وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة:الحقوق

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب(ة):

عزيل يمينة

تحت إشراف الأستاذ(ة):

قماري بن ددوش نضيرة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	بن بدرة عفيف	رئيسا
الأستاذ(ة)	قماري بن ددوش نضيرة	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	دبي جمال بونوة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

تاريخ المناقشة :2021-07-13

الإهداء

بكل الحب والوفاء والطاعة والولاء إلى من غرس في نفسي مخافة الله في السر والعلن

ورباني صغيرة ورعاني كبيرا أبي.

إلى رمز المحبة والعطاء والدتي التي علمتني الصبر والمثابرة جزاها الله عني حير الجزاء

وأمد في عمرها على طاعته.

وإلى أخواتي، وإلى عائليتي عرفنا وتقديرا لدعمهم وصبرهم وتحملهم إنشغالي عنهم، وإلى

من وقف معي وشجعني، بكل حب وتقدير ووفاء أهدي لهم هذا الجهد المتواضع، وأرجو

قبوله بالرضا ولهم مني خالص الشكر وصادق الدعاء.

شكر وتقدير.

الحمد الله ولا إلا الله وحده، والشكر والثناء له جل جلاله الذي أنجز وعده ونصر عبده، وهزم الأنصار وحده، والذي تفضل على بالتوفيق لإنجاز هذا العمل، والصلاة والسلام على نبينا محمد الذي لا نبي بعده وعلى أله وصحبه إلى يوم الدين.

يسرني ويشرفني أن أتقدم من أعماق قلبي بوافر الحب والشكر والتقدير للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، والعرفان والوفاء لأستاذتي قماري نضيرة على ما حظيت به من من دعم وتشجيع، وعلى ما تقوم به جاهدة للرقي بفكر الطالب وفق منهجية علمية ومهنية، وعلى تفضلها بقيول الإشراف على هذا العمل، ن وأخذها بيدي ووقوفها معي ودعمها طيلة فترة الإشراف، أثابها الله ونفع بعلمها

وأصدقائي كافة على دعمهم وتشجيعهم اللامحدود، ولزملائي في دفعة الماستر.

كما لا ننسى تقديم الشكر والعرفان للأساتذة الذين سيتفضلون بمناقشة هذا.

وفي الأخير لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير والثناء لكل من دعمني ووقف معي، وشجعني طيلة الفترة الدراسية وفترة إعداد المذكرة، وأتقدم بالشكر والتقدير والإعتذار لكل من حصل مني تجاهه أي تقصير خلال الفترة الدراسية، وأتمنى الله جل جلاله أن ينفع بها إنه سميع مجيب، والحمد الله رب العالمين.

قائمة المختصرات

- د ب ن: دون بلد النشر.
- د ت ن : دون تاريخ النشر.
- الجزء: ج.
- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
- غ م: غير مرقم.
- ط: طبعة الكتاب.
- ص: الصفحة.
- ص ص صفحات متتالية.
- م: التاريخ الميلادي.
- هـ: التاريخ الهجري.

باعتبار إن قانون الأسرة كما هو معلوم قد استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى ،أي أن أحكامه صيغت من الشريعة الإسلامية باعتبار المادة الخام ،سواء تعلق[1] الأمر بالنصوص الشرعية أو الأحكام الفقهية .

كما أن من القضايا المهمة في حياة الإنسان واستقامة المجتمعات، القضايا المتعلقة بالزواج، هذا الأخير حظي باعتناء الفقهاء المسلمين وكذا القوانين الوضعية من بينها القانون الجزائري الذي حاول ومزال يحاول تحديث قانون الأسرة ليتماشى مع باقي التشريعات الدولية منها والعربية، فبالزواج تتكون العائلة والأسرة التي تعتبر أهم تركيبة اجتماعية وذلك لطابعها المميز بشريا وكذا الدور الأساسي والفعال في تحريك المجتمع وتغيير أو تحديد اتجاهه، ويعتبر الزواج أول خطوة من أجل تحقيق ذلك، قال تعالى في سورة الذاريات"ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون".[2]

حيث كرم الله الإنسان عن سائر المخلوقات ولم يتركه لما تميل له غرائزه ونزواته الشخصية، فشرع له الزواج من أجل تكوين أسرة، تستند في قيامها على المودة والرحمة وتحقيق التكافل والترابط بين الزوجين، قال تعالى في سورة الروم"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"

وعليه يكتسي الزواج أهمية كبيرة في الإسلام، فقد اعتنى به الفقهاء المسلمين والقوانين الوضعية المختلفة لمفاهيمه أين تطرقوا إلى طبيعته، ووضعوا له أركان وشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو غير متفق عليه، ومن هذا فإن الزواج يعتبر رابطة روحية مقدسة ومعظمة بنظام شرعي و قانوني لتكوين أسرة.

---

[1] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية" ،دار الخلدونية،الطبعة الاولى ،الجزائر،سنة 2008،ص 12.

[2] سورة الذاريات، الآية 49

حاول الفقه تنظيم عقد الزواج حيث حدد مفهوم وشروط وأركان عقد الزواج بمختلف مذاهبهم، فاختلفوا في العديد من الأمور وكل مذهب استند في خلافه إلى مبادئ وآيات قرآنية أو أحاديث نبوية.

في حين المشرع الجزائري وضع قوانين متناقضة فمرة يتبع في مواده الدين الحنيف، ومرت التشريعات الدولية في محاولة منه إحداث مساواة بين الرجل والمرأة، والتي لم تلقى صدى لدى المجتمع الجزائري، باعتباره مجتمع تحكمه التقاليد والعرف والدين أكثر من القانون خصوصا إذا خالف القانون ما نهجه المشرع الجزائري فيما سبق.

لم يتلقى قانون 84 -11[1] إجماعا على قبوله، وبعد حمله للعديد من الاحتمالات في مواده التي لم تكون دقيقة، وكذا التناقضات التي لازمته، وفي محاولة من المشرع تدارك ذلك بعد أكثر من عشرين سنة جيء بالأمر 05-02 المعدل للقانون السابق الذكر، لم يسلم الأمر المعدل من الدراسة والنظر وكذا النقد ليومنا هذا ولم يسلم من الدراسة والتحليل ،وذلك لوجهة نظر الكثير من أفراد المجتمع الجزائري من قانونيين وفقهاء وحتى أفراد عاديين أن الأمر 05_02 بعيد كل البعد في بعض مواده عن دين الدولة.

عند قراءة مواد الأمر 05- 02 المعدل للقانون 84-11 نجد أن المشرع الجزائري وأثناء صياغته للأمر حاول تجسيد مواد تحسد وتمثل التطور السريع [2] الحاصل في المجتمع وطنيا وعالميا،فنجد أن تعريفه للزواج كان دقيقا وشاملا لكل ما تحتويه الكلمة، نصت المادة 04 من الأمر 05_02 على أن "**الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب** "**فكان التعريف شاملا ودقيقا.**

[1]القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9جوان 1984 ، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 24 ،12جوان 1984

[2]المادة 04 من الأمر 05-02 المعامل و المتمم للقانون 84-11 مرجع سابق

فالزواج عقد رضائي و تصرف إرادي، اختلفت المفاهيم والأسس المبنية عليه بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية و بالتالي:

كيف نظمت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري الخطبة و عقد الزواج

تتفرع عن مثل هذه الإشكالية عدة تساؤلات نجد من بينها:

-مفهوم الخطبة وأحكامها ؟

- ما هو التكييف الشرعي والتشريعي لعقد الزواج ؟

-ما هي شروطه وأركانه ؟

للإجابة عن الإشكالية القانونية والتساؤلات، اعتمدنا في الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والمواد القانونية، إلى جانب اعتمادنا على المنهج المقارن من أجل التوصل إلى أفضل النتائج.

لهذا الغرض وللإجابة عما سبق طرحه، قسمنا الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الخطبة "أحكام اعتقاد الخطبة" في حين خصصنا الفصل الثاني طبيعة عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

نظرا لكون عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته واعزها شانا ،وارفعها مكانة عند الله تعالى وعند الإنسان، ويكفي[1] أن الله تعالى سماه بالميثاق الغليظ.

لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، ومن أهم التصرفات ذات الشأن الكبير،لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات عديدة عظيمة الأثر وطويلة الأمد، فقد اختص المشرع الجزائري عقد الزواج من بين العقود بمقدمات تمهيدية تمهد لإبرام العقد.

بحيث درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد التمهيد له بهذا الإجراء، أي بمرحلة سابقة على التعاقد النهائي بعد تفكير وتدبير، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على أسس ثابتة ودعائم قوية بين الطرفين.

بالإضافة إلى هذا، فإن عقد الزواج يتطلب تحديد الصداق و الشروط و نفقات الزفاف، وموعد وشكل الاحتفال به، فلا مناص إذا من التمهيد لإبرام العقد بفترة الخطبة، يتم خلالها التعارف بين الخطيبين و بين عائلتيهما، واستقصاء بعضهم أحوال بعض.

فإن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج الأمر الذي يجعل من حق كل من الخاطبين العدول عنها. وعليه سيتم التطرق في هذا الفصل إلى دراسة الخطبة باعتبارها من أهم هذه المقدمات .

[1] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية" ،دار الخلدونية،الطبعة الاولى ،الجزائر،سنة 2008،ص26.

المبحث الأول: مفهوم الخطبة

لقد نظم قانون الأسرة والأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه، بحيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها باعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج، لذلك سيتم دراسة المبحث من خلال بيان تعريفها و أنواعها و طبيعتها القانونية، كل ذلك في الإطار القانوني و الفقهي

المطلب الأول: تعريف الخطبة

الخطبة كما يعرفها الفقهاء هي "طلب التزويج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية" [1]،ولقد عرفتها المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري بأنها "وعد بالزواج ،ولكن من الطرفين العدول عنها".

نظرا للأهمية الزواج الكبيرة، وضع له المشرع أسس وقواعد وأحكام، ولحماية الأسرة سبقته مرحلة الخطبة، لتعرف كلا الخاطبين على الطرف الأخر.

وعليه سيتم التطرق في هذا المطلب إلى دراسة الخطبة وذلك بتعريفها والبحث عن أدلة مشروعيتها.

الفرع الأول: مضمون الخطبة

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الخطبة لغة وإصطلاحا وقانونيا

أ. تعريف الخطبة لغة:

هي من الفعل الثلاثي خطب ،و خطب المرأة يخطبها خطبا و الخطبة يكسر الخاء ،أي طلبها للزواج قال الله تعالى : "ولا جناح عليكم فيما عرضتم من خطfة النساء "[2].

الخطب :

الذي يخطب المرأة و العرب تقول فلان خطب المرأة ، واختطب القوم فلانا إذ دعوه إلى تزويج صاحبتهم و يقال خطب فلانة خطبا و خطبة.

[1] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،المرجع السابق ،ص 26.

[2] سورة البقرة الآية 235

ب . التعريف الاصطلاحي :

هي التماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية، وذلك بالتقدم لها أو وليها للتفاهم في أمر العقد ، و إذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما.

وقد عرفها الفقهاء بعدة تعاريف:

- تعريف **المالكية** بأنها "التماس التزويج و المحاولة عليه".
- تعريف **الشافعية** بأنها "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة".
- تعريف **الحنابلة** بأنها "خطبة الرجل للمرأة لينكحها ".

كما أن التعريف الفقهي للخطبة يختلف من فقيه إلى آخر حسب وجهة نظر كل واحد للطبيعة القانونية للخطبة وهذا ما يتبين في التعاريف المتداولة فقها كما يلي:

تعريف الأستاذ أبو العنين:

الخطبة في نظره هي إظهار الرجل الرغبة في التزوج بامرأة يحل له التزوج بها بنفسه أو من ينوب عنه منها أو من وليها ،فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج ،ولا ترقى إلى مرتبة العقد[1].

تعريف الإمام أبو زهرة:

الخطبة هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حالة و مفاوضتهم في أمر العقد[2].

تعريف الأستاذ حسني نصار:

[1]محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج.1 ، الخطبة والزواج، دار شهاب، الجزائر، ط.2، 1994، ص 06.

[2]لإمام أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1 ، سنة 1971، ص28.

يعرف الخطبة على أنها عقد النية بين طالبي الزواج أو الخطيبين، على أن يختارا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق عقد الزواج ،فيختار كل منهما الآخر تمهيدا لعقد الزواج مع الإعداد و التجهيز بما يناسب العائلة ،التي تتطلبها أحكام الزواج[1].

تعريف العمروسي أنور:

يعرف الخطبة على أنها طلب المرأة للزواج بها، وقيل هي ما يفعله الطالب من استلطاف، بالقول أو الفعل، وهي الذكر الذي يستدعي به إلى عقد النكاح، والخطبة وسيلة لعقد الزواج ومقدمة تسبقه[2].

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن جلها تتكلم عن تقدم الرجل وطلبه يد المرأة قصد الزواج لأنه المعتاد لدى الناس لما عرف عن المرأة من حياء، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الخطبة من المرأة، فالشارع الحكيم أعطى حق الدعوة لكل من الرجل و المرأة ،فأباح لها و لوليها إذا ما كان هناك رجل مناسب للزواج منها إما لدينه أو لماله أو لخلقه ،أو غير ذلك من الصفات الحميدة التي ينبغي توافرها في عقد الزواج ، أن تعرض نفسها عليه ليخطبها و لا ينال من كرامة الرجل كما لا يقلل من عزة المرأة.

عند إطلالتنا في التاريخ نجده مليء بالنماذج التي عرض فيها الأولياء بناتهم أو عرضت فيها المرأة نفسها على الرجل الصالح، من قبل ذلك ما رواه البخاري من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أتيت عثمان فعرضت عليه حفصة، فقال: سأنظر في أمري فلبث لليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي ألا أتزوج في يومي هذا ،قال عمر فلقيت أبا بكر فقلت إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت ولم يرجع لي شيئا، وكنت أوجد عليه مني من عثمان فلبث الليالي ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر

[1] حسين ناصر ، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة والنشر ، الإسكندرية ، دون طبعة، دون سنة نشر ، ص 275.

[2] العمروسي أنور ، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق والخلع، ج. 1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،ص 203 .

فقال : لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيء، قلت نعم، قال أبو بكر: فإنه يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلا أني علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو تركها رسول الله قبلتها.[1]

كما أن سيدنا شعيب عليه السلام دعا موسى عليه السلام للتزوج من إحدى ابنتيه الصغرى و الكبرى فقال الله تعالى : "قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين"، [2]وكانت التي اختارها موسى عليه السلام الصغرى دون أختها لأنها هي التي عرف أخلاقها باستحيائها وكلامها،[3] وروي عن أنس قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم تعرض نفسها قالت: يا رسول الله ألك بي حاجة فقالت بنت أنس: ما أقل حياؤها و أسوأتاه و أسوأتاه قال هي خير منك رغبت بالرسول صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها على الرجل الصالح لأجل اعفاف و إحصان خير من التي تخضع له وربما قد تقع فيما يغضب الله تعالى ".[4]

ويتجلى لنا من خلال التاريخ أن الإسلام منح حق الخطبة لكل من الرجل و المرأة إلا أنه نادرا ما تبادر المرأة إلى خطبة الرجل نظرا لحياء المرأة و تربيتها بتقاليد يعتقد الناس أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية ،إلا أنها في حقيقة الأمر مأخوذة من العادات البالية، كما يعود إلى خصوصية عقد الزواج الذي يستوجب على الرجل توفير مسكن لزوجته، وإلزام المرأة بانتقالها إليه ،مما يصعب على المرأة أن تقدم على خطبة الرجل.

ج. التعريف القانوني:

---

[1]صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج أحمد زهو وأحمد عناية ، دار الكتاب العربي، سنة 2004 ، رقم الحديث 5122، ص 1077.

[2]سورة القصاص، الآية 27.

[3]بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي ،دراسة أكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر، ص10.

[4]صحيح البخاري ، ص1076 ، رقم الحديث 5120.

نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن :"الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" وكما نص على أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة المادة 6 فقرة 1، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال ،وكذا ما جرت به العادة و العرف من تبادل الهدايا المادة 6 فقرة 2 وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، ولم يتطرق لنا المشرع إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه.[1]

وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الخطبة مقدمة لعقد الزواج باعتبارها مرحلة سابقة للعقد سواء طالت فترة الخطوبة أم قصر أمدها هذا ما يتجلى لنا في القرار الصادر عنها في 24 سبتمبر 1984 تحت رقم 34438 ، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، وفي اجتهاد آخر لها اتجهت نفس الاتجاه القانوني المكرس في المادة الخامسة من قانون الأسرة ، واعتبرت الخطبة وعدا بالزواج بقولها في القرار الصادر بتاريخ 17 مارس 1992 ملف رقم 81129 أنه من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج ولكلا الطرفين العدول عنها[2].

نجد أن معظم المحاكم تعطي للخطبة نفس التعريف القانوني و الذي هو في حقيقة الأمر بمثابة الطبيعة القانونية لها ، بحيث نجده محسدا في الحكم الصادر عن محكمة عين تموشنت بتاريخ 17مارس 1999 بقولها من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها.

الفرع الثاني : الخطبة و أدلة مشروعيتها

سنتناول في هذا الفرع حكم الخطبة و أدلة مشروعية الخطبة

اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة ولكن اختلفوا في حكمها:

[1] بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر، سنة 2013 ، ص 114

[2] المحلة القضائية سنة 1990 ، ص 87.

أ. حكم الخطبة

الفريق الأول : القائلون بأنها مستحبة

1. ذهب المالكية إلى القول بأنها مستحبة و الشافعية قالوا هي سنة مطلقة واستدلوا بما يلي : بفعل النبي صلى الله عليه و سلم الذي خطب عائشة إلى أبي بكر.[1]

الفريق الثاني: القائلون بالإباحة

وهو قول الشافعية كما قال النروي"لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب و إنما ذكروا الجواز واستدلوا بما يلي : بفعل الصحابة رضي عنهم بعد الرسول ،وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن نتبع سنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعده فقال: "فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي.

الفريق الثالث: القائلون الخطبة تأخذ حكم الزواج

فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة و إن كان الزواج سنة فالخطبة كذلك ،ومن الذين ذهبوا إلى هذا القول :البجيرمي والجمل في حاشيته و استدلوا بما يلي:"إن الخطبة وسيلة من وسائل الزواج ،والوسائل تأخذ حكم المقاصد ".

ب. أدلة مشروعية الخطبة:

دلت على مشروعية الخطبة نصوص قرآنية وأحاديث نبوية صحيحة، مؤكدة على أن الخطبة من وضع الخالق . عز وجل . تمهيدا لعقد الزواج ثبتت مشروعية الخطبة بالقرآن وبأحاديث كثيرة رويت عن الرسول صلى الله عليه و سلم و بالإجماع.

1. أدلة مشروعية الخطبة من القرآن:

ظهرت مشروعية الخطبة في الكتاب و السنة ، فظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله عز وجل: "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح

[1] نايف محمود الرجوب ، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، عمان الأردن، سنة 2008،ص 54.

حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم"[1] تشير الآية الكريمة هنا إلى أمر هام وهو أن الإنسان قد يسعى إلى تحقيق شيء تحدثه به نفسه كالزواج من امرأة معينة كأن تكون امرأة في حالة عدة الوفاة ، ويتمنى لو تكون من نصيبه فالمشرع هنا لا يحظر عليه ذلك ،لكن في حدود اللياقة و الآداب الإسلامية ، والخلق الرفيع ، وعليه فإن المرأة المعتدة عليها حقوق غيره ،فهنا يحظر عليه الشرع خطبتها في هذه الحالة إلا أنه جاء الخطاب بأن لا حرج، ولا إثم عليكم أيها الناس فيما عرضتم به للمعتدات من وفاة ،من خطبة النساء ،وذلك لحاجتكم إليهن ،فلم تصرحوا لهن بالنكاح و الحاجة إليهن ،إذا أكنتم في أنفسكم ،فأسررتم حاجتكم إليهن و خطبتكم " [2]إياهن في أنفسكم ،ما دمن في عددهن ،علم الله أنكم ستذكرون خطبتهن وهن في عددهن فأباح لكم التعريض بذلك لهن ،أي أن الله أجاز خطبة المعتدة.

2. أدلة مشروعية الخطبة من السنة:

دلت السنة النبوية القولية والفعلية و التقريرية على مشروعية الخطبة في عدة أحاديث منها: عن أبي هريرة : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ". ومن السنة الفعلية فها هي السيدة حفصة بنت عمر بن الخطاب تزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم ،وهي أرملة حيث خطبها من أبيها فزوجه إياها. قال عمر :خطب النبي صلى الله عليه وسلم حفصة فأنكحته.

ومن السنة التقريرية ،فقد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم مارسوا الخطبة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و لم ينكر عليهم ،مثال ذلك : حديث جابر بن عبد الله قال: "فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما د ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها"،فدلت كل هذه الأحاديث على مشروعية الخطبة.

---

[1] سورة البقرة الآية 235.

[2] نايف محمود الرجوب ، المرجع السابق،ص 34-35.

3. أدلة مشروعية الخطبة من الإجماع:

قد أجمع علماء المسلمين ماضيا و حاضرا على جواز الخطبة ومشروعيتها ،كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح ،لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة ".[1]

الفرع الثالث :أنواع الخطبة

سنتطرق في هذا الفرع إلى أنواع الخطبة في الأول الخطبة في طريق التصريح و الثاني عن طريق التعويض و ثالثا الخطبة عن الوسائل الإليكترونية

هناك نوعان من الخطبة، وهما:

1.الخطبة بطريق التصريح:

وهي عبارة عن الإفصاح عما في النفس بلفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها كقول الرجل لمن يرغب في الزواج بها أريد أن أخطبك[2]

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة لفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها كأن يقول الرجل لمن يرغب الزواج بها إني أريد أن أخطبك ،أو إني أريد الزواج بك،إني راغب فيك أو يقول ولي الخاطب أريدك زوجة لابني فلان ومن بين العبارات المتداولة في المجتمع الجزائري بشأن طلب الخطبة أريد أن أطلب يدك للزواج ، أريد أن أحدد موعدا لزيارة أهلك من أجل خطبتك ،أو قول أم الخاطب للفتاة تحدثي مع أهلك لتحديد لنا موعدا لزيارتكم من أ أجل خطبتك.

[1] القرطبي الجامع لأحكام القرآن ،راجعه وضبطه محمد إبراهيم وأخرج أحديثه محمود حامد عثمان، ج3، دار الحديث،ص 188.

[2] محمد كمال الدين امام،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد،المنشور الحلبي ، 2003 بيروت،ص 75.

2.الخطبة بطريق التعريض :

الخطبة هنا تعني استعمال الخاطب لجمل يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن والتلميح وهذه الألفاظ تحتمل الخطبة وغيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا خطبتها دون أن بذلك كأن يقول مثلا إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة و جميلة في مثل أخلاقك ،أو أنا أبحث عن فتاة لكي أخطبها تشبهك تماما،أو إنك مؤدبة أو قوله إني عزمت على الزواج، وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء ذلك الخطبة.

و يعرف القرطبي التعريض على أنه ضد التصريح و هو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له ولغيره وهو عرض الشيء وهو جانبه كأن يحرم به الشيء ولا يطهره و مثل القرطبي به التلميح للمخطوبة فقال كقوله إني أريد الزواج، وأنك جميلة، أنك صالحة ،إن الله سائق إليك خيرا وإن قدر لها أمر لكان.

والتعريض هو ما يستعمله من ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن مدح الشخص لنفسه وذكر محاسنه ومآثره أمام المرأة التي يريد خطبتها ولقد فعل ذلك أبو جعفر محمد بن علي بن حسين.

قالت سكينة بنت خنضلة استأذن علي محمد بن علي ولم تنقضي عدتي من مهلك زوجي فقال :لقد عرفت قرابتي من الرسول صلى الله عليه وسلم وقرابتي من علي و موضعي من العرب قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي؟ قال إني أخبرتك بقرابتي من الرسول ومن علي ،وأسلوب التلميح غير جائز عند خطبة المرأة فله ضوابط شرعية فنجده مباحا عند المرأة المتوفى عنها زوجها وحرام عند جميع المعتدات دون

استثناء ، واختلف الفقهاء في الخطبة بالتعريض بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب اللاحق.[1]

3. الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية :

ونلاحظ هنا، أنه يمكن للخاطبين التعارف عن طريق وسائل الاتصال الحديث، باستعمال الحاسوب الآلي (الكمبيوتر)، الموصول بشبكة المعلومات العالمية أو "الأنترنت"، أي على شبكة المواقع أو الويب، وكذا عن طريق الهاتف المحمول (في حالة الخطوبة عن بعد). وقد طور حديثا هاتف يمكن كل واحد من المتحادثين رؤية الآخر والتحدث معه، بالمحادثة والمشاهدة عبر شاشات الحاسب الآلي، والمسمى بالشات ، عن طريق نقل التلفاز صورة وصوت كل منها للآخر بواسطة الأقمار الصناعية؛ وقد يتم ذلك أيضا عن طريق البريد الإلكتروني (أي التراسل الإلكتروني).[2]

وبالإضافة إلى هذا، فإن نظام الميسانجر، يلعب دورا إيجابيا كوسيلة إلكترونية من وسائل التعارف الفوري، والتي تتم بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال. كما أن الدخول مباشرة إلى شبكة الويب العالمية أو "الفيس بوك"، يمكننا من ولوج مواقع تعنى بالتزويج، وتوفير الزواج للعزاب والعوانس، وتعارف الخطاب تحت إشراف خبراء في علم الاجتماع العائلي وعلم النفس الأسري، والتأهيل للحياة الزوجية. ومن المعلوم أن الإعلان عن الرغبة في الخطبة والزواج في شبكة المواقع، يعد مجرد دعوة للتعاقد، وليس إيجابا باتا.[3]

فإنه لا مانع من العملية ،إذا كانت ضمن الأخلاق الكريمة والآداب العامة ، بعيدا عن التبرج و الاختلاط والخلوة ، مع ضرورة حماية المتعاملين هذه الأجهزة الإلكترونية من الإعلانات الكاذبة أو المضللة . فإن القانون الجزائري يحمي المستهلك الإلكتروني من كل

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص158 .

[2] أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،2000 ، ص 103.

[3] عبد الله ناصر، العقود الإليكترونية ن محلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع 73، سنة 2007،ص 289 و ص 29.

تضليل أو تدليس أو غش ، ولو كان التعامل عن بعد . وبالإضافة إلى هذا ،يوجب مبدأ حسن النية الأمانة و الاستقامة ، كما أنه يقتضي الالتزام ر بالإفضاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخدمة محل التعامل الإلكتروني[1] .

لا يوجد في استعمال هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة على هذا النحو أي محذور قانوني ، فالنصوص الآمرة بالرؤية في مجال الخطبة تشمل هذه الصورة المعاصرة بعمومها ؛ بشرط التأكد من هوية الشخص الذي يستخدم التراسل الإلكتروني وفقا للمادتين 327و323 من ق.م الجديد المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في 26-06-2005 ومن ناحية أخرى ،فإن الإسلام يبيح النظر إلى المخطوبة . أنها أجنبية عن الخاطب شريطة أن تكون الرؤية في حدود الآداب الشرعية ، خالية من كل تزوير أو احتيال أو خديعة ؛و بشرط الابتعاد عن المفاسد و الأضرار ، التي : تخالف طبيعة عقد الزواج ، ومقاصده التي شرع من أجلها .

والجدير بالتنويه، أن مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، في دورة مؤتمره السادس المنعقدة في جدة بالسعودية ، وكذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالرياض في السعودية ، قد منعت عقد الزواج عبر الأنترنت، كتابة ومشافهة، لسد أبواب الفتنة ، ولما يترتب عليه من الأضرار و المفاسد التي تخالف مقتضى عقد النكاح و مقاصده التي شرع من أجلها . وذلك لأن هذا الطريق ،قد يدخل أحد الأطراف في التغرير والخداع والتزوير لتحقيق الغرض المطلوب ،وانتحال شخصيات غير المعنيين . ومن ثم فإن عقد الزواج يجب أن يحتاط فيه ، ما لا يحتاط في غيره من عقود المعاملات ،لحفظ الفروج و الأعراض .[2]

[1] محمد التجيمي، إبرام عقود الأحوال الشخصية عبر الوسائل الإليكترونية ، الرياض ، ع 60، دون سنة نشر، ص 15 وما بعدها

[2] أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص 104.

و في هذا الخصوص ، أن التحوط في الفروج و الأعراض واجب ، ولكن لا يلزم منه المنع ، فالتحوط يلزم اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء التعاملات الإلكترونية، من وجود الإشهاد لحظة تبادل الإيجاب و القبول عبر وسائل الانترنت؛ كما أن الشهود يمكنهم الإطلاع على الكتابة لحظة وصول الرسالة الإلكترونية. ومن ناحية أخرى فإن الوسائل الإلكترونية الحديثة تقلل من التزوير ، كرؤية كل واحد من العاقدين الآخر عبر الشاشة، وحضور الشهود الذين يسمعون الخطاب[1].

و عليه ،فإننا نشترط في التعارف بين الخاطبين بأجهزة الاتصال الحديثة ،أن يكون بعلم الأهل و على قدر الحاجة ،وان تكون النظم المعلوماتية أمنة ،حتى لا تستغل هذه الوسائل الالكترونية استغلالا سيئا من ضعاف النفس و أهل الفساد في معاكسة النساء، والتعرض لهن عبر الهاتف (بالرسائل القصيرة أو حتى بالبلوتوث) أو الحاسب الآلي أو الأجهزة الرقمية الذكية، بالكذب والغش والإحتيال والتزوير والقرصنة واستعمال المعلومات الشخصية غير المحمية في أمور مشبوهة أو خطيرة.

وقد أوجب الإسلام الشاهد حين عقد الزواج ، حفاظا على حقوق الزوجين، ولبيان أهمية الزواج ومكانته العظيمة ،لقوله عليه الصلاة والسلام : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"؛ كما نهى الله تبارك وتعالى عن إقامة العلاقة الزوجية في السر، فقال سبحانه: "ولكن لتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ".[2]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

لقد اعتبر قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج واعترف بحق كلا الطرفين في العدول عنها صراحة في نص المادة الخامسة منه حيث أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج

[1] محمد التجيمي ، المرجع السابق، ص 16.

[2] سورة البقرة ، الآية 235

تختلف عنه من حيث وجودها الشرعي والقانوني كما ألحق نفس الحكم عند اقتران الخطبة بالفاتحة.

الخطبة من الناحية القانونية وعد بالزواج لا تكتسي طابع إلزامي ، تجبر الخطيبين أو أحدهما على إتمام مراسيم الزواج ، إذ يحق لهما العدول عن الخطبة باستعمال الحق المقرر لهما في المادة 5 من قانون الأسرة.

أدخل المشرع الجزائري تعديل للمادتين الخامسة و السادسة من قانون الأسرة بموجب القانون رقم – 05/09 المؤرخ في 4 مايو من سنة 2005 حيث أن الأصل في الخطبة أنها وعد بالزواج طبقا للمادة الخامسة ورتب نفس القيمة القانونية لها في حالة اقتران الفاتحة بالخطبة ، إلا أنه أدرج استثناء في المادة السادسة المعدلة يجعل اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ، وهذا ما نبينه بالتفصيل ضمن هذا المطلب.

الفرع الأول: الخطبة وعد بالزواج

سنتناول في هذا الفرع أولا الخطبة وعد بالزواج وثانيا إقتران الخطبة بالفاتحة

أولا : الخطبة وعد بالزواج

الخطبة في قانون الأسرة وعد بالزواج و ليست عقد حتى و إن تمت باتفاق الطرفين إذ يحق للخطيبين العدول عنها طبقا لمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون إكراه مما تطلب على المشرع عدم إضفاء الصيغة الإلزامية على الخطبة لأنه باعتبارها عقد يفقد الطرفين حرية الاختيار التي هي من متطلبات النظام العام.

اعتبر المشرع الجزائري أن الخطبة وعد بالزواج و جعل الوعد غير ملزم للطرفين إذ نص في المادة الخامسة من قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج و يجوز للطرفين العدول عنها وبهذا فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد ، بل هي مجرد وعد بالنكاح ليس لها القيمة

القانونية ،حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير وعليه لو عدل أحد الطرفين عن خطبته تلك فإنه بعدوله هذا لا يعد خارقا لاتفاق قانوني له في الإلزام بالزواج .[1]

فالخطبة قانونا لها نفس القيمة الشرعية إذ أنها ليست عقدا و إلا كانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول و هذا ما لم يقر به جمهور فقهاء الشريعة [2]" ، لأن الشرع هو الذي يعطي للتصرفات قوة الإلزام و الخطبة خالية منه ،فالتراضي في الخطبة لم يكن على أساس أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل عن الخطبة ، بل جواز العدول يجب أن يتوقعه كل واحد منهما في أي وقت ما دام العقد لم يتم نهائيا .[3]

فالخطبة لا يترتب عنها الإلزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في الزواج سواء كان من الناحية القانونية أو الشرعية ، إلا أنه هناك رأي لابن شبرمة في إحدى الروايات في المذهب المالكي يذهب إلى القول بأن الواعد يلزم بالوفاء بوعده و يجبر على ذلك بواسطة القضاء إلا إذا وجد ما يمنع ذلك كالموت أو عدم القدرة على التنفيذ مستندا في قوله إلى النصوص الواردة في الكتاب و السنة التي تأمر بالوفاء بالعهد بقوله سبحانه وتعالى: " وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتهم ولا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها ".

الخطبة إذن لا تبيح للخطيبين اختلاط الأزواج و لا يترتب على أحدهم حق على الآخر حتى لو ألبس الخاطب خطيبته خاتم الخطبة أو قام بتقديم جزءا من الصداق [4]، إذ يجوز فسخ الخطبة بدون رضا الطرف الثاني و هذا ما نجده معمول به على مستوى القضاء ،حيث نجد أن الدعوى المرفوعة من أحد الخطيبين المعدول عنه لمطالبة العادل بإتمام مراسيم الزواج مرفوضة بسبب أن العدول حق مخول لكلا الطرفين، ومن بين ذلك القرار

---

[1] محمد محدة ، المرجع السابق، ص 45.

[2] محمد صالح العياري، مذكرات والبحوث القانونية، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، تونس ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 ، في 135.

[3] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 68.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول ، الزواج وطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994، ص 51.

الصادر عن محكمة عين تموشنت ملف رقم 08.0109بتاريخ 2008/03/25والذي قضى برفض طلب المدعية المتعلق بإلزام المدعي عليه بإتمام مراسيم الزواج ، إلا أنه نجد بعض الأحكام التي قضت بإتمام مراسيم الزواج ، إلا أنه نجد بعض الأحكام التي ف قضت بإتمام مراسيم الزواج ،منها ما صدر عن مجلس قضاء أم البواقي حيث جاء في منطوقه إلغاء الحكم القاضي بفسخ الخطوبة التي تمت ما بين المدعي و المدعي عليه، مع إلزام المدعي عليها أن ترجع للمدعي قنطار صوف المقدم لها و أن ترجع مبلغ 10 آلاف دينار جزائري و رفض ما زاد من الطلبات لعدم التأسيس، والقضاء من جديد بإلزامها بإتمام إجراءات البناء مع الأمر بتسجيل الزواج بالحالة المدنية ، و كان القرار محل الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وتم نقضه بتاريخ 2000.7.18على أساس أن الزواج تم بانعدام الرضا وبالتالي لا يحق للقضاة إجبار المرأة الغير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج، حيث يتضح أن المجلس أعاد تكييف الوقائع من خطبة إلى زواج حسب السلطة التقديرية له ،إلا أنه مع ذلك لا يملك السلطة في إجبار الطرف العادل عن الزواج بإتمام الدخول ، لأن الأمر متعلق بحرية الفرد و رضا الطرف الثاني فكان من الأمثل أن يكتفي بتسجيله للحفاظ على حقوق كل طرف ، ما دام ثبتت لهم قيام زواج شرعي.

الخطبة ليست بعقد زواج ولا تبيح المخالطة الجنسية وكل العلاقات التي تتم قبل إبرام العقد مجرد عمل غير مشروع لا يثبت نسب الولد [1]، فالخطبة لا تخرج عن كونها وعد بالزواج والوعد ليس بعقد لأنه ليس ملزم لأننا لو قلنا بذلك لحملنا الخطيبين ما لا يريدانه وهذا ضرر لهما .

من خلال الدراسة القانونية للمادة 5 الفقرة الأولى أن الخطبة مقدمة للزواج و مرحلة تمهيدية للعقد ، تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي بدورها تعتبرها وعدا بالزواج ، إلا أن الاختلاف يكمن في تفسير مدلول الوعد من الناحية القانونية، إذ أن النص كيف الخطبة

[1] العربي بلحاج ، المرجع السابق ص 52

على أنها وعد بالزواج و من جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم للطرفين فأجاز لهما العدول عنه .

إن استعمال لفظ الوعد من حيث الصياغة القانونية للمادة 5 الفقرة الأولى في غير محله في نظرنا لأن هذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني ، باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة 71 من القانون المدني التي تنص على أنه (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لإتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم بمقام العقد) ،إذ أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد إلى حين انتهاء الأجل .

أما قانون الأسرة فنجده خالف هذه القاعدة في القانون المدني بحيث انه من جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة ،و أجاز للطرفين العدول عنها وبالتالي لا سلطة لقاضي شؤون الأسرة في إصدار حكم يقوم مقام الوعد بإلزام الخاطب بإتمام مراسيم الزواج، عكس القاضي المدني و بهذا فإنا نقترح صياغة بديلة لمصطلح الوعد تجعل الفقرة تنص على أن (الخطبة تمهيد لعقد الزواج و لكل الطرفين حق العدول عنها).

ثانيا إقتران الخطبة بالفاتحة.

إن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعدا بالزواج و للطرفين العدول عنها, إلا أنه في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأسرة نص على أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا, و لم يبين المقصود الخاص بالفاتحة لهذا سنقوم بتوضيح مفهوم الفاتحة, ثم حكم اقترانها بالخطبة من الناحية القانونية و موقف القضاء من ذلك و هذا وفقا للقانون القديم و المعدل.

مفهوم الفاتحة:

لم يبين قانون الأسرة تعريف ال فلتحة وإنما اكتفى بالنص على الطبيعة القانونية لها من خلال نص المادة السادسة إذ إستمدها من الناحية الشرعية و من عادات المجتمع الجزائري.

فالفاتحة في نظر الفقه الإسلامي تعتبر عقد الزواج شرعي، ومن بين أنصار هذا الموقف إبراهيم الجيلاني عندما مثل عن حكم ما حرى عليه العرف في قول الرجل عندما يخطب امرأة و يتلقى إيجاب منها أو من وليها و يتواعدون بالعقد ليلة البناء ثم يبعث للمرأة حناء و حوائج في المواسم و الأعياد و يسمع الناس بأن فلان زوجة له و يتم قراءة الفاتحة بالمسجد، فأجاب بقوله أن الأمر المؤكد جاريا مجرى العقد في كل ما يرتب عليه بالإشهاد، والإشهاد ليلة البناء إنما هو لتحقيق قدر المهر و أجله و ما قبض وما يقى في ذمته، فإن النكاح لازما لهما و إن كانت العادة المذكورة إنما هي توطئة للعقدة الشرعية التي تقع ليلة البناء."[1]

هناك من يرى أن الفاتحة هي الصيغة التي يتم بها عقد الزواج بمعنى { زوجتي ابنتك فلانة على صداق قدره كذا و قول أب الزوجة زوجتك إياها فمن باب تسمية الأصل للفرع صار يطلق العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة بالفاتحة، وقد أحد بهذا الرأي الأستاذ محمد نقية عندما سئل عن الزواج الشرعي الذي لم يسجل بعد في الحالة المدنية وأكد أنه زواجا صحيح مادام هناك إقتران فاتحتها بالخطبة فأجاب أن الصيغة الزواج إن تمت باللفظ فإن الزواج الأول صحيح و لا يجوز ترويجها للغير إلا بعد الطلاق أو موت الزوج الأول.[2]

هناك من يرى أن المقصود بالفاتحة هي قراءة الفاتحة لكونها لا تؤثر في حقيقة الأمر على الخطبة و لا على عقد الزواج أو حالة اقترانها بالخطبة و ليست لها قيمة شرعية لأنها

[1] الناودي، شرح وجيز على رجز الإمام محمد بن عاصم، مخطوط، ص138

[2] محمد حدة، المرجع السابق،ص50.

مجرد دعاء العتاد الناس على قراءتها بمناسبة الخطبة أو الزواج بحضور إمام المسجد و جماعة من الناس فعدم قراءتها لا يغير شيئا من الطبيعة القانونية للخطبة أو الزواج أو اقترانها بالخطبة.

حكم إقتران الفاتحة بالخطبة من الناحية القانونية:

1 – حكمها في ظل القانون القديم:

لقد اعتبرت المادة 6 من القانون رقم 84/11 أن الحظية و الفاتحة وعد بالزواج سواء كانت الخطبة قد وقعت قبل ال فلتحة أو وقعنا معا في مجلس واحدا زمانا و مكانا أو منفصلتين في مجلسين مختلفين من حيث الزمان و المكان إذ أخضعهما للحكم واحد، حيث يجوز للطرفين العدول عنها في أي وقت شاء قبل إبرام عقد الزواج بصفة رسمية أمام موظف بالحالة المدنية.

رفع أحد الخطيبين دعوى أمام المحكمة يطالب فيها بأن تحكم له بإلزام الخطيب الذي عدل على إتمام إجراءات عقد الزواج فإن الحكم يكون برفض الدعوى، لكون أن إقتران الخطبة بالفاتحة يخضع إلى حكم المادة 5 من قانون الأسرة وبالتالي وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول أما إن حكمت له بما طلب فإنها تكون قد دمرت ركن الرضا في الزواج.[1]

بالرجوع للإجتهاد القضائي في تعريف الفاتحة وحكم اقترا رنها بالخطبة تحد هناك تذبذب في قراراتها إذ يعتبرها عادة م جرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء للخطيبين و أنها ليست ركن عن أركان الزواج أو شرط لصحة الخطبة إلا أنها في بعض القرارات تعتبرها عقد زواج عند توافر أركان و شروط العقد.

عند استقراء القرار الصادر بتاريخ 17/03/1992 تحت رقم فهرس 92/811 لحده أخضعت فيه المحكمة العليا إقتران ال خطبة بالفاتحة لأحكام المادة 5 معتبرة إياها وعد بالزواج لا أكثر، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر ، منيلة 1990 ، من 85.

الإستماع إليهم سواء أمام قاضي أول درجة أو أمام العصو ر المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطية و أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل مجرد خطية بمعنى المادة 5 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد بمعنى المادة 9 من النفس القانون بينما الفاتحة فهي ليست ركن من أركان الزواج و ليست شرط لوقوع الخطبة وإنما هي من باب التبرك والدعاء وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين[1].

من خلال مناقشة القرار يتضح لنا أن المحكمة العليا تميز بين الفاتحتين بمعنى فاتحة الخطبة التي هي عبارة عن قراءة سورة أثناء إجراء حفل إعلان الخطبة وفي مجلس العقد المدني المتوافر فيه جميع أركانه وشروطه بمعنى المادة 9 من قانون الأسرة.

لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر لها أن إقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواج شرعي و مستوي لأركانه إلا أنه غير مسجل بالحالة المدنية أهم ما جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة ومن المقرر أيضا أنه ينبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم إقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالإمتناع عن الدخول لأنه أعتبر الفاتحة كالخطبة وعد بالزواج[2].

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 19/11/1984 اعتبرت أن مرحلة الخطبة قد إنتهت بالزواج و بالتالي استبعدت إقتران الخطية بالفاتحة وإنما اكتفت بوجود خطبة فقط إذ جاء في حيثياته: أنه من المقرر أن الأصل في الخطبة أنها مقدمة للزواج وليست زواجا غير أنها قد متجاوز مرحلة إلتماس النكاح إلى النكاح الشرعي وأصبح فعلا رواجا شرعيا إذ واكبها تحديد

[1] المجلة القضائية، العدد ص 30.

[2] القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14 تحت رقم فهرس 877 81، العلة القضائية لسنة 2001 ، من 33 وما يليها.

شروطه وتحقق أركانه وهذا باشتماله على الإيجاب والقبول حاملين لصيغة الزواج وحضور شهود وتولى الأب بالنكاح ابنته.[1]

يستساغ من مناقشة قرارات المحكمة العليا أن إقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تأخذ حكم الزواج الصحيح إذ توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، و هذا متطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية إذ أنه زواج شرعي يستوجب الإعتراف به نظرا لما يترتب عليه من آثار تختلف عن مرحلة الخطبة خاصة ما يتعلق منها بحقوق المرأة.

إن الفاتحة غير ملزمة في عقد الزواج و لا في الخطبة لأن العقد يبرم لمجرد توافر أركانه و شروطه سواء تمت الخطبة أو اقترنت بالفاتحة فإنها لا تهم إطلاقا في نظرنا لأن العبارة بأركان و شروط الزواج و هذا ما يدل على أن نية المحكمة العليا اتجهت إلى اعتبار الفاتحة عبارة عن قراءة سورة فاتحة من طرف إمام المسجد عند إبرام عقد الزواج في مجلس العقد المستوفي لأركانه و شروطه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، فإن قراءة الفاتحة في الخطبة أو عندما تسبقها لمدة غير محدودة دون توافر أركان الزواج لا يعتبر زوا جا صحيحا وإنما مجرد وعد بالزواج.

اتجهت المحكمة العليا اتجاه آخر في القرار الصادر بتاريخ 4/04/1995 بقولها: حيث أن المادة 6 من قانون الأسرة تقتضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسقها بمدة غير محددة فإن سبقت الخطية الفاتحة تلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون وهي التي تعتبر وعدا بالزواج، أما حالة اقتران الخطبة بالفاتحة بحسب المادة المشار إليها فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9.[2]

نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا قد أعطوا للخطية المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد صفة الزواج الصحيح عندما تكون حضور الشهود و الولي و تحديد الصداق طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة وحسنا فعلوا، لأنه زواج شرعي من الناحية الدينية إلا أنه يلاحظ خلط بين

[1] المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، منة 1991 ، ص 67

[2] المجلة القضائية للمحكمة العليا، لسنة 1905 ، ص 36.

ما يعتبر خطية وما هو زواج عندما اعتبرت أن الخطبة التي تسبق الفاتحة وعد بالزواج طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة لأن الفقرة الثانية من المادة 6 صريحة في إخضاع الفاتحة في حالة اقترانها بالخطية أو تسبقها لمدة غير محددة إلى أحكام المادة 5 في كلتا الحالتين.

2- إقتران الخطبة بالفاتحة في ظل قانون الحالي:

لقد أدخل المشرع الجزائري تعديل على نص المادتين الخامسة و السادسة من القانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 من أجل تفادي الخلط الواقع بين الخطبة و الفاتحة إذ نص على أن اقتران الفاتحة بالخطية لا يعد زواجا.

يتضح لنا أن القانون المعدل للمادتين 5 و6 اعتبر أن الخطبة وعد بالزواج في المادة 5 ونفس الحكم ينطبق على إقتران الفاتحة بالخطبة الذي لا يعتبر رواحا، فهي ترتب نفس الآثار المتعلقة بالخطية.

فالأصل العام أن الفاتحة عند اقترافها بالخطبة لا يعد زواجا، مما يجعل اعتبارها خطبة أما على مستوى المحاكم تجد أنها تعتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة تخضع إلى أحكام المادة الخامسة منها الحكم الصادر بتاريخ 16/01/2007 أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: حيث أن المدعي عليه دفع بأن المدعية قرأت فاتحتها مع شخص ثاني وأنه لن يقوم بإتمام مراسيم الزفاف إلا بعد أن يتأكد بأنها لم تعد بعصمة ذلك الرجل حيث بالإطلاع على ملف الدعوى الحالي تبين للمحكمة بأن الطرفين متزوجان بموجب عقد زواج صحيح في 30/01/2006 تحت رقم 8 بحاسي الغلة، حيث أن المدعية تطالب بإتمام مراسيم الزفاف وأن المدعي عليه لا يرغب بذلك حيث طالما أن الزواج يكون بالإرادة المشتركة للطرفان فإنه لا يسع المحكمة إلا أن تقضي برفض طلب المدعية الرامي إلى إتمام مراسيم الزواج.

حيث بخصوص دفع الدعي عليه بأن المدعية قرأت فاتحتها مع شخص ثان فهو دفع لا تعتد به المحكمة حيث طبقا للمادة 6 من قانون الأسرة فإن إقتران الخطبة بالفاتحة لا بعد زواجا وعليه يتعين رفض دفعه [1].

إلا أنه ورد استثناء في الفقرة الثانية من المادة 6 حيث اعتبر إقتران الفاتحة بالخطبة عقد زواج منى كان ذلك في مجلس العقد وتوافرت فيه ركن الرضا المحدد في المادة 9 وشروط الزواج المتعلقة بالأهلية، الصداق الولي، الشاهدان وإنعدام الموانع الشرعية للزواج.

عند استقراء الفقرة الأولى من المادة السادسة نفهم أن إقتران الفاتحة بالخطية لا يعد زواجا في الأصل مما يدل على أن قراءة سورة الفاتحة بمجلس الخطبة عبارة عن وعد بالزواج بمعنى المادة 5 من قانون الأسرة لأن الأصل في الفاتحة أنها تقرأ في عقد الزواج وليس في الخطبة.

وبهذا أصبحت الفاتحة من هذا المنطق تتصرف إلى عقد زواج شرعي وأصبح الناس يعتقدون أن الإمام ركن ضروري لصحة الزواج إذ بمجرد قراءة الفاتحة يعتقد الطرفين أن عقد الزواج قد تم بينهما حتى ولو لم يتوفر العقد على أركانه وشروطه حيث يتم إجراءها في بعض المناطق في مجلس الخطبة الذي يقام للإعلان عن الخطبة بين الطرفين، ينتهي بقراءة الإمام سورة الفاتحة والدعاء للخطيبين للتبرك لهما، إلا أن الطرفين لا تتوفر فيهما شروط الزواج كان تكون المخطوبة مثلا قاصرة ولم تحصل على ترخيص من القاضي أو تكون غير راضية على إجراء الفاتحة أصلا كما أنه لا يتم تحديد الصداق فيه فإن الفاتحة المقرونة بالخطبة لا تعتبر من الناحية الشرعية والقانونية زواجا.

لقد أخد قانون الأسرة المعدل في المادة 6 باجتهادات المحكمة العليا وما استقرت عليه من مبادئ الشريعة الإسلامية إذ اعتبر مفهوم الفاتحة أنها قراءة سورة الفاتحة وأن تقديمها أو تأخيرها أو اقترانها بالخطبة لا تغير من القيمة القانونية للوعد بالزواج وبالتالي

[1] محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة بتاريخ 16/01/20017 تحت رقم فهرس 1911/07 .

ينتج عن العدول عنها ما يترتب عن الخطبة لأن الأصل العام أن حضور الإمام لقراءة سورة الفاتحة تكون عادة في مجلس العقد لا في مجلس الخطبة وأن الفاتحة هذه لا تعتبر أصلا ركنا أو شرط للزواج و من هنا فإن عبارة الفاتحة لا تعتبر زواجا لوحدها أو عند اقترانها بالخطبة، ويترتب عنها من الناحية الشرعية والقانونية ما يتعلق من أحكام الخطبة.

نجد في بعض المناطق أن هناك من الأطراف من يستوفي الأركان وشروط الزواج المنصوص في المادة 9 من قانون الأسرة في مجلس الإعلان عن الخطبة حيث يكون بحضور إمام مسجد يقوم بالقراءة الفاتحة الذي هو في حقيقة الأمر زواجا شرعيا والدليل على ذلك أن الطرفين عادة عند إجراء الحفل الثاني لوليمة الزواج من أجل الدخول بالزوجة لا تستوجب عليهم إحضار إمام المسجد لأنه حضر في حفل إعلان الخطبة

ثالثا: إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد.

لقد نصت المادة 6 من القانون رقم 05/09 المؤرخ في القانون رقم 05/09 المؤرخ في 4 مايو 2005 أن إقتران الفاتحة بالخطبة [1] بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر – من هذا القانون.

بهذا فإن المشرع وضع استثناء عن الأصل العام الوارد في الفقرة الأولى من المادة السادسة إذ أن المبدأ العام في إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقترانها بمجلس العقد يعتبر زواجا عند توفر ركن الرضا وشروط الزواج المتعلقة بأهلية الزواج، وتقديم الصداق بحضور الشهود و ولي الزوجة مع خلو الطرفين من الموانع الشرعية الزواج.

لقد كرسي قانون الأسرة المعدل للمادة السادسة اجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بالطبيعة القانونية لإقتران الفاتحة بالخطبة إذ وصفها بمثابة عقد زواج صحيح متى توافرت أركانه و شروطه في مجلس العقد إلا أنه غير مسجل بالحالة المدنية.

[1] بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية" ،المرجع السابق ،ص 50.

والتطبيق نص المادة 6 يستوجب على القاضي الذي يعرض النزاع عليه قبل الفصل في القضية أن يقوم بتكييف الوقائع المطروحة عليه أولا على أنها زاوج شرعي إذ اقترنت الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد و منه يخضع إلى أحكام المادة 9، أو أنها مجرد وعد بالزواج يخضع للمادة 6 فقرة 1 منه و لذلك يأمر بإجراء تحقيق في القضية بسماع الطرفين والشهود وولي الزوجة للتأكد من توافر شروط الفقرة الثانية من المادة السادسة المتمثلة فيما يلي:

1- وجود مجلس العقد: إن فكرة مجلس العقد نظرية مستمدة من الفقه الإسلامي تطبق على جميع العقود سواء كانت رضائية أو شكلية و أخذ بها قانون الأسرة في المادة السادسة ولم يعرف المقصود منه، إلا أن الفقهاء أجمعوا على تعريفه بأنه مكان و زمان التعاقد [1]، الذي يبدأ بالإشغال بالصيغة و ينقضي بإنتهاء الأشغال بالتعاقد وله ركنان هما:

أ/ الركن المادي:

هو الحيز الثابت أو المتحرك الذي يكون فيه المتعاقدين منشغلين بصيغة التعاقد، سواء كان الحيز مغلقا أو غير مغلق، وأن له نطاق أو مرمى أو حزم سمعي وبصري حيث يمتد المكان ليشمل المرمي السمعي والبصري سطحيا و أفقيا.

ب/ الركن المعنوي:

يقصد به زمن أو وقت الإشغال بالتعاقد سواء طالت مدة الفترة أم قصرت وأن نطاقه محدد يتم ربطه بأمري المكان و الإنشغال بالتعاقد ومجلس العقد إما يكون مجلسا حقيقيا أو حكميا.

مجلس العقد الحقيقي :

يكون المجلس حقيقيا عندما يكون المتعاقدين حاضرين بمجلس العقد وهذا هو الأصل فيه يبدأ المجلس بصدور الإيجاب من أحد المتعاقدين ويكون عادة من طرف الزوج بقوله

[1] رمضان السير نباطي، المرجع السابق، من 112

زوجني ابنتك فلانة ثم يقترن بقبول الزوجة أو وليها ويتم تبادل صيغة العقد بقوله زوجتك إياها، و ينتج أثاره من لحظة علم الموجب بالقبول .

مجلس العقد الحكمي :

يكون مجلس الزواج بدون حضور أحد المتعاقدين نظرا لغيابه وهذا المجلس يبدأ من لحظة التبليغ بالإنجاب وينتج آثاره من لحظة الإعلام بالقبول.

2- صيغة التعاقد:

الأصل أن الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجب أن يكون بالعبارة أو الإشارة أو الكتابة أو الألفاظ التي ينعقد بها النكاح شرعا، و لقد اتفق الفقهاء على أن اللفظ يأخذ من مادتي الزواج و النكاح لأن أكثر النصوص الواردة جاءت بهما، والزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة فالزواج لا ينعقد بأنفاظ الوصية حتى وإن أفادت التملك لأنه مضاف إلى ما بعد الموت و الزواج يقتضى التملك في الحال مثلا هب لي إبنتك بمهر كذا، و يقول الأخر قبلت.

3- طرفي مجلس العقد :

الأصل أن الزوج و الزوجة هما طرفي مجلس العقد و هما من تصدر عنهما الصيغ أو التعبير عن الإرادة التي يتكون العقد بها و يتم إبرامه، مع مراعاة عدم مباشرة المرأة لعقد زواجها أصالة عن نفسها و إنما يكون من طرف وليها و حضر مجلس العقد شاهدين للإشهاد على واقعة الزواج.

4- توافر ركن الرضا :

لقد نصت المادة التاسعة من قانون الأسرة أن الزواج ينعقد بتبادل الرضا بين الزوجين ويكون بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يقيد معنى النكاح شرعا سواء لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة .

الإيجاب: هو ما صدر من أحد المتعاقدان على ما يريده من إنشاء العقد و يسمى الشخص الذي صدر منه الإيجاب موجبا.

القبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الثاني لآخر دليل على موافقته على ما أوجبه الأول وسمي الشخص هنا قابلا .

توافر شروط الزواج المنصوص في المادة 9 مكرر

1- أهلية الزواج:

تتمثل شروط صحة الزواج عند إقتران الفاتحة بالخطبة مجلس العقد في أن يكون الزوجين على أهلية لإبرام العقد و ذلك ببلوغ سن 19 سنة كاملة طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة، أما ناقص الأهلية فيجب أن يكون حاملا لترخيص من رئيس المحكمة يسمح له بإبرام العقد قبل السن القانوني .

2- الصداق :

يعتبر الصداق ما يدفع خلة للزوجة من نقود و غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، إذ يتم تحديده في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا.

3- الولي :

لصحة عقد الزواج يشترط أن يحضر الولي مجلس العقد الذي اقترنت فيه الفاتحة بالخطبة و عادة هو الذي يتولى إبرام العقد محضوره نيابة عن الزوجة، إذ يصدر القبول منه نظرا لعدم حضور المرأة بمجلس العقد و يمكن لها أن تعقد زواجا بحضور أحد أقاربها أو أي شخص تختاره طبقا للمادة 11 من قانون الأسرة

4- الشاهدان :

يعتبر الشهود أمرا وجوبي في عقد الزواج كوفهما شاهدين على صيغة التعاقد وشروط العقد في حالة وجود نزاع، حيث أن الشاهد يرتب حق لغيره، ويشترط أن يكونا قد حضرا

مجلس العقد لتكون شهادتهما جائزة شرعا و قانونا، ويجب أن يتحقق فيه نصاب الشهادة لإثبات الزواج رجلان أو رجل و امرأتين.[1]

5- انعدام الموانع الشرعية للزواج:

يشترط لانعقاد الزواج في حالة إقتران الفاتحة بمجلس العقد أن لا يكون عند الطرفين مانع من الموانع الشرعية للزواج المتمثلة في موانع المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في المواد 23 إلى 30 من قانون الأسرة.

هناك من يرى أن إنعقاد مجلس العقد يتطلب وجود عقد مسجل بالحالة المدنية ويستدلون بتعليمة وزارة الشؤون الدنية و الأوقاف لمختلف الأئمة بعدم إجراء الفاتحة إلا بعد العقد الرسمي، إلا أن العقد في حقيقته قد تم بمجرد توافر ركن الرضا وشروط صحة الزواج دون الحاجة إلى إمام، إلا أن هدف المشرع من ذلك هو التوفيق بين الزواج الشرعي والزواج القانوني، كما يقلل من ظاهرة الزواج بالفاتحة الذي تنحر عنه عدة مسائل شرعية تستوجب حل قانوبي، وبالتالي منع إثبات الزواج الغير الشرعي وإلحاق نسب أولاد الزنا.

فبالتالي بعد تحقق القاضي من توافر الشروط سالفة الذكر يقضي بإثبات الزواج الشرعي إن تم الدخول مع أمر ضابط الحالة المدنية لمكان إنعقاد الزواج بتسجيله والتأشير على هامش عقدي ميلادهما بذلك، إلا أن الإشكال يثار عندما يكون النزاع قبل الدخول حيث يدعي أحدهما بوجود خطبة، والطرف الثاني يؤكد بإبرام عقد شرعي بالفاتحة ويدعي في كثير من الأحيان بأنه قد تم الدخول بالمدعى عليها ويطالب القضاء الحكم له بتسجيل الزواج قبل الدخول مما يطرح على القاضي عدة مسائل شرعية تحتاج إلى حل قانوني مثل مطالبة الزوجة لنصف الصداق في حالة الطلاق قبل الدخول و المدعي عليه ينكر واقعة الزواج العرفي ويتمسك بوجود خطية لا أكثر.

[1] رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، من 112

ونجد أن المحكمة العليا قد طبقت نص المادة 6 في فقرها الثانية بعد تعديلها ذلك في القرار الصادر بتاريخ 12/10/2005 في الملف رقم 340671 وأهم ما جاء في حيثياته (ذلك أن المطعون ضدها لما أقامت دعواها أمام محكمة الأول درجة صرحت بأنها و الطاعن وقعت بينهما خطبة مقرونة بالفاتحة (أي عقد زاوج) بتاريخ 11/09/2005 بحضور جماعة من المسلمين أين تم تحديد الصداق بأربعين ألف دينار وخاتم الحنة إلى جانب توابع هذه الأخيرة (حقيبة تشتمل على عدة أشياء سار عليها عرف الجهة) وحزر قاضي أول درجة أقوالها هذه في محضر مؤرخ في 8/9/2002 و أن الطاعن حاليا دعاها لترك وظيفتها في التعليم إلا أن طلبه هذا رفضته و بناءا عليه نشأت دعوى الحال و تطالب فسخ خطوبتها مع منحها تعويض بسبب الضرر اللاحق بها، وحيث يتضح من أقوال المدعية و التي أيدها الطاعن أن ما يربط طرفي النزاع هو عقد زاوج تتوفر فيه جميع أركانه و بالتالي يتعين إصدار حكم إما بالتطليق أو الطلاق و لا يجور في مثل قضية الحال حل الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع بفسخ الزواج لأن الفسخ تطبق عليه المادة 33 الفقرة الثانية و المادة 43 من قانون الأسرة، و عليه فكان المفروض على قضاة الموضوع القضاء في قضية الحال بالتطليق إذ رأوا أن المدعية محقة في طلبها لكون ما يربطها و الطاعن هو زاوج عرفي تام الأركان بإقرار الزوجين و وقائع القضية.[1]

إن المحكمة العليا أقرت بتطبيق المادة 6 في فقرتها الثانية[2] كون الوقائع ينطبق عليها وصف الزواج العرفي الذي تم بالفاتحة و ليست خطية و أن الدخول لم يتم بين الطرفين حسب معطيات القضية مما أدى بمن حضر المجلس يعتقدون أن ما يربط الطرفين هي خطبة لا أكثر نظرا لإعتقادهم أن الزواج العرفي يستوجب الدخول لإثباته إلا أنه في حقيقة الأمر الدخول ليس ركن أو شرط لإنعقاد الزواج كما أن القانون يعترف بالطلاق قبل الدخول دون تحديد إن كان عقد الزواج مسجلا أم لا.

[1] المجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005 ، من 397

[2] المادة 6 من الأمر 05. 09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.

المبحث الثاني: أحكام الخطبة

المشرع الجزائري لم يشترط أي شرط خاص بالخطبة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية إذ أن السن الذي اشترطه في الزواج لا يتعلق بالخطبة و إنما هو من خصوصية عقد الزواج و ليس مطلوب في الخاطب و المخطوبة ذلك أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد.

المطلب الأول :شروط الخطبة.

لا يجوز خطبة امرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بسبب النسب والمصاهرة أو الرضاع كأخته من النسب [1] والرضاع وزوجة الأب أو الابن وأم الزوجة أو ابنتها وسائر المحرمات على التأبيد.

لمعرفة شروط الخطبة لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تشترط أن تكون الخطيبة خالية من الموائع الشرعية التي تمنع من إبرام عقد الزواج و تتمثل شروط الخطية في شرطين أساسيين هما :

الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب .

و حرمة المرأة تكون إما حرمة مؤيدة أو مؤقتة.

أ – الحرمة المؤيدة :

المرأة تكون محرمة على الرجل لمدى حياته بنص الشارع الحكيم الذي في عن خطبة و رواج امرأة محرمة عليه [2] هذا ما تضمنه قانون الأسرة ضمن موانع الزواج من المادة 23 إلى 26 المتمثلة في المحرمات بالقربة و المصاهرة و الرضاع.

ب – الحرمة المؤقتة :

[1] طاهري حسين ،الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري ،دار الخلدونية ،الطبعة الاولى ، 2009،ص9.

[2] محمد محدة، المرجع السابق، من 28.

لقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز خطبة امرأة محرمة على الرجل مؤقتا ما دام سبب التحريم قائم كأخت الزوجة و عمتها و خالتها و هن على سبيل التأقيت فالخصية تكون جائزة بعد الطلاق، أما الجمع فيحرم شرعا و قانونا، و من المحرمات مؤقتا ما يلي:

- المرأة المشركة:

يرى الفقهاء أنه يجوز للرجل أن يتزوج و يخطب امرأة من ديانة أخرى كالمرأة المسيحية، مثلا ما عدا المرأة المشركة بدون دين محرمة عليه شرعا و قانونا إلا إذا زال سبب التحريم, كأن تسلم المشركة أو تعتنق دينا سماويا آخر، و المرأة بحزم عليها الخطبة أو الزواج بغير مسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة[1] .

- المرأة المحصنة:

نقصد بها زوجة الغير، فلا تحوز خطينها أو التلميح لها بالطلاق من أجل زواجها، لأنها محرمة عليه ما دامت في عصمة الرجل، و يعتبر ذلك إعتداء على حقه و كرامته .

-خطبة المعتدة من طلاق رجعي :

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج المراجعة إلى عصمته في العدة بدون عقد و مهر جديدين و بدون رضاها[2].

و قد اجمع الفقهاء على أنه لا تحوز خطيتها بطريق التصريح و التلميح معا لأنها تأخذ حكم زوجة الغير.[3]

---

[1] الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فها و قضابا، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، سنة 1984، ص20

[2] الدكتور السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني, القسم الأول عقد الزواج و اثاره، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع عمان، سنة 1999 ص 23.

[3] الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 51

- خطبة المعتدة من طلاق بائن

الطلاق البائن نوعان إما أن يكون بائن ببينونة صغرى أو ببينونة كبرى.

الطلاق البائن ببينونة صغرى هو الذي يتم ما دون الثلاث طلاقات، و فيه يستطيع الزوج أن يعيد المرأة إلى عصمته مرة ثانية, لكن بمهر و عقد جديدين, و يكون برضا الزوجة لأن العلاقة الزوجية غير قائمة.

الطلاق البائن ببينونة كبرى هو الذي يتم بثلاث طلاقات، لا يجوز هنا للزوج أن يراجعها إلى عصمته مرة أخرى إلا بعد أن تنقضي عدتها و تتزوج رجل آخر غيره، ثم يطلقها و بعدها تنقصي العدة، ثم يعقد عليها بعقد جديد و مهر جديد و يشرط رضاها.

و لقد اتفق الفقهاء على أن المرأة المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى أو صغرى لا يجوز لرحل حطيتها بطريق التصريح, يطريق التعريضي فكان محل خلاف بعض الفقهاء كما يلي:

المالكية، الشافعية، الحنابلة، الشيعة و الجعفرية:

يرون انه تجوز خطية المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى أو صغرى عن طريق التعريض و استدلوا في ذلك يقوله تعالى: « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء»، و جاء لفظ النساء في الآية عاما تدخل فيه المعتدة، كما أن سلطة الزوج انقطعت على المرأة المطلقة طلاقا بائنا[1].

الحنفية:

يرون أن المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء كان ببينونة صغري أو كبرى، لا تجوز خطبتها بطريق التعريض لأنه قد يعرضها إلى ارتكاب المحضور وقد يحملها حرصها على الزواج هذا الخاطب إلى الإخبار بإنقضاء عدها و هي لم تنقضي بعدة، فالمرأة هي المؤتمنة على عدتها لأن قولها مصدق في ذلك، و خطبتها تشير الأحقاد بين مطلقها و خطيبها[2].

[1] سورة البقرة، الآية رقم 235

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ج7، دار الفكر طبعة 2، سنة 1989، من 16.

- خطبة المعتدة من وفاة :

لقد اتفق الفقهاء على أن المرأة المعتدة من وفاة لا يجوز خطيتها بطريق التصريح أثناء فترة العدة مراعاة للمحزن على وفاة الزوج، و شعور أقارب المتوفى بالأسى عن رحيله، حتى لا يتضرروا لخطية قريتهم التي لا تزال في العدة ، أما بطريق التعريض بالنسبة للمتوفى عنها زوجها استثناء لا بد من العمل به في النطاق المحدد له فيجوز خطبتها لقوله تعالى: « و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفوسكم علم الله أنكم ستذكروهن و لكن لا تذكروهن سرا ألا أن تقولوا قولا معروفا»[1].

إن ظاهر الآية يوحي أنها خاصة بالمتوفى عنها زوجها و هنا إجازة الخطبة بالتعريض لها و العلة في ذلك أن عدتها محدودة بالأشهر أو وضع الحمل و كلاهما لا يمكن أن يجري فيه الكذب فليست عدها بالأقرء حتى يمكن أن تدعى انتهائها لتخلص من العدة لأن عدة الوفاة تكون إما بوضع الحمل إن كانت حاملة، أو بمرور أربعة أشهر و عشرة أيام إن كانت غير حامل، و بالتالي لا سبيل لها إلى الكذب في إقرارها بإنقضاء العدة لأن هذه الوقائع لا يؤخد فيها إلا بمرور الوقت المحدد أو بوضع الحمل.

الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير.

الخطبة على الخطبة النهي فيها ثابت,عن قوله صلى الله عليه وسلم "لا يخطب[2] أحدكم على خطبة اخيه" رواه بخاري ومسلم –واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل

المخطوبة للغير هي المرأة التي تقدم رجل لخطبتها و رضيت به حرمت خطبتها من طرف رجل آخر بإتفاق الفقهاء، لأنه منهي عليه بنص الحديث الشريف لقول الرسول الله لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه [3]، لأن ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين،

[1] سورة البقرة: الآية 235.

[2] بو قندورة سليمان ، الروائع الفقهية في الاحوال الشخصية،مدعم باجتهاد المحكمة العليا،الباب الاول،الجزائر ، 2015،ص36.

[3] فتح الباري، المرجع السابق، الجزء التاسع، في 164

أما إذا أذن به الخاطب الأول فجاز ذلك لما روي عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن [1] و قوله عليه صلى الله عليه وسلم: المؤمن أخ المؤمن لا يحل أن يبتاع على بيع أخيه حتى يدر، وسبب ذلك أن الخطبة في هذه الحالة إذاء للخاطب الأول وإعتداء على حقه وللخاطب ثلاثة أحوال من حيث إجابته لبينها فيما يلي:

الحالة الأولى، أن ترفض المخطوبة الخاطب الأول, و بعد ذلك فيجوز أن يتقدم الخاطب الثاني و هذا بإجماع جمهور الفقهاء لأن منع خطبتها لمصلحتها هو تعطيل وإرغامها على قبول الحاطب الأول.

الحالة الثانية، أن تقبل المخطوبة خطبة الخاطب الأول وأثناء السير في إبرام عقد الزواج تقدم حاطب آخر فهذه الخطبة حرام بإجماع الفقهاء [2]، إذ يرى الإمام مالك أن هذه الخطبة هي التي يقصدها الرسول صلى الله عليه وسلم لأن فيها قبول و إيجاب بين الطرفين و يتجسد هذا الإيجاب بإنفاق الطرفين على الصداق واحد و معلوم، أما الشافعية و الحنابلة فيرون أنه يكفي لتحريم الخطبة إذا صرحت المخطوبة بإجابة هي أو بواسطة وليها الذي أذنت له.[3]

وجد أن خطبة الرجل على خطبة أخيه محرمة، و ينطبق نفس الحكم على خطية المرأة على المرأة، و ذلك لإتحاد العلة بالمضرة و الإيذاء حيث يرى ابن حجر في هذا الموقف أن رغبة المرأة برجل و إن دعته إلى تزوجها و أحابها بالقبول ثم جاءت امرأة أخرى فدعنه في نفسها و قبلها فإن فعل الثانية حرام، إذ أبدى الرجل رغبته بالزواج من امرأة واحدة فقط فتعتبر من باب الخطبة المحرمة.[4]

[1] الشوكاني، بل الأوطار، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص149.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، المرجع السابق ص54.

[3] الشوكاني، المرجع السابق، ص107.

[4] محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص20.

الحالة الثالثة، هي أن تكون المخطوبة في تردد بين الرفض والقبول، وهنا موضع خلاف بين الفقهاء هذا ما تبينه حسب ما يلي:

بعض الشيعة: يرون أنا خطبة الثاني تحور و استندوا في ذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس التي وجهها الرسول صلى الله عليه وسلم لإختيار أسامة ابن زيد وقد سبقه معاوية وأبو جهم إلى خطبتها [1]، وسبب المنع حسب رأيهم أن منع تقدم الخاطب الثاني يفوت فرصة للمخطوبة مع أنه لم يثبت بعد أي حق للخاطب الأول و لو كان له حق معنوي، ما دامت الخطية لم تتم بعد فيكون الأمر في خطبة الأول بمثابة الرد له.

الحنفية و المالكية: يرون أنه لا يجوز لشخص آخر أن يتقدم لخطبة المرأة التي تكون بين القبول والرفض، لأن السكوت عن الرد وإن لم يدل على رفض الخاطب فإن هناك احتمال لقبوله، فإذا أبحنا للغير أن يتقدم لخطبتها فقد يترتب على ذلك زوال لاحتمال ورفض خطيته وهذا اعتداء على حق الخاطب الأول، و يرتب عن الخطبة الثانية مزاحمة الخاطب الأول، فقد ترفض خطبة هذا الأخير نتيجة لرجحان الخا طب الثاني، مما يؤدي إلى الشحناء والبغضاء بينهما، و ذهب البعض منهم إلى عدم تحريم خطبة المرأة و الراكنة للفاسق إذا كان الخاطب الثاني صالحا أو مجهول الحال لأنه في خطبة الثاني تخليص لها من الخاطب الأول[2].

الشافعية: يرى بعض الشافعية أنه يجوز للغير أن يتقدم لخطبة الفتاة المخطوبة لأن السكوت عن الرد يعتبر رفضا ضمنيا للخاطب الأول، لأنه في حالة التردد بين القبول والرفض لم ينبت للخاطب الأول أي حق حتى تعد خطبة الثاني إعتداء على حق الخاطب الأول.

إذا تمت الخطبة بين رجل و امرأة ثم خطب هذه الأخيرة خاطب ثاني وقبلت به وتم العقد عليها فما هو أثر هذه الخطبة المحرمة على عقد الزواج ؟

[1] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق،ص55.

[2] مواهيب الجليل، المرجع السابق، ص30.

لم يبين لنا قانون الأسرة من الناحية القانونية مصير عقد الزواج في حالة إبرامه بناءا على خطبة محرمة شرعا، و بالتالي يتعين علينا الرجوع إلى جمهور الفقهاء لنبين حكم ذلك، و لقد اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا خطب على خطبة غيره يأثم ديانة، و لكنهم اختلفوا في أثر هذه الخطبة المحرمة في صحة عقد الزواج حسب وجهة نظرهم كما يلي:

الظاهرية: يرى الظاهرية أن العقد بعد الخطبة المحرمة باطل، ويجب فسحه سواء دخل الرجل بالمرأة أم لا القول الرسول صلى الله عليه وسلم لا يخطب أحدكم على خطبة آحيه، فالنهي الوارد في الحديث متوجه إلى عقد الزواج لا إلى الخطبة وحدها [1]، لأن الخطية ما هي إلا طريق للزواج، كما أن العقد المبني على خطبة محرمة يكون محرما هو الآخر.

جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الشيعة الجعفرية: يرون أن عقد الزواج صحيح و لا أثر للخطبة المحرمة عليه لإستفاء العقد لجميع أركانه و شروطه، كما أن النهي في قول الرسول صلى الله عليه وسلم منصب على الخطبة لا على ذات العقد و النهي في أمر سابق عليه، و منه فإن عقد الزواج ليس محل النهي كما أن عقد الزواج بدون خطبة سابقة جائز شرعا وقانونا .

الإمام مالك: روي عنه ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: العقد صحيح مثل ما قاله جمهور الفقهاء. .
- الرأي الثاني: كقول أهل الظاهرية فالعقد الفاسد يأثم صاحبه.
- الرأي الثالث: أن العقد يفسح قبل الد خول أما بعده فالعقد صحيح، لأن بالد خول قد تأكد العقد.

الرأي الذي نراه على صواب كونه ينسجم مع مقتضيات الحياة الإجتماعية هو رأي جمهور الفقهاء لأنه أقرب إلى المنطق، فالنهي منصب على الخطبة و ليس على عقد الزواج، كما أن إبرام هذا الأخير يستوجب توافر أركان و شروط منصوص عليها في المادة

[1] العزيز عامر، المرجع السابق، من24.

9 مكرر من قانون الأسرة، و يترتب على خلف الركن البطلان و بتخلف الشرط يفسخ عقد الزواج، أما على مستوى القضاء فحسب رأينا يختلف الأمر من قاض إلى آخر إلا أنه لا يوجد مانع من تطبيق أحكام الشريعة استنادا إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة لإنعدام نص قانوني ينظم المسألة، و في هذا الصدد يرى الأستاذ بلقاسم شنوان أن العقد يمسح قبل الدخول بطلقة بائنة وعلى القاضي أن يحكم به حتى لو لم يرفع الخاطب الأول دعوى الفسخ، لأنه حق الله تعالى، أما بعد الدخول فيثبت العقد، أما من الناحية العملية فلا تجد أي نزاع مطروح على المحاكم يطالب فيه المدعي بفسخ العقد لأنه مبني على خطبة محرمة، إلا في حالة واحدة يمكن أن يستشف منه إمكانية فسخ العقد قبل الدخول عند عرض الدعوة أمام قاضي شؤون الأسرة و ذلك في القرار الصادر بتاريخ 18/6/1996 عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا أهم ما جاء في حيثياته أنه من المقرر شرعا أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة و المتوفى عنها زوجها، و لا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها ولما كان ثابت في قصية أن المطعون ضدها طلقت قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن قضاة المجلس برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الخطوبة لعدم إتمام العدة من الزواج الأول و الحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى بيت الزوجية طبقوا صحيح القانون.[1]

يتبين لنا بوضوح أن اتجاه المحكمة العليا كان يهدف إلى فسخ الخطوبة والزواج الذي يليه لو كانت المطعون ضدها قد طلقت بعد الدخول وبالتالي يكون خطبتها في العدة ونكون في إطار الخطبة المحرمة الزوجة إلى بيت الزوجية طبقوا صحيح القانون " شرعا [2].

ذكر سابقا، بأنه يجب أن لا تكون من يراد خطبتها مخطوبة لأحد، لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ،حتى ينكح أو يترك "بوعن أبي هريرة رضي الله

[1] المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد التالي لسنة 1997

[2] بلقاسم شتوان، المرجع السابق ص23.

عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "المؤمن أخ المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبته حتى يذر.[1]

والحكمة من هذا التحريم هي تلاقي الشحناء والبغضاء التي تنشأ بين الخاطبين، غير أن الفقهاء اختلفوا فيما لو خطب الرجل على خطبة أخيه مع العلم بذلك، فهل هذه الخطبة تؤثر على صحة العقد. يلاحظ في حكم الخطية على الخطبة ثلاث حالات:

إما أن توافق مخطوبة الغير على الخطبة، وإما أن ترفض، وإما أن تسكت. فإذا وافقت على خطبتها حكم الخطبة على الخطبة :فلا جور لخاطب آخر أن يتقدم لخطبتها أخذا بظاهر قول الرسول عليه الصلاة والسلام في النهي على خطية الرجل على خطبة أخيه، وإن رفضت الخطبة صراحة جاز لأي حاطب أن يخطبها لزوال المانع. إما إذا سكتت ولم يوجد منها صريح القول ولا صريح الرفض، فقد أباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها لان السكوت يعتبر رفضا ضمنيا[2].

في حين ذهب المالكية والحنفية إلى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يخطبها ،لان سكوتها لا يدل على الرفض فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول، و تقدم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري فيكون في تصرفة اعتداء على غيره الذي يتوقع قبول خطبته.

وقد ذكر ابن القاسم من المالكية، اله إنما تحرم خطبة الثاني على الأول إذا كان متساويين في الصلاح و الاستقامة ، أما إذا كان الأول غير صالح، والثاني صالحا، أو كان الأول غير أهل في العادة لخطبة فتلة و الثاني أهلا لها ، فلا يمتنع على الثاني أن يخطبها هو رأي ابن القاسم هو الراجح في المذهب المالكي[3].

[1] رواه أحمد و الجاري و النسائي راجع قبل الأوطار ج6 ص114

[2] رواه أحمد و مسلم عن عقبة بن عامر

[3] ابن قدامة المغني ج6 604.

هذا وقد اتفق جمهور الفقهاء على انه لو حطب الرجل على خطبة أخيه، وعقد عليها، كان العقد السكوت يعتبر رفضا ضمنيا . صحيحا ، ولكنه يفيد الإثم عند الله[1].

وقال بعض المالكية ها هنا، على انه يفسخ قبل الدخول، فإذا تم الدخول فلا يفسخ[2].

ولم يتعرض قانون الأسرة للمسالة، واكتفى بالنص العام الوارد في المادة 34 من قانون الأسرة التي تنص على أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ؛مما يفيد بأنه يكون عقد الزواج الناتج عن الخطبة فاسدا و يتعين فسخه بطلاق، ومن المعلوم أن المحكمة العليا قررت بأنه من المواقع الشرعية المانع لزواج امرأة هي وجودها رجل آخر أو في عدة طلاق أو عدة من وفاة، وانه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت من شخص آخر بالفاتحة.

المطلب الثاني: آداب الخطبة

للخطبة آداب يستوجب مراعاتها عند الخطبة نظرا لما هو متعارف عليه أن الخاطب لا يرى خطيبته إلا بعد أن يعلن رغبته في الخطبة، وعادة ما تحد أن المخطوبة والخاطب لا يقدمان على الخطبة إلا إذا رأى كل منهما ما يدعو الآخر إلى النكاح من صفات حميدة مثل المال، الجمال والأخلاق وسنتطرق في هذا المطلب إلى مستحبات الخطبة والمقدار المرخص لرؤية المخطوبة حسب المعيار الذي وضعته الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: مستحبات الخطبة:

لقد وضع الشارع الحكيم صفات ومقاييس للزوجة والزوج الصالح وأرشدنا إلى الصفات المستحبة فيها وأوصانا بضرورة مراعاتها عند الإقدام على الخطية.

- **أن تكون المخطوبة ذات دين:**

[1] ابن راشد ، بداية المجتهد ، ج2 ص 3

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية ص142.

يستحب في المخطوبة أو الخاطب أن يكونا ذوي دين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث شريف: تنكح المرأة لأربع لمالها، لحسبها، لجمالها ولدينها فأظفر بذات الدين, تربت يداك[1]، فنحد الرسول صلى الله عليه وسلم قد جعل الاعتبار الأول يتمثل في الدين لأن المرأة المتدينة تقوم بواجبها نحو زوجها وأسرتها حافظة لغيبته لقول الرسول صلى الله عليه وسلم إن الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة إذا نظر إليها أسرته وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته.[2]

- **أن تكون المخطوبة حسنة الخلق**

إن الخلق في الإسلام منزلة لقوله صلى الله عليه وسلم إن خياركم أحسنكم أخلاقا، وفي تفضيل حسن الخلق في المرأة يستحسن خطبة المرأة التي تكون مهذبة الطبع والمزاج تحسن معاشرة زوجها بالمعروف والإبتعاد من المرأة التي تكثر الأنين و الشكوى لزوجها .

أن تكون المخطوبة ذات جمال :

يعتبر الجمال من الأمور التي تجذب الرجل إلى المرأة عادة إذ يراعي الخاطب أن تكون خطيبته على قدر من الجمال لأنه سكنا للنفس وأغض للبصر، ولا شك أن جمال المرأة مقصد من مقاصد الزواج، فلا يتطلع الرجل إلى غير زوجته، ولكن ينبغي على الرجل أن لا يبالغ في طلب الجمال ويصرف النظر عن الدين والخلق لأن الجمال قد يكون سبب في شقاء الرجل لقوله صلى الله عليه وسلم إياكم وخضراء الدمن، قالوا ما خضراء الدمن يا رسول الله قال: المرأة الحسناء في منبت السوء."[3]

[1]ابن ماجة، متن ابن ماجة كتاب النكاح، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى باب تزويج ذات الدين، الرياض، ص 323.

[2]النسائي، سنن النسائي، كتاب تكام المرأة الصالحة، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياضي، من 500

[3]ابن حجر أميتمي، الإفصاح، تحقيق احمد شكور، ج 1 دار عمارة الأردن، من 73

- أن تكون المخطوبة ذات مال:

إن النفوس البشرية بطبيعتها تفضل الزوجة ذات المال على من ليس لها مال وهذا مستحسن لقول الرسول صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لأربع .. لمالها، ومن جهة أخرى حذرنا من أن يكون الهدف ومطلب الخاطب هو المال فقط لقوله في حديث آخر لا تنكحوهن لمالهن فلعل يطعن.[1]

- أن تكون ذات نسب:

لقد أوصانا الرسول صلى الله عليه وسلم على خطبة المرأة التي تكون من أصل طيب وعائلة متدينة، والمعرفة ذلك نعود إلى نساء عائلتها كأمها، أخواتها، بنات عمها، خالاها وسائر من ينتسب إليها وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم.[2]

- أن تكون المخطوبة ولودا:

يستحب في إختيار المخطوبة أن تكون ولودا لتحقيق المقصد الأصلي للزواج وهو تحصيل الأولاد، أما إذا لم تكن ولودا وزوجها له رغبة في الأولاد فتضيق نفسه بها، و لقد أوصانا الرسول صلى الله عليه وسلم بالمرأة الولود بقوله:

تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة [3]، وتعرف المرأة البكر ولودا بالنظر إلى أقاربها من النساء اللاتي يعرفن بكثرة الأولاد.

[1] أخرجه ابن مابعة من حديث عبد الله ابن عمر 45

[2] رواه الحاكم.

[3] أبو داود، صحيح سنن المصطفي، كتاب النكاج، باب في ترويج الأبكار، دار الكتاب العربي، لبنان من 320،

- أن لا تكون المخطوبة غير قريبة للخاطب :

يعتبر من حسن إختيار المخطوبة أن يبتعد الرجل عن خط بة الأقارب ما أمكن ذلك لأن الزواج من القريبات كبنت العم، بنت الخال أو بنت الخالة قد يتسبب في نسل ضعيف بينما الزواج بالبعيدات يؤدي إلى إنجاب أولاد ذو قوة جسدية ولقد أثبتت التجارب والبحوث العلمية أن الزواج من القريبات يؤدي إلى إصابة النسل بالأمراض الوراثية الموجودة في العائلة و هذا مصداقا لقوله ﷺ لا تنكحوا القرابة القربية فإن الولد يخلق ضاويا" [1]، و قول عمر رضي الله عنه لقوم قد ضعف نسلهم قد ضويتم أنكحوا الغرائب[2] .

- أن تكون المخطوبة بكرا :

إن إختيار الزوجة البكر مستحسن للشباب الذين لم يتزوجوا من قبل فلا يختار ثيبا إلا إذا اقتضت مصلحة لذلك، لأن البكر تتوثق بها الصلة وتدوم العشرة الزوجية معها لقوله ﷺ: عليكم بأبكار فإنهن أعذب أفواها و أنتق أرحاما"، وقد روى بن جابر عن بن عبد الله رضي الله عنه قال: لما تزوجت قال لي رسول الله ﷺ: بما تزوجت؟ قلت: ثيب، قال لي: فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك، فقلت: يا رسول الله إن عبد الله قد مات وترك سبعة أو تسع فحلت بمن يقوم عليهن، قال: فدعى لي "، إن التناسب في السن أمر جوهري في الزواج لأن فارق السن يؤثر على الأبناء وهذا ما أثبته علماء الإ جرام بقولهم أن فارق السن الكبير بين الأبوين يخلق لدى الطفل عاملا مهيأ للجريمة .

إن معايير إختيار المخطوبة ليست خاصة للرجل لوحده وإنما إرشادات موجهة للمرأة ولوليها لإختيار الرجل المناسب وذلك بالتأكد من أنه ذو دين، خلق، مال، نسب وجمال والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث له: إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه

[1] رواه ابراهيم الحربي

[2] الدكتور بلقاسم نشوان، المرجع السابق، من 31

فزوجوه, إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض "[1] بالإضافة إلى قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حديث له: يعمد أحدكم إلى بنته فيزوجها القبيح إن هن يحببن ما تحبون، وعليه فعلى المخطوبة أن تحرص على أن يكون خطيبها ذو دين، خلق وذو قدر مناسب من الجمال والمال مع تناسب في السن معها و هذا ما ذهبت إليه الحنابلة يتحذيرهم من زواج الشابة بالرجل المسن و ينصحون الأب أن لا يزوج ابنته الشابة من رجل كبير في السن.[2]

بعدما تطرقنا إلى المعايير المستحبة في الخطية، فإننا أنه يستوجب على كلا ، كان الخاطب أو المخطوبة الحرص على الاختبار، بالاعتماد على الدين والحب لأن المقصود بالزواج هو دوام العشرة الزوجية والألفة بين الزوجين، فيهما تتسع مدارك العقل وتستمر العلاقة الزوجية إذا قامت الأسرة عليها، ولا مانع من طلب الجمال، المال والنسب مع عدم الإفراط فيهم واعتبارهم الأسس الوحيدة لإختيار الشريك المستقبلي، لأنه غالبا ما يكون سبب في تفكك الأسرة بعد زوالهم وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلا ذلا ومن يتزوجها لمالها لم يرده إلا فقرا من يتزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة ومن يتزوج امرأة لم يريد بها إلا أن يغض بصره و يحضن فرجه أو يصل رحمة بارك الله له فيها و بارك لها فيه.

الفرع الثاني:النظر إلى المخطوبة

[1]الترمذي سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجه على مكتبة المعارف، الرياض، ص 2566 الحديث 10084 .

[2]المحلة العربية الفقه والقضاء، صادرة عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب، العدد الثاني، سنة 1985, من 64.

لقد أباح الشارع للرجل أن ينظر إلى من ي ريد خطبتها ليكن على علم تام بتكوينها الجسماني وما عليها من أخلاق، وعادات ليكن كل من الطرفين على دراية بخلق وصفات الطرف الآخر.

النظر إلى المخطوبة مستحب لقو لهـ صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن الشعبة عندما خطب امرأة فقال له: أنظرت إليها، فقال: لا، فقال صلى الله عليه وسلم : أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما[1].

كما روي عن جابر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه لنكاحها فليفعل" [2]، وعليه يجوز للطرفين النظر إلى الآخر حتى يرى ما يدعوه إلى النكاح منه إذ روي عن جابر الله عنه أنه قال: خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها.

لقد عرف عن عمر رضي الله عنه أنه كان يأمر بإبراز الصبايا الصغيرات اللاتي لم يبلغن أمام أقارب الرجال من أجل التعرف عليهن لعل أحدا منهم يرغب في خ طبتهن أو يذل من يرغب في خطبتهن فيقول في هذا الصدد: ابرزوا الجواري التي لم تبلغ لعل بني عمها أن يرغبوا فيها.[3]

إن كل الأحاديث النبوية نجدها تحت على رؤية الخاطب للمخطوبة كما أجمع الفقهاء على ذلك إلا أنهم اختلفوا في المقدار المرخص للنظر إليه والوقت الذي يسمح فيه هذا ما نبيته وفقا للمذاهب الفقهية التالية :

1 المقدار المرخص لرؤية المخطوبة:

[1]ابن ماجة، المرجع السابق، ص321 ، رقم 1865، و معنى بودم آنه يوافق و يؤلف

[2] أبو داود، صحيح سنن المصطفى، المرجع السابق، باب في الرجل ينظر إلى المرأة و هو يريد تزوجها ج 1، ص 3325

[3]محمد رواس، قلعة حي، فله عمر بن الخطاب، ص4-64، من كتاب محمد محدق .

يجيز المذهب الشافعي الرؤية للوجه والكفين لأن الوجه يدل على الجمال والكفين على النعومة وامتلاء الجسم، أما المذهب الحنفي فيجيز الرؤية إلى الوجه والكفين مع القدمين خلافا للمذهب الشافعي في حين يرى أنصار المذهب المالكي أن المقدار الواجب النظر إليه من طرف الخاطب هو الوجه والكفين إذ علوا ذلك بقوهم أن الوجه ملتقى المحاسن و الكفين فيهما دلالة صحة البدن ومال إلى هذا الرأي أغلبية أهل العلم، أما المذهب الحنبلي فقد أجاز الرؤية إلى الرقبة، القدمين، الرأس والساق، غير أن داود الظاهري يرى أنه يجوز للرجل أن ينظر إلى جميع البدن إذا كانت المرأة عارية ماعدا العورة المغلظة بشرط ألا تتعرى من أجل ذلك, و يستند في رأيه إلى ما روي عن عمر أنه خطب إلى علي ابنته أم كلثوم فذكر له صغرها فقال له: ابعث ها إليك فإن رضيت فهي امرأتك, فأرسل ها إليه, فكشف عن ساقها فقالت له لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك و لما رجعت إلى أبيها قالت له بعثتني إلى شيخ سوه فعل كذا وكذا فقال لها: هو زوجك.[1]

كما أن الغرض من النظر في حد ذاته هو معرفة حال حسم المرأة على حقيقته ولا يتحقق ذلك إلا بالنظر إلى جميع البدن.

2 -وقت الرؤية المخطوبة :

لقد أباح الفقه الإسلامي النظر إلى المخطوبة استثناءا عن الأصل إلا أنهم اختلفوا في الوقت المناسب لذلك إذ يستوجب أن يكون بوجود محرم استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: من كان يؤمن بالله واليوم الأخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو منها, فإن ثالثهما الشيطان.[2]

يجوز أن يتكرر النظر والإجتماع بالمخطوبة إذا كان ذلك لازما للتأكد مما هي عليه, حتى لا يقع فيما لا يريد بالنسبة لشريكة حياته المستقبلية وينطبق نفس الشيء على المرأة إذ أنها أشد لزوما لأنها إذا تزوجت بدون رؤية الخاطب, فو جدت فيه ما ينفر منه فإنها لا

[1] بدران أبو العينين، المرجع السابق، من 24

[2] الشوكايي، تيل الأوصار المرجع السابق، ص 10

تستطع الفكاك من الرابطة الزوجية الخلافه لأن الطلاق أصلا بيد الرحل لا بيد المرأة, فعدم النص حديث المغيرة بن شعبة على الرؤية بالنسبة للمرأة لا يعارض أن لها الرؤية مثل الرجل, لأن الحديث لم ينص على غير ذلك.

لقد اختلف الفقهاء في وقت نظر الخاطب إلى المخطوية حسب المذاهب التالية:

المذهب الشافعي والحنفي:

ذهب الشافعية والحنفية إلى أن الوقت الذي يجوز للخاطب النظر فيه للمخطوبة يكون قبل الخطبة وبعد العزم على النكاح، و له النظر بدون إذنها أو إذن وليها فاكتفوا بإذن الشرع حتى لو كان الأولى عندهما أن يستأذنها، واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم إذا ألقي في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها، ول يلا يتركها بعد الخطبة فيؤديها، وإذا نظر ولم تعجبه فليسكت ولا يقول لا أريدها لأنه إذاء[1]

المذهب الحنبلي:

ذهب إلى نفس اتجاه المذهب الشافعي إلا أنه قيده بما إذا غلب على ظن يه إجابته إلى نكاحها واستدلوا بذلك إلى قول عقبة بن عامر أن الرسول (ص) قال: "إياكم و الدخول على النساء".

المذهب المالكي :

يرى أن وقت النظر إلى المخطوبة يكون أثناء الخطية وقبل العقد الزواج ويكون يقيد، وذلك بالحصول على إذنها أو أحد إذن وليه.

المرأة لها حق النظر إلى الرجل من غير عورته إذا أرادت الزواج منه لنفس السبب الخاص بالخاطب لأنها إذا لم يعجبها و لا يوجد أي شيء يدعوها إلى نكاحه فلا يمكن لها مفارقته لأن العصمة كأصل عام في يد الرجل.

[1] البيهقي السنن الكبرى، مكتبة الباز مكة المكرمة، المرجع السابق، ص 7 و85.

للخاطب أن يكرر النظر إذ أمن الشهوة و الفتنة فإذا لم يتيسر له ذلك بعث امرأة تتأملها وتصفها له، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد بعث أم سليم إلى امرأة وقال أنظري عرقوبيها و شمي عوارضها.[1]

لقد جرت العادة أن الرؤية تتم بحضور ولي المرأة أو أخاها أو عمها، إلا أنه في بعض المناطق تكون الرؤية بدون ذلك خشية من حياء المرأة وعدم التمكن من النظر إلى خطيبها ولدواعي العزة والألفة تحضر إحدى النساء المسنات كجدة المخطوبة مثلا وهذا مستحب لدى الفقهاء كما نجد أن هناك من ينظر إلى المخطوبة حفية من الأب بحيث تأتي أم الخاطب وتخير أم المخطوبة بذلك وتدعو الفتاة إلى منزلها و يتم النظر بحضورها.

يتبين من خلال أراء الفقهاء أن رؤية المخطوبة حائز شرعا إلا أننا نجد الكثير من العائلات المتشددة تمنع الخاطب من النظر والتحدث إلى المخطوبة بحجة أن النظر حرام وهذا إفراط في الدين فيتم تقدم صورة إلى أم الخاطب التي تقدمها إلى الخاطب و على أساسها تتم الخطبة بين الطرفين.

نجد هذا بكثرة في الأرياف ويتم العقد على أساسها مما ينحر عنها مآسي كثيرة ة نظرا للمعلومات الخاطئة المنقولة والمبالغ فيها، كما أن هناك من يلجأ إلى هذه الطريقة رغبة منه في تزويج الرجل أو المرأة المصاب بعاهة حسسية كإعاقة أو آفة عقلية كالجنون، وبالمقابل تجد بعض العائلات تجيز للخاطب الاحتلاء بالمخطوبة إلى درجة تجاوز حدود الشرع ومعاشرتها معاشرة الأزواج، مما يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه و وقوعهما في معصية الله.

نرى من جهتنا أن الشرع أباح النظر إلى المخطوبة ونفس الحق مكرس للمخطوبة بالنظر إلى خطيبها وفقا للمعايير المحددة في الشريعة الإسلامية بما يكفل سلامة المرأة والمحافظة على عرضها, إلا أن واقعنا يفرض على الرجل رؤية المرأة و التحدث إليها نظرا لمخالطة المرأة الرجل في كل ميادين العمل, و بالتالي فإن الإشكال غير قائم حاليا, ومن

[1] وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي و ادلته، ج7، دار الفكر، بيروت، ط، منة 1985ص 22 .

الأجدر أن يتخذ الخاطب موقف وسط يحاول فيه التوفيق بين ما قرره الشارع الحكيم والواقع الحاضر.

حكم الاتصال الجنسي بين الخطيبين

تعتبر المرأة في فترة الخطبة أ جنبية عمن تقدم بطلب الزواج منها، ولهذا يحرم عليه أن ختلي بها، لأن الخلوة من الآثار المترتبة على عقد الزواج. وإنما يجوز له النظر إلى المخطوبة، في الحدود التي تتناسب مع الآداب، وفي حضرة أحد من محارم المخطوبة". ودليل النهي عن الخلوة بالأجنبية، ما رواه ابن عباس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم". وقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم".[1]

وعلى هذا الأساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب ومخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نسب الولد الناتج منها بأبيه [2]، وهو ما قررته المحكمة العليا بأن الولد للفراش الصحيح، وأن النسب لا يث بت إلا بالفراش الصحيح ما لم يتم الإنكار بالطرق المشروعة، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر [3]". ولا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد، ومن ثم، فإن الإتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة المواقعة .

إن الزواج الشرعي لابد أن يشتمل على الأركان والشروط المنصوص عليها في المادة 9 ق.أ، كالرضا والصداق والولي والشهود والدخول، وهو يقوم على العلانية. وعلى هذا فإن العلاقات الجنسية أو الغرامية (بما فيها المعاشرة الجنسية)، حتى ولو ثبتت لا تفيد الزواج

---

[1] رواه مسلم

[2] المحكمة العليا ، ع ،أوش ، 08/10/1984 ، ملف رقم 34137، العدد 04) ، من 79.

[3] وهبة الرحيلي ، فتاوى معاصرة ، عن 195 ، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر ، ص 51.

الشرعي، وكل ما نتج عنها لا يفيد عنه البنوة المشروعة وهذا اجتهاد سليم، لأن المخطوبة قبل العقد لا تزال أجنبية بالنسبة لخاطبها، ولو استمرت الخطبة سنين طويلة؛ والحلوة بها كالخلوة بالأجنبية، سواء بسواء وجدت شهوة أم لا.

حيث ان الفقهاء ذكر أضرارا كثيرة تنشأ عن حلوة الخاطب بمخطوبته، ومن أبرز هذه الأضرار: إغواء الشيطان للخاطب والمخطوبة بائزنا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "ما خلا رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما"، وتعريض سمعتها للخطر، ثم إن الخلوة ليست فرصة للتعرف الحقيقي، بل تجعل التفكير بالجنس يطغى على عامل التعقل.

إن البحث عن القانون الواجب التطبيق على انعقاد عقد الزواج ،يستلزم منا ان نعرض بداءة لماهية الزواج ،حتى نستطيع [1] استبعاد ما قد يتشابه معه من علاقات ،ثم نبين المقصود بشروط الزواج بوصفها شروط لازمة لانعقاد عقد الزواج.

إن علاقة الزواج قدست في كل المجتمعات العربية والغربية، وكان الإسلام أول من أحاط هذه العلاقة بمجموعة من الالتزامات وتبعه في ذلك التشريعات العربية، فالزواج الشرعي لا يتحقق دون العقد فهو الميثاق الغليظ الذي جعله الله تعالى الوسيلة الوحيدة التي يجوز فيها معاشرة كلا الجنسين، وهو الأمر الذي استقر عليه بدوره المشرع الجزائري الذي ربط الزواج بالعقد لما يحتويه من شروط وأركان، وذلك من أجل حماية مثل هذه العلاقة.

كم أن عقد الزواج لا يقاس بباقي العقود الأخرى، لما يحتويه من شروط وأركان ولما يحويه في بنوده من أهداف ونتائج .

فعقد الزواج هو فاتحة الأسرة وأساس لتكوين أجيال في الإطار الصحيح وحماية للنسل في إطار العلاقة الشرعية، ولتوضيح ذلك ينبغي تحديد وإيضاح مفهوم عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

قسم الفصل إلى مبحثين، وضحنا في المبحث الأول كل النقاط المتعلقة بماهية عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، في حين تضمن المبحث الثاني ماهية الأسرة ومفاهيمها على ضوء كل من الشريعة الإسلامية وكذا القانون الجزائري.

المبحث الأول: تحديد معنى عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري :

تعددت مفاهيم عقد الزواج من الشريعة إلى القانون فالمشرع الجزائري، وبعدما كان ينتهج الشريعة الإسلامية في معظم مواده لقانون الأسرة، غير طريقه في تعديله لمواد الأسرة

[1] رشا على الدين،القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج "دراسة في اطار التشريعات العربية "دار الجامعة الجديدة،دون طبعة ،الاسكندرية ،2010،ص43.

في الأمر 05 02وسنحاول في هذا المبحث تحديد مفهوم عقد الزواج تحديدا دقيقا .**المطلب الأول : مفهوم عقد الزواج في الشريعة الإسلامية :**

القرآن الكريم والسنة النبوية، وكذا المذاهب الإسلامية والفقهاء المسلمين، أحاطو جميعهم عقد الزواج بمجموعة من التحفظات باتفاقهم على أنه أسمى عقد فأحاطه القرآن الكريم بعدة آيات والسنة النبوية بعد توجيهات، في حين اختلف بعض الفقهاء في البعض من أموره.

الفرع الأول: تعريف مصطلح الزواج في الشريعة الإسلامية :

نظرا للأهمية الكبيرة للزواج في المجتمعات وفي حياة الفرد، إهتم به الإسلام إهتماما بالغا. وكذا فقهاء الشريعة الإسلامية بتحديد مفهومه، لأن فيه حفظ للحياة الإجتماعية، وترسيخ للقيم الأخلاقية في المجتمع.

أولا_الزواج لغة : يقال زوج وفرد، ويأتي بمعان منها الصنف، النوع من كل شيء، ويعني الاقتران والازدواج قال تعالى: "**وزوجناهم بحور عين**"[1] ،أي قرناهم بهن.

.ومنه قوله تعالى:"**احشروا الذين ظلموا وأزواجهم**"[2]،أي وقرناءهم، و يقول الله تعالى "قلنا احمل فيها من كل زوجين اثنين" [3] ،فكل منها زوج ذكرا كان أو أنثى،ويطلق لفظ زوج على الرجل والمرأة إذا اقترنا ببعضهما.

ويطلق كذلك على كل واحد منهما، يقال الزوج زوج المرأة، والمرأة زوج بعلها، قال تعالى:"... **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج**"[4]، أي امرأة مكان امرأة.

وحتى لا يحدث التباس بين الرجل والمرأة خصوصا في الميراث فلو قلنا مات زوج هذا يؤدي بنا إلى الإبهام، فلا يفهم المقصود إن كان الرجل أو المرأة وللتفريق بينهما يقال:

---

[1] سورة الدخان، الآية:54.

[2] سورة الصافات، 22.

[3] سورة هود، الأية 40.

[4] سورة النساء، الآية:20

زوج للرجل ويقال زوجة للمرأة[1]، ونجد بالإضافة إلى كلمة زواج كلمة إقتران أي إقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى والزوجة إمرأة الرجل.[2]

ورد مصطلح "**الزواج**" مع مصطلح " **النكاح**" في القرآن والسنة، وقد استعمل الفقهاء لفظي لزواج والنكاح بمدلول ومعنى واحد.

معنى النكاح : ولأن الزواج مرادف للنكاح في المفهوم الشرعي فقد إرأيت أن أبين المعنى اللغوي للنكاح كما بينته للزواج:

- **فالنكاح لغة** : من نكح ينكح نكاحا، وتطلق كلمة نكاح في أصل وضعها اللغوي على الضم والجمع، فيقال تناكحت الأشجار أي انضم بعضها لبعض استعمل لفظ النكاح بمعنى الزواج يقال: نكح فلان إمرأة إذا تزوجها .

وكما قال العلماء لم يرد لفظ النكاح في كتاب الله تعالى إلا بمعنى "التزويج" [3]، قال تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات** "،[4] قال تعالى: "**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا**"[5].

ومن السنة: رغبت السنة في النكاح ترغيبا بل أمر به النبي صلى الله عليه وسلم حين قال: "**يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء**".

من القرآن الكريم : "وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عباكم وأمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم وليستعفف الذين لا نكاحا حتى يغذيهم الله من

---

[1] إبن فارس، معجم مقاييس اللغة (مادة الزواج ،3/35)

[2] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مرجع سابق،ص–ص: 405 –406 .

[3] إبن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر ، بيروت ، 1997 ، ص:625

[4] سورة الأحزاب، الآية:49

[5] سورة النساء، الآية: 02

فضله"[1]، ويقصد بالأيامي الحرائر كل من ليس لدها زوج بكرا كانت أو ثيبا، وكل من ليس لها زوج من الأحرار (الصالحين)، وهم القادرون للزواج والقيام بحقوقه **(من عبادكم وإمائكم)** عباد جمع عبد وإماء جمع أمة **(ليستعفف)** معناه ليجتهد في العفة، **(لا يجدون نكاحا)** أي لا يتمكنون من مؤن النكاح وأسبابه المالية من مهر ونفقة.

فلفظ النكاح والزواج يدلان على معنى واحد قال تعالى:" **ولا تنكحوا المشركات**[2]"، ففي الجاهلية كان النكاح ممثله مثل الزنا قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: "فلما بعث الله محمد صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلى نكاح الناس اليوم" [3] قال تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء[4]".

ثانيا_الزواج إصطلاحا: تعددت المفاهيم في تعريف الزواج بين الفقهاء إلا أنهم في الأخير إتفقوا على مفهوم واحد، واختلفوا في الألفاظ وكذا في القيود، ويمكن تحديد ذلك. من خلال عرض بعض التعريفات.

1 - الزواج في الإصطلاح الشرعي القديم:

- **الزواج عند المالكية** : يعرف المالكية الزواج على أنه "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومحوسية، وأمة كتابية بصيغة" ، والمقصود في الشرع **(عقد لحل تمتع)** أي استمتاع وانتفاع، ويفهم من **(أنثى غير محرم)** أي أن تكون المرأة غير محرمة عليه بسبب رضاع أو صهر، والمقصود ب **(المجوسية)** إمرأة تتبع ديانة غير الإسلام فلا يصح العقد عليها، والمقصود ب**(أمة كتابية)** الأنثى المملوكة لهم أم لا، إذ لا يصح

[1] سورة النور، الآية:32- 934 .

[2] سورة البقرة، الآية:221 .

[3] صحيح البخاري بحاشية السندي، ج 3، طبع دار إحياء الكتب العربية، ص:248.

[4] القرآن الكريم، سورة النساء، الآية:04.

العقد على الأمة المذكورة بخلاف الحرة الكتابية فإن قيل كان الأولى أن يقول بأنثى خالية من مانع[1] "

فيرى المالكية وجوب الزواج لمن تاقت نفسه إليه رجاء النسل مع خشية الوقوع في الزنا. * **الزواج عند الأحناف** : (عقد يرد على ملك المتعة قصدا)، ومعنى ملك المتعة اختصاص الرجل ببعض المرأة وسائر بدنها استمتاعا، أو ملك الذات أو النفس في حق التمتع.

يقول إبن عابدين في كتاب رد المختار :" ... وعلى القول الذي عزاه الدبوسي وهو أيضا من فقهاء الحنفية أنه: تفسير "الملك" بالاختصاص أولى من تفسيره بالحل لأن الاختصاص أقرب إلى معنى الملك لأن "الملك" نوع منه بخلاف الحل، لأنه لازم "الملك" المتعة، وهو الزم لاختصاصها بالزوج شرعا أيضا، على أن"ملك" كل شيء بحسبه، فيملك الزوج المتعة بالعقد ملك شرعي، كملك المستأجر المنفعة ممن استأجره للخدمة مثلا.[2]

الزواج عند الشافعية: ذهب الفقيه الشافعي "الرملي" إلى أحد الوجهين في التعريف "أن النكاح عقد إباحة أو تمليك" [3]، وقال الفقيه الشافعي "القليوبي " **عند شرح التعريف أن الزواج هو "عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج، فهو ملك انتفاع لا ملك منفعة".**

ويبدو أن الحنابلة يذهبون مذهب الشافعية في تعريف الزواج تقييد له بالانعقاد بلفظ الانكاح أو التزويج قال البهوتي: " **عقد التزويج : عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمة .**"

---

[1] أحمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك، على شرح الصغير، للقطب سيدي أحمد الدردير، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب ت ن، ص:243.

[2] إبن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، ج 2، كتاب النكاح، دار الطباعة،مصر، بدون تاريخ نشر، ص:179.

[3] ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، ط13، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، 1424، ص:179 .

والشافعية والحنابلة لا يخالفون الحنفية والمالكية في حقيقة الزواج، ولكن هناك إختلاف بينهم في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج، وقد منع الشافعية والحنابلة انعقاده بغير لفظ الانكاح أو التزويج أو الترجمة، فأوردوا ذلك قيدا في تعريفاتهم .

التعريف الراجح : لا يوجد اختلاف في تعريف الزواج بين القدامي، والفارق بين التعريفات لا يتعدى إدراج بعض الألفاظ والقيود أو إغفالها، إلا أن تعريف إبن الهمام هو الملم حين قال: "**الزواج هو عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا**" وذلك للأسباب التالية:[1]

- أن التعريف قد اشتمل على حقيقة عقد الزواج من حيث كون الواضع له هو المشرع.
- تعريف المالكية قريب جدا من تعريف الحنفية، إلا أن فيه زيادة ألفاظ تشتمل على معان زائدة، كما أنه تناول ما ليس له من الحقيقة بل تناول شرطا من شروط عقد الزواج .
- الشافعية والحنابلة اهتموا في تعريفهم للزواج بتقييده باللفظ الذي ينعقد به، وهذا شرط عندهم ومع هذا فإن تعريفات القدامي للزواج لم تكشف عن المقصود من عقد الزواج على عكس التعريفات التي أوردها فقهاء الإسلام المعاصرين، والتي جاءت بالغاية والقصد وكذا بالمختصر البسيط المفهوم.

2 - تعريف الزواج عند الفقهاء المعاصرين:

عرفه أبو زهرة فقال: "**أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات .**"

وعرفه الدسوقي فقال: "**عقد ينشئ بين الرجل والمرأة حقوقا شرعية تقوم على المودة والرحمة والمعروف والإحسان .**"

[1] سمية عبد الرحمان عطية يحر، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، د ت ن، ص 6

نجد أن هذه التعريفات قد اهتمت بالآثار المترتبة على عقد الزواج، فحددتها تحديدا دقيقا وواضحا، فكان أهم ما تتضمنه هذه التعريفات:

- الزواج عقد تحل به العشرة الزوجية أي بمجرد إنعقاد الزواج يحل للرجل والمرأة ما يحل لكل زوجين.
- الزواج يقوم على التعاون بين الطرفين.
- يخلق عقد الزواج بين طرفيه مودة ورحمة.
- يثبت الزواج لكل طرف على الآخر حقوقا، ويوجب عليه واجبات.

مما سبق نرى أن التعاريف ترتكز على فكرة باطن العقد وآثاره، على غرار الفقهاء القدامي الذين يرتكزون في تعريفهم لعقد الزواج على فكرة "**ملك المتعة وحل الاستمتاع بين الزوجين**".

جاء في كتاب الأحوال الشخصية للشيخ أبو زهرة في تعليقاته على التعريفات التي أوردها الفقهاء القدامي بقوله: "وللفقهاء تعريفات أخرى كلها تدور في هذا المعنى، وإن اختلف التعبير، وهي تؤدي في جملتها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع، وإلى أن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، ولا شك أن ذلك من أغراضه، بل أوضح أغراضه عن عامة الناس ولكن ليست هي كل أغراضه ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي

الفرع الثاني : مفهوم العقد في الفقه الإسلامي :

إن عقد الزواج من العقود التي حضيت بعناية الشريعة الإسلامية واهتمامها، وذلك لما له من آثار اجتماعية، فالزواج هو اقتران شاب بفتاة محرم عليه مساسها في الأصل، فإذا تم عقد الزواج أصبح جائزا بينهما ما يجوز بين أي زوجين فعله.

أولا_مفهوم عقد الزواج لغة : جاء في معجم المختار "عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد، والعقدة بالضم موضوع العقد فهو ما عقد عليه"،[1] والعقد العهد، والجمع عقود وهي عهود يقال عهدت لآل فلان في كذا وكذا ....،والمعاقدة المعاهدة، وعاقده عاهده، وتعاقد القوم تعاهدوا.[2]

قال تعالى:"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" [3]، وقال تعالى: "وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا" ،[4] وتسميته بهذا دليل على عظم المسؤولية المنوطة به، ودليل في نفس الوقت على خطره والعقد في الآية يعني عقود الدين وهي ما عقده المرء على نفسه، و بالتالي يلزم به و بما يحتويه من بنود.

ولذلك فإن البعد المقاصدي الذي يراعي جانب الميثاق في العقد، وجانب الأمانة في قوله صلى الله عليه وسلم: "اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ".

يستدعي النظر إلى العقد من زاوية خدمته لمقاصد الشريعة من الزواج، فيشتد في المواضيع تخدم هذه المقاصد، ويتساهل في الجوانب الشكلية التي قد لا تؤثر في حقيقة المقاصد".[5]

ثانيا_مفهوم عقد الزواج إصطلاحا: يطلق العقد على معنيين:

1 - **المعنى العام**: وهو كل ما يعقد الشخص أن يفعله على وجه إلزامه إياه، وعلى ذلك يسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضة عقودا: لأن كل واحد من

---

[1] محمد محي الدين عبد الحميد، المعجم المختار من صحاح اللغة ،مطبعة الاستقامة،د ب ن، د ت ن، ص:350.

[2] منظور، لسان العرب، ج4، ط1، الميرية، مصر ، 1300 هـ، ص:289

[3] سورة المائدة، الآية: 01 .

[4] سورة النساء، الآية: 21.

[5] نور الدين أبو لحية، عقد الزواج و شروطه، فقه الأسرة برؤية مقاصدية، دار الكتاب الحديث،القاهرة، غير مرقم. 4

طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك

وهو ما أشار إليه قوله تعالى: " **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**" [1]، قال العلماء في تفسيرها: يعني بذلك عقود الدين، وهو ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء، وإيجار وكراء، ونكاح وطلاق، وغير ذلك من الأمور ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة الإسلامية، وكذلك ما عقده على نفسه الله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر، وما أشبه ذلك من طاعات، قال إبن العباس: أوفوا بالعقود، معناه بما أحل وبما فرض، وبما حد في جميع ا الأشياء.

2 - **المعنى الخاص** : ويطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل ولا بد فيه من إرادتين متفقتين.[2]

فقد ذكر كمال الدين بن همام الحنفي في تعريفه للعقد بقوله: "أنه مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، سواء كان باللفظين المشهورين زوجت أو تزوجت أو غيرهما أو كلام الواحد القائم مقامهما".[3]

وقال القراني وهو من فقهاء المالكية: أعلم أن الأول في العقد اللزوم لأن العقد شرع لتحصيل المقصود من العقود غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين :

- أحدهما: كالبيع والإجارة والنكاح، والهبة والصدقة، وعقود الولايات.
- والآخر : لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم، يقول الإمام أبو زهرة : ".. والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له وتخصيص لما به من العموم

---

[1] سور المائدة، الآية: 1.

[2] مصطفى أحمد الزرقا : المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي ،ط1،دار القلم دمشق، 1420هـ ، 1999.

[3] كمال الدين ابن همام الحنفي، شرح فتح القدير، علق عليه: عبد الرزاق غالب المهدي، ج 3، كتاب النكاح، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2003، ص : 177.

والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيه يرى أن للعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين فترى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشا عنه حكم شرعي بالالتزام لأحد الطرفين أو لكلاهما، وهذا يتفق كل الإتفاق مع القانونيين [1]".

المطلب الثاني : مفهوم عقد الزواج في القانون الجزائري.

نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب ."

قام المشرع الجزائري بتنظيم عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري في الكتاب الأول الذي جاء تحت عنوان الزواج وانحلاله، والذي يتضمن بابين و ما يهمنا هو الباب الأول الخاص"بالزواج".

الفرع الأول : مفهوم الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أولا_الزواج لغة: استعملت العرب لفظ الزواج في إقران الشيئين بالآخر، وارتباط كل واحد بالآخر بعد أن كانا منفصلين ثم شاع استعمال مصطلح الزواج في إقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام و الاستمرار لتكوين أسرة.[2]

ويعرف أيضا بأنه عقد يبيح استمتاع أحد الزوجين بصاحبه، وأن يتم وفق شروط أربعة: هي الولي، المهر ، الصيغة، الشهود، وحكمه الجواز ويجب عند الخوف من الوقوع في الحرام ويسن إن وجدت رغبة فيه، أو في إبتغاء الولد، فائدته إحصان الزوجين وتكثير النسل، وبه يحفظ النوع الإنساني.

[1] محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الحكم العربي القاهرة،د ت ن، ص:173.

[2] بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام ، مؤسسة شهاب الجامعية،ط 1، الدار الجماهيرية للنشر التوزيع والإعلان، مصراته، 1990 ، ص:09

يعتبر هذا التعريف الأكثر شمولية سواء من حيث الغاية أو من حيث القصد من الزواج، وهو متداول عند كل الأجناس البشرية على اختلاف معتقداتهم الدينية.[1]

ثانيا_الزواج إصطلاحا: هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وعلى سبيل القصد والتقيد[2]

فاستمتاع الزوج لا يقتصر على زوجته فقط بل يمكن له أن يستمتع بغيرها من الزوجات فيما قرره الشرع وهو أربع زوجات، وهو ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد مبرر شرعي للزواج، و توفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حال عدم الرضا.[3]

ثالثا_الزواج في قانون الأسرة الجزائري: نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن عقد الزواج هو "**عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**".[4]

ومن ثمة نلاحظ أن كلمة "رضائي" أضيفت بموجب التعديل الجديد، وذلك من أجل التأكيد والإيضاح على أن عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا بين طرفي عقد الزواج.[5]

---

[1] أبو بكر الجزائري، العلم و العلماء، دار الشهاب للطباعة و النشر ،الجزائر ،1985 ، ص: 54.

[2] جميل الشرقاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين و الأجانب، ط 2، النهضة العربية، القاهرة،1966 ، ص:89.

[3] أبو بكر الجزائري، مرجع سابق، ص:54.

[4] دلائدة : يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ و إجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث، دار هومة الجزائر ، 2004 ، ص:06.

[5] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)،ط 1، دار الخلدونية، الجزائر ،2008، ص:78.

فانعقاد الزواج بالتراضي من أجل تكوين أسرة وتحقيق الهدف من الزواج يعتبر حقا أقرته المعاهدات الدولية، و كذا الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر من بينها نجد الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فكان من الضرورة أن يتكيف التشريع الداخلي مع مثل هذه الاتفاقات، فمصطلح "عقد رضائي" كان من بين التعديلات الرئيسية التي أحدثها الأمر 05-02 المعدل والمتمم للقانون 84-11.

الفرع الثاني: مفهوم العقد في قانون الأسرة الجزائري

أولا_تعريف العقد في قانون الأسرة الجزائري : نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد من العقود، ونصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري على "**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.**"[1]

ولقد عيب على هذا التعريف من حيث: أنه خلط بين تعريف العقد وتعريف الالتزام فالعقد رابطة تقوم على اتفاق ينشئ هذه الرابطة أو ينهيها، ويترتب على قيام هذه الرابطة التزامات على كل التزام منها محله، سواء كان عملا أو امتناع عن عمل، وكذا أن هذا التعريف اعتبر العقد نوعا من الاتفاق، أي على الاتفاق جنسا والعقد نوعا مع أنه المتفق عليه هو أن العقد والاتفاق اسمان لمسمى واحد.[2]

ثانيا_تمييز العقد عن ما يشابهه من ألفاظ:

1 - **العقد والاتفاق:** حسب المادة 54 من القانون المدني السابق ذكرها فإن العقد هو أصل الاتفاق، ولكن هل كل اتفاق يعتبر عقد؟

[1] المادة 54 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الحريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 26 سبتمبر 1957.

[2] على علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، ب ت ن 10

الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه،والعقد هو توافق الإرادتين على إنشاء التزام أو على نقله، ومع ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاق، أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهبه فهو ليس عقدا. [1]

وهناك من يميز بين العقد والاتفاق لاعتبارات مختلفة، فيعتبر الفقهاء البعض منهم أن الاتفاق جنس بينما العقد نوع منه، وينطلق فقهاء آخرون لتسمية العقد على الاتفاقات الهامة التي خصها المشرع باسم، وتتصرف تسمية اتفاق إلى الاتفاقات الأخرى.

ويقول الأستاذ علي فيلالي [2]: وليس لهذا التمييز . في الحقيقة . أهمية قانونية أو عملية تلزمنا بالبحث عن أوجه التشابه والاختلاف، وتحديد معيار للتفرقة بين العقد والاتفاق، بل يكفينا فقط أن نشير إلى أن الاتفاق يكون عقدا متى استوفى الخاصتين التاليتين:

- أن يكون خاضعا لأحكام القانون المدني بصفته شريعة عامة
- أن يتعلق بمصالح مالية.

2 - **العقد والالتزام:** الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[3].

والحق الشخصي والالتزام في نظر علوم الحقوق شيء واحد، لأنهما طرفا رابطة واحدة، فهو "حق" إذا نظر إليه من ناحية الطالب، وهو إلتزام إذا نظر إليه من ناحية المكلف به، وقد غلبت كلمة الإلتزام على كلمة الحق الشخصي في إسم النظرية، إذ سميت نظرية الإلتزام العامة لا نظرية الحق الشخصي.[4]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)،مجلد 1، ط2، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت – لبنان،1998 ، ص:149 .

[2] على قيلالي، النظرية العامة للعقد، الجزائر ،2001، ص:35

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص: 125 .

[4] مصطفى أحمد الزرقا المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط.1،دار القلم، دمشق،1999، ص:16

والعهد أهم المصادر إذ خصه القانون المدني الجزائري بسبعين مادة، لأنه من أهم مصادر الإلتزام في النظرية التقليدية، وإن كان دوره قد تقلص حديثا بعد تدخل الدولة وتقلص مبدأ سلطان الإرادة [1].

مبدأ سلطان الإرادة وضمير الالتزام بما يتفق عليه أطراف العقد: إذا كان العقد عبارة عن توافق أو إتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر، فهذا أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد الآثار التي تترتب عليه، لكن إلى أي مدى تعتبر هذه المقدمة صحيحة؟[2].

إن أساس العقد هو الإرادة المشتركة بين طرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة، ومن هذا يتضح أمران:

الأول: أن الإرادة لها سلطان ذاتي فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي القاعدة الرضائية.

الثاني: أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني[3] .

والإرادة بهذا المفهوم تستدعي نشاطا ذهنيا معينا، ويتخذ التعبير عنها مظهرين، مظهر خارجي يعبر عنه باللفظ ومظهر داخلي وهو قصد المرء ونيته، والأصل هو أن الإرادة الظاهرة دليل الإرادة الباطنية، ويشترط في الإرادة لإنتاج الأثر الشرعي أن تكون

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص:08

[2] خليل أحمد حسن قدادة،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، ج 1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005 ، ص:18.

[3] محمد صيري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلزام . التصرف القانوني ، العقد الإرادة المنفردة)، ج 1، ط2، دار الهدى عين مليلة،الجزائر ، 2004 ، ص:43.

سليمة من الآفات العقلية، وغير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا، وهي في هذا لا تختلف في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الوضعي.[1]

إن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد اتخذوه مبدأ مطلق في كل نواحي القانون، غير أنه بالانتقال إلى دائرة القانون الخاص وتحديدا فيما يتعلق منها بالأسرة لا محال للإرادة فيه إلا بالقدر المحدود، فعقد الزواج وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة بل ينظمها القانون طبقا لمصلحة الأسرة والمجتمع، وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للإرادة فيها [2].

[1] محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام (في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ، 1992، ص:22.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص:160.

المبحث الثاني: ماهية الأسرة

وجدت الأسرة في كل المجتمعات بمختلف عقائدهم ودياناتهم، أي أنها وجدت بدون إستثناء، الأمر الذي جعلها محط إهتمام من جميع الفقهاء والباحثين، وحتى جعلها محط عناية من الدين الإسلامي فنجد قوله تعالى "**وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة**"[1] من قراءة الآية نجد أن الله تعالى جعل فطرة في الإنسان والتي هي الإنجاب والتي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تكوين أسرة بطريقة الزواج من أجل الحفاظ على العرض والنسل من الإختلاط فقد حدد الإسلام والقانون الزواج كبداية سليمة وصحيحة ووسيلة وحيدة لتكوين الأسرة ووضع له مجموعة من الضوابط ليمكن الأسرة من أداء وظائفها.

يرى " وستر مارك" أن الأسرة هي " تجمع طبيعي بين أشخاص انتظمتهم روابط الدم فألفوا وحدة مادية ومعنوية تعتبر من أصغر الوحدات الإجتماعية التي يعرفها المجتمع الإنساني".[2]

فالأسرة هي الركيزة في المجتمع الجزائري، والمعتمد عليها في صلاحه، باعتبارها مؤسسة إجتماعية، يدخل في اختصاصها العديد من الوظائف كالإنجاب والتنشئة الصحيحة للأفراد .

المطلب الأول : مفهوم الأسرة :

تعتبر الأسرة نظاما اجتماعيا لاعتبارها أساسا يضمن ديمومة البشرية، وتعتبر الوسط الذي يكتسب فيه الفرد قيمه وشخصيته، ولما تحمله الأسرة من أهمية بالغة فإن المشرع والشريعة بدورها أحاطوها بالكثير من الميزات.

---

[1] سورة النحل الآية73

[2] إحسان محمد الحسن: العائلة والقرابة والزواج، الطبعة 2، دار الطباعة والنشر ، دون ذكر بلد النشر ، سنة 1985،ص10 .

الفرع الأول: تعريف الأسرة

تعددت تعاريف الأسرة إلا أن هدفها يبقى واحد فهي نواة المجتمع وبصلاحها يصلح

أولا_لغة: الأسرة في اللغة هي (الدرع الحصين)، وأهل الرجل وعشيرته، ويطلق على الجماعة يربطها أمر مشترك وجمعها أسر

ثانيا : إصطلاحا:

الأسرة هي تلك الوحدة الناتجة عن عقد يفيد ملك المتعة مقدرا، أي يراد به استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوق وواجبات على الآخر[1]، وهي الوحدة الأولى للمجتمع وأولى مؤسساته التي تكون العلاقات فيها في الغالب مباشرة، ويتم داخلها تنشئة الفرد اجتماعيا ويكتسب فيها الكثير من معارفه ومهاراته وميوله وعواطفه، وكذا اتجاهاته في الحياة ويجد فيها أمنه وسكنه .

ومن ثمة فالأسرة هي الخلية الأساسية في أي مجتمع كان المتكونة ببساطة من أربع أو خمس أفراد أولياء وأطفال، يقال أنه بصلاح الأسرة يصلح المجتمع فالأسرة له دور فعال في التأثير على كل من شخصية ونفسية الفرد القاطن بها

ثالثا_الأسرة في الإصطلاح الشرعي: لا يوجد تعريف واضح، ويرجع الأستاذ محمد الكردي العمراني إلى عدم وجود تعريف واضح وصريح للأسرة في الإصطلاح الشرعي إلى:

- غموض مدلول كلمة الأسرة وكونه واسعا يحتمل أقارب الرجل، كما يحتمل العشيرة والقبيلة .
- خلو القرآن الكريم والسنة النبوية من اصطلاح الأسرة بهذا المعنى الشائع بين الناس،حيث أخذ علماء الشريعة مصطلح آخر قريب من مصطلحة

[1] محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، ل2، الأردن،1989 ، ص:17.

الأسرة وهو "الأهل"فنجد "ابن العربي" من المالكية حمل مصطلح الأهل الوارد في قوله تعالى: "**وإنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا**[1]"

أي على أبناء الرجل وحفدته وأصهاره [2]، حيث أورد سبب نزول الآية المروي عن عمر ابن أبي سلامة أنه قال: لما نزلت هذه الآية على النبي صلى الله عليه وسلم في بيت أم سلمة دعا النبي فاطمة الحسن والحسين، وجعل عليا خلف ظهره وجللهم بكساء، ثم قال:"اللهم إن هؤلاء أهل بيتي فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا"، قالت أم سلمى" **وأنا معهم يا نبي الله**" قال "**أنت على مكانك وأنت خير** ."

وعليه يمكن القول أن مفهوم الأسرة يشمل الزواج والإنجاب وتربية الأولاد، وأن يكون الزواج بين الرجل والمرأة برباط شرعي، وينظم الإسلام الأسرة على أنها نواة المجتمع والمكون الأساسي له، والبيئة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فها الإنسان فتؤثر عليه يقول عليه الصلاة والسلام: " **كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه** ."

تلعب الأسرة دورا هاما في كل مراحل الفرد وهذا الأمر من الحقائق المسلم بها بأن الإنسان كائن إجتماعي بفطرته وطبيعته، فهو لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه يحتاج إلى من يرعاه ويكفله منذ طفولته إلى أن يشب ويكبر ويستطيع أن يساهم في الحياة الاجتماعية ويكتسب قوته لوحده، فالأسرة هي الجماعة التي تقوم له بذلك، فبالتالي هي الركن الأساسي الذي يعتمد عليه المجتمع من أجله بنائه الصحيح و السليم.

تعتبر الأسرة من أهم الظواهر الاجتماعية بالنسبة للمجتمع، فهي تزوده بالأفراد الذين بينهم علاقات اجتماعية، يترتب عليها إيجاد مؤسسات ومنظمات وخدمات تقوم بسد احتياجات هؤلاء الأفراد والجماعات، وبذلك تدور عدالة المجتمع يقول ماكيروبيدج"لا يوجد

[1] سورة الأحزاب، الآية:33

[2] محمد كدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر (هلوندانمزذجا)، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في الدراسات الإسلامية ، جامعة محمد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2001 ، ص:165.

بين التنظيمات التي يحتويها المجتمع الكبير منها أو الصغير ما يفوق الأسرة في قوة أهميتها الاجتماعية، فهي تؤثر في حياة المجتمع بأساليب متعددة كما أن صدى التغييرات التي تطرأ عليها تتردد في الهيكل الاجتماعي برمته".[1]

الفرع الثاني : الإطار القانوني للأسرة

أعلنت الجزائر الإسلام على أنه "دين الدولة"، وقيدت تراتيله في معظم موادها، حمل قانون الأسرة لسنة 1984 العديد من الثغرات لذلك تم تعديله بموجب الأمر 05-02،مع مصادقة الجزائر للعديد من الاتفاقيات في هذا الخصوص.

أولا_الأسرة في المواثيق الدولية: نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ 10/02/1948 على:[2]

- للرجل والمرأة متى بلغا سن التزوج تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج، وأثناء قيامه وأثناء إنحلاله.
- لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملا لا إكراه فيه. الأسرة هي ا الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

كما جاء في البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام، والذي أعلن من قبل المجلس الإسلامي الدولي بتاريخ – 19 سبتمبر 1981 على حق بناء أسرة:

- الزواج في إطاره الإسلامي حق لكل إنسان، وهو الطريق الشرعي لبناء الأسرة وإنجاب الذرية، وإعفاف النفس.
- لكل من الزوجين قبل الآخر حق احترامه وتقدير مشاعره وظروفه في إطار من التواد التراحم .

[1] ماكيروبيدج،المجتمع، ترجمة السيد محمد العزاوي، ج2، مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،1970 ، ص: 460,

[2] الجمعية العامة للأمم المتحدة، 20/11/ 1989، دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1990 ، و صادقت عليها الجزائر في 27 1992/12/19.

وجاء في المادة الأولى من الإعلان العالمي المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الطفل ورعايته، والمعتمد من قبل الجمعية العامة من الأمم المتحدة في ديسمبر 1986ما يلي: "على كل دولة أن تعطي أولوية عالية لرعاية الأسرة والطفل.

كما ورد في ديباجة اتفاقية حقوق الطفل ما يلي:" اقتناعا منها أي الأمم المتحدة بأن الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع، والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال، ينبغي أن تولي الحماية والمساعدة اللازمتين [1]"

ثانيا_الأسرة ف القانون الجزائري: جاء في المادة 17 دستور 1963 ما يلي: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأسا سية للمجتمع "ونصت المادة 65 ، من دستور 1976على أن: "الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع وتحظى بحماية الدولة والمجتمع".

كما نصت المادة 55 من دستور 1989 على أنه:" تحظ الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، وهو مانصت عليه المادة 58من دستور 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 69- 438 المؤرخ في1996/12/07، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 69- 438 المؤرخ في 1996/12/07 ،المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10 والمتضمن تعديل الدستور.[2]

نظم قانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 نصو ص قانونية متعلقة بالأسرة المستوحاة معظمها من الشريعة الإس لامية كما سبق القول أن الجزائر جعلت من الدين الإسلامي دينا للدولة .

وعلى إثر سياسة الإصلاحات التي جاء بها رئس الجمهورية، والتي تم الإعلان عنها بتاريخ 2011/04/15 ، والتي تم أخيرا تتويجها بموجب التعديل الدستوري الجديد الذي

[1] الجمعية العامة للأمم المتحدة: 20/11/1989، دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1990 ، وصادقت عليها الجزائر في 19/12/1992، مرجع سابق,

[2] مولود ديدان، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حسب آخر تعديل له، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر ،2008 ، ص:20.

مست مواده الأحكام السابقة للمادتين 58 و 65 من التعديل الدستوري الجديد حيث جاء في نص المادة 58المعدلة بموجب أحكام المادة72 من دستور 06مارس 2016 على:

- تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع.
- تحمي الأسرة والمجتمع، والدولة حقوق الطفل
- تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب .
- يقمع القانون العنف ضد الأطفال.
- تعمل الدولة على تسهيل استفادة الفئات الضعيفة ذات الاحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بما لجميع المواطنين، وإدماجها في الحياة الاجتماعية.
- تحمي الأسرة والدولة الأشخاص المسنين.

جاء في نص المادة 62 من دستور 1989مايلي:" يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم، كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى أبائهم ومساعدتهم"، صدر هذا النص أثناء قيام الجزائر بانتهاج سياسة تنموية محلية في فترة الثمانينات سيما الم جال الاجتماعي القائم على التشجيع من طرفها، أما الآن وفي الوقت الحالي وفي ظل تغير الظروف والأوضاع جاء في التعديل الجديد في دستور 2016 في المادة 62 منه وبموجب أحكام المادة 79مايلي:" تحت طائلة المتابعات، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم، وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم".

من مختلف التعديلات التي سبق وذكرناها في الدستور الجزائري، والذي يعتبر أقوى قانون في الدولة نجد أنه أبدى رعاية كبيرة من أول دستور إلى آخر تعديل له لقضية الأسرة، والتي مس كل تعديل للدستور الأوضاع المعاشة في جل الفترات التي مرت بها الدولة الجزائرية.

جاء في المادة 02 من القانون 84-11 المعدل بالأمر 05-02 السابق الذكر ما يلي : "**الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة**

الزوجية وصلة القرابة "، وذكر في الفقرة الثالثة من نفس المادة " **تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل، وحسن المعاشرة والتربية الحسنة، وحسن الخلق ونبذ الآفات الإجتماعية**".

إن المشرع الجزائري ومن خلال التعريف السابق اعتبر الأسرة "خلية"، والخلية هي الوحدة التركيبية والوظيفية في الكائنات الحية تتركب من خلية واحدة أو أكثر، وتنتج الخلايا من انقسام خلية بعد عملية نموها

أحسن المقنن الجزائري في قوله: "وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة "،فإنه بقوله هذا وبمثل هذه الطريقة الواضحة، فإنه قد جسد النمط الحقيقي للأسرة في الجزائر، فكان قصده صلة القرابة والدم، و أبناء العمومة والعمات، والخالات وبهذا التعريف جسد ما يطلق عليه علماء الاجتماع "الأسرة الممتدة".

هذا وقد اهتمت قوانين أخرى في الدولة الجزائرية غير القانون التنظيمي لها، والقانون الأعلى في الدولة بالأسرة فنجد كأمثلة:

- قانون العقوبات الجزائري الذي نص على الحماية الجنائية للأسرة، وهو ما جاء به في الفصل الثاني بخصوص الجنايات والجنح ضد الأسرة، نجد كمثال نص المادة 331:"يعاقب كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن أداء النفقة".
- قانون الحالة المدنية الذي نص على عقد الزواج باعتباره المنطلق الصحيح لتكوينه أسرة سليمة .

وبالتالي نجد أن الأسرة قد حظيت بالعناية القانونية والدولية لدى مختلف التشريعات وذلك للأهمية الكبيرة التي تحظى بها فإن صلحت صلح المجتمع وصلحت الدولة .

المطلب الثاني : خصائص الأسرة و وظائفها:

تجتمع في الأسرة مجموعة من الخصائص والمميزات، ترتبط بها بالإضافة إلى ذلك مجموعة من الوظائف لا يمكن أن تتوفر في مؤسسة أو بنية أخرى، فالأسرة هي جماعة

اجتماعية أساسية ودائمة ونظام اجتماعي ورئيسي، وهي ليست أساس وجود المجتمع فحسب، بل الأخلاق والدعامة الأولى لضبط السلوك والإطار الذي يتلقى منه الإنسان أول دروس الحياة الإجتماعية[1] ".

الفرع الأول: خصائص الأسرة :

نصت المادة الثالثة من قانون الأسرة على:"تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، و التربية الحسنة وحسن الخلق، ونبذ الآفات الاجتماعية"، أصل هذه المادة يرجع للشريعة الإسلامية وهو ما سنحاول تبيينه بشرح المادة كما يلي:

أولا_الترابط : قال الله تعالى " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** "[2]، وقال تعالى: "**والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون** [3]"، فجعل الله رباط المودة والرحمة بين الزوجين ورزقهم بالبنين، والحفدة ليمتن هذا الرباط وهذه الأسرة.

ثانيا_التكافل: يقصد بالتكافل الاجتماعي في معناه اللفظي أحاد الشعب في كفالة جماعتهم، وأن يكون كل قادر أو ذي سلطان كفيلا في مجتمعه، يمده بالخير، وأن تكون كل القوى الإنسانية في المجتمع متلاقية في المحافظة على مصالح الأحاد، ودفع الأضرار، ثم في المحافظة على دفع الأضرار عن البناء الاجتماعي وإقامته على أسس سليمة، ولعلى

[1] سعاد إبراهيم صالح: الأسس النفسية للنمو من الطفولة إلى الشيخوخة، الطبعة 2،دار الفكر العربي،1984 ،ص62.

[2] سورة الروم، الآية: 21.

[3] سورة النحل،الآية: 72.

أبلغ تعبير جامع للتكافل الإجتماعي [1]، قوله عليه الصلاة والسلام "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بغضا، ثم شبك بين أصابعه". [2]

ثالثا_حسن المعاشرة: قال الله تعالى : " **وعاشروهن بالمعروف**"[3]، أي بحسن الفعل والقول والخلق، حتى أن البعض قال أن يعامل كل زوج الآخر بما يجب أن يعامله الآخر به بحيث لو فعل كل منهما مثل ما يفعله الآخر لقبل كل منهما ورضي به.

رابعا: التربية الحسنة : إن التربية مسؤولية منوطة بالأسرة أولا، ومؤسسات المجتمع ثانيا وكل فرد بحسب كموقعه وقدرته ومعرفته، وإذا تم تربية الأبناء تربية صحيحة سليمة من الشوائب ازدانت البيوت بالفضائل والمكارم وصالح الأعمال، وبالتالي تسهم في بناء المجتمع من خلال نشر الفضيلة ونبذ الرذيلة[4]

خامسا :حسن الخلق : حسن الخلق يدخل تحته عناصر عديدة، وعلم الأخلاق يوضح معنى الخير والشر، ويبين ما تنبغي أن تكون عليه معاملة الناس بعضهم بعضا ويشرح الغاية التي ينبغي أن يقصدها الناس في أعمالهم، وينير السبيل لعمل ما ينبغي[5] .

رسخت المادتين الثانية والثالثة من قانون الأسرة الجزائري أحكام الشريعة بتفاصيلها ووفق المشرع الجزائري كل التوفيق فبذلك، بالإضافة إلى ذلك قد جسد عادات وتقاليد المجتمع الجزائري.

---

[1] محمد أبو زهرة، التكافل الإجتماعي في الإسلام، مرجع سابق، ص:07

[2] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج10، كتاب الأدب، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا، رقم الحديث:5680 ، المكتبة السلفية، بدون مكان نشر، ب ت ن، ص:450

[3] سورة النساء، الآية: 19 .

[4] خامد الحازمي، أصول التربية الإسلامية، ظ1، دار عالم الكتب، المدينة المنورة،2000 ، في-ص:39-41

[5] أحمد أمين، كتاب الأخلاق، ط3، دار الكتب المصرية،القاهرة، 1931، ص:2

يقول الأستاذ بلحاج العربي:" وعلى هذا الأساس بقي قانون الأسرة الجزائري أثناء المرحلة الاستعمارية في الضمير الجماعي للشعب، بعيدا عن الأنظمة الأجنبية والقوانين الداخلية، يستمد أصوله وأحكامه من التشريع الإسلامي والشخصية الوطنية بكل مكوناتها".[1]

الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع والبيئة التربوية لأي فرد منذ طفولته، فتؤثر فيه منذ صغره ولأن التربية هي عملية تكيف المتعلم مع بيئته الطبيعية والإجتماعية، وعملية التكيف هذه عملية مكتسبة يتعلمها الفرد ممن يعيشون حوله، ولكن هذا التعلم التكيفي يحتاج إلى وساطة تنقله، والوسائط التي تقوم بعملية نقل الثرات وتربية الناشئين بما يناسب المجتمع وثقافته تتنوع وتتبدل مع نمو الفرد وتطوره... والوسائط التربوية مصطلح يطلق على المؤسسات التي تقوم بعملية التربية ونقلها من جيل إلى جيل، ويطلق عليها أحيانا المؤسسات الإجتماعية التي لها أثر كبير في عملية التربية، ودور هام وبارز لكن تأتي بعد أول مؤسسة وهي الأسرة.

الفرع الثاني: وظائف الأسرة.

من التعريفات السابقة للأسرة نجد أنها عبارة عن مؤسسة اجتماعية بها مجموعة من الأفراد تحكمهم عدة أمور، تتميز الأسرة بمجموعة من الوظائف تتمثل معظمها في:[2]

أولا_الوظيفة البيولوجية: وهي من أهم وظائف الأسرة وهي عبارة عن تنظيم السلوك الجنسي والإنجاب.

ثانيا_الوظيفة الإقتصادية: كان من المعروف في الأزمنة السابقة أن رب الأسرة هو الكفيل الإقتصادي لجميع مطالب الأسرة، أي أنه العائل الأول المسؤول عن كل الموارد الإقتصادية، ولكن تبعا لظهور المدنية وتنوع الاحتياجات بالمساهمة بنصيب وافر في

[1] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط01، دار الثقافة، عمام- أردن، 2012، ص45.

[2] دليلة حميرش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة باتنة2013-2014 ، م:44 .

الوظيفة الإقتصادية للأسرة ولذلك وجب تعويد الأفراد في الأسرة وتنشئتهم على التربية الإستقلالية، حتى ينشأ كل طفل منها شاعرا بالمسؤولية وبشؤون الصرف والإقتصاد.

ثالثا_الوظيفة النفسية: من المعروف أن الأطفال في الأسرة يتأثرون بالجو النفسي السائد فيها وبالعلاقات القائمة بين الأب والأم، وهم يكتسبون اتجاهاتهم النفسية بتقليد الآباء والأهل.

رابعا_الوظيفة الاجتماعية: كانت الأسرة ولا تزال أقوى سلاح يستخدمه المجتمع في عملية التطبيع الاجتماعي والتنشئة الاجتماعية، ووصفت هذه العملية بأنه من خلالها تتشكل معايير الفرد ومهاراته ودوافعه وإتجاهاته وسلوكه.

خامسا_الوظيفة الدينية والأخلاقية: يعتبر الدين ذو أهمية بالغة في المجتمع الإنساني، وفي العصور القديمة كانت الأسرة وحدة دينية تعتمد في حياتها على الدين، وعن طريقه اكتسبت وحدتها واستقرارها .

سادسا_الوظيفة العاطفية: تقوم الأسرة بدور هام في تكوين شخصية الطفل وإكسابه عادات واتجاهات ومعتقدات المجتمع الذي ينتمي إليه، فالأسرة تقوم بتزويد الطفل بمختلف الخيرات أثناء سنواته التكوينية، وهي تمثل أكبر قوة اجتماعية، لها قوة التأثير وتنمية الشعور بالألفة والمحبة والشعور بالإنتماء للأسرة والمجتمع الخارجي.

خلاصة الفصل الأول:

طرحنا في الفصل الأول مختلف المفاهيم القانونية والشرعية للزواج، كما تناولنا الهدف منه والمتمثل في الأسرة ووظائفها، فكما قال الشيخ شلتوت رحمه الله" ما الزواج في واقعه إلا ظاهرة من ظواهر التنظيم لفطرة أودعت في الإنسان كما أودعت في غيره من أنواع الحيوان، ولولا الزواج الذي هو تنظيم لتلك الفطرة المشتركة بين الإنسان والحيوان، لتساوى الإنسان مع غيره من أنواع الحيوان في سبيل تلبية هذه الفطرة عن طريق الفوضى والشيوع".[1]

" في حين الزواج في الجزائر حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة فإن الزواج هو :" عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ومن ثمة فإن عقد الزواج هو من أهم العقود التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية وكذا القانون الجزائري، وميزته بذلك عن كل العقود وجعلته أسماها لما يحويه من أهمية كبرى في جميع ا المجتمعات.

ربط المشرع الزواج بالعقد وذلك حماية منه وحفاظا منه على حقوق طرفيه، وكذا حفاظا منه على الأنساب والأسرة الناتجة عنه هذه الأخيرة التي بصلاحها والتزاماتها ووظائفها تخلق في المجتمع أفرادا صالحين وبصلاحهم يصلح.

[1] محمود حسين، الأسرة ومشكلاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967،ص:233

الخطبة و الزواج أو النكاح مصطلحين لمعنى واحد وهو حل الاستمتاع كل من الزوجين بالآخر وذلك وفقا لعقد زواج مستوفي لكل الشروط والأركان، وهو الأمر الذي وافقت عليه كل من الشريعة والقانون، بجعل رضا الزوجين الإيجاب والقبول من الطرفين الأساس الصحيح للزواج والركن الرئيس الذي يقف على صلاحه عقد الزواج، والذي لا يكتمل إلا بضرورة إتمام شروطه المتمثلة في مجلس العقد، المتكون من الزوج والشهود وولي المرأة، وكذا التأكد من خلو المرأة من الموانع الشرعية كل هذا من أجل إنتاج عقد زواج صحيح .

بينا فيما سبق الآثار المترتبة عن إغفال ركن الرضا وحتى إغفال أحد الشروط الذي يترتب عن إغفالهما إبطال أو فسخ العقد عند بعض المذاهب والقانون.

الخطبة و الزواج نظام إلهي شرعه الله تعالى للتواصل والبقاء بطريقة، ينتج عنه أسرة صحيحة متكاملة فكل ما سبق كان بهدف الحفاظ على هذا الناتج والذي هو أسرة متكاملة مترابطة مبنية على أسس قانونية وشرعية قوية .

قال سبحانه وتعالى: "**هن لباس لكم وانتم لباس لهن** "، نظم الإسلام عقد الزواج في العديد من الآيات القرآنية ومنها ما جاء في سورة الروم "**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون** ."

حاول المشرع الجزائري في آخر تعديل له لقانون الأسرة عن طريق الأمر 05-02، من أجل استدراك النقائض التي لامست القانون 84-11، هذا الأخير الذي كان معيبا في الإحتمالات الكثيرة والتفسيرات المتناقضة لمواده، فجاء المشرع الجزائري بعد أزيد من عشرين سنة بالأمر المعدل والذي لا يخلو بدوره من التعقيدات والانتقادات، إلا أن هذه الأخيرة لا تمس جميع القانون ولا تعني أنه لم يوفق بعض الشيء خصوصا في تحديده الجيد للأركان والشروط وكذا حقوق وواجبات كلا الطرفين.

حاولنا في الأخير اختصار أهم ما جاء به تعديل قانون الأسرة بذكر بعض المواد التي وفق والتي لم يوفق فيها المشرع الجزائري وهي :

نجد أن التعديل الأخير لقانون الأسرة ساير ما هو معمول به في الشريعة وبعض الدول في العالم، وقد أخذ في بعض المواد الاتجاه الصحيح للحفاظ على عقد الزواج باعتباره الرابط الوحيد السليم بين الرجل والمرأة وبين تكوين أسرة في الإطار الصحيح، غير أنه لم يسلم من النقص وبعض التفاوتات في مواده خصوصا المواد التي ابتعد فيها عن ما تقتضيه الشريعة الإسلامية، خصوصا فيما تعلق بأهمية الولي في عقد الزواج وضرورة حضوره، مما يتطلب ضرورة قيام المشرع الجزائري بمحاولة جديدة من أجل تعديل مواد قانون الأسرة باعتباره القانون الذي يحكم أهم تركيبة في المجتمع، باعتبار الجزائر تتبع النظام المالكي كان من الأجدر به أن يتبعه في جميع تفاصيله، لا أن يميل إلى المذهب الحنفي تارة والمذهب المالكي تارة أخرى، فكما سبق القول عقد الزواج هو أول انطلاقة للأسرة هذه الأخيرة التي تعتبر أهم وأقوى تركيبة في أي مجتمع فهي نواته فإن صلحت الأسرة صلح المجتمع.

1 القرآن الكريم:

1. سورة البقرة
2. سورة الدخان.
3. سورة الصافات.
4. سورة هود.
5. سورة النساء.
6. سورة الأحزاب.
7. سورة النور.
8. سورة المائدة، الآية: 01 .
9. سورة الأحزاب.
10. سورة النحل الآية73
11. سورة الروم، الآية: 21.
12. سورة الذريات.

2 الكتب:

1. ابن جزي، القوانين الفقهية .
2. ابن راشد ، بداية المجتهد ، ج2
3. ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ط13، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ،1424.
4. بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية" ،دار الخلدونية،الطبعة الاولى ،الجزائر،سنة 2008
5. إبن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، ج 2، كتاب النكاح، دار الطباعة،مصر، بدون تاريخ نشر.

6. إبن فارس، معجم مقاييس اللغة (مادة الزواج ،3/35)
7. إبن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر ، بيروت ، 1997 .
8. أبو بكر الجزائري، العلم و العلماء، دار الشهاب للطباعة و النشر ،الجزائر ،1985.
9. إحسان محمد الحسن: العائلة والقرابة والزواج، الطبعة 2، دار الطباعة والنشر ، دون ذكر بلد النشر ، سنة 1985.
10. أحمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك، على شرح الصغير، للقطب سيدي أحمد الدردير، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب ت ن.
11. أحمد أمين، كتاب الأخلاق، ط3، دار الكتب المصرية،القاهرة، 1931.
12. أحمدبن محمد أحمد الدردير، أقرب المسالك المذهب الإمام مالك، باب ندب النكاح، مكتبة أيوب، كانو. نيجيريا،1420 هـ.
13. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر، سنة 2013 .
14. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999.
15. بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دراسة أكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر.
16. جميل الشرقاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين والأجانب، ط 2، النهضة العربية، القاهرة،1966 .
17. حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة والنشر ، الإسكندرية ، دون طبعة، دون سنة نشر
18. خليل أحمد حسن قدادة،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005 .

19. الدكتور السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني, القسم الأول عقد الزواج و أثاره، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع عمان، سنة 1999 .

20. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)،ط1، دار الخلدونية، الجزائر ،2008.

21. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية القليوبي على منهاج الطالبين، ج 3، كتاب النكاح،ط 3، مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، د اب ن، 1956.

22. الشوكاني، بل الأوطار، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت.

23. صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج أحمد زهو وأحمد عناية ، دار الكتاب العربي، سنة 2004 ، رقم الحديث 5122.

24. صحيح البخاري بحاشية السندي، ج 3، طبع دار إحياء الكتب العربية.

25. صحيح البخاري رقم الحديث 5120.

26. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)،مجلد 1، ط 2، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت – لبنان،1998.

27. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزالي ، منيلة 1990 .

28. عبد الله ناصر، العقود الإليكترونية ن محلة البحوث الفقهية المعاصرة ، ع 73، سنة 2007،ص 289.

29. على علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، ب ت ن

30. على قيلالي، النظرية العامة للعقد، الجزائر ،2001.

31.العمروسي أنور ، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق والخلع، ج. 1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية.

32.القرطبي الجامع لأحكام القرآن ،راجعه وضبطه محمد إبراهيم وأخرج أحديثه محمود حامد عثمان، ج3، دار الحديث.

33.محمد صالح العياري، مذكرات والبحوث القانونية، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، تونس ، الطبعة الأولى ، سنة 2010

34.محمد صيري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلزام . التصرف القانوني ، العقد الإرادة المنفردة)، ج 1، ط2، دار الهدى عين مليلة،الجزائر ، 2004 .

35.محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، ج.1 ، الخطبة والزواج، دار شهاب، الجزائر، ط.2، 1994.

36.مولود ديدان، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حسب آخر تعديل له، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2008 .

37.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ج7، دار الفكر طبعة 2، سنة 1989.

38.ابن ماجة، متن ابن ماجة كتاب النكاج، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى باب تزويج ذات الدين، الرياض

39.الترمذي سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجه على مكتبة المعارف، الرياض.

40.ناصر الشوي الحلوة و الآثار المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية .

41.نزيه حماد ،الأحكام الشرعية للعلاقات الجنسية .

42.رواه البخاري و مسلم، أنظر فتح الباري ، ج9 .

43.المحكمة العليا ، ع ،أوش ، 08/10/1984 ، ملف رقم 34137، العدد 04).

3 المجلات:

1. المجلة القضائية، العدد .
2. المحلة القضائية سنة 1990 .
3. المجلة القضائية، للمحكمة العليا، العدد الأول، منة 1991
4. المجلة القضائية للمحكمة العليا، لسنة 1905 .
5. المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد التالي لسنة 1997.
6. المجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005 .

4 القوانين:

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9جوان 1984 ، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 24 ،12جوان 1984

5 القرارات:

1. القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14 تحت رقم فهرس 877 81، المجلة القضائية لسنة 2001 ، من 33 وما يليها.
2. محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة بتاريخ 16/01/20017 تحت رقم فهرس 1911/07 .
3. الجمعية العامة للأمم المتحدة، 1989 / 20/11، دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1990 ، و صادقت عليها الجزائر في27 1992/12/19.

6 الأوامر:

1. الأمر 05. 09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.
2. الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 26 سبتمبر 1957.

7 أطروحات:

1. سمية عبد الرحمان عطية يحر، عقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، د ت ن
2. محمد كدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر (هولندا نموذجا)، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في الدراسات الإسلامية، جامعة محمد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2001 .
3. دليلة حميرش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2013-2014 .

الإهداء

شكر

مقدمة.....01

الفصل الأول : أحكام انعقاد الخطبة.....**04**

المبحث الأول :مفهوم الخطب.....**05**

المطلب الأول :تعريف الخطبة 05

الفرع الأول :مضمون الخطبة 05

الفرع الثاني: حكم الخطبة و أدلة مشروعياها 09

الفرع الثالث: أنواع الخطبة 12

المطلب الثاني :الطبيعة القانونية للخطبة 16

الفرع الأول :الخطبة وعد بالزواج 17

المبحث الثاني :أحكام الخطبة **33**

المطلب الأول: شروط الخطبة..... 42

الفرع الأول: مستحبات الخطبة..... 39

الفرع الثاني:النظر إلى المخطوبة..... 40

المطلب الثاني :آداب الخطبة. 42

الفصل الثاني : عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.....**53**

المبحث الأول: ماهية عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري 53

المطلب الأول : مفهوم عقد الزواج في الشريعة الإسلامية.....54

الفرع الأول :تعريف الزواج في الشريعة الإسلامية.....59

الفرع الثاني : مفهوم العقد في الفقه الإسلامي 60

المطلب الثاني :عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....60.

–الفرع الأول :مفهوم الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....64

الفرع الثاني :مفهوم العقد في قانون الأسرة الزائري.....64.

المبحث الثاني :ماهية الأسرة..... 69

المطلب الأول:مفهوم الأسرة وطبيعتها القانونية.....68

الفرع الأول:تعريف الأسرة.....69

الفرع الثاني :الإطار القانوني للأسرة.....71.

المطلب الثاني:خصائص الأسرة.....74

الفرع الأول :خصائص الأسرة..... 75

الفرع الثاني: وظائف الأسرة..... 77

الخاتمة..... 80

قائمة المراجع..... 81

مـلخص مذكرة الماستر

لقد عنى الشارع الحكيم بالأسرة ،فرسم الطريق السليم لبنائها وبين طريق اختيار الزوجة الصالحة وكيفية إنشاء عقد الزواج وعليه

في حين المشرع الجزائري وضع قوانين متناقضة فمرة يتبع في مواده الدين الحنيف، ومرت التشريعات الدولية في محاولة منه إحداث مساواة بين الرجل والمرأة، والتي لم تلقى صدى لدى المجتمع الجزائري، باعتباره مجتمع تحكمه التقاليد والعرف والدين أكثر من القانون خصوصا إذا خالف القانون ما نهجه المشرع الجزائري فيما سبق.

الكلمات المفتاحية : الخطبة – الزواج– عقد– النكاح– الشريعة الاسلامية – التشريع الجزائري.

Abstract of Master's Thesis

he wise street was concerned with the family, so he charted the right way to build it and the way to choose a good wife and how to establish a marriage contract and accordingly

While the Algerian legislator set contradictory laws, once in its articles the true religion was followed, and international legislation passed in an attempt to bring about equality between men and women, which did not resonate with Algerian society, as it is a society governed by traditions, custom and religion more than the law, especially if the law violates what the legislator approaches Algerian in the past.

Keywords: engagement - marriage - contract - marriage - Islamic law - Algerian legislation.