الذي يحتوي على شرط منافي لمقتضياته أو مانع أو اختل أحد أركانه ، 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 غير أن هذا التعديل قد أ حدث تضارب مقارنة بالحكم المقرر في نص -المادة 34 من ق.أ.ج المتعلقة بأثر الزواج بأحد المحرمات ، حيث جعلت المادة 32 المذكورة أعلاه من الذي تتوفر فيه تلك العوارض باطلا.

في حين بقيت المادة 34 من ق.أ.ج تفسخ كل عقد على محرمة ، ولأن التحريم من موانع الزواج (الأبدية و المؤقتة) ، فإن التضارب صريح والمشرع وقع في فجوة كبيرة يجب تداركها بسرعة ، وكذلك المادة 35 حملت حكما مغايرا للأحكام السالفة إذ اعتبرت كل شرط ينافي العقد باطلا مع الإبقاء على العقد صحيحا.

خاتمة

التوصيـــات :

نقترح على المشرع وضع انسجام بين النصوص القانونية الثلاثة ، بتعديل نص كل من المادتين 32 و 35 من ق.أ.ج على نحو يسمح بتحقيق التناسق مع نص المادة 34 من ق.أ.ج وإزالة هذا التضارب بينها ، ويكون ذلك بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله.

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

من خلال هذه المواد المعدلة ، فإننا نرى أن هذا التعديل جاء بمفاهيم جديدة لم تكن في القانون السابق ، وهذا مسايرة لمستجدات العصر ومتطلباته ، إلا أن هذا التعديل فيه نقائص وثغرات قانونية في بعض من نصوصه تتطلب إعادة النظر.

لم يبين قانون الأسرة حالات الزواج المتفق على فساده ولا أنواع الزواج الفاسد مكتفيا بذكر بعض الآثار القانونية التي تترتب عليه في المادتين 33-34 من ق.أ مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشرعية المادة 222 من ق.أ.ج

أغفل المشرع الإشارة إلى أنه يشترط ثبوت النسب في الزواج الباطل المادة 34 من ق.أ.ج وكذا في الزواج المتفق على فساده المادة 33 من ق.أ .

لكن ما ينتقد عليه المشرع الجزائري عند تناوله لأثر تخلف ركن الرضا في المادتين 32 و 33 من ق.أ.ج المدرج في الفصل الثالث النكاح الفاسد و الباطل استعماله مصطلح البطلان وهذا ما يعني أنه أخذ بالمذهب الحنفي الذي فرق بين العقد الفاسد والباطل ، وتخلف ركن من عقد الزواج يرتب البطلان أما تخلف الشرط يؤدي إلى الفسخ.

مواد القانون قبل التعديل فيما يتعلق بالولاية أشمل وأوضح لهذا الموضوع المهم في عقد الزواج ، فالمواد السابقة كانت مطابقة للشريعة الإسلامية .

أما المادة 11 من ق.أ الحالية أعطت الحق للمرأة في أن تختار أي شخص لإمضاء عقدها فقد فتح باب التفكك الأسري على مصرعيه ولهذا وجب على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة .

وفي الأخير فالتعديل الجديد سيدخل الأسرة الجزائرية في متاهات ونزاعات لا حصر لها ، كما تجدر الإشارة إلى ضرورة تعديل آخر من جديد ولكن بإشراك المختصين في القانون والدين وعلماء النفس والاجتماع والأطباء ، مع التركيز على المسائل التي يكثر حولها النزاع و الخلاف وخاصة أحكام الزواج لأن الأسرة ركيزة المجتمع.

وهذا بضرورة مسايرة الأعراف الجزائرية في مسألة تزويج المرأة.

وجوب عودة المشرع إلى تبني المذهب المالكي خاصة بما يتعلق بمسألة أركان وشروط عقد الزواج.

ضرورة تحفظ الجزائر على بعض مواد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ذلك أن التحفظات التي أبدتها الجزائر غير كافية.

تلخيـــــــــــــص

تلخيـــــــــــص :

جعل المشرع الجزائري من الإيجاب والقبول، أي التراضي، ركنا في عقد الزواج، ولما كان وجود الصيغة يتطلب وجود العاقدين، والمعقود عليها، حصر أغلب الفقهاء الأركان فيهما، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، أما الصداق والشهود والولي فجعلهم المشرع شروطا لصحة عقد الزواج، مع تقييد شرطية الولي بالصغيرة القاصر، أما الراشدة فلها تزويج نفسها ولو حضر العقد شخص آخر ممن لا تجب لهم الولاية آخـــذا برأي الأحناف، أما فيما يخص الصداق فقد أخذ المشرع بالفقه المالكي حيث نص على وجوب تسميته في العقد، فإن لم يسم تستحق الزوجة صداق المثل، أما الشهود فهم شرط صحة عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، والملاحظ في هذا الشرط أن المشرع الجزائري خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية في تصحيح العقد بصداق المثل بعد الدخول إذا تخلف هذا الشرط في حين ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى فسخ العقد.

إذا اختل ركن عقد الزواج كان العقد باطلا ، وإذا استوفى أركانه وتخلف شرط من شروطه كان العقد فاسدا.

الكلمات المفتاحية : عقد الزواج – أركان – شروط - فقه إسلامي - قانون الأسرة.

قـــائمـــة المـــراجـــع

قـــائـــمـــة المـــراجـــع

الكتب :

1) ابن تيمية تقي الدين ، أحكام الزواج ، دار الكتب العلمية ، لبنان ،ط1 ، 1988.
2) أبي البركات أحمد بن محمدية الدردير، الشرح الصغير على أقرب الممالك الى مذهب الامام مالك ، ج2 ، دار المعارف ، القاهرة،1241ه.
3) أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعة الجديدة ، مصر ، 2004.
4) الامام أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، ب. س.
5) باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، ج1 ، الجزائر،2012.
6) بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ج1، ط6 ، 2005 .
7) بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع و اربعين سنة 1966-2010 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 4 ،2012.
8) بن الشيوخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،ط1، دار الخلدونية ،الجزائر،2008 .

9) سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، ط2 ،الجزائر ، 1996 .
10) طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، ط1 ،2009 .
11) عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط3، دار الهومه ،الجزائر ، 1996.
12) عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ،ط2 ،دار الهومه ،الجزائر ،2009.
13) عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، 2007 .
14) عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 02/05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)،ط1،دار الخلدونية،الجزائر،2007.
15) عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه و القانون الأسرة ، البصائر الجديدة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط3 ، 2016 .
16) عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، دار القلم ،الكويت ، ط2، 1990.
17) علي أحمد عبد العال الطهطاوي ،شرح كتاب النكاح ، ط1،دار الكتب العلمية ،لبنان ،2005 .
18) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النفائس، ط1، 1997.
19) العيش فضيل ،قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا ،ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2 ، الجزائر ، 2007.
20) الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 2 ،2008،
21) كمال الدين محمد بن همام ،فتح القدير ،تحقيق عبد الرزاق ،دار الكتب العلمية ،بيروت ، ج5 ،ط1 ،2003.
22) ليلى دردير ، الزواج ،الطلاق ،الجنسية والنسب ، برتي للنشر ،الجزائر، 2014 .
23) محفوظ بن الصغير ، أحكام الزواج في الفقه و قانون الأسرة ، دار الوعي ، الجزائر ، ط2 ، 2015.
24) محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،ط3، 1975.
25) محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، ب.س
26) محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية ، ج1 ، نشأة المعارف ، مصر، د.س.ن.
27) محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الاسلام ، ط4 ،الدار الجامعية ،بيروت ، لبنان،1983.
28) وهبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي وأدلته الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية ،ج7 ، دار الفكر ، ط3 ،سوريا ، 1989.

29) محمد محدة ، سلسلة الفقه الإسلامي ،الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، دار الشهاب ،الجزائر، ط2 ، 2000.

النصوص القانونية :

1) القانون رقم 11/84 ، المؤرخ في 09 رمضان 1409 هـ المؤرخ في 09 جوان 1984، قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9يونيو 1984، ج.ر،عدد31 ،صادر في 1984،متضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005، ج.ر رقم 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005 .

2) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ج ر15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.

الأطروحات والمذكرات :

*أطروحات الدكتوراه:

1) سعادي ليلى ، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة اطروحة دكتورة ، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة ، كلية الحقوق سنة2014-2015.

*الماجستير :

2) دليلة حميرش ، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري ، دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005 ، مذكرة ماجستير،كلية العلوم الانسانية و العلوم الاسلامية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ،2014/2013.

*الماستر:

3) البشير كوثر ، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،تخصص قانون خاص معمق ،2017-2018.

4)فوزية بوجاجة وغنية غوناي ، الأحكام القانونية لإنعقاد الزواج ، مذكرة ماستر تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، 2014-2015.

5)يوسفي كهينة و ولامي ليلى ، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2012-2013.

الاجتهاد القضائي :

المجلات القضائية:

1)المجلة القضائية –العدد الأول 1995.

2) المجلة القضائية –العدد الثاني 2003.

3) المجلة القضائية –العدد الأول 2008.

المحاضرات :

1)بوزيد خالد –محاضرات في الزواج و الطلاق.

المعاجم اللغوية :

1) ابن منظور ،لسان العرب ، المجلد الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،ط1 ، 2005.

2) الطاهر احمد الزاوي ، مختار القاموس ،مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير ، د.ط ،الدار العربية ، تونس، د.س.

الفهـــــرس

إهداء

شكر وعرفان

قائمة المختصرات

مقدمـــــة.....01

الفصل الأول : أركان عقد الزواج وأثر تخلفها 06

المبحث الاول : أركان عقد الزواج.....06

المطلب الأول : أركان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية**.....**06

الفرع الأول : عند الحنفية.....07

الفرع الثاني :عند الشافعية.....07

الفرع الثالث : عند المالكية.....07

الفرع الرابع : عند الحنابلة.....07

المطلب الثاني : أركان عقد الزواج في التشريع الجزائري.....08

الفرع الأول : دراسة مقارنة للمادة 07 بين القانون 11/84 و الأمر 05/02...08

الفرع الثاني : دراسة مقارنة للمادة 09 بن القانون 11/84 و الأمر 02/05...09

الفرع الثالث : تعريف الرضا.....10

المبحث الثاني : أثر تخلف الركن على عقد الزواج 15

المطلب الأول: تخلف الركن من الجانب الفقهي..... 15

المطلب الثاني : تخلف الركن من الجانب القانوني.....18

الفـــصـــل الثاني : شروط عقد الزواج و آثار تخلفها.....23

المبحث الأول : شروط عقد الزواج.....23

المطلب الأول : شروط عقد الزواج في الشريعة الاسلامية.....24

الفرع الأول : أهلية الزواج في الفقه الاسلامي.....24
الفرع الثاني : الصداق في عقد الزواج.....25
الفرع الثالث : الولي كشرط في عقد الزواج.....31
الفرع الرابع :الشاهدان.....32
الفرع الخامس :انعدام الموانع الشرعية كشرط في عقد الزواج.....34
المطلب الثاني : شروط عقد الزواج في التشريع الجزائري.....39
الفرع الأول : الأهلية.....39
الفرع الثاني : الصداق كشرط في عقد الزواج 39
الفرع الثالث : الولي.....42
الفرع الرابع : الشاهدان.....47
الفرع الخامس : انعدام الموانع الشرعية 48
المبحث الثاني : أثر تخلف الشرط على عقد الزواج.....50
المطلب الأول : أثر تخلف الشرط على عقد الزواج في الفقه الإسلامي.....50
الفرع الاول : أثر تخلف الأهلية**.....**50
الفرع الثاني : تخلف الصداق 50
الفرع الثالث : أثر تخلف شرط الإشهاد 51
الفرع الرابع :أثر تخلف الولي في عقد الزواج **.....**51
الفرع الخامس : أثر الزواج بإحدى المحرمات.....51
المطلب الثاني : أثر تخلف الشرط في الجانب القانوني.....52
الفرع الأول : أثر تخلف شرط الأهلية 52
الفرع الثاني : أثر تخلف شرط الصداق 53
الفرع الثالث : أثر تخلف شرط الولي في عقد الزواج 54
الفرع الرابع : أثر تخلف الاشهاد على عقد الزواج **.....**55
الفرع الخامس : أثر الزواج بإحدى المحرمات 55
خـــاتـــمـــة 60
قـــائـــمـــة المـــراجـــع.....65
الفهـــــرس 70