

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عنوان المذكرة

أركان وشروط الزواج واثر تخلفهما

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

- تخصص قانون الأسرة -

إشراف الأستاذ :

- أ / د شيتور جلول

إعداد الطالبة :

- عباسي رميسة

الموسم الجامعي

2017-2016

شكر و عرفان

الحمد لله الذي أنعم علي بنعمة العلم ومن علي بإتمام هذا العمل ، فلا تسعني إلا أن أتقدم إلي بعظيم الامتنان و عميق الشكر لكل من :

الأساتذة الكرام

الأستاذ جلول شيتور الذي لم يبخل علي بتوجيهاته و نصائحه القيمة ، الذي لم يدخر أي جهد ، فكان نعم المرشد و الناصح الأمين إلي

المؤطر الموقر الذي لم يستوفي حقه كل كلمات الشكر ، الي الذي يعجز اللسان عن وصف مدى تقديري له و احترامه و احبي فيه الروح

العمل الدؤوب من اجل البحث العلمي ، شكرا جزيلا أستاذي الفاضل

إلي من كان لي عوناً و زودني بما اوتي من مواد علمية و كتب قيمة ، الي من كانت نعم المعلم ، إلي أستاذتي الفاضلة الأستاذة : بواسطلة شهرزاد

كما أتقدم بالشكر إلي كل من درسني و علمي و درس معي في كل الأطوار التعليمية و كل أساتذة الحقوق كل الاحترام إليكم أستاذتي الافاضل .

إن اللسان ليعجز و كل الكلمات لم تستوفيكم حقكم ، فسأكتفي بكلمات الشكر و العرفان

والى كل من ساهم بوقت او جهد او نصيحة لانجاز هذا العمل

الإهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء والمرسلين ،
وكل التابعين وتابعيهم بإحسان الى يوم الدين.

أهدي هذا العمل التواضع الى والدي العزيزين

"إلى زوجي الكريم" أحمد

"إلى ابنتي " يارا

"إلى اخوتي "وصال" شروق" مسعود"

إلى كل الأصدقاء ومن يعرفني ومن له الفضل علي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى في كتابه الكريم

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا

لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي

ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)

سورة الروم - الآية 21 -

مقدمة

مقدمة :

ان العقود من إحدى الأحكام الشرعية التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بضوابط ومعايير لا بد من الالتزام بها حتى تتحقق المصالحة المتكاملة بين طرفي العقد ، ومن بين أهم العقود التي رعتها الشريعة الإسلامية عقد الزواج ، فقد اعتنى به الإسلام و أولاه الاهتمام البالغ ، لان فيه حفظ للنسل و حفظ الحياة البشرية و الاخلاق من النزوات ، و لهذا فقد خاض فيها الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم واضعين لعقد الزواج الذي تنشأ به الأسرة أركان و شروط خاصة به منها ما اتفقوا عليها و اخرى اختلفوا فيها ، و هذا الذي اثر بدوره على مختلف التشريعات الغربية باعتبار ان كل تشريع اخذ بمذهب ما ، و نجد بعض التشريعات لم تنحو هذا النحو ، و انما ادمجت بين المذاهب و من بينها قانون الاسرة الجزائري ، الذي لم يكتفي فقط بالدمج بين المذاهب في المسائل المنصوص عليها فيه، و انما ألزم القاضي في نص المادة 222 من الرجوع الى الشريعة الاسلامية، من دون ان يبين له المذهب الذي يعود إليه في حالة عدم وجود نص فيه على مسالة من المسائل التي ينظمها .

و هذا ما جعل الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري يطرح مشاكل علمية بالنسبة للقضاة اثناء رجوعهم الى الشريعة الإسلامية خصوصا فيما يتعلق بموضوع الاركان و الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج، و كذا في الاثار المترتبة على مخالفتها او تخلفها .

و عليه يستوجب طرح الإشكالية الرئيسية على النحو الآتي :

- ماهي أركان و شروط الزواج و اثار تخلفهما ؟

و قد تفرعت عن الإشكالية الرئيسية إشكاليات فرعية و هي مبنية كالآتي :

- هل وفق المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل ؟

- ماهي الاسس القانونية و الفقهية التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في تعديل

مواده؟

- هل استدرك المشرع الجزائري النقائص التي كانت موجودة في ظل القانون القديم ؟

- و في الأخير هل نحتاج إلى تعديل آخر جديد للفصل في النزاعات الناشئة على عقد الزواج ؟

أهمية الموضوع :

- تكمن أهمية هذا الموضوع اركان و شروط الزواج و اثر تخلفهما -
- انه من المواضيع الهامة لتماشيه مع تجدد الثقافات و كثرة الاحتجاجات ، و اهم من ذلك فهو عقد ينشا بين طرفي العقد ، ففوائده كثيرة نذكر منها :
- الزواج سكن للنفس ، فالإنسان يحصل على الراحة النفسية و السكن و الطمأنينة مع شريكه .
- تذهيب النفس البشرية ، فالغاية من الزواج هي حفظ النفس البشرية من القيام بالفاحشة .
- تكوين عائلة متكاملة ، فالغاية منه إنجاب الأطفال و تكوين عائلة مستقرة .
- الزيادة في الرزق .

أسباب اختيار الموضوع :

و من بين الأسباب الذي دفعتني إلى اختيار الموضوع ، التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري ، فقد قامت أقلام و السنة تطال أحكام التعديل ما بين مدافع عن هذا الجديد الذي يواكبه تطور المجتمع، و ما بين مهاجم يريد إضفاء القدسية و العصمة لأحكام قانون الأسرة، لهذا فكرت في دراسة هذا الموضوع وفق منهجية علمية هادئة بعيدة عن الأفكار السياسية و الانتماءات الحسبية الضيقة .

و السبب الآخر، فقبل إبرام هذا العقد المقدس يجب الاتفاق على بعض النقاط التي بدونها لا يمكن جريانه في المسار الصحيح، فلا يتم الا بتوفر هذه الأركان و الشروط و إن تخلفت نصبح أمام عقد إما باطل أو فاسد .

و أيضا سوء فهم بعض الأفراد للحكمة الأساسية من الزواج أو بالأحرى ومن الإلمام بالأركان و شروطه و أهميته في انعكاسه عن تخلف إحداها و ما يترتب عليها .

المشاكل التي واجهت الأفراد عند إبرام الزواج و التصادم ما بين ماهي قديمة مرسخة في المجتمع و التي منبعها الشريعة الإسلامية و ما بين ماهي جديدة لتواكب العصر الحالي. البحث عن الأسباب و الدوافع الرئيسية التي أخذت بالمشرع الى تعديل العديد من المواد في قانون الأحوال الشخصية .

اهداف البحث :

تكمن اهداف الدراسة في النقاط التالية :

- 1 - فتح آفاق جديدة للباحثين في مجال قانون الأسرة للإحاطة بالآراء المختلفة حول عقد الزواج و معرفة التعديلات الجديدة حوله.
- 2 - ابراز اهمية النقاط المتواجدة في عقد الزواج بين الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري
- 3 - تحديد الآثار المترتبة عن تخلف اركان و شروط الزواج .

المنهج المتبع في البحث :

للإجابة عن الإشكالية المطروحة اعتمدت على المنهج التحليلي باعتباره المنهج الذي يتوافق و يتلاءم و طبيعة موضوع و اهداف الدراسة و يحلل الموضوع تحليلًا دقيقًا و معللاً بالإضافة الى اعتماد المنهج المقارن الذي يساعد في مقارنة الدراسة بين الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية هذا من جهة و التشريع الجزائري و تشريعات البلدان العربية من جهة اخرى .

وقد توسمت تقسيم هذا الموضوع الى مقدمة و مبحث تمهيدي و فصلين و خاتمة ، و

هذا ما سندرسه حسب الخطة التالية :

مقدمة

المبحث التمهيدي : مفهوم الزواج ، المطلب الأول : تعريف الزواج و أهميته ، المطلب الثاني : حكم الزواج و طبيعته .

الفصل الأول : أركان و شروط الزواج ، المبحث الأول : أركان الزواج ، المبحث الثاني : شروط الزواج .

الفصل الثاني : آثار تخلف أركان و شروط الزواج ، المبحث الأول : الزواج الباطل ، المبحث الثاني : الزواج الفاسد .

الخاتمة

المبحث التمهيدي مفهوم الأواع
الأواع هو الذي يولد في الإنسان
وهو الذي يولد في الإنسان
وهو الذي يولد في الإنسان
وهو الذي يولد في الإنسان

المبحث التمهيدي

المبحث التمهيدي مفهوم الأواع
الأواع هو الذي يولد في الإنسان
وهو الذي يولد في الإنسان
وهو الذي يولد في الإنسان
وهو الذي يولد في الإنسان

المبحث التمهيدي : مفهوم الزواج

إن الزواج هو الوسيلة للاطمئنان النفسي و الهدوء القلبي و السكون الوجداني ، إنه سكن للنفس و متاع لها ، و طمأنينة للقلب و إحسان للجوارح و نعمة و راحة و ستر و صيانة .
و قبل أن نتعرض لدراسة اركان و شروط عقد الزواج ، راينا انه من المفيد البحث في اهمية هذا الزواج و حكمه الشرعي و ايضا طبيعته، ذلك انه نظرا لخطورة عقد الزواج في الاسلام ، باعتباره من اهم العقود القاطبة التي يجريها الانسان في حياته فقد احاطه الشارع بأحكام تضمن للزوجين التفاهم و الاستقرار و السعادة.

فستتناول في هذا المبحث التمهيدي كما ذكرنا سابقا اولاً بتعريف الزواج لغة و في الاصطلاح الفقهي و ايضا في القانون الجزائري و نبرز اهميته ، اما في المطلب الثاني الذي قسمناه الى فرعين الاول حكم الزواج شرعا ، والفرع الثاني : طبيعة هذا الزواج

المطلب الاول : تعريف الزواج و اهميته

نتناول في فروع هذا المطلب كما هو مبين في الخطة - سابقا -

التعريف بالزواج في اللغة و في الاصطلاح الفقهي و القانوني اولاً، و في الفرع الثاني اهمية هذا العقد من حيث تحصين النفس و من حيث الاستكثار من النسل و ذلك كمايلي :

الفرع الأول : تعريف الزواج

1. لغة : " هو اقتران احد الشئيين بالأخر و ازدواجهما " اي صيرورتهما زوجا بعد ان كان كل واحد منهما فردا و منه قوله تعالى " احشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ"⁽¹⁾

2. و يستخدم لفظ النكاح في اللغة بمعنى الضم و الجمع . اما لفظ الزواج فانه يستخدم بمعنى الاقتران و المخالطة⁽²⁾

(1) : سورة الصافات ، الآية 22

(2) : محمد محي الدين عبد الحميد ، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية . مع الاشارة الى مقابلها في الشرائع الاخرى ، بدون دار النشر ، دار النشر ، ط الاولى ، بيروت - لبنان ، 2007 ، ص 9 .

و الزوج هو كل واحد معها اخر من جنسه ، يقال الرجل زوج المرأة و هي زوجته، هذه هي اللغة الغالبة التي ورد بها القران الكريم (1) لقوله تعالى "اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ" (2)

كما انه يطلق على هذا العقد لفظ الزواج ، يطلق عليه أيضا لفظ النكاح ، بل هذا اللفظ الأخير هو الأكثر شيوعا في الشريعة و الفقه (3)، و منه قوله تعالى "وَلَا تَعْرِمُوا عُقَدَةَ النَّكَاحِ

حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ" (4) و قوله سبحانه و تعالى " وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ۖ حَتَّى

يُؤْمِنَ" (5) من ذلك قوله صلى الله عليه و سلم " لا نكاح الا بولي و شاهد عدل "

و لقد استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج كعنوان للباب الاول، غير انه استخدم لفظ النكاح في بعض الفصول ، كما هو الشأن في الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد و الباطل، ومن ثم فان معانيهما في الاصطلاح الفقهي و القانوني واحد.

3. اصطلاحا : فالزواج عند الفقهاء هو العلاقات الناشئة بين الرجل و امرأة بعقد شرعي يستوفي شرائطه و اركانها، و يتم بإيجاب او القبول .

فهو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريقة الاصاله اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها و حل استمتاع المرأة به .

بمعنى ان الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر و متى تم العقد ، وان الزوج يختص بالتمتع بزوجه فلا يحل لاحد ان يتمتع بها ما دام العقد قائما .

و قد عرف احد الفقهاء الحنفية انه عقد تحل به العشرة بين الرجل و المرأة ، و انضمام بعضهما لبعض، و تعاونهما على انجاب الاولاد و رعيتهما فقال : (لان في العقد معنى الضم ، فان احدهما ينضم به الى الاخر، و يكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة)

(1): العربي بختي، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية، بن

عكبون - الجزائر - 2013 ، ص 18

(2): سورة البقرة ، الآية 35

(3): بالحاج العربي، احكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد، وفق اخر التعديلات و مدعم بأحداث اجتهادات

المحكمة العليا، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط الاولى، الاردن، 2012، ص72

(4): سورة البقرة ، الآية 233

(5) : سورة البقرة ، الآية 219

اما في قانون الاسرة الجزائرية فقد عرفت المادة الرابعة منه الزواج بانه : " عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من اهدافه، تكوين اسرة اساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الانساب "(1)

يلاحظ من هذا التعريف القانوني، ان المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج و هما الرجل و المرأة، كما انه نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، و ذكر الغاية من عقد الزواج، المتمثلة في تكوين اسرة اساسها المودة و الرحمة و التعاون و احسان الزوجين و المحافظة على الانساب.

و هذا ما ذهبت اليه جل القوانين المعاصرة للأسر العربية ، مثال ذلك القانون السوري للزواج " بانه عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل"

وقد عرف الزواج في قانون الاحوال الشخصية السوداني في مادته الحادية عشر بقوله : " الزواج هو عقد بين رجل و امرأة على نية التأبيد ، يحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المشروع "(2)

و الجدير بالذكر ، أن المادة الرابعة للقانون الاسرة الجزائري المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 اضافت في تعريفها للزواج بانه "عقد رضائي " تقييدا و تحديدا لعموم المادة الرابعة من القانون القديم رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 (3). و ذلك لكون الزواج رضائيا بالأساس، يقوم على تقابل إرادتي طرفي العقد، عن طريق اقتران الايجاب بالقبول، لأنه من العقود الرضائية (4).

(1): الأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة ب : 27 ماي 2005.

(2) : www.amanjordan.org القانون السوداني ، بتاريخ : 23.04.2005 ، الساعة 19:00.

(3) : احمد بخين الغزالي، عبد الحليم محمد منصور علي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و ما يجري عليه العمل في مصر و الدول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، ط الاولى ، 2009 ، ص 34.

(4) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص ص 74، 75 .

الفرع الثاني : اهمية الزواج

الزواج هو عقد مقدس شرعي بين الرجل و المرأة فتكمن اهميته في تحصين النفس من جهة و من جهة اخرى من حيث الاستكثار من النسل و هذا ما سنتناوله فيما يلي :

اولا : اهمية الزواج من حيث تحصين النفس

ان الزواج هو سكن للنفس و متاع لها و البعد بها عن انتهاك الحرمات و ذلك بإباحة ان يقضي كل واحد حاجته الجنسية من طريق مباح حلال و يشير الى هذا المعنى (1) . قوله

تعالى " أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ " (2)

و قوله صلى الله عليه و سلم فيما روينا عن ابن مسعود : " فانه أغض للبصر، و أحسن للفرج "

فهو وسيلة للاطمئنان النفسي و الهدوء القلبي و السكون الوجداني، فهو نعمة و راحة، و سنة و صيانة (3) .

ثانيا : اهمية الزواج من حيث الاستكثار من النسل :

فبكثره العدد تتمكن الامة من القيام بمرافق الحياة كلها بتقسيم ابنائها الى فرق تؤدي كل فرقة منها بعض ما تحتاجه الامة من شؤون و الى هذا يشير قوله صلى الله عليه و سلم " تناكحوا تكثرُوا ، فاني مباه بكم الامم يوم القيامة " (4)

فهو سبب لحصول الذرية التي تنفع الانسان في الحياة و بعد الممات، و ايضا قوله صلى الله عليه و سلم فيما رواه ابو داوود عن معقل من يسار " تزوجوا الودود الولود ، فاني مكاتر بكم الامم " و قوله : " سوداء ولود خير من حسناء عقيم " (5)

(1) : محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص8

(2) : سورة النساء، الآية 24

(3) : اسماعيل امين نواهضة، احمد محمد المومني ، الاحوال الشخصية فقه النكاح، دار الميسرة للنشر ، و التوزيع و الطباعة ، ط الاولى ، عمان ، 2010 ، ص 17 .

(4) محمد محي الدين عبد الحميد ، المرجع نفسه ، ص 9.

(5) : محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع نفسه ، ص 9.

المطلب الثاني : حكم الزواج و طبيعته

ان الزواج هو العلاقة الشرعية ، و الطريق المعقول المنفق مع مصلحة المجتمع و رقي الانسان . و من هذا المطلب سنتعرف على حكم الزواج في الفرع الاول و طبيعته في الفرع الثاني .

الفرع الاول : حكم الزواج شرعا

هنا سنتعرف على حكم الزواج في الشرائع السماوية . اليهودية . و المسيحية و في الشريعة الاسلامية في شكل مختصر . و هذا كما يلي :

اولا : حكم الزواج في الشريعة اليهودية

اعتبر بني اسرائيل الزواج فرضا على كل قادر عليه و ان عاش اعزبا كان سببا في غضب الله على بني اسرائيل، و لهذا يقرر فقهاء اليهودية ان جريمة من يحجم عن الزواج مع القدرة على مطالبه تعدل جريمة القتل، لان كلاهما يطفئ نور الله ، او ينقص ظله في ارضه و يبعد رحمته عن اسرائيل .⁽¹⁾

ثانيا : حكم الزواج في الشريعة المسيحية

المبدأ من حياة المسيح عليه السلام الذي لم يتزوج، قرر سادات الفقهاء المسيحية تفضيل الرهبانية و العزوبية و التفرغ للعبادة، كما أن أباء الكنيسة في القرون الأولى للمسيحية كانوا يعتبرون المرأة مصدرا للنشر و أنها مدخل للشيطان الى نفس الإنسان .⁽²⁾

ومن تم جاء القديس " لوتر " الذي اعلن ثورته ضد الاتجاه القديم ، منبها الى ان الزواج هو نداء الفطرة الانسانية ، و ان الاضرار عن الزواج هو عصيان لما وضعه الله.

(1) : بالحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 86.

(2) : نفس المرجع ، ص 86 .

و بعد ذلك جاء القانون الكنيسي الذي وضعته البابوية بالفاتيكان فأصبح الزواج معترفا به في الكنيسة المسيحية. (1)

ثالثا : حكم الزواج في الشريعة الإسلامي

إن نصوص الكتاب و السنة المطهرة واضحة و جلية في طلب الزواج و الترغيب فيه . و قد تزوج الرسول صلى الله عليه و سلم و أنكر الترهيب و اعتزال النساء قال تبارك و تعالى " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَانِكُمْ " و قال صلى الله عليه و سلم " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج " .

و لكن الزواج لا يأخذ حكما واحدا في جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس . فيكون : (2)

- 1 - فرضا : إذا كان الشخص قادرا على تكاليف الزواج و واثقا من نفسه أن يعدل مع زوجته و لا يلحق بها الضرر ، و يتيقن انه لو لم يتزوج وقع في الفاحشة.
- 2 واجبا : إذا كان واثقا من العدل و خاف الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج خوفا لا يصل إلى درجة اليقين ، فان لم يتزوج كان أثما.
- 3 حراما : إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادر عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج.
- 4 مكروها : إذا خاف الوقوع في الظلم إذا تزوج إما لعجزه عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقه

الفرع الثاني : طبيعة الزواج (3)

انطلاقا من المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر 02/05 نستنتج

(1) : بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص 87.

(2) : نفس المرجع ، ص 87.

(3) : إسماعيل أمين نواهضة ، احمد محمد المومني ، مرجع سابق ، ص 31

ان المشرع الجزائري يسمو بالزواج ، عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق و مصالح مادية أو منفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر ، بل هو ترابط معنوي بين رجل و امرأة على وجه الدوام لبناء الأسرة و تحمل أعبائها⁽¹⁾

فهو عقد تمتد جذوره في الأرض (الأعراف، العادات الاجتماعية) لكن طبيعته تستعصي عن إخضاعه لحكم واحد، و لذلك وجب أن يترك الحكم عليه للملابسات و الظروف الشخصية و الاجتماعية التي تحيط بكل شخص.

و بالرجوع إلى نفس المادة أعلاه نرى أن عقد الزواج :

- عقد من العقود؛ يكون على اركان وشروط وترتب عليه اثار قانونية معينة
وهو عقد رضائي ينعقد بإيجاب من احدهما والقبول من الاخر في مجلس واحد

- وهو عقد من العقود الفورية ، فمجرد انعقاده تسري اثاره على الطرفين

- لا يتم هذا الزواج إلا بين الرجل و المرأة ، و هما طرفا العقد .

- أن يكون على سبيل الدوام و الاستقرار ما لم ينحل بالوفاة أو الطلاق .

- هو عقد قائم على المودة و الرحمة و التعاون ، أي ليس على القهر و الظلم

الاضطهاد⁽¹⁾

(1): بالحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 76

الفصل الاول

الفصل الأول : أركان و شروط الزواج

عقد الزواج كأي عقد من العقود الشرعية ، لا يتم و لا يظهر اثره الشرعي من الناحية العملية إلا إذا توافرت له مكونات وجوده الرئيسية صحيحة معتبرة في نظر الشارع .

لذلك حدد الإسلام لصحة عقد النكاح أركاناً و شروطاً لا يتم عقد الزواج بدونها ، و ذلك ضماناً لحقوق كل من الزوجين ، و حماية لتسلهما و تنظيمياً للمجتمع اجمع .

ومن هنا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، المبحث الأول سنتحدث عن أركان الزواج و سنتطرق فيه إلى المقصود بالركن و شروط الصيغة اللفظية ، أما في المبحث الثاني سنتحدث فيه عن شروط هذا العقد بالتعريف به و أيضاً الشروط العامة للزواج في قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول: أركان الزواج

سنتعرض في هذا المبحث الذي قسمناه الى أربع مطالب مفهوم الركن ، وسنعرف الصيغة اللفظية وأهم شروطها التي بموجبها يتم العقد صحيح وأيضا هل يجوز أن ينعقد الزواج بغير اللغة العربية . وسنبحث عن كل واحد في مطلب مستقل.

المطلب الأول: المقصود بالركن الزواج

وهنا سنتطرق إلى التعريف بالركن في اللغة و الإصلاح، و موقف الفقهاء من هذه الأركان ، نظرت كل اتجاه عليه.

الفرع الأول : تعريف الركن في اللغة و الاصطلاح

أولاً: لغة: هو الجانب الأقوى للشيء ، ج: أركان ، و أركان الشيء: إجراء ماهيته⁽¹⁾
ثانياً: اصطلاحاً: هو ما كان جزءاً من حقيقة الشيء ، فإذا ما حصل خلل في كل ركن من الأركان كان خلافاً في نفس العقد أو التصرف و ماهيته ، و لا يوجد ذلك الشيء إلا بوجوده كالإيجاب و القبول في عقد الزواج و كالركوع في الصلاة⁽²⁾

و قد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان الزواج ، و انعكس هذا الخلاف على التشريعات و القوانين العربية بصفة عامة ، و القانون الجزائري بصفة خاصة و بالرجوع الى قانون الأسرة رقم 84 - 11 من المادة 09 الى المادة 17 نجد أن أركان الزواج هي الرضا ، الولي ، الصداق ، الشهود . إلا أن هذا القانون جاء مشوباً بالعديد من النقائص والتناقضات ، حيث ترتب على إختلال هذه الأركان فسخ العقد وهذا في الحقيقة لا ينسجم من الناحية القانونية لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه⁽³⁾

وعلى ذلك يمكن القول أنه في ظل القانون 84-11 كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد ، وما يعتبر شرطاً فيه.

وهو ما حاول المشرع تداركه من خلال التعديل الجديد في ظل قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

- (1) : محمد عقلة الابراهيم ، الزواج و فرقة في الفقه الاسلامي . دار النفائس للنشر و التوزيع ، ط الأولى ، الاردن ، ص 56.
- (2) : سليمان ولد خصال ، المسير في شرح الاسرة الجزائري . دار الأصالة للنشر و التوزيع ، ط الثانية ، المدية ، الجزائر ، 2012 ، ص 44.
- (3) احمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري . طبقاً لأحداث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ط الأولى ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 51

فتمثل شروط نفاذ العقد في ان يكون لمن يتولاه سلطة شرعية ، و ذلك بان يكون له الحق في انشائه

و سنفصل ذلك فيمايلي : فهناك من يتولى العقد بصفة مشروعة اما ان يكون اصيلا او وليا او وكيلا

ومن هنا قسمنا هذا المطلب الى اربع فروع سنفصل فيها ماهية هذه الشروط .

الفرع الاول : الاهلية

اي ان يكون الزوج عند مباشرته العقد كامل الاهلية اما اذا كان فاقدا للاهلية كان يكون صيبا او مجنونا لا ينعقد العقد و يكون باطلا و في حالة كونه ناقص الاهلية - كان يكون صيبا مميزا - يكون العقد موقوفا على اجازة الولي (1).

و معنى ذلك فان كان اصيلا فشرط نفاذ العقد ان يكون كامل الاهلية بمعنى ان يكون بالغاً عاقلاً ، و ان كان الزوج كذلك و الزوجة ايضاً ، كان عقدهما نافذاً ، لا يتوقف ترتيب اثاره عليه على اجازة احد او رضاه (2).

اما اذا كان الزوجان او احدهما فاقدا للاهلية كالصبي غير المميز و المجنون فعقدهما باطلا باتفاق ، فلا ينعقد اصلا و لا يترتب عليه اثر ، اجازة غيرهما او لم يجزه (3).

الفرع الثاني : ان يتولى انشاء العقد الولي

اذا كان متولى العقد غير اصيل ، ان يكون وليا مثلا فشرط نفاذ عقده ان يكون صاحب حق في الولاية من حيث درجة الاولياء و مراتبهم ، فان كان كذلك نفذ عقده دون الحاجة الى اذن احد .

و الا كما لو كان وليا ابعد مع وجود الولي الاقرب ، كما لو عقد الاخ مع وجود الاب كان العاقد فضوليا ، تتوقف نفاذ عقده على اذن الولي الاصلي ، فان اجازة نفذ و ترتبت عليه اثاره

(1) : مناد و فاء ، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة و القانون . مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم الاسلامية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014-2015 ، ص 22 .
 (2) : صفاء محمود محمدا لعياصرة ، مرجع سابق ، ص 212 .
 (3) : محمد عقلة الابراهيم ، مرجع سابق ، ص 58 .

الفرع الثالث : إذا كان الزواج بطريقة الوكالة

فالشرط ألا يخالف الوكيل أمر موكله ، فان حصلت مخالفة كان العقد موقوفا على اجارة الموكل (1).

فمثلا اذا وكل شخص غيره ليزوجه فتاة معينة او بمهر معين فزوجه فتاة غيرها ، او زوجه بمهر اكثر كان العقد موقوفا على اجارة الموكل (2).

فشرط نفاذ عقده ان لا يكون فضوليا ، و الفضولي هو من ليس بوكيل اصيلا ، او من وكله الاصيل وكالة خاصة من امرأة بعينها ، او بصفات معينة ، فلم يراعي في اختياره تلك الصفات .

و حينئذ يكون عقده موقوفا على إذن صاحب العلاقة (3).

الفرع الرابع : ان يكون للعاقد صفة شرعية تخول له مباشرة العقد

وذلك بان يكون زوجا او وليا او وكلا ، أما إذا لم يكن للعاقد صفة شرعية لمباشرة العقد كان الزواج موقوفا على إجازة صاحب الحق (4). اي من له الولاية عليه . فلو كان الزوج عبدا او كانت الزوجة امة لم ينفذ ما تولياه او وكلا فيه من عقد الزواج الا اجارة السيد، و لو كان احدهما صبيا مميزا لم ينفذ ما تولاه او وكل فيه من عقد الزواج الا اجاره وليه ، و ذلك عقد الزواج من العقود المترددة بين النفع و الضرر . و كل عقد من العقود المترددة بينهما لو تولاه قاصر الاهلية بنفسه او بوكيله يتوقف على اجازة من بيده اجازته من ولي او وصي او سيد او نحوهم (5).

(1) : صفاء محمود محمد العياصرة ، مرجع سابق ، ص 117

(2) : عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 164

(3) : محمد عقلة الابراهيم ، مرجع سابق ، ص 113

(4) : صفاء محمود محمد العياصرة ، مرجع سابق ، ص 117

(5) : محمد محي الدين عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 26

المطلب الخامس : شروط اللزوم

هي تلك الامور و الاعتبارات التي ينبغي توافرها كي يستقر العقد و تترتب اثاره عليه ، فلا يملك احد من زوج او زوجة او وليهما حق الاعتراض عليه و طلب فسخه (1).

فستعرض في فروع هذا المطلب ما تم ذكره سلفا حسب الخطة المبينة :

الفرع الاول : ان يكون الولي الذي زوج فاقد الاهلية

بأن يكون هو ابوه او جده ، فاذا زوج المجنون او المجنونة او الصغير احد هؤلاء لزم العقد ، و لم يثبت لهم خيار الفسخ عند الافاقة او البلوغ ، اما اذا زوجهم غير هؤلاء من الاولياء كالإخوة او الأعمام لم يلزم العقد ، و لو تم زواجهم من اكفاء و بمهر المثل (2).

و عليه هذا القول : ان غير الاصل و الفروع من الاولياء حواشي ، و هؤلاء لا يتوفر فيهم من كمال الشفقة ، و الحصول على المصلحة ما يتوفر في الاصول و الفروع ، لذا وجب ان لا يلزم العقد في حقهم حفاظا على مصالحهم (3).

الفرع الثاني : ان يكون كل من الزوجين خاليا من العيوب المبيحة للفسخ

فان وجد بأحد الزوجين عيب جسمي او جنسي مما يمنع تحقيق مقاصد الزواج كان للأخر حق الفسخ رفعا للضرر عن نفسه، الا اذا كان على علم بالعيب عند إجراء العقد او قبله و رضي به (4).

فقد اتفق الائمة الثلاثة على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الامراض او العيوب الجنسية التي تحول دون الابقاء على العلاقات الزوجية و استمرارها ، فتوجد عيوب ينفرد بها الزوج و عيوب تختص بها المرأة ، و قد حدث التطليق لعيب منذ عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و صحابته الكرام .

(1): احمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، مرجع سابق ، ص 98

(2): محمد عقلة الابراهيم ، مرجع سابق ، ص 118

(3) : نفس المرجع ، ص 118 .

(4): محمد عقلة الابراهيم ، مرجع سابق ، ص 118

فقد روي ان الرسول صلى الله عليه و سلم تزوج امرأة من غفار ، فقعد منها مقعد الرجل من المرأة، فابصر بكشحها برصا فقام عنها ، فقال " سوي عليك ثيابك و ارجعي الى بيتك (1)"

وقد استند عمر في مسألة التطلاق للعييب في المرأة الى هذه الحادثة و قال : " اذا تزوج الرجل المرأة و بها جنون او جذام او برص ، او قرن فان كان دخل بها فلها للصدق بمسه اياه ، و هو على الولي (2)".

الفرع الثالث : ان يتم الزواج من كفى

فاذا تولت البكر البالغة الراشدة عقد زواجها بنفسها او بوكيلها ، و انكرت ان لها وليا عاصبا، من غير كفى ، و كان لها ولي عاصب لم يرضى بهذا الزواج ، فلهذا الولي ان يرفع الامر الى القاضي و يطلب فسخ الزواج (3).

فعند الحنفية أن تزوج المرأة البالغة نفسها جائز لكن بمهر المثل ، فاذا زوجت نفسها بمهر المثل لزم العقد ، و لم يكن للولي حق الاعتراض ، اما اذا زوجت نفسها باقل من مهر المثل ، و لم يرضى الولي بذلك ، كان له حق الاعتراض على العقد و طلب فسخه مالم يرفع الزوج المهر الى مهر المثل ، لان الاولياء يتفاخرون ببلوغ مهر موليائهم مهر المثل او بزيادته عليه و يعيرون بنقصه عنه ، لذا كان لهم دفع هذا الضرر عن انفسهم باعطائهم حق طلب الفسخ (4).

الفرع الرابع : ان يغرر احد الزوجين بالأخر

كان يدعي في نفسه عند الزواج صفة يرغب فيها من مال او مركز ، او نسب ، او علم ، ثم يظهر الامر على خلاف دعواه ، فهذا يعطي للزوج المغرر به حق الفسخ ، اذا كان قد

(1) : العربي بختي ، مرجع سابق ، ص 105

(2) : نفس المرجع ، ص 106

(3) : عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 165.

(4) : محمد عقلة الابراهيم ، مرجع سابق ، ص 118.

سأل الاخر عن هذه الصفة فادعاها (1)، فيكون هنا العقد غير لازم ، و يحق لها او له الفسخ لدفع الضرر عن نفسه ، كما يحق لوليها ذلك اذا كان المغرر به هي الزوجة (2).

و لكن يسقط الحق في طلب الفسخ لعدم الكفاءة اذا حملت الزوجة او انقضت سنة بعد العلم بالزواج ، او بسبق الرضى ممن طلب الفسخ (3).

المطلب الخامس : الشروط العامة لعقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري

لقد حصر المشرع الجزائري شروط عقد الزواج في خمس عناصر من خلال الامر رقم 02/ 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و عليه فإننا سنعتمد في تقسيمنا لهذه الشروط على ما اورده المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من ق . أ

و مما سبق فان المشرع سعى من خلال التعديل الجديد لقانون الاسرة الى تحديد ما يعد ركنا في عقد الزواج و ما يعد شيرطا فيه . حيث نص في المادة 09 مكرر على ما يلي يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية :

- اهلية الزواج

- الصداق

- الولي

- شاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج

(1) : محمد عقلة الابراهيم ؛ مرجع سابق ص 118

(2) : عثمان التكروري ، مرجع سابق ، ص 116

(3) : احمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، مرجع سابق ، ص 101.

و استقرار لهذا النص فان شروط عقد الزواج هي الاهلية ، و الولي ، الصداق ، الشاهدان
انعدام الموانع الشرعية . و هو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في الفروع التالية :

الفرع الاول : الاهلية في عقد الزواج

الاهلية في اللغة : هي صلاحية مطلقا، يقال : فلان اهل لهذا العقد ، اذا كان صالحا للقيام به
، او لطلبه منه ، او لاستحقاقه له . اما في اصطلاح فهي : صفة يقدرها الشارع في الشخص
تجعله صالحا ، لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه و صحة التصرفات منه (1).

وتنقسم الاهلية الى قسمين :

اهلية وجوب : وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ، و التحمل بالالتزامات ، مما
يجعلها مطابقة للشخصية القانونية ، حيث تدور وجودا و عدما مع الحياة لأنها تثبت لكل
انسان ، و اهلية الاداء و هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية ، اي القدرة على
التعبير بنفسه عن ارادته منتجا لأثاره القانونية في حقه و ذمته (2).

فاعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الاهلية الكاملة ، لما
يترتب عليه من الالتزامات المالية و الواجبات الاجتماعية العائلية ، ذلك انه ليس من
المصلحة الخاصة و العامة السماح لكل فرد الاقدام عليه من غير نضج فكري ، و قدرة مالية
، و معرفة بشؤون الحياة و الاعباء الزوجية (3).

وعلى هذا الاساس ، حددت المادة 7 ق . أ المعدلة بالأمر 02/ 05 ، سنا محدد للزواج و
هو تسعة عشرة سنة كاملة للرجل و المرأة ، و هو في ذات الوقت سن الرشد القانوني (م
40 / 2 ق.م) (4).

(1): احمد الشامي ، مرجع سابق ، ص 62

(2): نفس المرجع ، ص 63

(3): بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص 159

(4): نفس المرجع ، ص 160

فأهلية الزواج تستوجب العقل و البلوغ ، بان يكون الزوجان بالغين عاقلين ، و تحديد السن الأدنى للزواج اخذه القانون الجزائري من اراء المالكية و الحنفية، و يكون تقدير سن الزواج وقت ابرام العقد ، و ليس ساعة الدخول، و يعتمد ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده او شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين⁽¹⁾.

و قد حكمت المحكمة العليا بانه من المقرر شرعا ان عدم توافر اهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، و في قرار حديث اشارت المحكمة العليا الى ان الزواج الباطل هو ذلك الذي لم يستوفي شروطه الموضوعية (السن ، الولي ، الصداق)⁽²⁾.

فيكون الزواج قبل اكمال الاهلية باطلا بطلانا مطلقا، و يمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف احد الزوجين، او النيابة العامة، او اي شخص له مصلحة، أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا، و يمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط.

و تطبق ضد كل من ساهم في انعقاد الزواج دون سن الزواج الشرعي عقوبة جزائية و هي الحبس من 15 يوما الى 3 اشهر ، او بغرامة مالية من 400 الى 1000 دج⁽³⁾.

و العقوبة تشمل هنا ، ضابط الحالة المدنية ، او الموثق ، و كذلك الممثلين الشرعيين للزوجين⁽⁴⁾.

غير انه و تماشيا مع الاعراف و العادات ، اجاز القضي في نفس المادة ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة ، و هذا من باب السياسة الشرعية ضمانا لمصلحة الشباب و المجتمع و بعد مراعاة اجازة الولي⁽⁵⁾.

و يشترط لكل واحد من المتعاقدين شروط تتعلق به و هي :

1. لزوج : و من شروطه ما يلي :

أ - الاسلام : فلا يجوز لمسلمة الزواج من كافر⁽⁶⁾ ، و هذا لصريح قوله تعالى : " وَلَا

تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ"⁽⁷⁾

(3) : سليمان ولد خصال ، مرجع سابق ، ص 56

(4) : نفس المرجع ، ص 56

(5) : بلجاج العربي ، مرجع سابق ، ص 57.

(4) : بلجاج العربي ، مرجع سابق ، ص 159

(5) : سليمان ولد خصال ، مرجع سابق ، ص 56

(6) : نفس المرجع ، ص 54

(7) : سورة البقرة الآية 212

ب - البلوغ : خلافا لبعض الفقهاء الذين اجازوا للصبي الزواج اذا بلغ سن التمييز وان لم يبلغ ، قال الامام القرافي : " و منع منوعا اجازة عقد الصبي مطلقا ، و جعل البلوغ شرطا في الصحة ، لان الصبي مسلوب الاهلية و العقد بغير عاقد معتبر لا يصح ، و فرق بينه و بين البيع للضرورة العامة (1) .

ج - العقل : و أما العقل عند جمهور العلماء حتى ابن شبرمة و من معه ، لا يشترطونه لصحة عقد الزواج ، فيجوز عندهم ان يزوج الولي المجنون او المجنونة و كذا المعتوه و المعتوهة (2) .

د - الخلو من اربعة زوجات : لا يمكن للزوج ان يتزوج و في عصمته 4 نساء .

2. الزوجة : و يشترط فيها شرط واحد : و هو ان لا تكون محرمة شرعا على من يريد زواجها ، قال الامام القرافي : " المعقود عليها و هي المرأة الخالية من الموانع الشرعية " (3) .

و هناك من يضيف شروطا اخرى و هي : عدم الاكراه و عدم الاحرام ، و لا تكون مشركة .

واما عن موقف المشرع الجزائري فيلاحظ انه حدد سن الزواج للجنسين معا بتمام 19 سنة، لكن اجاز باقل من ذلك اذا كان بترخيص من القاضي ، و هذا ما جاء في المادة 07 من الامر 02/05 " تكتمل اهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .

يكتسب الزوج القاصر اهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق والتزامات (4) .

(1): احمد شامي ، مرجع سابق ، ص 255

(2) : سليمان ولد خصال ، مرجع سابق ، ص 55

(3) : نفس المرجع ، ص 55

(4): ابن المنظور ، لسان العرب . الجزء العاشر دارصادر ، ط الاولى ؛ بيروت لبنان ؛ 1990 ص 37

الفرع الثاني : الصداق :

اما في هذا الفرع سنتحدث عن ماهية الصداق ، من تعريف له ، دليله مقداراه وانواعه

1 - تعريف الصداق :

1 - لغة : بفتح الصاد و كسرهما ، و الفتح افصح ، مشتق من الصدق و هو ضد الكذب ، لأنه بذله للزوجة دليل على صدق الزوج في العزم على الزواج (1).

و يسمى الصداق مهرا و نحلة و فريضة و طولا و حباء و اجرا و عقرا و نكاحا (2).

2 - اصطلاحا : عرفه المشرع الجزائري بتعريف لا يختلف عن تعاريف الفقهاء و عليه فقد نصت المادة 14 من القانون رقم 11/84 ان " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود او غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء "

فالصداق الذي يقدم للزوجة ينبغي ان يكون مالا ، منقولا او عقارا ، مباحا لا تحرمه الشريعة الاسلامية ، و هو ملك للزوجة، و لا يجوز لأي شخص ان يأخذ جزء منه الا برضاها و إذن (3).

و قال الحنفية بانه : " المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البعض إما بالتسمية او بالعقد "

اما الحنابلة فقد عرفوا الصداق بانه " العرض المسمى في النكاح "

اما المالكية و الشافعية ، فالمهر عند المالكية كالثمن و هو موضع اتفاق مع الشافعية تقريبا ، حيث عرف الشافعية المهر بانه " المال الذي يجب للمرأة على الزوج في مقابل ملكة الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج (4) "

(1): سليمان ولد خسال ، نفس المرجع ، ص 57.

(2) : محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق ، ص 132

(3): محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الاسلام ، دار النهضة العربية. ط الثانية ، بيروت ، لبنان ، 1977 ، ص 249

(4): محمود محمد الشيخ ، المهر في الاسلام ، المكتبة العصرية ، ط الاولى ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص ص 26

كما ان المادة (15 من قانون الاسرة الجزائري) تنص على انه " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا او مؤجلا ، و في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل "

غير ان المادة 33 تنص بانه " اذا تم الزواج بدون ولي او شاهدين او صداق ، يفسخ قبل الدخول ، و لا صداق فيه ، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

هذا و لم يخصص المشرع الجزائري للصداق الا اربع مواد في قانون الاسرة (م 14 - 17 ق.أ) (1).

2 - دليل الصداق

أ - من القران الكريم : قال الله تعالى ".....وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۗ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ ۗ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ۗ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً....." (2)

و قوله سبحانه و تعالى " وَأَتُواهُنَّ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً (3) "

ب - من السنة الشريفة : عن انس - رضي الله عنه - ان النبي صلى الله عليه و سلم " رأى علي بن عوف اثر صفرة فقال : ما هذا : قال : تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال بارك الله لك ، " او لم ولو بشاة " رواه الجماعة و لم يذكر فيه ابو داود .

و عن ابي هريرة قال : كان صداقنا اذا كان فينا- رسول الله صلى الله عليه و سلم - " عشر اواقي " - رواه النسائي و احمد و زاد و طبق بيديه و ذلك أربعمائة (4) .

(1) : بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق- الميراث- الوصية - الجزء الاول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط الرابعة ، الجزائر ، 2005 ، ص 99

(2) : سورة النساء ، الآية 24

(3) : سورة النساء ، الآية 04

(4) : محمد محي الدين عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 133

ج- في الاجماع : اجمعت الامة من عهد النبوة الى يومنا هذا على وجوب الصداق للمرأة على الرجل و لم يوجد اي خلاف على ذلك .

3- مقدار الصداق : لا يوجد حد اكثر للصداق ، و هذا لعدم ورود نص شرعي في ذلك ، و لان امكانات الناس مختلفة ، فترك الامر مطلقا .

لما رواه عن عائشة - رضي الله عنها - ان الرسول صلى الله عليه و سلم و قال " ان اكثر النكاح بركة ايسره مؤونة "

اما الحد الاقل فبعض الفقهاء كالشافعي و احمد و ابو ثور لا يشترطونه ، لعموم الاحاديث التي لم تشترطه منها قوله صلى الله عليه و سلم " فالتمس و لو خاتما من حديد "

اما البعض الاخر فقد اشترط حدا اقل و هو ربع دينار ذهبي كما قال بذلك المالكية و 10 دراهم فضية عند الاحناف⁽¹⁾.

4- انواع الصداق:

أ - الصداق المسمى هو المهر المحدد قيمة او ما يقابلها ، او هو ما اتفق عليه العاقدان في العقد وسمي تسمية صحيحة ، او فرض لزوجة بعد العقد الذي خلى من تسمية المهر بالتراضي⁽²⁾، وهو ما اشارت اليه المادة 9 و 15 ق.أ و يعتبر من جملة الصداق المسمى في العقد ما جرى عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة البكر قبل الزفاف ثيابا او نحوها .

فان هذا المعروف بين الناس يكون كالمشروط في العقد ، ويجب الحاقه بالصداق⁽³⁾

ب - صداق المثل: ويقصد به ما يدفع لنظائر المرأة من نساء اهلها او اهل بلدها ، ونظائرها هن الممثلات لها في ما يعتد به من صفات الزوجة كالدين و الادب و العقل و الجمال و التعليم

(1): نفس المرجع ، ص 134.

(2) : احمد بخيت الغزالي، عبد الحلیم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص 183

(3): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 103

والسن والبكارة والثيوبه ، وكونها ولودا او عقيما ، والبلد الذي تعيش فيه ونحو ذلك ، مع النظر الى الزوج في تلك المماثلة.

الفرع الثالث الولي

لتحديد مفهوم الولاية في عقد الزواج يجب اولا الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية وما تم كتابته من طرف الفقهاء في مسألة الولاية في الزواج (1).

1 - تعريف الولي : لغة : من الولاية بكسر الواو وهي : النصره والمحبة اما الولاية بفتح الواو فهي تولي الامر

اما اصطلاحا: فهي تنفيذ القول على الغير والاشراف على شؤونه ، والمراد بالغير القاصر والمجنون والبالغ . او هي القدرة على انشاء العقد نافذا غير موقوف على اجازة احد (2).

2 - اقسام الولاية : ان الفقهاء يقسمونها الى ثلاثة اقسام : ولاية على النفس ، وولاية على المال ، وولاية على النفس والمال معا وما يهنا هنا هو ولاية على النفس وهي في مسائل اهمها الزواج (3).

فالولاية على النفس فهي بدورها تنقسم الى قسمين :

أ - ولاية اجبار : فهي تلك التي تكون على الصغار والمجانين وهذه يمنعها القانون ، لكن الفقه يثبتها .

ب - ولاية الاختيار : وتسمى ولاية الشركة فهي عند جمهور الفقهاء تثبت للولي على الباعه العاقلة ، اذ الزواج لا ينعقد بإرادتها وحدها ولا بصيغتها بل لابد من ارادة وليها وصيغته ، وهي عند ابي حنيفة ولاية استحباب اذ يجب استأذنها ويستحب ان يعقد الولي نيابة عنها (4).

(1) : بوسطة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني. جامع محمد خيضر - بسكرة - العدد 4 ، جوان 2007 ، ص 36

(2) : الحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 118

(3) : سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 70

(4) : الأكل بن حواء ، نظرية الولاية في الزواج . الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر، 1982، ص 14.

3 - حكم الولي في عقد الزواج

اختلف العلماء حول حكم الولي في عقد الزواج ، فذهب المالكية في المشهور عندهم على انه ركن وذهب الشافعية ومالك في رواية عنه الا انه شرط في الصحة ، اما ابو حنيفة والشيعة والزهري فقالوا : اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز ، وفرق داوود بين البكر والثيب ، فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ، وعده ابن القاسم من المالكية سنة وليس بفرض اي من شروط التمام وليس من شروط الصحة⁽¹⁾.

اما قانون الاسرة الجزائري رقم 84 / 11 فقد وقع في اضطراب فالمادة 9 منه جعلته ركنا والمادة 32 منه اعتبرته شرطا لكن التعديل الجديد حسم الامر وقضى على هذا التعارض حيث كلفه بانه شرط من الشروط وليس بركن وهذا من خلال المادة 9 مكرر من الامر رقم 05 - 02 وعليه فانه اخذ برأي جمهور الفقهاء .

4 - شروط الولي

اما عن شروط الولي فقد ذكر الفقهاء 3 شروط هي

أ العقد: فلا ولاية للمجنون او المعتوه في الزواج لأنه ، ليس له ولاية على نفسه في الزواج فأولى الا يكون اهلا للولاية على غيره⁽²⁾ .

ب - البلوغ: فلا ولاية للصبى على غيره في الزواج لانه لا ولاية له على نفسه ، فلا ولاية له على غيره بالأولى .

ج - اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا لمسلم على غير مسلم ، وذلك لان الولاية في الزواج مبنية على التعصيب في الارث ولا توارث مع اختلاف الدينين ، لكن هناك من الفقهاء من يجيز ذلك اذا كان الولي كتابيا وكانت موليته كذلك . واختلفوا في اشتراط العدالة فذهب الاكثرون الى عدم اشتراطها في الولي⁽³⁾ .

5 - موقف المشرع الجزائري من الولي

- (1): اسماعيل ابا بكر البارمي ، بأحكام الاسرة (الزواج و الطلاق) بين الحنفية و الشافعية ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، ط الأولى ، 2009 ، ص 116
 (2): عبد القادر جزر الله ، الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق . دار الخلد و نية للنشر و التوزيع ، ط الاولى ، الجزائر ، 2007 ، ص 62
 (3): سيد سابق ، فقه السنة ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزء الثاني ، ط الأولى ، لبنان ، 2008 ، ص 156.

لقد شهدت مسألة الولاية على المرأة في الجزائر نقاشا حادا وطويلا بين مختلف رجال القانون وفقهاء الشريعة وجمعيات نسوية متعددة الوجهات ، خصوصا في ضل تعارض نصوص قانون الاسرة رقم 84 - 11 وهو ما حاول المشرع تداركه من خلال التعديل الجديد

قانون الاسرة رقم 84 - 11 لقد جاء هذا القانون بأحكام غير منسجمة مع بعضها البعض بخصوص مسألة الولي في عقد الزواج ، فقد نصت المادة 09 على انه " يتمك عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة ، وشاهدين وصادق " فالولي هنا ركن في عقد الزواج فلا يجوز للمرأة تزويج نفسها بدونه⁽¹⁾.

لكن عند الرجوع الى نص المادة 32 ، 33 من نفس القانون نجد ان المشرع لا يعتبره ركنا وانما شرط صحة ، فيفسخ الزواج بدونه قبل الدخول ، ويثبت بعد الدخول بصادق المثل⁽²⁾

من بين صور التناقض كذلك نص المادتين 12 و 13 حيث جاء في نص المادة 13 على انه " لا يجوز للولي ان يمنع من في ولايته من الزواج اذا رغبت فيه وكان اصلح لها واذا وقع المنع فللقاضي ان يأذن به مع مراعاة احكام المادة 9 من هذا القانون غير ان للاب ان يمنع بنته من الزواج اذا كان هذا المنع مصلحة للبنت"⁽³⁾.

فقد فرق هذا النص بين البكر والثيب من حيث سلطة التزويج ، فبالنسبة للثيب فلا تدخل تحت ولاية الاجبار ، اذا رغبت بالزواج بمن هو اصلح فليس لوليها ان يمنعها وللقاضي ان يأذن لها بذلك .

اما البكر فالعكس فهي تخضع لولاية الاجبار فيستطيع وليها منعها من الزواج اذا كان في هذا المنع مصلحة لها.

(1) : احمد شامي ، مرجع سابق ، ص 65

(2) : نفس المرجع ، ص 66

(3) : بن صغير محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري .رسالة

دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008 - 2009 ص 389

وفي نص المادة 13 " لا يجوز للولي ابا كان او غيره ان يجبر من في ولايته على الزواج ولا يجوز له ان يزوجها بدون موافقتها "

فطبقا لهذا النص لا يستطيع الولي ابا كان او غيره ان يجبر من في ولايته على الزواج سواء كانت ثيبا او بكرا (1).

فبسبب هذا التناقص سعى المشرع الى تدارك النقص ورفع التعارض الذي شاب القانون رقم 84- 11 حيث نصت المادة 9 مكرر من قانون رقم 09- 02 " يجب ان تتوفر في عقد الزواج الشروط الاتية : اهلية الزواج ، الصداق ، الولي"

وبذلك لم يعد الولي ركنا في عقد الزواج ، وانما شرط من شروطه ، يترتب عن تخلفه او اي شرط اخر فسخ العقد قبل الدخول ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل كما عدلت المادة 11 واصبحت تنص على انه : تعقد بالمرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو ابوها او احد اقاربها او اي شخص اخر تختاره .

دون الاخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القصر اوليائهم وهم الاب فأحد الاقارب الاولين والقاضي ولي من لا ولي له (2):

فقد اتجه المشرع الى التعديل الجديد الى اعتبار الولاية امرا شكليا ، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد ، ولها ان تباشر بنفسها متى كانت راشدة " اي بلغت 19 سنة" بل ذهب الى ابعد ذلك حيث جعل كل الاشخاص اولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة فاستبدله بمعيار الاختيار .

واخيرا يمكن القول ان ما جاء به الامر رقم 05 - 02 يعد خروجاً عن المذهب المالكي الى المذهب الحنفي الا انه لم يأخذ بالمذهب الراجح لدى الحنفية فيما يخص الولاية عن القاصر

(1) مولود ديدان ، قانون الاسرة حسب اخر تعديل له . دار بلقيس ، الجزائر - دار البيضاء ، 2006 ، ص 106
(2) تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم العلمية والبيولوجية . ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر ، 2001 ، ص 49

فالولاية على القاصر في المذهب الحنفي هي ولاية اجبار بينما اعتبرها قانون الأسرة ولاية اختيار (1).

الفرع الرابع : الشاهدان

1 - تعريف الاشهاد لغة واصطلاحا .

لغة : يأتي بمعنى الحضور والمعينة والاخبار .

اصطلاحا : هو حضور شاهدين ، رجلين او رجل وامرأتان بغرض الاشهاد على عقد الزواج (2)

2 - حكمه الشرعي وادلته

يستفاد من عبارات الفقهاء انهم متفقون ان الشهادة شرط في الزواج غير ان المشهود عند مالك ان الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد ، بل الشرط لإنشاء العقد مطلق العلانية ، والشهادة شرط لحل الدخول ، فالشهادة ان تتوفر فيها الاعلان للانعقاد .

وادلة الاشهاد الشرعية كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل "

اما ادلة المالكية فعن عائشة رضي الله عنها قالت قال صلى الله عليه وسلم " اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف " (3) .

(1) : سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 74

(2) : نفس المرجع ، ص 76

(3) : العربي بختي ، مرجع سابق ، ص 33.

3 - التكييف القانوني للإشهاد:

تقتضي المادة 9 مكرر من ق . أ (المصادقة بالأمر 05 - 02 المؤرخ في 27/02/2005) بما يلي :

" يجب ان توفر في عقد الزواج الشروط الاتية : اهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، الشاهدين" (1)

يتضح من مقتضيات هذا النص ، ان المشرع يشترط الاشهاد لصحة الزواج ، و بذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائري ، الا بحضور شاهدي عدل (م 33 / 02) المعدلة بأمر (02 / 05)

ومن هنا يتبين ان حضور الشاهدين جعله المشرع شرطا لصحة عقد الزواج، شأنه شأن اهلية الزواج والولي والصداق وانعدام الموانع الشرعية للزواج (م 9 مكرر ق . أ) (2)

4 - شروط الاشهاد

يشترط في صحة عقد الزواج ما يلي :

أ - الاسلام : وهذا اذا ما كانت الزوجة مسلمة اما اذا كانت كتابية فقد قال محمد وزفر والشافعي واحمد لا تجوز شهادة الكتابيين وقال ابو حنيفة وابو يوسف : يصح العقد بشهادة الكتابيين (3)

ب -العقل والبلوغ : وهما محل اتفاق بين الفقهاء والمشرع الجزائري اشترط سن 21 عام على الاقل وهذا من خلال النص م 33 من قانون الحالة المدنية(4).

ج -السماع والفهم: لتحقق الاعلان والاعبار وشيوع العقد بين الناس ، ولذلك لا يعقد بحضور الاصم او من لا يفهم معاني العبارات التي ينشأ بها العقد .

د -حضور الشاهدين: رجلين او رجل وامرأتين فالاحناف أجازوا شهادة النساء ومنع ذلك الشافعي اما المشرع الجزائري فإنه لم يميز بين الذكر والانثى في الاشهاد سواءا كانوا من

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 326

(2) : سليمان ولد خسال ، مرجع سابق ، ص 77

(3) : بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة المعدل . دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، ط الاولى ، الجزائر ، 2008 ، ص 70

(4) : الامر 14 - 08 المؤرخ في 13 شوال 1435 الموافق ل 9 غشت 2014 المعدل و المتمم رقم 70 - 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 و المتضمن قانون الحالة المدنية ، الجديدة الرسمية رقم 49.

الاقارب او لا ، وهذا من خلال نص المادة 33 ق الحالة المدنية، غير ان تطبيق هذا الشرط عمليا تنحصر في شهادة رجلين فقط .

ه - العدالة : وهذه اشترطها الشافعي وأحمد ، اما ابو حنيفة فلم يشترط ذلك فحين اكتفى متأخرو المالكية بأن يكونا مستوري الحال⁽¹⁾ .

الفرع الخامس : انعدام الموانع الشرعية

من شروط انعقاد الزواج ان تكون المعقود عليها محلا للعقد ، اي الا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج ، وهذا لقوله تعالى " وَأَجَلَ لَكُمْ مَّا وَّرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"⁽²⁾ .

ولقد تناول المشروع الجزائري احكام موانع الزواج في قانون الاسرة من المادة 23 الى المادة 30 ق . أ ، كما تنص المادة 9 مكرر ق. أ المضافة بالأمر 02 / 05 على انه يجب ان يتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج .

وتنقسم المحرمات من النساء ، طبقا لمادة 23 من ق . أ الى قسمين :

1 - المحرمات المؤبدة : وهي محرمات على سبيل التأييد ، بحيث لا يحل للمسلم الزواج بإحداهن في اي وقت من الاوقات . وهي تنحصر كما جاء في المادة 24 . ق . أ في ثلاثة اسباب وهي :

أ - القرابة (النسب)

ب - المصاهرة

ج - الرضاع

أ - حرمة القرابة : وقد ورد ذكرها في اية المحرمات ، وهي قوله تعالى " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ"⁽³⁾ .

(1) : عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر ، ط الثالثة ، الجزائر ، 1996 ، ص 64

(2) : سورة النساء ، الآية 24 .

(3) : سورة النساء ، الآية 23 .

و يمكن إرجاعهن الى اربع اصناف هي :

❖ الصنف الاول : اصول الشخص و هن الام و الجدة مهما علت سواء من جهة الاب او جهة الام .

❖ الصنف الثاني : فروع الشخص و هن البنت و بنت البنت و بنت الابن مهما نزلن .

❖ الصنف الثالث : حواشي الشخص و هن : الاخت و بنت الاخت و بنت الاخ مهما نزلن .

❖ الصنف الرابع : نساء الدرجة الاولى من فروع الاجداد و الجدات و هن : العممة و الخالة اما نساء الدرجة الثانية فهن مثل : بنت العممة او بنت العم و بنت الخالة و الخال فجانز الزواج معهن ان انعدم شرط الرضاعة⁽¹⁾.

ب - حرمة المصاهرة :

و قد جاء الحديث عندهن في المادة 26 من القانون رقم 84 / 11 و هن اربعة اصناف ايضا :

❖ الصنف الاول : زوجة اصول الشخص مثل زوجة الجد فما فوق سواء كان جدا للاب او جدا للام .

❖ الصنف الثاني : زوجة فروع الشخص مثل زوجة الابن و زوجة ابن الابن و زوجة ابن البنت مهما نزلوا

❖ الصنف الثالث : اصول زوجة الشخص مثل ام الزوجة ، و جدة الزوجة ، او ام جدة الزوجة فما فوق ، و هذه تحرم بمجرد العقد على الزوجة .

❖ الصنف الرابع : فروع زوجة الشخص و هي المعروفة بالربيبية دخل بأمرها اما التي عقد على امها فقط و لم يتم الدخول فيجوز له الزواج بها⁽²⁾.

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 226

(2) : عيسى حداد ، عقد الزواج - دراسة المقارنة . منشورات باجي مختار ، الجزائر ، 2006 ، ص 150

1 - حرمت الرضاعة :

جاء في نص المادة 27 من القانون رقم 84 - 11 بأنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، وهذا النص اخذ كما هو من حديث النبي صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "

وبذلك يحرم على الرجل ان يتزوج مع امه من الرضاعة او اخته او عمته او خالته وكل النساء اللاتي ورد ذكرهن في المادة 25 ق . ا⁽¹⁾.

وحسب المادة 28 من القانون رقم 84 - 11 فإن الطفل الرضيع يعد وحده دون اخوته وأخواته ولد للرضعة وزوجها ، واخا لجميع اولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه .

اما المادة 29 من نفس القانون فقد قيدت التحريم بالرضاعة بشريطين احدهما : ان الرضاع المعتبر هو ما تم قبل الفطام او في الحولين ، والشرط الاخر يتعلق بكمية اللبن فالمشروع لا يفرق ما كان قليلا منه او كثيرا⁽²⁾.

2 - المحرمات المؤقتة :

وهي الموانع الشرعية التي يكون التحريم فيها غير مؤبد اي بمعنى ان سبب التحريم فيها مؤقت فيبقى التحريم ببقاء الوصف ويزول بزواله .

ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 30 المعدلة بالامر 05 / 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 وحصرها في ست احوال وهي :

1. المحصنة (او زوجة الغير او المتزوج)
2. المعتدة من طلاق او وفاة
3. المطلقة ثلاثا
4. الجمع بين المحارم
5. زواج المسلمة بغير المسلم
6. الزيادة على القدر المسموح به شرعا (م 8 ق . أ المعدلة)⁽³⁾.

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 230

(2) : سليمان ولد خصال ، مرجع سابق ، ص 65

(3) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 235

1- المحصنة : متى كانت المرأة في عصمة رجل سواء كان مسلم او غير مسلم يحرم على الغير الزواج بها ، تعليق حق الزوج بالزوجة وهذا لقوله تعالى : "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"⁽¹⁾ والمراد بالمحصنات في هذه الآية جميع ذوات الازواج ، وقد اشارت المحكمة العليا الا انه من الموانع المؤقتة المانع للزواج وجود المرأة في عصمة رجل اخر ومن ثم فالزواج بها ، و لو توافرت اركانه فهو غير صحيح وان المحصنة (اي المتزوجة) تحرم على الزواج الثاني ، وان الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب (م 30 و 34 ق . ا)⁽²⁾

2 - المعتدة من طلاق او وفاة :

اتفق الفقهاء على تحريم زواج المعتدة من الغير ، سواء كان السبب طلاقا او وفاة حتى تنتهي العدة الشرعية لقوله سبحانه "فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا"⁽³⁾ وقوله عز وجل " وَلَا تَعْرِمُوا عِدَّةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"⁽⁴⁾ اي لا تعقدوا النكاح الا بعد انتهاء المدة التي فرض الله على المعتدة بعد فرقة زوجها .

فأنه بالنسبة للمعتدات من الطلاق جاء قوله تعالى "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"⁽⁵⁾

وأما في ما يتعلق بالمعتدة من وفاة فيقول سبحانه وتعالى "وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"⁽⁶⁾ وفي عدة الحامل قوله تعالى "إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"⁽⁷⁾

(1) : سورة النساء ، الآية 24

(2) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 235

(3) : سورة الاحزاب ، الآية 49

(4) : سورة البقرة ، الآية 235

(5) : سورة البقرة ، الآية 228

(6) : سورة البقرة : الآية 234

(7) : سورة الطلاق ، الآية 04

3- المطلقة ثلاثا :

إذا طلق الزوج زوجته المطلقة الثالثة حرمت عليه حرمت لا يحلها عقد ولا مراجعة لقوله تعالى " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" (1) وهو ما اشارت اليه المادة 30 / 03 من ق.أ وكذا المادة 51 ق. أ لقولها " لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية الا بعد ان تتزوج غيره وتطلق منه او يموت عنها بعد البناء "

ولا يكفي مجرد الزواج ثم الطلاق او الوفاة كي تحل للأول الذي طلقها ثلاث طلاقات بل لابد وفقا للمادة 51 من ق.أ ان تتزوج اخر زواجا صحيحا (اي غير مؤقت) وان يدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا (لا من اجل تحليلها لزوجها الاول) (2).

4 - الجمع بين المحارم :

يحرم على الرجل التزوج بالمرأة و اختها ، من رضاعة او نسب ابتداء و دواما ، لقوله تعالى " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ" (3) و هذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في م 4/30 ق.أ.

و لقوله صلى الله عليه و سلم : في حرمة الجمع بين المرأة و عمتها او خالتها : " لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة اخيها ، و لا على ابنة آختها ، انكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم " ولا فرق هاهنا ، ان يكونا محرمين بسبب النسب او بسبب الرضاع .

ولكن ان ماتت الزوجة الاولى ، زال المانع و كان له تزوج اختها او غيرها من محارمها المتقدم ذكرهن ، و ان باننت منه ، بطلاق او فسخ ، فانه يحرم مادامت في العدة حتى تفتضي العدة (4).

5 - زواج المسلم بغير المسلمة:

اتفق الفقهاء على عدم جواز تزويج المسلمة بغير المسلم ، سواء كان مشركا أو كتابيا ، وهذا لقوله سبحانه وتعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ" (5)

(1): سورة البقرة ، الآية 229

(2) : يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في دليل قضايا الاسرة (الزواج والطلاق) . دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط الثانية ، الجزائر ، 2008 ، ص 40

(3) : سورة النساء ، الآية 23

(4): الامام ابو زهرة ، الاحوال الشخصية . دار الفكر العربي ، (د س ن) ص 115

(5): سورة الممتحنة ، الآية 10

لقوله تعالى " وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ " (1)

وبخصوص هذه المسألة في القانون الجزائري ، تنص المادة 30 ق . أ (المعدلة بالأمر 05 / 02) الصراحة على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم ، وهو ما تقتضي به جل التشريعات الاسلامية الا ان الفقه الاسلامي يجيز جواز المسلم بالكتابية عند الضرورة (222 ق . أ) فإن اختلف الدين وان كان قد يؤدي الى تعكير صفو الحياة الزوجية ، الا انه ما دامت القوامة للرجل فإنه لا خوف عليه في عقيدته ، علما بأن الديانات السماوية تلتقي كلها في مبادئها العليا (2).

6 - الزيادة على القدر المسموح به شرعا :

اباحت الشريعة الاسلامية للرجل ان يتزوج اربع زوجات ليس بينهن قرابة محرمة ، و حرمت عليه زواج الخامسة حتى يطلق احدى زوجاته ، و تمضي عدتها سواء اكانت العدة من طلاق رجعي او بائن ، و هذا لقوله عز و جل : " فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنِ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً " (3)

و عملا بأحكام الفقه الاسلامي نص المشرع الجزائري على ان التعدد هو حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة في حدود الشريعة الاسلامية ، متى وجد المبرر الشرعي و القدرة على الانفاق ، والمساواة بين الزوجات (نية العدل) وهذا وفقا للمادة 08 / 01 المعدلة بالأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005

كما انه يجب اشعار الزوجة الاولى بالرغبة في التزوج عليها والثانية بأنه متزوج بغيرها ، وأن يأذن له القاضي المختص بالتعدد (م 8 / 02 المعدلة) واذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول (4).

(1) : سورة البقرة ، الآية 121

(2) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 243

(3) : سورة النساء ، الآية 03

(4) : العربي بختي ، مرجع سابق ص 51

وفي حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوة قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق او التعويض عن الضرر (م 8 مكرر) ق. أ.

وعلى كل حال فقانون الاسرة الجزائري سلك طريقا وسطا في مسألة التعدد غير انه قيده بشروط شرعية وقانونية ، نذكر منها على الخصوص وجود المبرر الشرعي ونية العدل بين الزوجين ، وضرورة اخبار الزوجة السابقة واللاحقة باقدامه على الزواج ثانية ، وقدرة الزوج المالية على الانفاق .

واخيرا الحصول على رخصة من القاضي للتأكد من توافر هذه الشروط (1) .

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص250

الفصل الثاني : أثر تلك الركنين في شروط الزواج

الفصل الثاني

من أمثلة

أما قوله في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

في قوله

الفصل الثاني : اثار تخلف اركان وشروط الزواج

نقسم عقد الزواج إلى زواج غير صحيح ، و ذلك تبعا لتوافر أركانه وشروطها وعدم توافره

فالعقد الذي توافرت اركانه وشروطه يعتبر عقدا صحيحا. ولكن ما يهمننا في دراسة هذا الفصل هو النوع الثاني من العقود " العقد الغير صحيح فهو العقد الذي اختلفت بعض أركانه وبعض شروطه ويقسم الزواج باطل وزواج فاسد ، وهذا ما سنتعرف عليه حسب التقسيم ، فقد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين : المبحث الأول الذي عنوانه :

الزواج الباطل

وقمنا بتقسيمه هو كذلك الى : أربع مطالب

أما المبحث الثاني تحت عنوان : الزواج الفاسد و هو كذلك تندرج تحته اربعة مطالب و هي كالآتي :

المبحث الأول : الزواج الباطل

سنتناول في مطالب هذا المبحث كما هو مبين في الخطة سابقا : تعريف الزواج الباطل ثم أسباب بطلان هذا الزواج و بعدها آثار الزواج الباطل ثم نتطرق لتصريح المحكمة بالزواج وهذا سنفصله كل مطلب على حدى :

المطلب الأول : تعريف الزواج الباطل

و هو كل عقد زواج فقد ركن من أركانه الأساسية ، أو الذي اختل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة ، و كذلك الحال إذا وجد بين الزوجين احد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد من (23 الى 30 من ق . أ) (1).

و هذا الزواج لا يترتب عليه أي اثر ، فلا تثبت به العدة ولا نسب ولا توارث ولا نفقة ولا سكن ، ولا أي من الحقوق الزوجية (2).

وقد اتفق العلماء على بطلان الزواج من امرأة متزوجة ، او تزوج بمن طلقت ثلاثا قبل ان تتزوج اخر.

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 376.

(2) : العربي بختي ، مرجع سابق ، ص 57.

فإذا حدث هذى النوع من الزواج فإنه ينبغي التفريق بين الزوجين بإرادتهما أو عن طريق القضاء، لأنه زواج حرام، لأن الانعقاد لم يتم بصور صحيحة. وإن تم الدخول فيعتبر زنا، ووجب فيه الحد، ولا يثبت للمعقود عليها مهر.⁽³⁾

المطلب الثاني: أسباب بطلان الزواج

لقد وضع المشرع في قانون الأسرة الجزائري الجديد أسباب بطلان الزواج وهي كما يلي:

1- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي: (المتعلق برضى الزوجين): وهو ما نص عليه المشروع في المواد 4 و 9 و 33 من ق. أ (المعادلة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005) فإذا إنعدم تطابق الإيجاب و القبول يعتبر العقد باطلا (م 10 ق. أ)، كما أنه لا يحق للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من قفي ولايته على الزواج دون موافقتها (م 13 من ق أ المعدلة) ولا يجوز حتى للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج أو الدخول بها.

2- كل زواج بإحدى المحرمات (لوجود موانع شرعية بين الزوجين، سواء منها المؤبدة أو المؤقتة وفقا للمواد من 23 إلى 30 من ق أ)

وينصرف هنا البطلان إلى زواج المسلمة بغير المسلم (م 30 ق . أ) وكذلك في حالة إرتداد أحد الزوجين المواد (32 . 138 . 222. من ق . أ)

(3) : العربي بختي ، مرجع سابق ، ص 57.

3- فقدان عقد الزواج لأكثر من شرط واحد من الشروط: (والتي إعتبرها المشرع من شروط الصحة) المادتان 02/33 و 9 مكرر من ق . أ كما لو تم الزواج من دون ولي ولا صداق ، سواء تبين أمره قبل الدخول أو بعده

فان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مستقر على انه من المقرر شرعا انه اذا اختلف ركن من اركان الزواج غير الرضا فانه يبطل الزواج (1).

المطلب الثالث : اثر الزواج الباطل

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من اثار الزواج الصحيح ، و لو حصل فيه دخول حكمه انه لا يترتب عليه اثر ما قبل الدخول ، بل يعتبر وجوده كعدمه ، و يجب على كل من الزوجين ان يفترقا في حال ، و اذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا ، كان دخوله بمنزلة الزنا .

وقال جمهور الفقهاء و الصالحين من الحنفية ، لا يجب المهر في الدخول بالزواج الباطل ، بل يجب حد الزنا على الزوجين اذا كان مكلفين عالمين بالتحريم و هذا خلافا بابي حنيفة الذي لا يرى اقامة الحد لشبهة العقد (1).

وعليه فان الاثار المترتبة على البطلان هي كمايلي :

1. لا توارث بين الزوجين ، حسب نص المادة 131 ق .أ و التي تنص على انه :
- " اذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين "
2. ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد " م 34 و 40 ق .أ "
3. لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة " م 33 ق .أ "
4. لا ينشأ للزوج اي حق على زوجته ولا للزوجة على زوجها .
5. اذا فسخ الزواج الباطل بعد الدخول وجب على المرأة استبراء بثلاث حيضات (أما إذا فسخ قبل الدخول فلا يجب على المرأة ان تستبرئ لأنه شرع على

(1) : احمد ناصر الجندي ، شرح قانون الاسرة . دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 ، ص 68.

براءة الرحم من الحمل وفقا للمادة " 34 و 58 ق . أ " ، و اذا كانت المرأة حاملا فينتهي استبرائها بوضع حملها ، و يحرم نكاح المرأة زمن استبراء ، كما تمنع خطبتها (2).

6 . المشهور عند المالكية ان الزنا لا تقع به حرمة المصاهرة ، لان الحرام لا يحرم الحلال .

7 . اذا كان البطلان واضحا قبل الدخول ، و ثبت العلم التام بالتحريم و سببه ، و تم الدخول كان بمثابة الزنا ، هنا لا تثبت العدة ، اما اذا كان الامر شبهة قوية اعتدت المرأة عند المذهب الحنفي فقط (1).

المطلب الرابع : تصريح المحكمة بالزواج الباطل

ان بطلان الزواج من النظام العام ، لان الباطل هو ضد الصحيح ، فلا يمكن إصلاحه و لا يترتب عليه اي اثر من اثار الزواج الصحيح ، و ان حصل فيه دخول ، فان الزواج منعدم شرعا و قانونا ، و من ثم جاز للمحكمة حق اثاره تلقائيا بمجرد تأكدها من توافر احد الأسباب المؤدية للبطلان . كما انه يجوز لكل ذي مصلحة ، بما في ذلك احد الزوجين ، و كذلك يطلب من النيابة العامة ، و كل من له صفة الادعاء في الموضوع ، إذا أثارته أمام المحكمة المختصة .

و هو ما قضت به المحكمة العليا في قرار حديث " ان الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء ، لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون " (2) .

(1): رواق فتيحة ، تمييز اركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم و من حيث الاحكام (دراسة تحليلية و نقدية لقانون الاسرة الجزائرية) بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، 1994 - 1995 ، ص 75 .

(2) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 378 .

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 379 .

(2) : المحكمة العليا ، غ ت أش ، 21 / 02 / 2001 ، ملف رقم 255711 ، م ق ، العدد 2 ، ص 224 .

(3) : العربي بختي ، مرجع سابق ، ص 58 .

و بمجرد التصريح ببطلان الزواج تستبرئ المرأة ، و يلحق نسب الإبناء (م 34 ق . أ) فاذا اثبت الرجل حسن القصد و النية ، كان يتزوج إمراة محرمة عليه شرعا دون علمه ، كمن تزوج بأخته من الرضاع دون علمها ، فيتم الدخول و الحمل ، فان الولد يلحق بالزوج ، و ينتج الزواج اثاره فيما يخص حرمة المصاهرة ، و لا يطبق الحد عليهما للشبهه⁽³⁾ -

المبحث الثاني : الزواج الفاسد

سنتناول في هذا المبحث اربعة مطالب و ذلك لتحديد ما هو النكاح الفاسد و الفرق بين الفسخ و-الابطال و اسباب الفسخ في الزواج الفاسد و ايضا اثار هذا النكاح و سندرج كل واحد على حدى في مطلب مستقل

المطلب الاول : تعريف الزواج الفاسد

و هو كل زواج تم ركنه الاساسي بالإيجاب و القبول (م 9 و 10 و 33/1 من ق . أ) و لكنه فقد شرطا من شروط الصيحة الواردة في المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 05/02/ بمعنى الذي توافر فيه سبب من اسباب الفسخ او الابطال ، و تبين امره قبل الدخول (م 33 ق . أ) فان الزواج الفاسد لا يترتب عليه اي اثر قبل الدخول ، فان

حصل الدخول فانه يختلف عن الباطل لأنه يترتب عنه بعض الاثار (المادة 33 من ق. أ.)⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الفرق بين الفسخ و الابطال

الفسخ أو الابطال المقصود به في المادتين 33 / 2 من ق. أ ، هو نقص عقد الزواج وازالة الحل الذي كان يترتب عليه ، وهو لا يكون الا لأسباب قانونية وشرعية محددة ، فان سبب فسخ عقد الزواج قد يكون سبب خلل شاب العقد وقت انشائه ، وقد يكون السبب طراً على العقد بعد اتمامه .

وقال الفقهاء بان الزواج الفاسد ينقسم الى قسمين :

الفاسد لعلة العقد ، والفاسد لعللة في صداقه . والفرق بين الفسخ والبطلان ، هو ان الفسخ لا يرد الا على عقد ولو صحيحا لكنه اخل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيبا من عيوب الارادة (باكره أو تدليس) بينما البطلان يلزم عقدا ولد ميتا ، ولم يكن صحيحا في أي وقت⁽¹⁾.

المطلب الثالث : أسباب الفسخ في الزواج الفاسد

ان اسباب الفسخ في قانون الاسرة الجزائري هي كالتالي :

- 1 : اذا تم الزواج فاقد لشرط واحد من شروط الصحة ، كما لو كان العقد دون شهود ، أو دون وجود ولي في حالة وجوبه ، أو دون صداق ، أو يشوب الارادة عيب من عيوب الرضى (باكره أو تدليس أو غلط) ، فانه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ، ولا صداق فيه ، ويصح بعد البناء بصداق المثل (م 33 / 2 ق . أ المعدلة)
- 2 : اذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد او يتعارض مع احكام وقانون الاسرة ، فان الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ، او الذي يتنافى

(1) : بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 382.

معه وكذا الذي يدخل في باب الكراهة ، لا يلزم احد الزوجين ولا يأتري في صحة عقد الزوجين ، ومثال ذلك شرط البقاء في بلد معين ، اشترط عدم تعدد الزوجات او شرط.

اسقاط حق الزوجة في السكن المستقل ففي مثل هذه الحالات ، و طبقا للمادة 35 من ق.أ يكون الشرط باطلا و العقد صحيحا .

3 - اذا كان الزواج دون ولي اذا كان الزواج دون ولي في حالة وجوبه : (المادتين 11 / 33 2 من ق.أ المعدلتان بالأمر رقم 05 / 02)

فان المرأة الراشدة التي بلغت سن الرشد القانوني (المادة 7 ق . أ و 40 ق . م) لها ان تعقد زواجها بنفسها ، او تفوض ذلك لابيها او احد اقاربها او اي شخص تختاره (م 11 من ق . أ المعدلة)

4 - اذا تزوج احد الزوجين في المرض " المخوف " ، الذي يخشى عليه الموت بسببه :

المقصود هنا هو مرض الموت الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير من الاطباء فهنا عقد الزواج المريض مرض الموت هو من الانكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها (المادتان 131 و 222 من ق . أ)

وقال المالكية بعدم جواز نكاح المريض والمريضة مرضا مخوفا (وهو المرض الشديد في غلبة الهلاك) وحكمه انه يفسخ بالطلاق قبل البناء .

(1) : طاهري حسين ، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري . دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، ط الاولى ، 2009 ، ص 95 .

5 - إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوته لمن طلقها ثلاث ، ويقصد هنا الطلاق البائن بينونة كبرى (م 30 و 51 و 57 و 222 من ق . أ) وإذا كانت نية الزوج منصبة على مجرد تحليل المرأة لمطلقها ، فهو نكاح " التيس المستعار "

وقال المالكية : انه نكاح باطل ، يفسخ قبل الدخول وبعده لقوله صلى الله عليه وسلم " لعن الله المحلل والمحلل له " (1)

المطلب الرابع : اثار الزواج الفاسد

الفسخ هو الجزاء قرره المشرع الجزائري على العقد الفاسد الذي لم يستوفي الشروط المنصوص عليها في القانون فإن تبين سبب من اسبابه قبل الدخول فسخ الزواج دون الصداق (2)، أما اذا تبين بعد الدخول فالقانون الجزائري اما يصححه للاستمرار فيه اذا اختل ركن مقصود من أركان العقد (م 33 ق . أ) او اشتمل مع شرط ينافي مقصود العقد فإن الزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا اثر له ، وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين اما بعد الدخول فتترتب بعض الاثار هي :

1. تستحق الزوجة بالزواج الفاسد بعد الدخول صداق المثل (م 02 / 33 المعدلة)
2. ثبوت النسب اذا حملت الزوجة ، رعاية لحق الولد ومنعا لاختلاط الانساب (م 34 و 40 ق . أ)
3. ثبوت حرمة المصاهرة ، حيث يحرم على الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يتزوج امها أو ابنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج اباه أو ابنه (م 26 ق . أ)
4. وجوب الاستبراء لمعرفة براءة الرحم (م 34 ق . أ)
5. تستحق الزوجة نفقة (وهي عدة الطلاق) اذا كانت تجهل سبب فساد النكاح

غير انها لا تستحق النفقة الزوجية ولا الميراث ولو تم الدخول

(1) : طاهر حسين ، مرجع سابق ، ص 96.

(2) : بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص 383

6. اعتبار العقد الفاسد شبهة بعد الدخول بالزوجة ، فلا يطبق حد الزنا على

الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم " ادءوا الحدود بالشبهات " (1).

(1) : بلحاج العربي ، مزجع سابق ، ص 383.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين ، الحمد لله التي تتم بنعمته الصالحات ، وأفضل الصلوات وازكي التسليم على المبعوث رحمة للعالمين ، محمد ابن عبد الله صلى الله عليه وسلم .

إن صور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 في شكل نصوص قانونية محدودة العدد قد سهل على القاضي والمتقاضي معرفة الأحكام الخاصة بالنزاع ، وأصبح كل فرد في الأسرة يعرف ماله وما عليه من حقوق وواجبات ، ووفر عل المشتغلين في الحقل القانوني من الخوض في أمهات الكتب الفقهية التي لاتعد ولتحصى .

وهذه كلها ميزات تحسب للمشرع الجزائري ، ولكن بعد صورة قانون الأسرة توالت ردود الفعل وتوالت الانتقادات عليه .

إما أظهرت الجوانب التطبيقية النقائص والثغرات القانونية، ومن ثم استجاب المشرع لضرورة التعديل من خلال الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل : 2005-02-27 م ولكن من خلال دراسة التعديل وخاصة ماتعلق بموضوع البحث المنصب حول أركان وشروط الزواج واثار تخلفهما ، ظهر إن المشرع الجزائري اعتبر لعقد الزواج ركن واحد ووحيد وهو الرضا ، ولكن قد اغفل على موضوع مهم وهو مسالة عيوب الرضا وما يترتب عليه من اثار.

وفيهما يخص السن القانونية للزواج حسب المادة 7 من ق .ا بتمام 19 سنة فهو جد منطقي متماشيا مع التفتيش المدني ، ولكن الإشكال يقع في حالة ترخيص القاضي للزواج دون السن المقرر قانونا لعدم تحديد السن الأدنى لذلك .

وأیضا ثارت الضجة من خلال مسالة ، الزواج ، فالمشرع الجزائري تناقض في كثير من الأحكام الخاصة بها ، فلا هو الغي الولي ولا هو اعتبره ، فقد أتى هذا القانون بإحكام غير منسجمة مع بعضها البعض ، فالرجوع إلى ماذهبت إليه القوانين في البلاد العربية عامة ومنها الجزائر خاصة بان جعلت امن إبرام عقد الزواج حق للمرأة ، ووسعت أكثر من ذلك في حق المرأة في اختيار إي شخص يتم إبرام عقد زوجها ، وهذا ماسيؤدي إلى نتائج وخيمة ولا يحمد عقباهما على المستوى البعيد ، وذلك سيؤدي إلى انتشار مشاكل واتساع رقعة الشقاق بين المرأة وأهلها بسبب تهميش رأي وليها بحيث يكون وجوده كعدمه ، فقد اخذ المشرع إلى ماذهب إليه المذهب الحنفي في تكييفه للمسالة . بحيث كيف الولي كشرط في العقد .

ومسألة أخرى اثار حولها الجدل هي مسألة تعدد الزوجات ، فوقع المشرع كذلك في جملة من التناقضات ، فقيده التعدد من جهة وترك المجال مفتوحا من خلال الزواج بفاتحة ثم الدخول بالزوجة .

والثغرة الأهم في هذا المجال هي عدم تحديد المشرع لطريقة إثبات نية العدل في حالة التعدد وهذا أمر خطير جدا .

فالتعديل الجديد سيدخل الأسرة الجزائرية في متاهات أو بالأحرى في نزاعات لاحصر لها ، كما يجب الإشارة إلى ضرورة تعديل آخر من جديد ولكن باشتراك المختصين في القانون والدين وعلماء النفس والاجتماع ولأطباء ، مع التركيز على المسائل التي يكثر فيها النزاع والخلاف خصوصا مسائل الزواج .

وبعد هذه الخاتمة يمكن ذكر أهم مآتم التوصل إليه نتائج في هذه الدراسة والتي نوجزها كمايلي .

- (1) ففي قانون الأسرة رقم 84-11 كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد ، وما يعتبر شرطا فيه .
 - (2) التعديل الجديد لقانون الأسرة رقم 05*02 بتحديد ركن واحد ووحيد "الرضا" ومادون ذلك تعتبر من شروط العقد .
 - (3) عند اكتمال أركان عقد الزواج وتوافرت شروطه كلها حينئذ يكون العقد صحيحا ونافذ ولازما لطرفي العقد . إما إذا اختل أو غاب الركن أو شرط من شروطه مس ذلك بكيان العقد وقد صنف الفقه والقانون ذلك في عدة أصناف منها : العقد الباطل والعقد الفاسد .
- وبعد ان تقدمنا بالسير في هذا المجال أملين إن ينال القبول ويلقى الاستحسان.

وصل اللهم وسلم على سيدنا وحبينا محمد وعلى اله وصحبه وسلم .

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

- 1 - القرآن الكريم
- 2 - الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمنتّم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة ب: 27 ماي 2005.
- 3 - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمهتم بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن للقانون المدني ، الجريدة الرسمية رقم 44.
- 4 - الأمر 08-14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 2014 المعدل والمهتم رقم 70-20 المؤرخ في: 19 فبراير 1970 والمتضمن قانون الحالة المدنية ، الجريدة الرسمية رقم 49.

ثانياً : القرارات:

- 1 - قرار المحكمة العليا رقم 255711 ، بتاريخ 2001/02/21 ، مجلة قضائية ، عدد 2 ، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية ، لسنة 2004 ، الجزائر

ثالثاً المراجع:

I. الكتب :

أ. الكتب الخاصة :

- الأكل بن حواء ، نظرية الولاية في الزواج . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر ، 1982.

- إسماعيل ابا بكر علي البامري ، إحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنيفة والشافعية دار الحامد للنشر والتوزيع ، ط الأولى ، 2009 .
- إسماعيل أمين نواهضة ، احمد محمد المومني ، الأحوال الشخصية فقه النكاح .دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، ط الأولى ، عمان ، 2010.
- بالحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديدة ، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط الأولى ، الأردن ، 2012
- بالحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة - الخطبة - الزواج - الطلاق - الميزات - الوصية . الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط الرابعة ، الجزائر ، 2005 .
- تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم العلمية و البيولوجية . ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر -
- جمعة سمحان الهلباوي ، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي . دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر
- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري . دار هومة للطباعة والنشر ، ط الثالثة ، الجزائر ، 1996 .
- عبد القادر حرز الله ، الخلاصة في إحكام الزواج والطلاق . دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، ط الأولى ، الجزائر ، 2007 .
- عيسى حداد ، عقد الزواج - دراسة مقارنة - . منشورات باجي مختار ، الجزائر ، 2006 .
- محمد عقلة الابراهيم ، الزواج وفرقه في العقد الإسلامي . دار النفائس للنشر والتوزيع ، ط الأولى ، الأردن - 2002
- محمد حسن أبو يحيى ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية . دار الأصول العلمية للنشر والتوزيع ، ط الأولى ، الأردن - عمان -

- محمود محمد الشيخ ، المهر في الاسلام ، المكتبة العصرية ، ط الاولى ، بيروت - لبنان - 2000.
- يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج والطلاق) دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط الثانية ، الجزائر ، 2008.
- ب - الكتب العامة :
- احمد بخيت الغزالي ، عبد الحليم محمد منصور علي ، إحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العدل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة) . دار الفكر الجامعي ، ط الأولى ، الإسكندرية - مصر - 2009.
- احمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري ، طبقا لإحداث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة . دار الجامعة الجديدة ، ط الأولى ، الإسكندرية 2010.
- الإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية . دار الفكر العربي ، مصر ، (د.س.ن)
- العربي بختي ، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية . بن عكنون - الجزائر - ن 2013..
- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة المعدل . دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، ط الاولى ، الجزائر ، 2008
- سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري . دار الأصالة للنشر والتوزيع ، ط الثانية ، المدية - الجزائر - 2012.
- سيد سابق ، فقه السنة . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزء الثاني ، ط الاولى ، لبنان ، 2008 .
- صفاء محمود محمد العياصرة ، المستنتجات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية . دار عماد الدين للنشر ، ط الأولى ، عمان ، 2009
- طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري . دار هومة للنشر والتوزيع . ط الاولى - 2009.

- عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، وفقا لأحدث التعديلات . دار الثقافة ، ط الأولى ، عمان ، 2009
- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى . بدون دار النشر ، ط الأولى ، بيروت - لبنان - 2007 .
- محمد مصطفى شلبي ، إحكام الأسرة في الإسلام . دار النهضة العربية ، ط الثانية ، بيروت - لبنان ، 1977 .
- مولود ديدان ، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له . دار بلقيس ، الجزائر - دار البيضاء - 2006 .

والمذكرات العلمية

- 1 - بن صغير محفوظ ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2008-2009
- 2 - روات فتيحة ، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الإحكام (دراسة تحليلية و نقدية لقانون الأسرة الجزائرية) ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1994-1995
- 3 - مناد وفاء ، المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة والقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2014-2015 .

ج . المجلات

- 1 بواسطة شهرزاد ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد 20 ، بتاريخ 02 يونيو 2014.

القانون السوداني . 2017 / 04/ 23 ، [www. A manjordan.org](http://www.Amanjordan.org)

الفهرس

الفهرس

رقم الصفحة	الموضوع
ا- ث	المقدمة
06	المبحث التمهيدي : مفهوم الزواج
06	المطلب الأول : تعريف الزواج وأهميته
06	الفرع الأول : تعريف الزواج .
09	الفرع الثاني : أهمية الزواج
09	اولا اهمية الزواج من حيث تحسين النفس
09	ثانيا اهمية الزواج من حيث الاستكثار من النسل
10	المطلب الثاني حكم الزواج وطبيعته
10	الفرع الاول حكم الزواج شرعا
10	اولا حكم الزواج في الشريعة اليهودية
10	ثانيا حكم الزواج في الشريعة المسيحية
11	ثالثا حكم الزواج في الشريعة الاسلامية
11	الفرع الثاني: طبيعة الزواج
13	الفصل الاول اركان وشروط الزواج
14	المبحث الاول اركان الزواج
14	المطلب الاول المقصود بركن الزواج
14	الفرع الاول تعريف الركن في اللغة ولاصطلاح

16	الفرع الثاني موقف الفقهاء من الاركان
16	المطلب الثاني التعريف بصيغة اللفظية
17	الفرع الاول تعريف الصيغة
18	الفرع الثاني المادة اللفظية للايجاب والقبول
19	المطلب الثالث شروط الصيغة
20	الفرع الاول انا تكون بلفظين احدهما للماضي ولاخر للمستقبل
20	الفرع الثاني ان تكون منجزة غير معلقة ولا مضافة الى المستقبل
21	الفرع الثالث يجي ان لا تكون دالة على التاقيت ؛ولا يقترن بها مايدل على التاقيت صراحتا
22	الفرع الرابع يجب ان يكون التراضي خاليا من عيوب الارادة
23	المطلب الرابع انعقاد الزواج باللهجة العامية العربية واللهجة الاجنبية
23	الفرع الاول انعقاد الزواج بالفاظ العامية
24	الفرع الثاني انعقاد الزواج باللغة الاجنبية
25	الفرع الثالث انعقاد الزواج بالاشارة المفهمة
26	المبحث الثاني شروط الزواج عند المذاهب الاربعة
27	المطلب الاول شروط الانعقاد
27	الفرع الاول شروط العقدين
28	الفرع الثاني شروط المعقود عليهم
28	الفرع الثالث شروط الصيغة
30	المطلب الثاني شروط الصحة

30	الفرع الاول الشهادة على الزواج
30	الفرع الثاني ان لاتكون المرأة محرمة بدليل ظني
33	الفرع الثالث ان لا يكون احد الزوجين مكرها على الزواج
33	الفرع الرابع انا تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة
34	الفرع الخامس الولاية
34	المطلب الثالث شروط النفاذ
35	الفرع الاول الاهلية
35	الفرع الثاني ان يتولى انشاء العقد الولي
36	الفرع الثالث اذا كان الزواج بطريقة الوكالة
36	الفرع الرابع ان يكون للعاقد صفة شرعية تخول له مباشرة العقد
37	المطلب الرابع شروط اللزوم
37	الفرع الاول ان يكون الولي الذي زوج فاقد اهلية
37	الفرع الثاني ان يكون كل من الزوجين خاليا من العيوب المبيحة للفسخ
38	الفرع الثالث ان يتم الزواج من كفى
38	الفرع الرابع ان يغزر احد الزوجين بالآخر
39	المطلب الخامس الشروط العامة لعقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري
40	الفرع الاول الاهلية في عقد الزواج
43	الفرع الثاني الصداق
46	الفرع الثالث الولي

50	الفرع الرابع الشاهدان
54	الفرع الخامس انعدام الموانع الشرعية
62	الفصل الثاني اثار تخلف اركان وشروط الزواج
63	المبحث الاول الزواج الباطل
63	المطلب الاول تعريف الزواج الباطل
64	المطلب الثاني اسباب بطلان الزواج
65	المطلب الثالث اثر الزواج الباطل
66	المطلب الرابع تصريح المحكمة بزواج الباطل
67	المبحث الثاني الزواج الفاسد
67	المطلب الاول تعريف الزواج الفاسد
68	الفرق بين الفسخ ولابطال
68	المطلب الثالث اسباب الفسخ في الزواج الفاسد
70	المطلب الرابع اثار الزواج الفاسد
73-72	الخاتمة
78-74	قائمة المصادر والمراجع
84-80	الفهرس

المخلص:

تناولنا بالتفصيل موضوع اركان وشروط الزواج واثر تخلفهما ، حيث بينا اركان الزواج بدءا بتعريفه ثم تطرقنا الى المادة اللفظية للايجاب و القبول ثم شروط الصيغة، وكذلك تطرقنا الى معرفة كيفية انعقاد الزواج بمختلف اللهجات، ثم تناولنا شروط الزواج عند المذاهب الاربعة و القانون الجزائري كما تطرقنا الى اثار تخلف اركان و شروط الزواج و التي يندرج تحتها الزواج الفاسد و الزواج الباطل.

وتوصلنا الى طرح الاشكالية التالية: ماهي اركان وشروط الزواج و اثار تخلفهما ؟

و منه تطرقنا للمبحث التمهيدي الذي نتناول فيه مفهوم الزواج و اهميته و حكمه الشرعي و طبيعة هذا الزواج ، و ختمنا بحثنا بخاتمة تم تلخيص فيها اهم النتائج المتوصل اليها.