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

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم.:القانون الخاص

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون القضائي

من إعداد الطالب(ة):

العربي نبيلة

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بن قو أمال

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	بن عديدة نبيل	رئيسا
الأستاذ(ة)	بن قو امال	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	زواتين خالد	مناقشا

تاريخ المنقشة:.2022/07/03

السنة الجامعية: 2022/2021

إهداء

تهدي ثمرة هذا البحث المتواضع إلى:

رمز المحبة والحنان، إلى القلب الناصع بالبياض، إلى منبع الصبر والتفاؤل، إلى التي رعتني حق الرعاية، كانت سندي في الصعاب إلى قدوتي في هذه الحياة.

أمي لحبيبة.

إلى منبت الخير والتضحية، إلى من علمني النجاح والصبر، إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد إلى طريق العلم، إلى من أجمل اسمك بكل فخر أبي العزيز والى زوجي .

.

شكر

لا يسعى بعد إتمام هذا البحث إلا أن أحمد الله تبارك و تعالى و أشكره على عظيم نعمه و جليل منته، فهو مبدأ الحمد و منتهاه لا أحصي ثناء عليه كما أتني على نفسه. حباني بنعمة طلب العلم و سهل لي طريقه و سيرني أن أتقدم بجزيل الشكر و الامتنان. عرفا للجميل إلى أستاذتي المشرفة"**بن قو أمال** " لقبولها الإشراف على المذكرة رغم مشاغله الكثيرة، فلم يبخل عليا بالعلم و الوقت

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين منحوا صدورهم من أجل قراءة و تقويم هذه المذكرة.....

كما أتقدم بالشكر لكل ما ساعدني من قريب أو بعيد لإتمام هذه المذكرة.

إن 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.

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 .

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.

في حين المشرع الجزائري وضع قوانين متناقضة فمرة يتبع في مواد الدين الحنيف، ومرة التشريعات الدولية في محاولة منه إحداث مساواة بين الرجل والمرأة، والتي لم تلقى

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

صدى لدى المجتمع الجزائري،باعتباره مجتمع تحكمه التقاليد والعرف والدين أكثر من القانون خصوصا إذا خالف القانون ماجاء به المشرع الجزائري 2.

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.

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

-ما هي أحكام الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري؟

[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

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 في حين خصصنا الفصل الثاني طبيعة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

الفصل الأول: ماهية الخطبة.

لم يتطرق قانون الأسرة في نصوصه إلى ماهية الخطبة بحيث بيّن الطبيعة القانونية لها و الآثار المترتبة جراء العدول عن الخطبة، فأدرج حق الطرفين في التعويض عن الضرر نتيجة فسخ الخطوبة، فنظم الأحكام المتعلقة بالهدايا في حالة وجود نزاع مطروح أمام القضاء بشأن استردادها، و أحالنا المشرع الجزائري صراحة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني ينظم مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية،يقول العرب في كلامهم خطب فلان امرأة طلب الزواج وخطب المرأة ذكر كلاما يفيد انه يريد الزواج منها ،كان يقول لها" انك جديرة بان تكوني زوجة أو أنت جميلة أو صالحة ،[1] عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

لهذا سنتطرق إلى مضمون الخطبة في المبحث الأول للتعريف بالخطبة و أنواعها مع إدراج المفهوم المتداول في المجتمع الجزائري في المطلب الأول، كما نتطرق في المطلب الثاني إلى بيان الشروط الشرعية لصحة الخطبة، و مدى تأثير تخلفها على عقد الزواج، و في الأخير نبيّن في مطلب ثالث ما يتعلق بالآداب و الصفات المستحبة شرعا في الخطبة.

في المبحث الثاني سنتناول الطبيعة القانونية للخطبة بإعتبارها وعدا بالزواج في المطلب الأول و نبيّن حالة اقتران الخطبة بالفاتحة في الثاني، أما اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد فسندرسه في مطلب ثالث.

[1] العربي بختي ،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ،ديون المطبوعات الجامعية ،الطبعة الاولى،ص 13.

المبحث الأول: مضمون الخطبة.

إن قانون الأسرة نظم الأحكام المتعلقة بالخطبة في المادة الخامسة منه بحيث اعتبرها وعدا بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها بإعتبارها فترة تمهيدية تسبق مرحلة الزواج لذلك سنقوم بدراسة المبحث من خلال بيان تعريفها، و أنواعها و شروط صحّتها من الناحية الشرعية و ندرج حكم الخطبة المحرّمة على عقد الزواج من الناحية القانونية، كما نتطرق فيه للآداب المقررة لإختيار المخطوبة و الحدود المرخصة لرؤية الخاطب لها، و كل ذلك في الإطار الشرعي و الفقهي.

المطلب الأول: تعريف الخطبة و أنواعها.

تعرّف الخطبة من الناحية اللغوية بكسر الخاء على أنّها مصدر بمعنى الخطب، و الخطب الحاجة، ثم اختصت بإلتماس النكاح لأنها بعض الحاجة [1]، أما اصطلاحا فهي إلتماس الزواج من امرأة معينة تكون خالية من الموانع الشرعية ذلك بالتقدّم إليها أو وليّها للتفاهم في أمر العقد و إذا أجيب طلبه بالقبول تمت الخطبة بينهما، أما قانون الأسرة فلم يعرّف الخطبة كما أنّه لم يتطرق إلى إجراءات الإعلان عنها و اكتفى بقوله أن الخطبة وعد بالزواج يجوز للخطيبين العدول عنها في المادة الخامسة منه، و ترك باقي الأمور إلى الفقه و اجتهادات المحكمة العليا، و بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الخطبة مقدمة لعقد الزواج و متعلق من متعلقاته بإعتبارها مرحلة سابقة للعقد سواء طالت فترة الخطوبة أم قصر أمدها هذا ما يتجلى لنا في القرار الصادر عنها في 1984/09/24 تحت رقم 34438، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة و في غالب الأحيان هي مقدمة للزواج و ليست زواجا [2]، و في إجتهاد آخر لها اتجهت نفس

[1] د/ بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، سنة 2007 ص9.

[2] المجلة القضائية لسنة 1990 ص 87.

الاتجاه القانوني المكرس في المادة الخامسة من قانون الأسرة و اعتبرت الخطبة وعدا بالزواج بقولها في القرار الصادر بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم 81129 أنه من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكلا الطرفين العدول عنها[1].

نجد أن معظم المحاكم تعطي للخطبة نفس التعريف القانوني و الذي هو في حقيقة الأمر بمثابة الطبيعة القانونية لها بحيث نجده مجسدا في الحكم الصادر عن محكمة عين تموشنت بتاريخ 1999/03/17 بقولها من المقرر شرعا و قانونا أن الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها[2].

تعرَّف الخطبة في المجتمع الجزائري على أنها إظهار الرجل الرغبة في الزواج بإمرأة إما منه شخصيا أو عن وكيله دون أن تكون لهذه الرغبة في الزواج صفة العقد، و من المستقر عليه أن الخطبة اتفاق يسبق قراءة الفاتحة و تقع غالبا بين الخطيبين و أوليائهما بالإتفاق على المصاهرة بين العائلتين ذلك بالتواعد على إبرام عقد الزواج خلال فترة معينة.

الفرع الأول:تعريف الخطبة

التعريف الفقهي للخطبة يختلف من فقيه إلى آخر حسب وجهة نظر كل واحد للطبيعة القانونية للخطبة، لهذا سنتطرق إلى التعاريف المتداولة فقها كما يلي:

- ✓ تعريف الأستاذ أبو العنين:

[1] ناصر الدين مروك، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق،2006. ص 45.

[2] محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 08/0109 بتاريخ 2008/03/25.

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

- تعريف الإمام أبو زهرة:

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

- تعريف الأستاذ حسني نصار:

يعرّف الخطبة على أنها عقد النية بين طالبي الزواج أو الخطيبين، على أن يختارا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق عقد الزواج، فيختار كلّ منهما الآخر تمهيدا لعقد الزواج مع الإعداد و التجهيز بما يناسب العائلة، التي تتطلبها أحكام الزواج.[3]

- تعريف العمروسي أنور:

يعرِّف الخطبة على أنها طلب المرأة للزواج بها، و قيل هي ما يفعله الطالب من استلطاف، بالقول أو الفعل، و هي الذكر الذي يستدعي به إلى عقد النكاح، و الخطبة وسيلة لعقد الزواج و مقدمة تسبقه.[4]

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنّ جلها تتكلم عن تقدم الرجل و طلبه يد المرأة قصد الزواج لأنه المعتاد لدى الناس لما عرف عن المرأة من حياء، إلاّ أنه ليس

[1] محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الجزء الأول، الخطبة و الزواج الطبعة الثانية، شهاب سنة 1994، ص6.

[2] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة ص 28.

[3] حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي و الدولي المقارن، دار الثقافة و النشر، الإسكندرية، ص 275.

[4] العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج و الطلاق و الخلع، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 203.

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، لماله، 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 عزّة 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 ألاّ أتزوج في يومي هذا، قال عمر فلقيت أبا بكر فقلت إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت و لم يرجع إلي شيئا، و كنت أوجد عليه مني من عثمان فلبثت الليالي ثم خطبها رسول الله ﷺ فنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر فقال: لعلّك وجدت علي حين عرضت علي حفصة فلم أرجع إليك شيء، قلت نعم، قال أبو بكر: فإنه يمنعن ي أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلاّ أني كنت علمت أن رسول ﷺ قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ و لو 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], و كانت التي اختارها موسى عليه السلام الصغرى دون أختها لأنها هي التي عرف أخلاقها بإستحيائها و كلامها [3]، و روي عن أنس قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ تعرض نفسها قالت: يا رسول الله ألك بي حاجة فقلت بنت

[1] صحيح البخاري، تحقيق و تخريج أحمد زهو و أحمد عناية، دار الكتاب العربي، سنة 2004 ص1077 رقم الحديث 5122.

[2] سورة القصاص, الآية 27.

[3] د/ بلقاسم شتوان, المرجع السابق., ص 10.

انس: ما أقل حياءها و أسوأتاه و أسوأتاه قال هي خير منك رغبت بالرسول ﷺ فعرضت نفسها [1]، فالمرأة التي تعرض نفسها على الرجل الصالح لأجل إعفاف و إحصان لنفسها متحدية في ذلك الأعراف و العادات في رأينا خير من التي تخضع له و ربما قد تقع فيما يغضب الله تعالى.

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

الفرع الثاني :أنواع الخطبة:

هناك نوعان من الخطبة، و هما:

1.الخطبة بطريق التصريح:

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدّل صراحة على إرادة الخطبة و لا 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 لإبني فلان و من 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 أجل خطبتك.

[1] صحيح البخاري, ص1076، رقم الحديث 5120.

2.الخطبة بطريق التعريض:

الخطبة هنا تعني استعمال الخاطب لجمل يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن و التلميح و هذه الألفاظ تحتمل الخطبة و غيرها, غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كلاما يفهم منه ضمنيا خطبتها دون أن يصرح 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, و ما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء ذلك الخطبة.

و يعرّف القرطبي التعريض على أنّه ضد التصريح و هو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له و لغيره و هو عرض الشيء و هو جانبه كأن يحرم به الشيء و لا يطهره و مثل القرطبي به التلميح للمخطوبة فقال كقوله إني أريد الزواج، و أنّك جميلة، أنك صالحة، إن الله سائق إليك خيرا و إن قدر لها أمر لكان[1].

و يعبر التعريض هو ما يستعمله من ألفاظ بفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن مدح الشخص لنفسه و ذكر محاسنه و مآثره أمام المرأة التي يريد خطبتها و لقد فعل ذلك أبو جعفر محمد بن علي بن حسين[2].

قالت سكينة بنت خنضلة استأذن علي محمد بن علي و لم تنقضي عدّتي من مهلك زوجي فقال: لقد عرفت قرابتي من الرسول ﷺ و قرابتي من علي و موضعي من العرب قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر إنّك رجل يؤخذ عنك, تخطبني في عدّتي؟ قال إنّي أخبرتك بقرابتي من الرسول و من علي [3]، و أسلوب التلميح غير جائز عند

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن راجعه و ضبطه محمد إبراهيم و أخرج أحاديثه محمود حامد عثمان ج3، دار الحديث، ص188.
[2] بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, الجزء 1، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1999.
[3] علي بن عمر، الدار قطني سنن ج3، عالم الكتاب طبعة 2 سنة 1983، ص 224.

خطبة المرأة فله ضوابط شرعية فنجده مباحا عند المرأة المتوفى عنها زوجها و حرام عند جميع المعتدات دون استثناء, و اختلف الفقهاء في الخطبة بالتعريض بالنسبة للمطلقة طلاقا بائنا و هذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: شروط صحة الخطبة.

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

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

الشرط الأول: أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب.

و حرمة المرأة تكون إمّا حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

أ. الحرمة المؤبدة:

المرأة تكون محرّمة على الرجل لمدى حياته بنص الشارع الحكيم الّذي نهى عن خطبة و زواج امرأة محرمة عليه [1]، و 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] محمد محدة، المرجع السابق، ص 28.

لقد اتفق الفقهاء على أنّه لا يجوز خطبة امرأة محرمة على الرجل مؤقتا ما دام سبب التحريم قائم، كأخت الزوجة و عمتها و خالتها و هنّ على سبيل التأقيت فالخطبة تكون جائزة بعد الطلاق، أمّا الجمع فيحرّم شرعا و قانونا، و من المحرمات مؤقتا ما يلي.

- ✓ المرأة المشركة:

يرى الفقهاء أنّه 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 [1]، و المرأة يحرّم عليها الخطبة أو الزواج بغير مسلم طبقا للمادة 30 من قانون الأسرة.

- ✓ المرأة المحصنة:

نقصد بها زوجة الغير، فلا تجوز خطبتها أو التلميح لها بالطلاق من أجل زواجها، لأنّها محرّمة 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 العدّة بدون عقد و مهر جديدين و بدون رضاها [2]، و قد اجمع الفقهاء على أنّه لا تجوز خطبتها بطريق التصريح و التلميح معا لأنّها تأخذ حكم زوجة الغير [3].

---

[1] الدكتور عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، سنة 1984، ص 20.

[2] الدكتور السرطاوي, شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني, القسم الأول, عقد الزواج و آثاره, 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 بينونة صغرى أو بينونة كبرى.

الطلاق البائن بينونة 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 بينونة كبرى هو الذي يتم بثلاث طلاقات، لا يجوز هنا للزوج أن يراجعها إلى عصمته مرة أخرى إلاّ بعد أن تنقضي عدّتها و تتزوج رجل آخر غيره، ثم يطلقها و بعدها تنقضي العدّة، ثم يعقد عليها بعقد جديد و مهر جديد و بشرط رضاها.

و لقد اتفق الفقهاء على أنّ المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى أو صغرى لا يجوز لرجل خطبتها بطريق التصريح, أما بطريق التعريض فكان محل خلاف بعض الفقهاء كما يلي:

المالكية، الشافعية، الحنابلة، الشيعة و الجعفرية:

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

الحنفية:

[1] سورة البقرة، الآية رقم 235.

يرون أنّ المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء كان بينونة صغرى أو كبرى، لا تجوز خطبتها بطريق التعريض لأنه قد يعرّضها إلى ارتكاب المحضور و قد يحملها حرصها على الزواج بهذا الخاطب إلى الإخبار بإنقضاء عدّتها و هي لم تنقضي بعدة، فالمرأة هي المؤتمنة على عدّتها لأن قولها مصدق في ذلك، و خطبتها تثير الأحقاد بين مطلقها و خطيبها[1].

- ✓ خطبة المعتدة من وفاة:

لقد اتفق الفقهاء على أنّ المرأة المعتدة من وفاة لا يجوز خطبتها بطريق التصريح أثناء فترة العدّة مراعاة للحزن على وفاة الزوج، و شعور أقارب المتوفى بالأسى عن رحيله, حتى لا يتضرروا لخطبة قريبتهم التي لا تزال في العدّة [2]، 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**»[3].

إن ظاهر الآية يوحي أنها خاصة بالمتوفى عنها زوجها و هنا إجازة الخطبة بالتعريض لها و العلّة في ذلك أنّ عدّتها محدودة بالأشهر أو وضع الحمل و كلاهما لا يمكن أن يجري فيه الكذب فليست عدّتها بالأقرء حتى يمكن أن تدّعي انتهائها لتخلص من العدّة لأن عدّة 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

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

[2] الدكتور محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص 23.

[3] سورة البقرة، الآية 235.

إقرارها بإنقضاء العدّة لأن هذه الوقائع لا يؤخذ فيها إلا بمرور الوقت المحدد أو بوضع الحمل[1].

الشرط الثاني: أن لا تكون مخطوبة للغير.

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 ﷺ لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه [2]، لأن ذلك مبعث للعداوة و البغضاء بين الإخوة المسلمين، أما إذا أذن له الخاطب الأوّل فجاز ذلك لما روي عن أبي هريرة أنّ الرسول ﷺ قال: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن[3]، و قوله عليه ﷺ: المؤمن أخ المؤمن لا يحل أن يبتاع على بيع أخيه حتى يدر، و سبب ذلك أن الخطبة في هذه الحالة إذاء للخاطب الأول و إعتداء على حقه و للخاطب ثلاثة أحوال من حيث إجابته نبينها 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 و إرغامها على قبول الخاطب الأول.

الحالة الثانية، أن تقبل المخطوبة خطبة الخاطب الأوّل و أثناء السير في إبرام عقد الزواج تقدم خاطب آخر فهذه الخطبة حرام بإجماع الفقهاء [4]، إذ يرى الإمام مالك أن هذه الخطبة هي التي يقصدها الرسول ﷺ لأن فيها قبول و إيجاب بين الطرفين و يتجسد هذا الإيجاب بإتفاق الطرفين على الصداق واحد و معلوم، أما

[1] د/ رمضان السيرنباظي و د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء دراسة مقارنة لأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات دار الحلبي الحقوقية، ص 55.

[2] فتح الباري، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 164.

[3] الشوكاني، نيل الأوتار الجزء السادس، دار الكتب العلمية، ص 149.

[4] الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، المرجع السابق، ص 54.

الشافعية و الحنابلة فيرون أنه يكفي لتحريم الخطبة إذا صرحت المخطوبة بإجابة هي أو بواسطة وليها الذي أذنت له[1].

ونجد أن خطبة الرجل على خطبة أخيه محرّمة، و ينطبق نفس الحكم على خطبة المرأة على المرأة، و ذلك لإتحاد العلّة بالمضرة و الإيذاء حيث يرى ابن حجر في هذا الموقف أن رغبة المرأة برجل و إن دعته إلى تزوجها و أجابها بالقبول ثم جاءت امرأة أخرى فدعته في نفسها و قبلها فإن فعل الثانية حرام، إذ أبدى الرجل رغبته بالزواج من امرأة واحدة فقط فتعتبر من باب الخطبة المحرمة[2].

الحالة الثالثة، هي أن تكون المخطوبة في تردد بين الرفض و القبول، و هنا موضع خلاف بين الفقهاء و هذا ما نبينه حسب ما يلي.

بعض الشيعة: يرون أنا خطبة الثاني تجوز و استندوا في ذلك إلى حديث فاطمة بنت قيس التي وجهها الرسول ﷺ لإختيار أسامة ابن زيد و قد سبقه معاوية و أبو جهم إلى خطبتها [3]، و سبب المنع حسب رأيهم، أن منع تقدم الخاطب الثاني يفوّت فرصة للمخطوبة مع أنّه لم يثبت بعد أي حق للخاطب الأول و لو كان له حق معنوي، ما دامت الخطبة 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 و الرفض، لأن السكوت عن الرد و إن لم يدّل على رفض الخاطب فإن هناك احتمال لقبوله، فإذا أبحنا للغير أن يتقدم لخطبتها فقد يترتب على ذلك زوال لاحتمال و رفض خطبته و هذا اعتداء على حق الخاطب الأوّل، و يرتب

[1] الشوكاني، المرجع السابق، ص 107.

[2] د/ محمد السرطاوي، المرجع السابق, ص20.

[3] الإمام محمد أبو زهرة, المرجع السابق، ص55.

عن الخطبة الثانية مزاحمة الخاطب الأول، فقد ترفض خطبة هذا الأخير نتيجة لرجحان الخاطب الثاني، مما يؤدي إلى الشحناء و البغضاء بينهما، و ذهب البعض منهم إلى عدم تحريم خطبة المرأة الراكنة للفاسق إذا كان الخاطب الثاني صالحا أو مجهول الحال لأنه في خطبة الثاني تخليص لها من الخاطب الأول[1].

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 و الرفض لم يثبت 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 و قبلت به و تمَّ العقد عليها فما هو أثر هذه الخطبة المحرمة على عقد الزواج ؟

لم يبيّن لنا قانون الأسرة من الناحية القانونية مصير عقد الزواج في حالة إبرامه بناءا على خطبة محرمة شرعا، و بالتالي يتعيّن علينا الرجوع إلى جمهور الفقهاء لنبيّن 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، و يجب فسخه سواء دخل الرجل بالمرأة أم لا لقول الرسول ﷺ لا يخطب أحدكم على خطبة آخيه، فالنهي الوارد في الحديث متوجه إلى عقد الزواج لا إلى الخطبة وحدها [2]، لأن

[1] مواهيب الجليل، المرجع السابق، ص30.

[2] د/ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 24.

الخطبة ما هي إلاّ طريق للزواج، كما أن العقد المبني على خطبة محرمة يكون محرما هو الآخر[1].

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 ﷺ 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 و قانونا.

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 يفسخ قبل الدخول أما بعده فالعقد صحيح، لأن بالدخول 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 9 مكرر من قانون الأسرة، و يترتب على تخلّف الركن البطلان، و بتخلف الشرط يفسخ عقد الزواج، أما على مستوى القضاء فحسب رأينا يختلف الأمر من قاض إلى آخر إلا أنّه 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 شتوان أن العقد يفسخ قبل الدخول بطلقة بائنة و على القاضي

[1] عبد العزيز عامر،المرجع ،25.

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 نجد أي نزاع مطروح على المحاكم يطالب فيه المدعي بفسخ العقد لأنه مبني على خطبة محرمة، إلا في حالة واحدة يمكن أن يُستشف منه إمكانية فسخ العقد قبل الدخول عند عرض الدعوة أمام قاضي شؤون الأسرة و ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1996/6/18 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 و لما كان ثابت في قضية الحال, أن المطعون ضدها طلقت قبل الدخول و أعادت 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 و رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية طبقوا صحيح القانون.[1]

يتبين لنا بوضوح أن اتجاه المحكمة العليا كان يهدف إلى فسخ الخطوبة و الزواج الذي يليه لو كانت المطعون ضدها قد طلقت بعد الدخول و بالتالي يكون خطبتها في العدة و نكون في إطار الخطبة المحرمة شرعا.[2]

المطلب الثالث: آداب الخطبة.

للخطبة آداب يستوجب مراعاتها عند الخطبة نظرا لما هو متعارف عليه أن الخاطب لا يرى خطيبته إلاّ بعد أن يعلن رغبته في الخطبة، و عادة ما نجد أن المخطوبة و الخاطب لا يقدمان على الخطبة إلا إذا رأى كل منهما ما يدعو الآخر إلى النكاح من صفات حميدة مثل المال، الجمال و الأخلاق و سنتطرق في هذا

[1] المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني لسنة 1997.

[2] د/ بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص23.

المطلب إلى مستحبات الخطبة و المقدار المرخص لرؤية المخطوبة حسب المعيار الذي وضعته الشريعة الإسلامية.

أ. مستحبات الخطبة:

لقد وضع الشارع الحكيم صفات و مقاييس للزوجة و الزوج الصالح و أرشدنا إلى الصفات المستحبة فيها و أوصانا بضرورة مراعاتها عند الإقدام على الخطبة.

- **أن تكون المخطوبة ذات دين:**

يستحب في المخطوبة أو الخاطب أن يكونا ذوي دين لقول الرسول ﷺ في حديث شريف: تنكح المرأة لأربع لمالها، لحسبها، لجمالها و لدينها فأظفر بذات الدين, تربت يداك[1]، فنجد الرسول ﷺ قد جعل الإعتبار الأول يتمثل في الدين لأن المرأة المتدينة تقوم بواجبها نحو زوجها و أسرتها حافظة لغيبته لقول الرسول ﷺ إن الدنيا متاع و خير متاع الدنيا المرأة الصالحة إذا نظر إليها أسرته و إذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته.[2]

- **أن تكون المخطوبة حسنة الخلق:**

إن الخلق في الإسلام منزلة لقوله ﷺ إن خياركم أحسنكم أخلاقا، و في تفضيل حسن الخلق في المرأة يستحسن خطبة المرأة التي تكون مهذبة الطبع و المزاج تحسن معاشرة زوجها بالمعروف و الإبتعاد من المرأة التي تكثر الأنين و الشكوى لزوجها.

[1] ابن ماجة، سنن ابن ماجة كتاب النكاح، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى باب تزويج ذات الدين، الرياض، ص 323.
[2] النسائي، سنن النسائي، كتاب نكاح المرأة الصالحة، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض، ص 500.

- **أن تكون المخطوبة ذات جمال:**

يعتبر الجمال من الأمور التي تجذب الرجل إلى المرأة عادةً إذ يراعي الخاطب أن تكون خطيبته على قدر من الجمال لأنه سكنا للنفس و أغض للبصر، و لا شك أن جمال المرأة مقصد من مقاصد الزواج، فلا يتطلع الرجل إلى غير زوجته، و لكن ينبغي على الرجل أن لا يبالغ في طلب الجمال و يصرف النظر عن الدين و الخلق لأن الجمال قد يكون سبب في شقاء الرجل لقوله ﷺ إياكم و خضراء الدمن، قالوا ما خضراء الدمن يا رسول الله قال: المرأة الحسناء في منبت السوء.[1]

- **أن تكون المخطوبة ذات مال:**

إن النفوس البشرية بطبيعتها تفضل الزوجة ذات المال على من ليس لها مال و هذا مستحسن لقول الرسول ﷺ تنكح المرأة لأربع ...لمالها، و من جهة أخرى حذرنا من أن يكون الهدف و مطلب الخاطب هو المال فقط لقوله في حديث آخر لا تنكحوهن لمالهن فلعل يطعن.[2]

- **أن تكون ذات نسب:**

لقد أوصانا الرسول ﷺ على خطبة المرأة التي تكون من أصل طيب و عائلة متدينة، و لمعرفة ذلك نعود إلى نساء عائلتها كأمها، أخواتها، بنات عمها، خالاتها و سائر من ينتسب إليها و هذا مصداقا لقوله ﷺ تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء و أنكحوا إليهم.[3]

- **أن تكون المخطوبة ولودا:**

[1] ابن حجر الهيثمي، الإفصاح تحقيق محمد شكور ج1 ، دار عمار، الأردن، ص 73.

[2] أخرجه ابن ماجة من حديث عبد الله ابن عمر.

[3] رواه الحاكم.

يستحب في إختيار المخطوبة أن تكون ولودا لتحقيق المقصد الأصلي للزواج و هو تحصيل الأولاد، أما إذا لم تكن ولودا و زوجها له رغبة في الأولاد فتضيق نفسه بها، و لقد أوصانا الرسول ﷺ بالمرأة الولود بقوله: تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة [1]، و تعرف المرأة البكر ولودا بالنظر إلى أقاربها من النساء اللاتي يعرفن بكثرة الأولاد.

- **أن لا تكون المخطوبة غير قريبة للخاطب:**

يعتبر من حسن إختيار المخطوبة أن يبتعد الرجل عن خطبة 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 و لقد أثبتت التجارب و البحوث العلمية أنّ الزواج من القريبات يؤدي إلى إصابة النسل بالأمراض الوراثية الموجودة في العائلة و هذا مصداقا لقوله ﷺ لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا[2]، و قول عمر رضي الله عنه لقوم قد ضعف نسلهم قد ضويتم أنكحوا الغرائب.[3]

- **أن تكون المخطوبة بكرا:**

إن إختيار الزوجة البكر مستحسن للشباب الّذين لم يتزوجوا من قبل فلا يختار ثيبا إلاّ إذا اقتضت مصلحة لذلك، لأن البكر تتوثق بها الصلة و تدوم العشرة الزوجية معها لقوله ﷺ: عليكم بأبكار فإنهن أعذب أفواها و أنتق أرحاما [4]، و قد 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 و تلاعبك، فقلت: يا رسول

[1] أبو داود صحيح سنن المصطفي كتاب النكاح دار الكتاب العربي لبنان باب في تزويج الأبكار ص320.

[2] رواه إبراهيم الحربي.

[3] الدكتور بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 31.

[4] أنتق أرحاما بمعني أكثر ولدا ويقال للمرأة الكثيرة الولد ناتق أي الرمي.

الله إنّ عبد الله قد مات و ترك سبعة أو تسع فجئت بمن يقوم عليهن، قال: فدعى لي[1]، إن التناسب في السن أمر جوهري في الزواج لأن فارق السن يؤثر على الأبناء و هذا ما أثبته علماء الإجرام بقولهم أن فارق السن الكبير بين الأبوين يخلق لدى الطفل عاملا مهيأ للجريمة.

إن معايير إختيار المخطوبة ليست خاصة للرجل لوحده و إنما إرشادات موجهة للمرأة و لوليها لإختيار الرجل المناسب و ذلك بالتأكد من أنه ذو دين، خلق، مال، نسب و جمال و الدليل على ذلك قوله ﷺ في حديث له: إذا أتاكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه, إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد عريض[2]، بالإضافة إلى قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حديث له: يعمد أحدكم إلى بنته فيزوجها القبيح إنهن يحببن ما تحبون، و عليه فعلى المخطوبة أن تحرص على أن يكون خطيبها ذو دين، خلق و ذو قدر مناسب من الجمال و المال مع تناسب في السن معها و هذا ما ذهبت إليه الحنابلة بتحذيرهم من زواج الشابة بالرجل المسّن و ينصحون الأب أن لا يزوج ابنته الشابة من رجل كبير في السن.[3]

بعدما تطرقنا إلى المعايير المستحبة في الخطبة، فإننا نرى أنه يستوجب على كلا الطرفان سواء كان الخاطب أو المخطوبة الحرص على الاختيار، بالاعتماد على الدين و الحب لأن المقصود بالزواج هو دوام العشرة الزوجية و الألفة بين الزوجين، فبهما تتسع مدارك العقل و تستمر العلاقة الزوجية إذا قامت الأسرة عليها، و لا مانع من طلب الجمال، المال و النسب مع عدم الإفراط فيهم و اعتبارهم الأسس الوحيدة لإختيار الشريك المستقبلي، لأنه غالبا ما يكون سبب في تفكك

[1] الترمذي، المرجع السابق، باب في تزويج الأبكار، ص 259، أخرجه النسائي في سننه كتاب النكاح، في باب نكاح الأبكار، ص 498.

[2] الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجه ط مكتبة المعارف، الرياض، ص 256، رقم الحديث 1084.

[3] المجلة العربية للفقه والقضاء، صادرة عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب، العدد الثاني، سنة 1985, ص 64.

الأسرة بعد زوالهم و هذا مصداقا لقوله ﷺ من تزوج امرأة لعزّها لم يزده الله إلاّ ذلا و من يتزوجها لمالها لم يزده إلاّ فقرا و من يتزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة و من يتزوج امرأة لم يريد بها إلاّ أن يغض بصره و يحصّن فرجه أو يصل رحمة بارك الله له فيها و بارك لها فيه.

ب. النظر إلى المخطوبة:

لقد أباح الشارع للرجل أن ينظر إلى من يريد خطبتها ليكن على علم تام بتكوينها الجسماني و ما عليها من أخلاق، و عادات ليكن كل من الطرفين على دراية بخلق و صفات الطرف الآخر.

النظر إلى المخطوبة مستحب لقوله ﷺ للمغيرة بن الشعبة عندما خطب امرأة فقال له: أنظرت إليها، فقال: لا، فقال ﷺ: أنظر إليها فإنّه أحرى أن يؤدم بينكما[1].

كما روي عن جابر أن الرسول ﷺ قال: إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه لنكاحها فليفعل [2]، و عليه يجوز للطرفين النظر إلى الآخر حتى يرى ما يدعوه إلى النكاح منه إذ روي عن جابر رضي 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 لعلّ أحدا منهم يرغب في خطبتهن أو يدّل من يرغب في خطبتهن فيقول في هذا الصدد: ابرزوا الجواري التي لم تبلغ لعل بني عمها أن يرغبوا فيها.[3]

[1] ابن ماجة، المرجع السابق، ص324 رقم 1865، و معنى يؤدم أنه 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 جي، فقه عمر بن الخطاب، ص644، من كتاب محمد محدة.

إن كل الأحاديث النبوية نجدها تحث على رؤية الخاطب للمخطوبة كما أجمع الفقهاء على ذلك إلاّ أنهم اختلفوا في المقدار المرخص للنظر إليه و الوقت الذي يسمح فيه هذا ما نبينه وفقا للمذاهب الفقهية التالية:

المقدار المرخص لرؤية المخطوبة:

يجيز المذهب الشافعي الرؤية للوجه و الكفين لأن الوجه يدّل على الجمال و الكفين على النعومة و امتلاء الجسم، أما المذهب الحنفي فيجيز الرؤية إلى الوجه و الكفين مع القدمين خلافا للمذهب الشافعي، في حين يرى أنصار المذهب المالكي أن المقدار الواجب النظر إليه من طرف الخاطب هو الوجه و الكفين إذ علّلوا ذلك بقولهم أن الوجه ملتقى المحاسن و الكفين فيهما دلالة صحة البدن و مال إلى هذا الرأي أغلبية أهل العلم، أما المذهب الحنبلي فقد أجاز الرؤية إلى الرقبة، القدمين، الرأس و الساق، 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 بها إليك فإن رضيت فهي امرأتك, فأرسل بها إليه, فكشف عن ساقها فقالت له لولا أنّك أمير المؤمنين للطمت عينك و لما رجعت إلى أبيها قالت له بعثتني إلى شيخ سوء فعل كذا وكذا فقال لها: هو زوجك.[1]

كما أن الغرض من النظر في حد ذاته هو معرفة حال جسم المرأة على حقيقته و لا يتحقق ذلك إلاّ بالنظر إلى جميع البدن.

وقت الرؤية المخطوبة:

[1] بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص24.

لقد أباح الفقه الإسلامي النظر إلى المخطوبة استثناءا عن الأصل إلاّ أنهم اختلفوا في الوقت المناسب لذلك إذ يستوجب أن يكون بوجود محرم استنادا لقوله ﷺ : من كان يؤمن بالله و اليوم الأخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها, فإن ثالثهما الشيطان.[1]

يجوز أن يتكرر النظر و الإجتماع بالمخطوبة إذا كان ذلك لازما للتأكد مما هي عليه, حتى لا يقع فيما لا يريد بالنسبة لشريكة حياته المستقبلية, و ينطبق نفس الشيء على المرأة إذ أنّها أشّد لزوما لأنها إذا تزوجت بدون رؤية الخاطب, فوجدت فيه ما ينفر منه فإنها لا تستطع الفكاك من الرابطة الزوجية بخلافه لأن الطلاق أصلا بيد الرجل 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 المخطوبة حسب المذاهب التالية:

المذهب الشافعي و الحنفي:

ذهب الشافعية و الحنفية إلى أن الوقت الذي يجوز للخاطب النظر فيه للمخطوبة يكون قبل الخطبة و بعد العزم على النكاح, و له النظر بدون إذنها أو إذن وليها فاكتفوا بإذن الشرع حتى لو كان الأولى عندهما أن يستأذنها, و استدلوا بقول الرسول ﷺ إذا ألقي في قلب امرئ خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها، و لئلا

[1] الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 10.

يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، و إذا نظر و لم تعجبه فليسكت و لا يقول لا أريدها لأنه إذاء.[1]

المذهب الحنبلي:

ذهب إلى نفس اتجاه المذهب الشافعي إلاّ أنّه قيّده بما إذا غلب على ظنيه إجابته إلى نكاحها و استدلوا 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 الخطبة و قبل العقد الزواج و يكون بقيد، و ذلك بالحصول على إذنها أو أخذ 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.

للخاطب أن يكرر النظر إذ أمن الشهوة و الفتنة فإذا لم يتيسر له ذلك بعث امرأة تتأملها و تصفها له، لأن الرسول ﷺ قد بعث أم سليم إلى امرأة و قال أنظري عرقوبيها و شمي عوارضها.[2]

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 و عدم التمكن من النظر إلى خطيبها و لدواعي العزة و الأنفة تحضر إحدى النساء المسنات

[1] البيهقي السنن الكبرى، مكتبة الباز مكة المكرمة، المرجع السابق، ص 7 و 85.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ج7، دار الفكر، بيروت ط1، سنة 1985 ص 22.

كجدة المخطوبة مثلا و هذا مستحب لدى الفقهاء كما نجد أن هناك من ينظر إلى المخطوبة خفية من الأب بحيث تأتي أم الخاطب و تخبر أم المخطوبة بذلك و تدعو الفتاة إلى منزلها و يتم النظر بحضورها.

يتبين من خلال أراء الفقهاء أن رؤية المخطوبة جائز شرعا إلا أننا نجد الكثير من العائلات المتشددة تمنع الخاطب من النظر و التحدث إلى المخطوبة بحجة أن النظر حرام و هذا إفراط في الدين فيتم تقديم صورة إلى أم الخاطب التي تقدمها إلى الخاطب و على أساسها تتم الخطبة بين الطرفين[1].

نجد هدا بكثرة في الأرياف و يتم العقد علي أساسها مما ينجر عنها مآسي كثيرة ة نظرا للمعلومات الخاطئة المنقولة و المبالغ فيها، كما أن هناك من يلجأ إلى هذه الطريقة رغبة منه في تزويج الرجل أو المرأة المصاب بعاهة جسمية كإعاقة أو آفة عقلية كالجنون, وبالمقابل نجد بعض العائلات تجيز للخاطب الاختلاء بالمخطوبة إلى درجة تجاوز حدود الشرع و معاشرتها معاشرة الأزواج، مما يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه و وقوعهما في معصية الله.

نرى من جهتنا أن الشرع أباح النظر إلى المخطوبة و نفس الحق مكرس للمخطوبة بالنظر إلى خطيبها وفقا للمعايير المحددة في الشريعة الإسلامية بما يكفل سلامة المرأة و المحافظة 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, و من الأجدر أن يتخذ الخاطب موقف وسط يحاول فيه التوفيق بين ما قرره الشارع الحكيم و الواقع الحاضر.

[1] وهبة الزحيلي،المرجع السابق ،ص24.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة.

لقد اعتبر قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج و اعترف بحق كلا الطرفين في العدول عنها صراحةً في نص المادة الخامسة منه حيث أن الخطبة مقدمة للعقد الزواج تختلف عنه من حيث وجودها الشرعي و القانوني 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 يخّق لهما العدول عن الخطبة بإستعمال الحق المقرر لهما في المادة 5 من قانون الأسرة.

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

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج.

الخطبة في قانون الأسرة وعد بالزواج و ليست عقد حتّى و إن تمت بإتفاق الطرفين إذ يخّق للخطيبين العدول عنها اذا نتج عن العدول عن الخطبة ضرر معنوي أو مادي لاحدهما، [1] طبقا لمبدأ حرية الشخص في إختيار شريكه في

[1] العربي بختي،المرجع السابق،ص17.

المستقبل دون إكراه مما تطلب على المشرع عدم إضفاء الصيغة الإلزامية على الخطبة لأنه بإعتبارها عقد يفقد الطرفين حرية الإختيار الّتي هي من متطلبات النظام العام.

اعتبر المشرع الجزائري أن الخطبة وعد بالزواج و جعل الوعد غير ملزم للطرفين إذ نصَّ في المادة الخامسة من قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج و يجوز للطرفين العدول عنها و بهذا فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد بل هي مجرد وعد بالنكاح ليس لها القيمة القانونية حيث لا تزيد عن كونها إلتزاما أدبيا لا غير و عليه لو عدل أحد الطرفين عن خطبته تلك فإنّه بعدوله هذا لا يعَّد خارقا لإتفاق قانوني له في الإلزام بالزواج.[1]

فالخطبة قانونا لها نفس القيمة الشرعية إذ أنّها ليست عقدا و إلا كانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول و هذا ما لم يقل به جمهور فقهاء الشريعة [2]، لأن الشرع هو الذي يعطي للتصرفات قوة الإلزام و الخطبة خالية منه، فالتراضي في الخطبة لم يكون 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، إلاّ أنه هناك رأي لابن شبرمة في إحدى الروايات في المذهب المالكي يذهب إلى القول بأنّ الواعد يلزم بالوفاء بوعده و يُجبَر على ذلك بواسطة القضاء إلاّ إذا وجد ما يمنع ذلك كموت أو عدم القدرة على التنفيذ مستندا في قوله إلى النصوص الواردة في الكتاب و السنة التي تأمر بالوفاء

[1] د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص45.

[2] محمد الصالح العياري, مذاكرات و بحوث قانونية, مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس, الطبعة الأولى، ص 135.

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

بالعهد بقوله سبحانه و تعالى: « **و أوفوا بعهد الله إذا عاهدتهم و لا تنقضوا الإيمان بعد توكيدها**».

الخطبة إذن لا تبيح للخطيبين إختلاط الأزواج و لا يترتب على احدهم حق على الآخر حتى لو ألبس الخاطب خطيبته خاتم الخطبة أو قام بتقديم جزءا من الصداق[1]، إذ يجوز فسخ الخطوبة بدون رضا الطرف الثاني وهدا ما نجده معمول به علي مستوى القضاء، حيث نجد أن الدعوى المرفوعة من احد الخطيببن المعدول عنه لمطالبة العادل بإتمام مراسيم الزواج مرفوضة بسبب أن العدول حق مخول لكلا الطرفي، من بين ذلك القرار الصادر عن محكمة عين تموشنت ملف رقم 08/0109 بتاريخ 08/03/25 والذي قضى برفض طلب المدعية المتعلق بإلزام المدعي عليه بإتمام مراسيم الزواج، إلا أنه نجد بعض الأحكام التي 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 و رفض ما زاد من الطلبات لعدم التأسيس، و القضاء من جديد بإلزامها بإتمام إجراءات البناء مع أمر بتسجيل الزواج بالحالة المدنية، و كان القرار محل طعن بالنقض أمام المحكمة العليا, و تم نقضه بتاريخ 2000/7/18 على أساس أن الزواج تم بانعدام الرضى و بالتالي لا يحق للقضاة إجبار المرأة الغير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج[2]، حيث يتضح أن المجلس أعاد تكيف 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

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزء الأول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص51.

[2] المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2 سنة 2003 ص 267.

الطرف الثاني فكان من الأمثال أن يكتفي بتسجيليه للحفاظ على حقوق كل طرف، ما دام ثبتت للهم قيام زواج شرعي

الخطبة ليست بعقد زواج و لا تبيح المخالطة الجنسية و كل العلاقات التي تتم قبل إبرام العقد مجرد عمل غير مشروع لا يثبت نسب الولد [1]، فالخطبة لا تخرج عن كونها و عد بالزواج و الوعد 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, تماشيًا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي بدورها تعتبرها وعدًا بالزواج, إلاّ أنّ الإختلاف يكمن في تفسير مدلول الوعد من الناحية القانونية, إذ أن النّص كيّف الخطبة على أنها وعد بالزواج و من جهة أخرى إعتبر هذا الوعد غير ملزم للطرفين فأجاز لهما العدول عنه.

إنّ إستعمال 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, بإعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة 71 من القانون المدني التي تنّص على أنه (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت 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 إنتهاء الأجل.

أما قانون الأسرة فنجده خالف هذه القاعدة في القانون المدني بحيث أنه من جهة إعتبر الخطبة وعدًا بالزواج و من جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة, و أجاز

[1] قرار المحكمة العليا غرفة الأحول الشخصية بتاريخ 1984/10/19 ملف رقم 34046 غير منشور، من كتاب العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 51.

للطرفين العدول عنها و بالتالي لا سلطة لقاضي الشؤون الأسرة في إصدار حكم يقوم مقام الوعد بإلزام الخاطب بإتمام مراسيم الزواج, عكس القاضي المدني و بهذا فإننا نقترح صياغة بديلة لمصطلح الوعد بجعل الفقرة تنص على أن (الخطبة تمهيد لعقد الزواج و لكال الطرفين حق العدول عنها.

المطلب الثاني: إقتران الخطبة بالفاتحة.

إنّ المشرع الجزائري اِعتبر الخطبة وعدًا بالزواج و للطرفين العدول عنها, إلاّ أنه في الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأسرة نصّ على أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا, و لم يبيِّن 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 يبيِّن قانون الأسرة تعريف الفاتحة و إنّما اكتفى بالنّص 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، و من بين أنصار هذا الموقف إبراهيم الجيلاني عندما سُئِل عن حكم ما جرى 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، و الإشهاد ليلة البناء إنما هو لتحقيق

قدر المهر و أجله و ما قبض و ما بقي 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 {زوجني 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، و قد أخذ بهذا الرأي الأستاذ محمد تقية عندما سُئِل عن الزواج الشرعي الذي لم يُسجَّل بعد في الحالة المدنية و أكّد أنه زواجا صحيح مادام هناك إقتران فاتحتها بالخطبة فأجاب أن الصيغة الزواج إن تمت باللفظ فإنّ الزواج الأول صحيح و لا يجوز تزويجها 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 مجرد دعاء اعتاد الناس على قراءتها بمناسبة الخطبة أو الزواج بحضور إمام المسجد و جماعة من الناس فعدم قراءتها لا يغير شيئًا من الطبيعة القانونية للخطبة أو الزواج أو اقترانها بالخطبة.

حكم إقتران الفاتحة بالخطبة من الناحية القانونية:

أولا: حكمها في ظل القانون القديم:

لقد اِعتبرت المادة 6 من القانون رقم 11/84 أن الخطبة و الفاتحة وعد بالزواج سواء كانت الخطبة قد وقعت قبل الفاتحة أو وقعتا معا في مجلس واحدا زمانا و مكانا أو منفصلتين في مجلسين مختلفين من حيث الزمان و المكان إذ

[1] التاودي, شرح وجيز على رجز الإمام محمد بن عاصم مخطوط، ص138.

[2] محمد محدة، المرجع السابق، ص 50.

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 و بالتالي 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 و حكم اقترانها بالخطبة نجد هناك تذبذب في قراراتها إذ يعتبرها عادةً مجرد قراءة سورة الفاتحة من باب التبرك والدعاء للخطيبين و أنها ليست ركن عن أركان الزواج أو شرط لصحة الخطبة إلاّ أنها في بعض القرارات تعتبرها عقد زواج عند توافر أركان و شروط العقد.

عند استقراء القرار الصادر بتاريخ 1992/03/17 تحت رقم فهرس 811/92 نجده أخضعت فيه المحكمة العليا إقتران الخطبة بالفاتحة لأحكام المادة 5 معتبرة إياها وعد بالزواج لا أكثر، أهم ما جاء في حيثياته ما يلي: حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الإستماع إليهم سواء أمام قاضي أول درجة أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة و أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل مجرد خطبة 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

[1] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون أسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 1996، ص 85.

لوقوع الخطبة و إنّما هي من باب التبرك و الدعاء و على ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين.[1]

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

لقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر لها أن إقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد زواجٌ شرعي و مستوفي لأركانه إلاّ أنه غير مسجل بالحالة المدنية أهم ما جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة و من المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعًا و متى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت و تمت بمجلس العقد و أنه تم إقتران الخطبة بالفاتحة و بعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالإمتناع عن الدخول لأنه اِعتبر الفاتحة كالخطبة وعد بالزواج.[2]

و في قرارٍ آخر صادر بتاريخ 1984/11/19 اعتبرت أن مرحلة الخطبة قد إنتهت بالزواج و بالتالي استبعدت إقتران الخطبة بالفاتحة و إنّما اكتفت بوجود خطبة فقط إذ جاء في حيثياته: أنه من المقرر أن الأصل في الخطبة أنَّها مقدمة للزواج و ليست زواجا غير أنَّها قد ستجاوز مرحلة إلتماس النكاح إلى النكاح الشرعي و أصبح فعلا زواجا شرعيا إذ واكبها تحديد شروطه و تحقق أركانه و هذا

[1] المجلة القضائية, العدد ص30.

[2] القرار الصادر بتاريخ 14/04/1992 تحت رقم فهرس 877 81، المجلة القضائية لسنة 2001، ص 33 و ما يليها.

باشتماله على الإيجاب و القبول حاملين لصيغة الزواج و حضور شهود و تولى 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 زواجٌ 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 فإنَّها لا تهم إطلاقا في نظرنا لأن العبارة بأركان و شروط الزواج و هذا ما يدّل 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 زواجا صحيحا و إنّما مجردُ وعدٍ بالزواج.

اتجهت المحكمة العليا اتجاه آخر في القرار الصادر بتاريخ 1995/04/4 بقولها: حيث أن المادة 6 من قانون الأسرة تقتضي بأنّه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة فإن سبقت الخطبة الفاتحة تلك هي الخطبة المنصوص عليها في المادة 5 من نفس القانون و هي التي تعتبر وعدًا بالزواج، أما

[1] المجلة القضائية, للمحكمة العليا, العدد الأول, سنة 1990, ص67.

حالة اقتران الخطبة بالفاتحة بحسب المادة المشار إليها فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9.[1]

نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا قد أعطوا للخطبة المقترنة بالفاتحة في مجلس العقد صفة الزواج الصحيح عندما تكون بحضور الشهود و الولي و تحديد الصداق طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة و حسنًا فعلوا، لأنه زواجٌ شرعي من الناحية الدينية إلاّ أنه يلاحظ خلط بين ما يعتبر خطبة و ما 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 بالخطبة أو تسبقها لمدة غير محددة إلى أحكام المادة 5 في كلتا الحالتين.

إقتران الخطبة بالفاتحة في ظل قانون الحالي:

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

يتضح لنا أن القانون المعدل للمادتين 5 و 6 اعتبر أن الخطبة وعد بالزواج في المادة 5 و نفس الحكم ينطبق على إقتران الفاتحة بالخطبة الذي لا يعتبر زواجا، فهي ترتب نفس الآثار المتعلقة بالخطبة.

فالأصل العام أن الفاتحة عند اقترانها بالخطبة لا يعَّد زواجا، مما يجعل اعتبارها خطبة أما على مستوى المحاكم نجد أنها تعتبر الفاتحة المقترنة بالخطبة تخضع إلى أحكام المادة الخامسة منها الحكم الصادر بتاريخ 2007/01/16 أهم ما

[1] المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1995، ص 36.

جاء في حيثياته مايلى: حيث أن الدعي عليه دفع بأن المدعية قرأت فاتحتها مع شخص ثاني و أنه 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 2006/01/30 تحت رقم 8 بحاسي الغلة، حيث أن المدعية تطالب بإتمام مراسيم الزفاف و أن 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 يعد زواجا وعليه يتعين رفض دفعه[1].

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

عند استقراء الفقرة الأولى من المادة السادسة نفهم أن إقتران الفاتحة بالخطبة 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 و ليس في الخطبة.

[1] محكمة عين تموشنت قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2007/01/16 تحت رقم فهرس 07/1911.

و بهذا أصبحت الفاتحة من هذا المنطق تنصرف إلى عقد زواج شرعي و أصبح الناس يعتقدون أن الإمام ركن ضروري لصحة الزواج إذ بمجرد قراءة الفاتحة يعتقد الطرفين أن عقد الزواج قد تم بينهما حتى و لو لم يتوفر العقد على أركانه و شروطه حيث يتم إجراءها في بعض المناطق في مجلس الخطبة الذي يقام للإعلان عن الخطبة بين الطرفين، ينتهي بقراءة الإمام سورة الفاتحة و الدعاء للخطيبين للتبرك لهما، إلا أن الطرفين لا تتوفر فيهما شروط الزواج كأن تكون المخطوبة مثلا قاصرة و لم 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 و القانونية زواجا.

لقد أخذ قانون الأسرة المعدل في المادة 6 باجتهادات المحكمة العليا وما استقرت عليه من مبادئ الشريعة الإسلامية إذ اعتبر مفهوم الفاتحة أنها قراءة سورة الفاتحة و أن تقديمها أو تأخيرها أو اقترانها بالخطبة لا تغير من القيمة القانونية للوعد بالزواج و بالتالي 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 و أن 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 و القانونية ما يتعلق من أحكام الخطبة.

نجد في بعض المناطق أن هناك من الأطراف من يستوفي الأركان و شروط 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 و الدليل 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.

المطلب الثالث: إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد.

لقد نصت المادة 6 من القانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توفر ركن الرضا و شروط 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 و شروط الزواج المتعلقة بأهلية الزواج، و تقديم الصداق بحضور الشهود و ولي الزوجة مع خلو الطرفين من الموانع الشرعية الزواج.

لقد كرّس قانون الأسرة المعدّل 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.

و لتطبيق 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 و الشهود و ولي 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 و لم يعرف المقصود منه، إلاّ أن الفقهاء أجمعوا على تعريفه بأنه مكان و زمان التعاقد [1]، الذي يبدأ بالإشغال بالصيغة و ينقضي بإنتهاء الأشغال بالتعاقد و له ركنان هما:

الركن المادي:

هو الحيِّز الثابت أو المتحرك الذي يكون فيه المتعاقدين منشغلين بصيغة التعاقد، سواء كان الحيز مغلقا أو غير مغلق، و أن له نطاق أو مرمى أو حزم سمعي و بصري حيث يمتد المكان ليشمل المرمى السمعي و البصري سطحيا و أفقيا.

الركن المعنوي:

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

* مجلس العقد الحقيقي:

يكون المجلس حقيقيا عندما يكون المتعاقدين حاضرين بمجلس العقد و هذا هو الأصل فيه يبدأ المجلس بصدور الإيجاب من أحد المتعاقدين و يكون عادة من طرف الزوج بقوله زوجني ابنتك فلانة ثم يقترن بقبول الزوجة أو وليِّها و يتم تبادل صيغة العقد بقوله زوجتك إياها، و ينتج آثاره من لحظة علم الموجب بالقبول.

[1] رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

* مجلس العقد الحكمي:

يكون مجلس الزواج بدون حضور أحد المتعاقدين نظرا لغيابه و هذا المجلس يبدأ من لحظة التبليغ بالإيجاب و ينتج آثاره من لحظة الإعلام بالقبول.

2.صيغة التعاقد:

الأصل أن الإيجاب و القبول 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، و الزواج من العقود الأبدية لأنه يفيد ملك المتعة فالزواج لا ينعقد بألفاظ الوصية حتى و إن أفادت التملك لأنه مضاف إلى ما بعد الموت و الزواج يقتضي 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 الصيغة أو التعبير عن الإرادة التي يتكون العقد بها و يتم إبرامه، مع مراعاة عدم مباشرة المرأة لعقد زواجها أصالة عن نفسها و إنّما يكون من طرف وليِّها و يحضر مجلس العقد شاهدين للإشهاد على واقعة الزواج.

4.توافر ركن الرضا:

لقد نصّت المادة التاسعة من قانون الأسرة أن الزواج ينعقد بتبادل الرضا بين الزوجين و يكون بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد 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.

القَبول: هو ما صدر ثانيا من الطرف الثاني لآخر دليل على موافقته على ما أوجبه الأول و سمي الشخص هنا قابلا.

توافر شروط الزواج المنصوص في المادة 9 مكرر:

1/ أهلية الزواج:

تتمثل شروط صحة الزواج عند إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس 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 لترخيصٍ من رئيس المحكمة يسمح له بإبرام العقد قبل السن القانوني.

2/ الصداق:

يعتبر الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود و غيرها من كل ما هو مباح شرعا، و هو 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 بحضوره 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 أمرًا وجوبي في عقد الزواج كونهما شاهدين على صيغة التعاقد و شروط العقد في حالة وجود نزاع، حيث أنّ 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 و الزواج القانوني، كما يقلل من ظاهرة الزواج بالفاتحة الذي تنجر عنه عدة مسائل شرعية تستوجب حل قانوني، و بالتالي منع إثبات الزواج الغير الشرعي و إلحاق 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

[1] رمضان السيرنباطي، المرجع السابق، ص 112.

بتسجيله و التأشير على هامش عقدي ميلادهما بذلك، إلا أن الإشكال يثار عندما يكون النزاع قبل الدخول حيث يدعي أحدهما بوجود خطبة، و الطرف الثاني يؤكد بإبرام عقد شرعي بالفاتحة و يدعي 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 خطبة لا أكثر.

و نجد أن المحكمة العليا قد طبقت نص المادة 6 في فقرتها الثانية بعد تعديلها ذلك في القرار الصادر بتاريخ 2005/10/12 في الملف رقم 340671 و أهم 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 2005/09/11 بحضور جماعة من المسلمين أين تم تحديد الصداق بأربعين ألف دينار و خاتم الحنة إلى جانب توابع هذه الأخيرة (حقيبة تشتمل على عدّة أشياء سار عليها عرف الجهة) و حرّر قاضي أول درجة أقوالها هذه في محضر مؤرخ في 2002/9/8 و أن الطاعن حاليا دعاها لترك وظيفتها في التعليم إلاّ أن طلبه هذا رفضته و بناءا عليه نشأت دعوى الحال و تطالب فسخ خطوبتها مع منحها تعويض بسبب الضرر اللاحق بها، و حيث يتضح من أقوال المدعية و التي أيدها الطاعن أن ما يربط طرفي النزاع هو عقد زاوج تتوفر فيه جميع أركانه و بالتالي يتعيّن إصدار حكم إما بالتطليق أو الطلاق و لا يجوز في مثل قضية الحال حلّ الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع بفسخ الزواج لأن الفسخ تطبق عليه المادة 33 الفقرة الثانية و المادة 34من 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 أقرّت بتطبيق المادة 6 في فقرتها الثانية[2] كون الوقائع ينطبق عليها وصف الزواج العرفي الذي تم بالفاتحة و ليست خطبة و أن الدخول لم يتِّم بين الطرفين حسب معطيات القضية مما أدى بمن حضر المجلس يعتقدون أن ما يربط الطرفين هي خطبة لا أكثر نظرا لإعتقادهم أنّ الزواج العرفي يستوجب الدخول لإثباته إلاّ 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، ص 397.

[2] المادة 6 من الأمر 09.05 المؤرخ في4 مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.

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 لايتحقق 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،وذلكمن 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 وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج في قانون الأسرة 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 ."

المطلب الأول: مفهوم عقد الزواج و أنواعه

قام المشرع الجزائري بتنظيم عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري في الكتاب الأول الذي جاء تحت عنوان[1] الزواج وانحلاله، والذي يتضمن بابين و ما يهمنا هو الباب الأول الخاص"بالزواج.

[1] أبو بكر الجزائري، العلم و العلماء، دار الشهاب للطباعة و النشر ،الجزائر ،1985 ، ص50.[1]

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.[1]

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.

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.[2]

ثانيا_الزواج إصطلاحا: هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وعلى سبيل القصد والتقيد[3]

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، وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد

---

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

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

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

علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حال عدم الرضا.[1]

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**".[2]

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.[3]

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.

رابعا: مفهوم العقد في قانون الأسرة الجزائري

أ_ تعريف العقد في قانون الأسرة الجزائري : نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد من العقود، ونصت المادة 54 من القانون

---

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

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

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

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]

ب_ 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؟

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. [3]

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

---

[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

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)،مجلد1، ط2، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت – لبنان،1998 ، ص:149 .

الاتفاقات الهامة التي خصها المشرع باسم، وتتصرف تسمية اتفاق إلى الاتفاقات الأخرى.

ويقول الأستاذ علي فيلالي[1]: 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[2].

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 غلبتكلمة الإلتزام على كلمة الحق الشخصي في إسم النظرية، إذ سميت نظرية الإلتزام العامة لا نظرية الحق الشخصي.[3]

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 [4].

---

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

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

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

[4]علي علي سليمان، مرجع سابق، ص:08

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؟[1].

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 التصرفالقانوني[2] .

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 سليمة من الآفات العقلية، وغير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا، وهي في هذا لا تختلف في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الوضعي.[3]

---

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

[2] 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.

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

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[1].

الفرع الثاني: أنواع عقد الزواج

الزواج نوعان الزواج العرفي و الزواج و الرسمي، حيث أن الزواج العرفي لا يكون أمام ضابط الحالة المدينة و أمام الموثق بينما الزواج الرسمي يكون أمام الحالة المدنية و أمام الموثق.

أولا: الزواج العرفي

1. العرفي في اللغة:

هذه الكلمة مأخوذة من العرف و تعني في معاجم اللغة العربية فيقال عرف يعرفه، عرفا، و معرفة و اعترافا.

و هي من عرف العرفان أي العلم و رجل عرف و عروفة، و يعرف الأمور و عريف القوم سيدهم و عرف بذنبه عرفا، و اعترافات و المعروف ضد المنكر كالعرف و المعروفة لا يتحسن من الأفعال و عرفه طيبة و زينة و العرف،

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

و العرف النخل إذا بلغ الإطعام و العرف و العروف و الرمل المرتفع [1] و العرف المنجم.[2]

2. تعريف الزواج في الفقه الاصطلاحي

عرف الفقهاء الزواج بتعريفات مختلفة نوردها فيما يأتي:

عند الحنفية: عقد يفيد ملك المتعة قصدا. [3]

عند الشافعية: عقد يتضمن إباحة وطء إنكاح و نحوه.[4]

عند المالكية: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجبة قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها جرمتها في الكتاب على المشهود أو الإجماع على الآخر.

من خلال تعاريف الفقهاء نلخص أن الزواج عقد، ذلك أنه فيه إيجاب و قبول على مجرد احترز به من العقد على المنافع و الذوات متعة التلذذ، فأخرج بذلك المتعة لأنها من الأمور المعنوية و التلذذ من الأمور الحسية، غير عالم حرمتها أخرج نكاح المتعة و المحرمات إن حرمتها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر أي كل ما حرم بالكتاب و السنة و الإجماع.[5]

3. حكم الزواج العرفي:

---

[1] ابن منظور، سان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير و آخرون، دار المعارف، ج04، (د ط)، ص 2897-2902، باب العين المادة "عرف"

[2] الفيومي، (أحمد بن محمد بن علي النقري) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار القلم، بيروت، لبنان، (ب ط)، ص 553.

[3] الزيلعي، تبين الحقائق، شرح كبير الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط02، ج02، القاهرة، مصر، ص 94.

[4] الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت، ط02، ج2، 1983، ص 15.

[5] الرصاع، (أبو عبد الله محمد الأنصاري)، شرح حدود بن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط01، ج01، بيروت، لبنان، 1993، ص 235.

الأصل أن الزواج العرفي متى كان مستوفيا لكل شروطه الشرعية، فإنه زواج صحيح يترتب عليه كل الآثار الشرعية للزواج سواء للزوج أو الزوجة أو الأبناء.

و لكن لأسباب عدة غنه قد حصل شبه إجماع لدى الفقهاء المعاصرين بان الزواج العرفي المستكمل لأركانه و شروط الشرعية و الغير الموثق لدى الجهات المكلفة بذلك يوشك أن يكون حكمهم هذا بالحجج و الأدلة الآتية:

- أن الزواج العرفي عرضة للإنكار و يؤدي إلى ضياع حقوق الزوجة الشرعية و القانونية.
- أن فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، و طاعة واجبة، فيما ليس بمعصية، و يحقق مصلحة العباد.
- كما صدر عن الفقهاء المعاصرين فتوى بتحريمه و منعه بل و منهم من دعا غلى تحريم الزواج العرفي.[1]

فالعقد العرفي عبث و كثير ما تميله الشهوات، و النزوات، فبعد عرضنا لبعض آراء الفقهاء المعاصرين في حكم الزواج العرفي يتبين لنا ضرورة تسجيل عقد الزواج أمام الجهات الرسمية المكلفة بذلك، و هو واجب شرعي على كل مقبل على الزواج فمن لا يلتزم بذلك فهو آثم و إن كان العقد تترتب عليه آثاره الشرعية.

و هذا لما يترتب على عدم توثيقه من فساد و ضياع لحقوق الزوجة و الأولاد و على الآباء أن يلتزموا بأمر ولي أمرهم و لا يزوجوا بناتهم زواجا عرفيا و أن يحصروا على توثيقة، و حماية للنظام العام، و صونا لحقوق الزوجة و الأبناء.

ثانيا: الزواج الرسمي

[1] عبد الرحيم فودة، الزواج السري و العرفي، مجلة لواء الإسلام، ع02، السنة التاسعة عشر، 02 فبراير 1965، مطابع مذكور و أولاجه، القاهرة، مصر.

1. تعريف الزواج الرسمي:

هو الزواج الرسمي المكتمل من حيث الأركان و الشروط و تم تثبيت صحته في عقد محرر أمام موظف رسمي مؤهلا قانونا لتوثيق عقود الزواج الأمر الذي يضفي الرسمية على هذا العقد.[1]

2. كيفية تسجيل عقد الزواج الرسمي:

بعد تأكد الموثق و ضابط الحالة المدنية من توفر جميع الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج يقومون بمباشرة إجراءات التسجيل، فإذا كان الموثق هو الذي يتكلف بعملية التسجيل فإن عليه أولا التأكد من رضا الطرفين و الشروط، ثم و في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل عقد يقوم بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله بسجلات الحالة المدنية، و من ثمة و خلال مدة همسة أيام الموالية لوصول الملخص يسجل العقد في سجل الحالة المدنية و يسلم للزوجين دفترا عائليا، و يكتب بيان الزواج في سجلات الميلاد على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين.[2]

المطلب الثاني: شروط إبرام عقد الزواج

إن الزواج ذو مكانة سامية والعقد فيه هو من صنع الشارع و هذا حفاظا على قدسية العقد، فلا تخضع الرابطة الزوجية لأهواء الناس ولا يخرج بذلك الزواج عن

---

[1] ريمة عبير، الزواج العرفي و طرق إثباته، أطروحة دكتوراه، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011-2012، ص 25.

[2] عبيد فاطمة الزهراء، عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، شهادة ماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص 82.

معناه وما يحيطه به الشارع من تقديس، لكن هذا لا يمنع من إضافة بعض الشروط للعقد، و هذا ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري إذ نص على خمسة (05) شروط شرعية في المادة 9 مكرر

منه، بالإضافة إلى شروط اتفاقية تضمنتها المادة 19 من نفس القانون، وكذا شروط قانونية تتضمن الجوانب الشكلية لإبرام عقد الزواج.[1]

الفرع الأول: الشروط الشرعية في عقد الزواج

طبقا للمادة 9 مكرر ق.أ.ج فإنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : أهلية الزواج – الصداق – الولي – شاهدان – انعدام الموانع الشرعية للزواج .

سنتناول هذه الشروط بالدراسة كل على حدة فيما يلي:

أولا: الأهلية

يقصد بالأهلية تلك الوضعية القانونية التي تسمح للشخص بإبرام التصرفات المختلفة والتي ترتب آثارا صحيحة ومعترفا بها قانونا، وقد اشترط المشرع الجزائري عند إبرام عقد الزواج توافر الأهلية في كل من الزوجين، و تناولها في مختلف قوانين الأسرة السابقة ابتداء من الأمر الصادر في 04/04/1959 والذي نص في المادة 05 منه على أن أهلية الزواج بالنسبة للرجل هي 18 سنة كاملة وبالنسبة للمرأة هي 15 سنة كاملة، و مع ذلك لرئيس المحكمة بناء على دوافع قوية الإعفاء من شرط السن[2] .

وجاء القانون رقم 63-224 لينص في المادة الأولى منه على أن أهلية الزواج للرجل هي 18 سنة كاملة أما المرأة فهي 16 سنة كاملة، وأجاز كذلك لرئيس المح

[1] نسرين شريقي، قانون الأسرة الجزائري، درا بلقيس للنشر، الجزائر، 2018، ص 22.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 22.

المحكمة الترخيص للزواج قبل ذلك السن لدوافع قوية بعد أخذ رأي وكيل الدولة ووكيل النيابة.

ثم جاء قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ليعدل بدوره من أهلية الزواج وذلك في المادة السابعة منه و التي تنص على أن أهلية الزواج للرجل هي 21 سنة كاملة وللمرأة 18 سنة كاملة، وللقاضي الإعفاء من شرط السن لمصلحة أو ضرورة.

وأخيرا جاء الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والذي عدل بموجبه سن أهلية الزواج، إذ تنص المادة 07 منه على أنه : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام (سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين ملل على الزواج.[1]

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات."

بالنسبة لترخيص القاضي أن القاضي ؟ بستند عند تقديمه للترخيص بالزواج خطف القاصر و من ثم عرض الزواج قبل السن القانونية على جملة من الظروف، كحالة . بها على خاطفها سترا لها و حفاظا على مستقبلها مقابل إسقاط المتابعة الجزائية عنه. ، حالة القاصر المشردة و المتسولة في. وكذلك الجسدية تسمح بزواجها و قبلت هي به [2]

أما عن أهلية التقاضي فإنه في حالة وقوع نزاع بين الزوجين فللزوج القاصر سواء كان الرجل أو المرأة أن يرفع دعواه مباشرة أمام القضاء باسمه، فمثلا في دعوى الطلاق نجد المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص على

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 22.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 23.

أنه : " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة "، و نجد مثل ذلك و نحوه في المادة 81 وما يليها من ق.أ.ج .

كما أن المشرع الجزائري اعتبر الأهلية شرطا من شروط الزواج وذلك ما نص عليه في المادة 9مكرر من قانون الأسرة .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المترتب في حالة مخالفة السن القانوني خلافا لقانون 1963 الذي ينص على معاقبة كل من ضابط الحالة المدنية و الموثق والزوجين وممثليهما وكل الشركاء الذين لم يحترموا السن القانوني بالحبس و الغرامة أو إحدى العقوبتين.

ثانيا: الصداق .

1- تعريفه:

الصداق لغة مأخوذة من الصدق للدلالة على حسن وصدق النية،

أما شرعا فقد عرفه الفقهاء بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها، ودليل مشروعيته قوله تعالى: (وعاثوا النساء صدقيتين نخلة فإن طين لكم عن شيء منه نقشا فكلوه هييئا مريئا) – النساء، الآية 4 ، نحلة أي هبة وعطاء وليس بأي حال من الأحوال بدلا كالثمن و الأجرة وإنما هو هدية من الزوج لزوجته لتقريب القلوب وإعانة منه لها على مصاريف الزواج وجهازها...الخ.[1]

منه، بالإضافة إلى شروط اتفاقية تضمنتها المادة 19 من نفس القانون، وكذا..... قانونية تتضمن الجوانب الشكلية لإبرام عقد الزواج .

2- تكييف الصداق:

على الراجح من آراء الفقهاء أن الصداق حكم من أحكام عقد الزواج و أثر من آثاره وحق منحقوق الزوجة و ليس ركنا ولا شرطا في انعقاده، غير أن المشرع

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 23.

الجزائري ينص صراحة في قانون الأسرة على أن الصداق شرط من شروط عقد الزواج و ذلك في المادة 9 مكرر التي تنص على أنه : " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: – أهلية الزواج، – الصداق[1] ."...

3– **مقدار الصداق :** اختلف الفقهاء في تحديد مقدار الصداق سواء في حده الأدنى أو الأعلى، فمنهم من اعتبر حده الأدنى عشرة (10) دراهم، ومنهم من اعتبره ربع (4/1) دينار و منهم من اعتبره خمسة 05 دراهم ، منهم من لم يعتبر للمهر حدا أدنى بل كل ما يصدق عليه اسم المال يصلح أن i يكون مهرا لقوله تعالى: "أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسفحين ...) – النساء الآية 24 – ، فكل ما يسمى مالا قل أو كثر تصح تسميته مهرا لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «...التمس ولو خواتم من حديد...» – متفق عليه–، والخاتم من حديد لا يساوي 10 ولا 05 و03 دراهم، وليس للمهر حدا أعلى و في ذلك قوله تعالى) :

وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج و اتيتم إحدثهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئًا..) سورة النساء، الآية 20–[2]

وقد حث رسولنا – صلى الله عليه وسلم– على تيسير الزواج بعدم المغالاة في المهور، و من ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم –: « خير الصداق أيسره .«

و في قانون الأسرة الجزائري فإن الصداق لا يخضع في تحديد قيمته إلا لإرادة الطرفين، ..... لا توجد معايير معينة لذلك إلا أنه في حالة الخلاف يؤخذ بمهر المثل وهو المقدار المعمول به في المحيط الاجتماعي للزوجين إذ تنص المادة 15 من ق.ا على أنه : " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل "

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 24.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 24.

والأصل أن يدفع المهر وقت إبرام عقد الزواج، وللزوجة أن ترفض الانتقال إلى بيت الزوجية حتى يدفع لها كامل صداقها، أما إذا انتقلت إلى بيت الزوجية وتم الدخول فيعتبر ذلك قرينة على موافقتها على تأجيله[1] .

4- شروط الصداق : أ

ن يكون الصداق مقوما أي عنده قيمة معتبرة.

أن يكون مباحا و مشروعا.

أن يكون محددا في العقد طبقا لنص المادة 15 من. ق.أ.ج، و في حالة عدم تحديده تستحق الزوجة صداق المثل.

و من خلال نص المادة 15 من ق.أ.ج نستنتج أن المهر إما أن يكون مسمى و يقدم معجلا أو مؤجلا جملة أو بالأقساط، و إما أن يكون للمرأة مهر المثل في حال لم يسمى الصداق وقت العقد[2] .

5- مؤكدات المهر :

يتأكد المهر في العقد الصحيح في ثلاث حالات:

أ- الدخول الحقيقي:

وقد نصت عليه المادة 16 من ق.أ.ج بالقول : " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول ."...ويقصد بالدخول " الدخول الحقيقي" إذ يؤكد المهر المسمى وقت العقد أوالمتفق عليه بعده أو مهر المثل، فإذا حصل دخول لا يسقط المهر إلا بإبراء الزوجة أي تنازلها عنه و مسقطاته |الواردة في القرآن الكريم و الحديث و القياس ذلك أن الزوجة تكون بالدخول قد أوفت ما التزمت به أو جله فيكون على الزوج الوفاء بالحقوق التي وجبت عليه وفي مقدمتها المهر

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 25.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 25.

ب- الموت:

و قد نصت عليه أيضا المادة 16 من ق.ا.ج إذ تنص: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج ."...وللفقهاء في هذا تفصيل إذ الموت يؤكد المهر سواء أصاب الزوج أو الزوجة فهو ينهي عقد الزواج وقد تقررت أحكامه ومنها الميراث و المهر[1].

إذ اتفق الفقهاء على الموت الطبيعي و على قتل أجنبي لأحدهما .....لأحدهما فيه، وكذلك على قتل الزوج لزوجته، لأن الجناية منه لا تسقط حقا وكذلك على قتل الزوج نفسه، لأن ذلك لا يسقط حقوق الغير التي ترتبت بذمته .

أما قتل الزوجة لزوجها فيسقط المهر كله عند الجمهور، لأنها إن فعلت تحرم من الميراث ، فأولى أن تحرم من المهر

ت- الخلوة الصحيحة:

سكت عنها المشرع الجزائري إلا أن الفقهاء المسلمين متفقين على كون الخلوة الصحيحة والتامة موجبة و مؤكدة للمهر كاملا و يقصد بالخلوة الصحيحة، أن يجتمع الزوجان في مكان أمن من إطلاع الغير عليهما، حيث لا يوجد ثمة مانع حقيقي أو طبيعي أو شرعي فإذا حصل الاجتماع على هذا النحو، فقد حصلت الخلوة و تأكد المهر ووجبت العدة ولو لم يحصل في الاجتماع شيء .

- المانع الحقيقي : فهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها كأن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع من الدخول بها و أن يكون بالزوج ما يمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيرا أو مريضا.[2]

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 25.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 26.

- المائع الطبيعي : فوجود شخص ثالث معهما لأن الطبع يمنع الدخول مع وجوده، ولا فرق بين أن يكون هذا الشخص صاحبا أو نائما، أعمى أو بصيرا أو صبيا إذا كان يفهم الأشياء.
- المانع الشرعي : فهو أن يكون أحد الزوجين في حال تمنعه شرعا من الدخول كالصوم الإحرام والحيض فإذا كان من ذلك شيء فإن الخلوة لا تكون صحيحة، وتجدر الإشارة إلى لتي تختلف فيها الخلوة عن الدخول الحقيقي :
- **الإحصان**

هو الزواج مع الدخول الحقيقي و الخلوة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي فيه فإذا زل ل و امرأة وكانا محصنين الحد هو الرجم بشرط الدخول الحقيقي لا الخلوة.[1]

- **حرمة البنات:**

فالدخول بالأمهات يحرم البنات حرمة مؤيدة بشرط الدخول الحقيقي لا الخلوة.

- **حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها :**

فالمطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها إلا بعد أن يتزوجها رجل آخر و يدخل بها دخولا حقيقيا ثم بطلقها و تنتهي الدخول الحقيقي.

- **الرجعة**

إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول الحقيقي كان له أن يرجعها خلال العدة في الطلاق الأول أو الثاني أما في حالة الطلاق بعد الخلوة فلا تثبت الرجعة.

6- النزاع في الصداق:

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 26.

تقضي المادة 17 من ق.آ.ج بأنه : " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين و إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ."

وعليه، فقبل الدخول يكون الأخذ بقول الزوجة لأن الأصل عدم تسلم المهر والزوجة هي التي تدعي بعدم استلامها المهر فيكون إدعاؤها موافقا للأصل، أما بعد الدخول فالأصل هو تقديم المهر و يؤخذ بقول الزوج بعد الدخول لأنه موافق للأصل و يلزم في كل حالة أن تؤدي سواء الزوجة وورثتها أو الزوج وورثته اليمين أمام القاضي.

كما يمكن أن يحصل اختلاف بين الزوجين في وقوع الخلوة من عدمه كأن تطالب المطلقة بالمهر كاملا لأنه اختلي بها، و قال الزوج بنصف المهر، لأن الطلاق وقع قبل الدخول و لم تسبقه خلوة، فالقول قول المرأة مع يمينها لأن الأصل هو ثبوت المهر كله في ذمته بالعقد وخلاف الأصل ثبوت نصفه، وهي تدعي الأصل لذا فالقول قولها.[1]

3- حالات سقوط المهر :

في حالة انعدام مؤكدات المهر من دخول حقيقي أو حكمي (خلوة) أو موت كان هذا المهر عرضة للسقوط كله أو نصفه على الوجه التالي :

1- سقوط نصف المهر :

نص عليه المشرع في قانون الأسرة الجزائري و ذلك في المادة 16 منه بالقول : "...و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". و هذه الحالة تكون : قيام عقد صحيح بين الزوجين ووقوع الطلاق بينهما بعد ذلك قبل الدخول[2].

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 27.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 27.

) 2- سقوط المهر:

أ- يسقط المهر الغير مؤكد بدخول حقيقي أو خلوة كله إذا كانت.....الطلاق) باستعمال حقه الشرعي، و هو الفسخ بخيار البلوغ أو خيارا مضطرب العقل.

ب- إذا كانت الفرقة فسخا من جانب المرأة وكانت بمعصية منها كردتها، أو بفاحشة و أحد أصوله أو فروعه، أن المعصية لا توجب حقا، ولأن الفسخ جاء من جانبها

ت- إذا كانت الفرقة من جانها و كانت باستعمال حقها الشرعي و هو الفسخ بخيار البلوغ أو فعلتها مع ما لم يؤكد بدخول أو خلوة.

ث- في حالة برأت المرأة زوجها من المهر قبل الدخول، أي تنازلت له عنه أو وهبته له. الإفاقة ما لم يؤكد بدخول أو خلوة. فيسقط المهر بإسقاطها له لا يحكم الشارع. [1]

4- جزاء تخلف شرط الصداق :

ذلك ما نصت عليه المادة 33/2 من ق.آ.ج، فإذا تم الزواج بدون صداق يفسخ قبل الدخول (أي العقد) ولا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل

ثالثا : الولي

مفهوم الولي:

الولاية – بكسر الواو- لغة هي المحبة و النصرة ، ومنه قوله تعالى : و ومن يتول الله ورسوله والذين ءامنوا فإن حزب الله هم الغالبون . (سورة المائدة، الآية 56

أما اصطلاحا: فهي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسيين هما : ولاية إجبار و ولاية اختيار. [1]

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 28.

أ- **ولاية الإجبار**: تكون هذه الولاية على الفتاة البكر أو الصغيرة غير البالغة حيث أن للولي السلطة في تزويجها وقد أجاز الفقهاء قديما تزويج الصغار دون انتظار موافقتهم لكن في عاليا من بلا العصر الحديث ألغيت ولاية الإجبار.

وهذا ما تؤكده المادة 13 في أج بالنص على أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها."

ب- ولاية الاختيار:

وتسمى ولاية المشاركة، و هي تثبت الولي على المرأة العاقلة الراشدة. فلها حق الاختيار بين القبول والرفض شرعا في جل المذاهب الفقهية، و إنما يبرم الولي لفظها نيابة عنها، و رأي الجمهور أن الولي هو الذي " يبرم عقدها بعد استئذانها فالمرأة بذلك تشترك وليها في اختيار الزوج.[2]

2- شروط الولي :

يشترط في الولي بعض الشروط منها ما هو متفق عليه و منها ما هو مختلف فيه.

أ. الشروط المتفق عليها:

1- كمال الأهلية بالبلوغ و العقل و الحرية، كون أن الولاية تتطلب كمال الحال،

2- اتفاق دين الولي و المولى عليه، فلا ولاية لكافر على مسلمة ولا مسلم على كافرة عند الحنابلة و الحنفية، وقال الشافعية و غيرهم يزوج الكافر الكافرة، و قال المالكية بزوج الكافرة الكتابية مسلم و لا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر. [3]

---

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 28.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 29.

[3] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 29.

الشروط المختلف فيها

1- **الذكورة:** شرط عند الجمهور غير الحنفية فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها الولاية على نفسها فعلى غيرها أولى.

2- العدالة: وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية و الامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وهي شرط عند الشافعية و الحنابلة فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق

وذهب الحنيفية و المالكية إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية، لأن حق الولاية عام و لم ينقل أن وليا في عهد الرسول – صلى الله عليه وسلم– و من بعده منع التزويج سبب فسقه، وهذا الرأي هو الراجح.[1]

الرشد ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفء و مصالح النكاح لا حفظ المال، لأن سبه، ومعناه عند الشافعية عدم تبذير المال، وقال الحنفية والمالكية :ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرط في ثبوت الولاية.

الخلو من الإحرام بحج أو عمرة : فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، فإن عقد فسخ العقد أبدا، ومثله إحرام الزوجين.

عدم الإكراه: فلا يصح الزواج من مكره ذكره المالكية وهو شرط في صحة كل العقود.

3- أحكام الولاية في قانونالأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر في أرج على أن الولي شرط) كما أكد ذلك في المادة 110/1 فاح بالقول أنه: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليا و هو أبوها أواحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره...".

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 29.

و في هذه المادة تلاحظ أن المشرع اسند أمر مباشرة الزواج إلى المرأة الراشدة بخلاف ما كان عليه الأمر في المادة القديمة و التي كانت بالصيغة التالية: " يتولى زواج المرأة وليها..."، كما يتضح لنا من نص المادة أن المشرع وسع من دائرة الولي، بحيث يمكن لأي شخص تختاره المرأة الراشدة أن يكون لها وليا، فهذا التوسيع جاء مطلقا فلم يقيده المشرع في . حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذوي القربي عموما، علما أن الشريعة الإسلامية تراعي في ذلك ترتيب العصبة، فيكون الأب ثم الجد ثم الاخ ثم العم . ، مع مراعاة درجة القرابة فإذا لم يكن هناك أحد الأقارب كان القاضي ولي من لا ولي له. دون الذهاب لأي شخص آخر تختاره فالأفضل أن يكون القاضي هو الولي في حالة عدم وجود الأولياء الأقارب، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري بالنسبة لزواج القصر حيث نص في المادة 11/2 ق.أ.ج على أنه: " يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

كما ألغى المقنن الجزائري بمقتضى المادة 13 ق.1 ولاية الإجبار بالنص أنه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها.[1]

4- أثر تخلف شرط الولي :

تقضي المادة 33 ق.آج بأنه إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، فإنه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

وبذلك فإن شرط الولي في قانون الأسرة الجزائري هو شرط من شروط العقد الأساسية .

رابعا: الشاهدان:

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 29.

اتفق جمهور الفقهاء على اشترط حضور شاهدين اثنين في عقد الزواج لحديث أمنا عائشة (رضي الله عنها) أن الرسول – صلى الله عليه وسلم– قال: « لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل » – صحيح ابن حبان– أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الشهادة شرطا من شروط عقد الزواج موافقا بذلك رأي الجمهور و ذلك بالنص على هذا الشرط في المادة 9 مكرر ق أرج و الحكمة من اشتراط الشاهدين في عقد الزواج هي إعلان الزواج و إخراجه من ا السرية وإثبات حقوق الزوجين وورثتهما في حالة وقوع خلاف بعد الزواج[1].

1- الوقت الذي تجب الشهادة فيه :

ذهب جمهور الفقهاء – وهو الرأي الراجح – إلى أن الشهادة تجب وقت إنشاء العقد والنطق بالإيجاب والقبول ليسمع الشهود كلام المتعاقدين ويرجع إليهما في حال النزاع.

أما المالكية فقد جعلوا الشهادة بالخيار، إما وقت العقد أو وقت الدخول، و يوجبون الإعلان و عدم اشتراط الكتمان على الشاهدين.

2- شروط الشاهدين :

يشترط في الشاهدين ما يلي:

1- الأهلية : إذ يشترط أن يكون الشاهدين بالغين عاقلين، فلا تصح شهادة غير العاقل والصبي.

2- الإسلام : إسلام الشاهدين متفق عليه، وكون أن لهذا العقد اعتبارا دينيا فإذا كان الزوجان مسلمان لابد أن يشهد عليه من يدين بدين الزوجين، أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية أي يهودية أو نصرانية فقد ذهب أبو حنيفة إلى جواز شهادة الكتابي في مثل هذا العقد، أما الجمهور فذهبوا إلى عدم جواز ذلك .

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 30.

3- **سماع الشهود كلام المتعاقدين و فهمه :** فلا تصح شهادة الأصم و الذي لا يفهم اللغة، ولا تصح كذلك شهادة النائم، وقد أجيزت شهادة الأعمى عند الجمهور إذا كان يميز جه لا شك فيه لأن هذه الشهادة على القول فتصح كما في المعاملات. [1]

4-تعدد الشهود : يجب حضور شاهدين على الأقل.

5- **أن يكون الشهود رجالا :** وبذلك قال الإمام الشافعي ومالك وأحمد، أما الإمام أبو حليفة فيرى أنه تجوز شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج قياسا على الشهادة في الأموال.

6- **العدالة :** لا تصح شهادة الفاسق عند الجمهور، لأن القصد من الشهادة تكريم الزواج و حفظ الحقوق و الفاسق لا يكون أهلا لذلك، أما الأحناف فيجعلون شرط العدالة شرط كمال في الشهود وليس شرط صحة، فالعدالة عندهم مستحبة[2].

3- الآثار المترتب على تخلف شرط الشاهدين:

يرى جمهور الفقهاء أن الشهادة أو الإشهاد في الزواج شرط لا بد منه، وقد اتفقوا على أنه ليس شرط انعقاد بل هو شرط صحة، و تخلفه يؤدي إلى فساد العقد أو إلى إمكانية فسخه واختلفوا فيما دون ذلك. [3]

حسب المشرع الجزائري، إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، طبقا لما جاء في المادة 33/2 ق.آ.ج.

---

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 31.

[2] المادة 09 مكرر، ملف رقم 607991 قرار بتاريخ 10/02/011 ، مجلة المحكم العليا، العدد 02، 2011، ص 270.

[3] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 32.

خامسا : انعدام الموانع الشرعية للزواج من شروط انعقاد الزواج خلو كل من الزوجين من الموانع الشرعية، وهذا لقوله تعالى :وأحل لكم ما وراء ذالكم أن تبتغوا بأموالكم تحصنين غير سفين... – سورة النساء، الآية 24–

و المحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان و المكان، لأنها لا تقبل تغيير ولا التبديل وليس فيها مجال للاجتهاد، وقد وردت أحكام المحرمات من النساء في كون الأسرة الجزائري تحت عنوان " موانع الزواج " في المواد من 23 إلى 31 .تقضي المادة 23 ق.ا.ج بأنه: " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤيدة والمؤقتة ". وعليه فإن الحرمة قسمان: حرمة مؤيدة وحرمة مؤقتة[1].

1– **الحرمة المؤيدة** : فإن المحرمات من النساء على سبيل التأبيد هي ما كان سبب " التحريم قائما و دائما، فتمنع المادة 24 ق.أ.ج بأن موانع النكاح المرأة أن تكون زوجة للرجل في جميع الأوقات، إذ تقضي ' المؤيدة هي :

القرابة – المصاهرة – الرضاع.

وقد جمعت هذه المحرمات في الآيات 22 و23 من سورة النساء.

أ. **المحرمات بالقرابة:**

جاء في المادة 25 ق.آج بأن المحرمات بالقرابة من:

الأمهات : أي الأصول و إن علون، كالأم و الجدة من جهة الأب و الأم.

البنات : أي الفروع من النساء و إن نزلن، كالبنت، بنت البنت، بنت الابن وإن نزلن.

الأخوات: سواء كانت شقيقة الأم من الأب أو من الأم.

العمات: سواء كن شقيقات من الأب أو من الأم.

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 32.

الخالات : أي أخوات الأم شقيقات كن من الأب أو من الأم.

بنات الأخ وبنات الأخت.

والحكمة من تحريم هذه الأصناف منتزع من الطبيعة البشرية و الفطرة الإنسانية السليمة في درء المفاسد التي تؤدي إلى قطيعة الرحم و الانحلال الاجتماعي والخلقي، بالإضافة إلى أن الزواج بين الأقربين يضعف النسل كما يقرر ذلك العلماء.

ب. المحرمات بالمصاهرة : نص المشرع الجزائري في المادة 26 ق.أ.ج على أن المحرمات بالمصاهرة هن :

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها

2- فروع الزوجة، فتحرم بنات الزوجة أي الربائب بشرط الدخول بها.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علوا، أي زوجة الأب لقوله تعالى : ه ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا، أي زوجة الابن المعبر عنها في القرآن الكريم بحلائل أبنائكم[1].

و هنا نشير إلى أن كل المحرمات بالمصاهرة يحرمن بمجرد العقد، إلا الربائب أي بنات الزوجة فلا يحرمن إلا بالدخول.

المحرمات بالرضاع : لقد ورد النص عليها في المواد 24 إلى 29 ق. أ.ج إذ تفضي المادة 27 بأنه: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ."

و يشترط أن يكون الرضاع في الحولين أي خلال العامين قبل الفطام سواء كان قليلا أو كثيرا، وذلك لقوله تعالى: والوالدات يرضعن أولدهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة -سورة البقرة، الآية 233 وعن أم سلمة قالت: قال رسول -

[1]نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 33.

صلى الله عليه وسلم –: « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام. [1]

2- **الحرمة المؤقتة:** و هي الحرمة التي تكون لسبب ظرفي مؤقت فإذا زال السبب زال التحريم، وقد نص المشرع الجزائري عليها في المادة 30 ق أج و حصرها في ست أحوال كالأتي:

أ- المحصنة أي زوجة الغير، فلا يجوز الزواج بها مادامت في عصمة زوجها، وهذا منعا من الاعتداء على حق الغير، وحفظ الأنساب من الاختلاط و الضياع.

ب- المعتدة من طلاق أو وفاة، فلا يجوز عقد النكاح عليها إلا بعد انتهاء المدة التي فرض الله بعد فرقة زوجها.

ج- المطلقة ثلاثا، لا تحل لزوجها الأول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا، فيموت أو يطلقها طلاقا طبيعيا غير محلل وتنقضي عدتها، ويكون ذلك بعقد جديد.

د- الجمع بين الأختين، فلا يجوز أن يجمع الرجل بين المرأة وأختها، سواء كانت أختا شقيقة لأب أو لأم أو من الرضاع.الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.

ح- زواج المسلمة من غير المسلم، هو زواج باطل بإجماع و اتفاق المذاهب والقوانين الإسلامية، إلا إذا أسلم الرجل.

3- حكم الزواج بإحدى المحرمات :

تقضي المادة 34 ق.أ.ج بأن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء. [2]

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 34.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 35.

الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

لقد أحاط الشارع عقد الزواج بجملة من المبادئ و الأحكام التي لا يمكن للطرفين أي الرجل و المرأة أن يتفقا على خلافها، كعلنية العقد و تأييده لكن هذا لا يمنع من اقتران عقد الزواج بشروط أخرى لا تتناف مع أحكام الشارع وكذا القانون .

وهذا ما نصت عليه المادة 19 ق.أ.ج بالقول أنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

والشروط المقترنة بعقد الزواج في الشريعة الإسلامية أنواع منها الصحيحة و غير الصحيحة و المختلف فيها[1].

أولا : الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج

و كون هذه الشروط في ثلاث صور هي:

1- شرط يؤكد مقتضى العقد كالتأكيد على وجوب النفقة.

2- شرط ورد به النص الشرعي كاشتراط تأجيل الصداق

3- شرط جرى به العرف كاشتراط دفع مؤخر الصداق عند الطلاق أو الوفاة، أو اشتراط في عض المناطق تأثيث المنزل بما يناسب الوضعية الاجتماعية.

ثانيا : الشروط غير الصحيحة المقترنة بعقد الزواج.

يقصد بها الشروط المخالفة لمقتضى العقد، و لم يرد فيها نص، و لم يجري بها العرف، كاشتراط عدم الإنفاق أوعدم التوارث .

هذه الشروط لا خلاف في بطلانها، فبعضها يؤثر على صحة العقد كاشتراط عدم المعاشرة لزوجية، حيث تقضي المادة 32 ق.أ.ج ببطلان العقد في هذه الحالة

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 35.

بالنص على أنه " :بطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد." [1]

و في حال اشترطت الزوجة على زوجها تطليق ضرتها (الزوجة السابقة) أو اشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته فإنه يبطل الشرط و يصح العقد لأن هذه الشروط لا تؤثر في العقد و لا تؤدي إلى إبطاله، وهذا ما تؤكده المادة 35 ق أرج بالنص: " إذا اقترن عقد بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا".[2]

ثالثا :الشروط المختلف فيها في الزواج

وهي الشروط التي لا تتنافى و مقتضى عقد الزواج و لا تؤكده، ولا تخالف مبادئ الشريعة. لكن فيها منفعة لأحد الزوجين، كأن تشترط الزوجة على زوجها إسكانها وحدها أو عدم السفر بها خارج وطنها، أو أن تشترط أن تبقى في عملها أو أن تتابع دراستها أو ما شابه ذلك. فهذه الشروط نص المقنن الجزائري على صحتها مؤيدا في ذلك المذهب الحنبلي الذي توسع في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد .

وقد نصت المادة 19 ق.أ.ج على وجوب عدم مخالفة هذه الشروط لمبادئ الشريعة والنظام العام و أحكام القانون وكذا عدم الإخلال بالمقصود من الزواج .[3]

الفرع الثالث الشروط القانونية الرسمية في عقد الزواج

أضافت قوانين الأحوال الشخصية ومنها قانون الأسرة الجزائري شروطا أخرى في عقد الزواج لإتمام الرسمية فيه استجابة لمقتضيات العصر، و تتمثل في جملة من الوثائق الرسمية و الرخص القانونية التي أوجبها المقنن الجزائري، منها شروط سابقة لعقد الزواج وشروط مع التسجيل.

أولا : الشروط السابقة لتسجيل عقد الزواج :

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 35.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 36.

[3] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 36.

الوثيقة أو الشهادة الطبية : نص عليها المشرع في المادة 7 مكرر من ق.ا.ج بالقول أنه: " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج. [1]

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

يفهم من نص المادة أن المشرع أوجب على الزوجين المستقبليين أن يقدما شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر للكشف عن أي مانع قد يعرقل الزواج، وألزم الموظف العمومي الذي سيحرر عقد الزواج سواء كان الموثق أو ضابط الحالة المدنية من التأكد من الخضوع لهذه الفحوصات والتأشير عليه في عقد الزواج.

وقد أشارت المادة في الأخير إلى أن تحديد شروط وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة يخضع للتنظيم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11/05/2006 .[2]

ترخيص القاضي : ويكون في حالتين:

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 36.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 06 – 154 مؤرخ في 11 مايو سنة 2006 ، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة (ج ر3 مؤرخة في 14 مايو 2006(

في حالة عدم وصول السن القانوني : وذلك تطبيقا لنص المادة 7 من قي.أ.ج و التي تقضي بأن أهلية الزواج للرجل و المرأة تكتمل بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة إذا كان الطرفين قادرين على الزواج.

في حالة التعدد : و هذا ما نصت عليه المادة 8/2 ق.أ.ج بالقول أنه: " الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي سيقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ". [1]

ثانيا : شروط تسجيل عقد الزواج و توثيقه

ينص قانون الأسرة على وجوب تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية لا يعتد بسواها في حالة تنازع الزوجين، وتنص المادة 18 من ق.أ.ج على أنه: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

ولقد أخص المشرع الجزائري في قانون الأسرة قسما متعلقا بعقد الزواج و إثباته ابتداء من المادة 18 إلى المادة 22، مع الإشارة أن المادة 21 تحيلنا إلى قانون الحالة المدنية لمعرفة إجراءات تسجيل عقد الزواج و الوثائق اللازمة لهذا التسجيل، وكذا العقوبات التي يخضع لها محرر عقد الزواج عند مخالفته لهذه النصوص.

وتنص المادة 22 من في أج على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة) حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.[2]

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

ويتضح لنا من تفحصنا لنص المادة أنها تضمنت حالتين هما:

1- حالة العقد المسجل، ويتم إثباته بمستخرج من سجل الحالة المدنية.

[1] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 37.

[2] نسرين شريقي، المراجع السابق، ص 38.

2- حالة عقد الزواج غير المسجل، أي الزواج العرفي فإنه لا يثبت إلا بحكم قضائي مع وجوب توفر الشهود و الولي و إثباته بالطرق المختلفة، فإذا صدر الحكم القضائي بتثبيت الزواج وجب عنديد تسجيله في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

مع العلم أن الزواج الكامل الأركان و الشروط يعتبر صحيحا شرعا، ولكن عدم تسجيله في سجل الحالة المدنية يضيع حقوق الزوجين و الأولاد، و لهذا لا يقبل التفريط في تسجيل عقد الزواج وإهماله لأنه يؤثر بشكل سلبي في مستقبل الزوجة والأولاد[1].

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج و آثاره

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول سنتناول فيه أركان عقد الزواج، أما المطلب الثاني آثار إبرام عقد الزواج.

المطلب الأول: أركان عقد الزواج

يقصد بالرضا أو الصيغة اللفظ الدال على حصول الزواج وتحققه إيجابا وقبولا، و قد تناول المشرع الجزائري ركن الرضا في كل من المادتين 9 و 10 ق أ.ج .

الفرع الأول: مفهوم الرضا

إذ يتضح لنا من نص المادتين أن الركن الأساسي و الوحيد في عقد الزواج هو الرضا أي الإيجاب و القبول، إذ تنص المادة 10 ق.أ.ج : " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا .

[1] المادتان 09، مكرر، ملف رقم 492298 فرار بتاريخ 08/04/2009، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، ص 301.

و يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة ."

وعليه، فالإيجاب هو القول أو اللفظ أو الكتابة أو الإشارة الصادرة عن أحد الطرفين أي المتعاقدين بصفة أولية .

أما القبول فهو الرد من طرف المتعاقد الآخر الدال على موافقته كأن يقول ولي المرأة : (زوجتك ابنتي) و يجيب الرجل : (قبلت) وغيرها من العبارات، وغالبا ما يصدر الإيجاب من الرجل. [1]

أولا- الألفاظ التي تنشأ عقد الزواج

إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه حسب نص المادة 10/1 ق.أ.ج التي تقضي بأن تكون الصيغة بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

وبذلك يمكن حصر ألفاظ عقد الزواج حسبما يراه الفقهاء فيما يلي:

-لفظ الزواج و النكاح : وهي دالة صراحة على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج، فهما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد و هما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة.

-لفظ الهبة والتمليك: لم يجز بعض الفقهاء لاسيما الشافعية والمالكية هذه الألفاظ لأنها غير صريحة في إرادة الزواج، لكنها كناية عنه و الكناية لا تعلم إلا بالنية، إلا أن المالكية أجازوا انعقاد الزواج بلفظ الهبة إذا ذكر معها المهر، أما إذا لم يذكر فلا ينعقد الزواج ولو قصد به الزواج.[2]

[1] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 18.

[2] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 19.

وذلك استنادا لقوله تعالى: (...وأمرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد التي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين..) – سورة الأحزاب، الآية 50.

ولفظ التمليك ورد في قوله – صلى الله عليه وسلم –: « إذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن »

وقد أجاز أيضا هذه الألفاظ الأحناف لورودها في الكتاب و السنة.

نشير إلى أن جمهور الفقهاء يجيز أن يكون اللفظ بأية لغة مادام المتعاقدان والشهود يفهمون المقصود، لأن الصيغة لا يقصد منها إلا الكشف عن الإرادة الداخلية التي هي أساس التعاقد، و إن كان بعض الفقهاء يرون كراهية استعمال غير العربية لدى القادرين النطق بها.

كما يجيز المالكية و الحنابلة و الأحناف أن يكون الشخص الواحد ممثلا لطرفي العقد، فيكون موجبا وقابلا في آن واحد مثل : الجد وليا على حفيده، و الأب الذي في ولايته ابنة أخيه.[1]

ثانيا– الألفاظ التي يتم بها الزواج

الأصل في الألفاظ الموضوعة للتعبير عن إرادة المتعاقدين لإنشاء عقد الزواج هي ما كانت بصيغة الماضي. كأن يقول الخاطب: (تزوجتك على مهر قدره كذا)، لأن الإرادة قد حصلت قبل اللفظ والفعل الماضي يعبر عن تلك الإرادة و حصولها بما لا يحتمل الوعد أو الشك.

كما أجاز الفقهاء في عقد الزواج إذا كان الإيجاب بصيغة المضارع أو صيغة الأمر أو حتى جملة اسمية مادام القبول يكون بصيغة الماضي، كأن يقول الرجل :

[1]نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 19.

(أنا متزوج ابنتك بمهر كذا) أو (زوجيني نفسي) أو (أتزوجك بمهر كذا)، فتقول: (قبلت).[1]

ثالثا- شروط الصيغة

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الصيغة لذلك وجب الرجوع إلى نص المادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتتمثل شروط الصيغة في :

1- إتحاد المجلس، أي صدور القبول و الإيجاب في مجلس واحد دون أن يفرق بين الإيجاب والقبول بفاصل يدل على إعراض الطرف الآخر.

2- أن يكون القبول موافق للإيجاب في جميع جزئياته.

3- أن يكون الإيجاب و القبول بألفاظ مفهومة بين الطرفين بما يفيد معنى النكاح شرعا أو لغة أو عرفا، إذ يجوز في حال كان أحد المتعاقدين عاجزا عن التعبير كالمريض أو الأخرس أن يكون الإيجاب و القبول بالكتابة أو الإشارة المعلومة، وهذا ما نصت عليه المادة 10/2 ق.أ.ج بالقول : " يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أوعرفا كالكتابة و الإشارة.[2]

4- في حالة المراسلة وجب حضور الشهود، وكذا في حالة تعذر حضور أي من الطرفين (الرجل أو المرأة)، ويشترط قراءة الرسالة أمام الشهود و أن يصدر القبول مباشرة في المجلس.

5- أن تكون الصيغة منجزة غير معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن في المستقبل، فلا يصح مثلا أن يقول الولي : (قبلت تزويجك ابنتي إذا نجحت وتخرجت)، فهذه العبارة تدخل في مجال الوعد بالزواج وليس العقد ..

[1] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 19.

[2] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 20.

6- وقد ألغي الأمر 05-02 المادة 20 التي كانت تجيز الوكالة في عقد الزواج[1].

رابعا- مدى تطبيق عيوب الرضا في عقد الزواج.

كما نعلم فعيوب الرضا هي ثلاثة : الغلط و الإكراه والتدليس، ومن الفقهاء من يضيف إلى هذه العيوب الغبن (أو الاستغلال

و نجد في القانون المدني الجزائري نصوص جاءت بأحكام تتعلق بعيوب الرضا تضمنت المواد من 81 إلى91.[2]

و عقد الزواج كغيره من العقود يمكن أن يتعرض لأحد عيوب الرضا و التي يمكن إبرازهاالحالات التالية :

- الإكراه : كحالة الشخص المقبوض عليه و المهم بارتكاب جناية هتك عرض (جريم اغتصاب) والذي يجبر على عقد الزواج مع الضحية بقصد تخفيف العقوبة المسلطة عليه، و كذلك الصورة التي تضمنتها المادة 13 قاب و حالة ما يجبر الولي من في ولايته على الزواج أو يريد أن يزوجها بدون موافقتها .

- الغلط : قد يحدث ذلك في عقد الزواج و ذلك في شخص العاقد إذا كانت شخصية العاقد محل اعتبار في العقد، كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو مكونه من عجزه الجنسي حين العقد.

- التدليس : ويتمثل في عقد الزواج في الخديعة باستعمال طرق احتيالية توقع الشخص في وهم . م بدفعه إلى التعاقد[3] .

خامسا- أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

[1] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 20.

[2] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 20.

[3] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 21.

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الزواج باطل أو منعدم في حالة تخلف ركن الرضا في العقد، فلا يرتب أي أثر قبل الدخول و لا يحل به الدخول .

أما بعد الدخول، فيقول بوجوب التفرقة بين الزوجين و إلا اعتبر زنا و أوجب إقامة الحد. فلا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة، كما أنه لا يرد طلاق، أما النسب فقد اختلف فيه الفقهاء فقال الجمهور بعدم ثبوته عكس الحنفية التي قالت بثبوته .

و عليه و حسب المشرع الجزائري فإن الزواج يكون باطلا بطلانا محققا لاختلال ركنه الأساسي أي ركن الرضا، وهذا ما قضت به المادة 33/1 ق.أ.ج بالنص على أنه : " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا."

ذلك أنه لا يجوز الزواج بدون رضا سليم و اختيار ملؤه الحزم والحرية.[1]

الفرع الثاني: شروط ركن الرضا و صوره

الفرع الثاني: شروط ركن الرضا و صوره

تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة". نلاحظ من خلال نص المادة أن للإيجاب و القبول الصيغة في عقد الزواج صور مختلفة، فقد يكون لفظا كما قد ينعقد بطرق أخرى غير اللفظ كالكتابة و الإشارة لذلك سنتعرض غلى الصيغة اللفظية أولا ثم الصيغة غير اللفظية ثانيا.

أولا- الصيغة اللفظية:

[1] نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 21.

تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ما يستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد لا الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب و القبول، و لا اللغة التي يتم بها العقد، و لا حتى صيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب و القبول، و هذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

1. الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح:

و هي الألفاظ التي صخ التعبير بها عن عقد الزواج، و فيما يلي ذكر لهذه الألفاظ بقسيميها فمنها ما اتفق عليه الفقهاء، و منها ما اختلفوا فيه:

أ. ألفاظ متفق على صحة العقد بها:

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

ب. ألفاظ متفق على عدم صحة العقد بها:

اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالألفاظ التي لا تدل على تمليك العين في الحال، و لا على بقاء الملك مدى الحياة و هي: الإباحة، الإعارة، الإجازة، المتعة، الوصية، الرهن، الوديعة و غيرها.[2]

[1] سورة النساء، الآية 03.

[2] محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 114.

2. الألفاظ المختلف فيها:

اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج ببعض الألفاظ فينعقد عند الحنفية بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال كلفظ الهبة، الصدقة، العطية، التمليك، و الاستئجار، بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج و فهم الشهود المقصود.

و ينعقد عند المالكية بلفظ التزويج و التمليك و ما يجري مجراها كالبيع، الهبة، الصدقة، و العطية، شرط ذكر المهر ليكون قرينة على الزواج، فإن لم ذكر المهر فلا ينعقد العقد، في جين ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بلفظ التزويج و النكاح فقط، اقتصارا على المذكور في القرآن.

و ما يلاحظ في اشتراط الفقهاء للألفاظ التي يتم بها عقد الزواج، أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه، أما القابل فلا تشترط فيه و إنما يكفيه أن يقول، قبلت أو رضيت، و هو ما جرت عليه العادة و العرف في الجزائر أن يقول الموجب: جئت أطلب ابنتك مثلا، فيقول القابل: إني قبلت، باستقراء نص المادة العشارة من ألفاظ النكاح المعروفة و قد زاد عليها بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، أي أنه رجح المذهب الحني حيث اعتبر كلفظ يفيد معنى النكاح شرعا ينعقد به العقد. [1]

و اتفق فقهاء الشرعية الإسلامية أن الصياغة الزمنية التي يعبر بها عن الإيجاب و القبول في عقد الزواج هي لفظ الماضي، كان يقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب: قبلت التزويج، مثلما جرى عليه العرف في المجتمع الجزائري.

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2009، ص 332.

ثانيا- الصيغة غير اللفظية:

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المدة العشارة من القانون رقم 84-11، و التي جاء فيها أنه " و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة"، و ما يلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اقتصر على النص على حالة الشخص العاجز هن الكلام و انعقاد زواجه بالإشارة أو الكتابة، في حين لم يتطرق إلى انعقاد الزواج عن طريق الرسالة و الرسول و لا بالتعاطي بوسائل الاتصال الحديثة.

1. انعقاد الزواج بالإشارة و الكتابة:

قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعجزه عن النطق أو لعائق فيه كالأخرس و الأبكم، مع عدم القدرة على الكتابة ففي هذه الحالة ينعقد زواجه بالإشارة المفهمة الدالة على إدارة الزواج و المعبرة عن قده. [1]

2. انعقاد الزواج بالمراسلة:

لم نص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة في حالة يغبا أحد أطراف عقد الزواج فالمشرع الجزائري لا يعترف بالزواج إلا بإبرامه أمام الموظف المختص بذلك.

3. انعقاد الزواج بالوكالة:

لقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 20 من قانون الأسرة الجزائري قبل إلغائها على أنه: " يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة" [1]

[1] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعة، مصر، 1977، ص 86.

4. انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة:

المشرع الجزائري لم ينص على انعقاد الزواج بمثل هذه الوسائل و قد اقر فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص عدم صحة إجراء عقد الزواج من خلال شبكة الأنترنت.

المطلب الثاني: آثر عقد الزواج

المقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على عقد بمجرد انعقاده، و الأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع بما رتبه القانون و الشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين، غير أنه يجوز لكلا الطرفين العقد اشراط شروك لا تنافي طبيعة العقد و أحكامه قانون الأسرة.

الفرع الأول: الحقوق و الواجبات المعنوية للوجين

يرتب الشارع الإسلامي بمقتضى عقد الزواج حقوقا للزوجين مشتركة ، وحقوقا للزوج على زوجته ، وحقوقا للزوجة على زوجها.

وفي الجملة أول ما يفيده الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين ، وربط المودة بينهما[2].

لقد تنبه المشرع إلى النقص الذي كان في المواد 36 وما بعدها بعدم احتواء النص على حق أساسي هو التعاشر بالمعروف وبناء حياة زوجية قوامها الاحترام

[1] سميرة سالمي، إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثبات عقد الزواج الرسمي و العرفي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2004-2007، ص 08.

[2] أنظر محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص 162

المتبادل ول بّها المودة والرحمة ، استحوى المشرع من خلال النص على معاشرة بالمعروف من القرآن الكريم وضمنها في الحقوق الجديدة [1].

أولا: المعاشرة بالمعروف

إن حكم المعاشرة بالمعروف هو الوجوب و بهذا قال علماء أصول الفقه ، إن الأمر يفيد الوجوب غلا إذا قام الدليل على صرفه عن الوجوب إلى الاستحباب بأن عن الأدلة متضافرة على وجوب المعاشرة بالمعروف وتأكيد هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم [2]: " استوصوا بالنساء خيرا ". وجاء في شرحه الاسيتصاء قبول النصيحة والمعنى أوصيكم بهن خيرا فاقبلوا وصيتي فيهن .

ومع الأمر الشرعي الصريح في القرآن والسنة بمعاشرة الأزواج زوجاتهم بالمعروف فإن الإسلام حثّ على الإلتزام هذا الأمر والقيام بهذا الواجب بإخبار المسلمين بأن خيارهم هم خيارهم لنسائهم . فقد جاء في الحديث النبوي الشريف قوله صلى الله عليه وسلم :" أكمل المؤمنين ايمانا أحسنهم خلقا ، وخياركم خياركم لنسائهم "

وفي هذا الحديث تنبيه على أن خير الناس من كان خيرهم لأهله ، لأن الأهل هم أحق من غيرهم بالبشر وحسن الخلق وحسن المعاشرة. فإذا كان الرجل مع أهله كذلك ، فهو خير الناس ، وإن على عكس من ذلك فهو في الجانب الآخر من الشر.

---

[1] حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 68.

[2] الإمام مسلم، صحيح مسلم شرح النوري، ج10، دار ابن الهيثم، القاهرة، 2003، ص 58

تترتّب على عقد الزواج الصحيح آثار معينة: يجعل من الشارع وحكمه وهذه الآثار بجملتها التي تكون لكل من طرفي عقد الزواج وهما الزوج والزوجة ، مع حقوق مشتركة بينهما.

ومما يلاحظ على المشرع الجزائري في التعديل أنه توسع أكثر في حقوق الزوجة بينما أغفل وأنقص من حقوق الزوج ، ومما أراه نقدا موجها للمشرع إبطال حق الطاعة الزوج وما يترتب عليها من حق التأديب في حالة نشوز الزوجة والتهوين من اعتبار الزوج رئيسا للعائلة.

ثانيا: قوامية الزوج على زوجته

قال الإمام الرازي: القوام اسم لمن يكون مبالغا في القيام بالأمر يقال هذا قيم المرأة وقوامها للذي يقوم بأمرها ويهتم بحفظهما والمقصود بقوامية الزوج على زوجته قيامه عليها بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة.

-السبب الأول:

فضّل الله الرجال على النساء في أصل الخلقة و أعطاهم من الحول والقوة مالم يعطهن ، فكان من أجل ذلك التفاوت في التكاليف والأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات مترتبا على هذا التفاوت في فطرهم وأصل خلقتهم وجبلتهم واستعدادهم

-السبب الثاني:

لقوامية الرجل على امرأته هو بما أنفقه وينفقه الرجال من مهر ونفقة وتكاليف أخرى ألزمه الشّرع بها[1].

قوامية الرجل على امرأته والتي قامت على أساس ما خلقه الله عليه وما ترتب على خلقته من أحكام وتكاليف تيسر للزوجة القيام بوظيفتها الفطرية وهي الحمل والولادة ، تربية أطفالها وهي آمنة في بيتها مكفية ما يهمّها من أمر رزقها.

أضف إلى ذلك أن الرسول (ص) أمر الزوجة بطاعة زوجها والخضوع له في الرأي مالم يكن محرما أو قطيعة رحم قال : " لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد أمرت النساء أن تسجد لأزوجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق "

أن يفقه الغرض من هذه القوامية التي يقررها له والأساس الذي قامت عليه ، حتى لا يسيئ استعمالها أو يتعسف في استعمال ما يخوله هذه القوامية من سلطة.

ثالثا: حق التأديب

أمر الله الأزواج بتأديب نسائهم عند نشوزهن ، أي عند خروجهن عن طاعة أزواجهن وعدم قيامهن بحقوقهم .

ويجب على الزوج التدرّج في استعمال وسائل التأديب فيبدأ بوعظ زوجته إذا نشزت، فإن لم ينفع معها الوعظ تحول إلى وسيلة الأخرى وهي هجرها في المضجع ، فإن لم ينفع معها الهجر تحول إلى الوسيلة الأخرى وهي الضرب[2].

ومن أقوال الفقهاء في التدرج في التأديب ووسائله:

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، ج07، ط03، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000، ص 277.

[2] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص 72

قال الامام الخرقي الحنبلي: وإذا ظهر منها ما يخاف نشوزها – أي معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته – وعظها ، فإن أظهرت نشوزا هجرها، فإن أردعها وإلاّ فله أن يضرها ضربا لا يكون مبرحا"

وقال الامام علاء الدين الكاساني: وهو بعدد حقوق الزوج على زوجته: ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بأن كانت ناشزة، فله أن يؤدها لكن على الترتيب فيعظها أولا على الرّفق واللين ... فلعلها تقبل الموعظة وتترك النّشوز ... وإلاّ هجرها ... فإن تركت النّشوز وإلاّ ضربها.

وعلى هذا ، فعلى الزوج أن لا يستعمل اللجوء إلى وسيلة الضرب ، بل يصبر على زوجته ويتحمل شططها وتقصيرها في حقه ويكرر المحاولة في إصلاحها بالوعظ وإلا فبالهجر . فإذا عيل صبره ولم يعد يتحمل شططها ورأى أن الضرب قد يأتي بالإصلاح المطلوب ، باشر وسيلة الضرب كعلاج لها وليس كانتقام منها ، لأن بعض النساء قد لا ينفع معهن إلا الضرب 24 .ومما يوجه نقدا للمشرع الجزائري إسقاطه للمادة 38 السابقة والتي تنص خاصة في الفقرة الأولى على أنه " يجب على الزوج نحو زوجته : النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها " فألغى المشرع هذه المادة التي كانت تنص على النفقة واكتفى بذكرها في المواد 74 وما بعدها فقط ليسقط حق الزوج على زوجته في الطاعة ، لأنه كان ينص صراحة على وجوب طاعة الزوجة للزوج وإلا كانت ناشزا .

الفرع الثاني: الحقوق و الواجبات المادية

من جملة ما يترتب على عقد الزواج الصحيح آثار معينة و ذلك بحكم الشرع و من جملتها تلك الحقوق والواجبات المتعلقة بالجانب المادي فهدا الأخير له خصوصية على الجانب المعنوي من الحقوق.

أولا: الذمة المالية المستقلة

لا يؤثر الزواج على أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية إذ فيحق للزوجة الرشيدة التصرف في مالها كله .سواء بعوض أو بغير عوض و لا تحتاج في ذلك إلى ت رخيص أو إذن من زوجها [1].

الواقع أن الفقهاء المسلمين لم يروا حاجة للنص في كل عقد أو تصرف مالي على أن المرأة كالرجل في أهلية إجراء هذا العقد او التصرف اكتفاء منهم بان المرأة تتمتع بأهلية الوجوب والأداء كالرجل تماما .فتكون لها أهلية إجراء التصرفات المالية كالرجل .

فمثلا يقول **الكاساني** "و اما المرتدة فتصح مزارعتها قولا واحدا بالإجماع .للان تصرفاها نافدة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصبح المزراعة منها بمنزلة مزارعة المسلمة" و عقد المزراعة من التصرفات المالية .فإذا صح من المرأة المسلمة صح منها التصرفات المالية الأخرى .و الكماني ذكر موضوع المزراعة وصحة وقوعها من المسلمة بمناسبة ذكرها بالنسبة للمرتدة ولنا أن نتساءل:هل يشترط إذن الزوج لصحة هبة زوجته ؟هبة المرأة شيئا من مالها أو كل مالها هو نوع من أنواع التصرفات الشرعية.

بينما يرى الاتجاه الثاني وهو رأي المخالفين للجمهور :

"قول الإمام طاووس لا يجوز للمرأة إن تهب او تتصدق بشيء من مالها إلا بإذن زوجها وبهذا يرى الإمام الليث لا يجوز للمرأة المسلمة ان تتصدق بشيئ من مالها أو تهبه إلا بإذن زوجها إلا في شيء التافه.فلها أن تتصدق به دون إذن زوجها، كما

[1] مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، ص 122

يرى الإمام مالك بأنه لا يجوز للزوجة إن تعطي من مالها بغير إذن زوجها ولو كانت رشيدة إلا في حدود الثلث مالها .اما ما زاد على الثلث فلا يجوز التصدق به أو هبتة إلا بإذن زوجها[1].

كما اخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها " وقد جاء في شرحه لا يجوز لامرأة أمر أي عطية من العطايا في مالها ، فلا ينبغي لها أن تتصرف في مالها إلا بمشورة زوجها أدبا واستحبابا ، فالنهي للتنزيه.

وهذا ما يحملنا بالقول على أن المشرع اصاب حيث قرّر استقلالية بين الزوج وزوجته، ولكن كان عليه أن يضيق من باب المعاشرة بالمعروف استئذان الزوجة لزوجها عن التصرف في مالها مراعاة للخلاف بين فقهاء من جهة ومن جهة أخرى تجنيب الأسرة الشجار المفضي إلى الفرقة والتنافر.

ثانيا: العدل بين الزوجين في حالة التعدد

والمراد بالعدل بين الزوجات العدل في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة وفي هذا قال الإمام ابن قدامة الحنبلي: ليس للرجال أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد بغير رضا هذا ...وإن أسكنهما في دار واحدة ، كل واحدة في بيت جاز إذا كان ذلك مسكن مثلهما ، فإن رضيت امرأتاه بالسكن سوية في مسكن واحد جاز ذلك لأن الحق لهما ، فلهما المسامحة في تركه.[2]

وما يملكه الزوج أي لا يستطيع فعله من معاني المساواة بين الزوجات كالميل القلبي والمحبة ، فلا يطالب الزوج بالتسوية فيما بينهن .وفي هذا قال الشوكاني: ولا

[1]ابن حجرن الفتح الباري، ج05، دار الريان للتراث، القاهرة، ط01، 1978، ص 217

[2]حسين مهداوي، المرجع السابق، ص 83.

يجب على الزوج التسوية بين الزوجات فيما لا يملكه كالمحبة ونحوها " والواقع وقول الشوكاني مبني على ما جاء في السنة النبوية فقد روي عن عائشة رضي الله عنه قولها : كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه –أي في المبيت– فيعدل ويقول " اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"

ومن زاوية القانون ،إن المشرع الجزائري رغم إقراره لمشروعية التعدد في المادة الثامنة من قانون الأسرة ، مع ذكر الشروط في ذلك حق الزوجات في العدل بعدما كان منصوص عليه في المادة 37 السابقة ، فهذا الإسقاط ينبئ عن نية المشرع في محاولة التقليل من ظاهرة تعدد الزوجات أو الحظ من شأن معالجة المسائل التي تخص التعدد مع أن في مجتمعنا شريحة كبيرة من الأشخاص لهم هذا الواقع . وكأن بالمشرع الجزائري أراد أن يتملص من تنظيم مسائل التعدد لكي لا يهتم في نظر ناقديه من قبل –بأنه يشجع على هذه الظاهرة. إن تدخل المشرع الجزائري بقواعد قانونية هو الذي يحدّ من ظاهرة هضم الحقوق في مسألة التعدد وهو الذي يقضي على تعسف الأزواج في استعمال هذا الأمر المشروع شرعا وقانونا ، ولا يمكن لإهمال تنظيم تعدد الزوجات من إعطاء نتائج سليمة مادام أن هذه الظاهرة في المجتمع الجزائر ي ما زلات قائمة وخصوصا المناطق البدوية والصحراوية[1].

إذا كان هناك آثار مادية عن عقد الزواج ثمة آثار أخرى لا تقل أهمية عن الجانب المادي وهو ما يتعلق بالشخصية وأهم ما فيها ما تعلق بالنسب الشخص للإنسان وهو أثر له الأهمية المعتبرة في العلاقة الزوجية إذا الفرع الآتي مخصص لثبوت النسب.

[1] حسين مهداوي، المرجع السابق، ص 84.

إن 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 .

كما 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 .

1 القرآن الكريم:

2 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

3 المؤلفات:

أ* المراجع العامة:

1. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.
2. بن شويخ رشيد ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية" ،دار الخلدونية،الطبعة الاولى ،الجزائر،سنة 2008
3. إبن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، ج 2، كتاب النكاح، دار الطباعة،مصر، بدون تاريخ نشر.
4. حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2006.
5. أبو بكر الجزائري، العلم و العلماء، دار الشهاب للطباعة و النشر ،الجزائر ،1985.
6. أحمد الصاوي، لغة السالك لأقرب المسالك، على شرح الصغير، للقطب سيدي أحمد الدردير، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب ت ن.
7. أحمد أمين، كتاب الأخلاق، ط3، دار الكتب المصرية،القاهرة، 1931.
8. أحمدبن محمد أحمد الدردير، أقرب المسالك المذهب الإمام مالك، باب ندب النكاح، مكتبة أيوب، كانو. نيجيريا،1420 هـ.

9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999.

10. جميل الشرقاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين والأجانب، ط 2، النهضة العربية، القاهرة،1966 .

11. حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة والنشر ، الإسكندرية ، دون طبعة، دون سنة نشر

12. خليل أحمد حسن قدادة،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام)، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005 .

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

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

15. 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.

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

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

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

19. صحيح البخاري رقم الحديث 5120.

20. 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.

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

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

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

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

25.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 .

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

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

ب*المراجع المتخصصة:

28.إبن عابدين، رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، ج 2، كتاب النكاح، دار الطباعة،مصر، بدون تاريخ نشر.

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

30.بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر، سنة 2013 .

31.بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دراسة أكادمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر.

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

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

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

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

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

4 القرارات:

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

2. الجمعية العامة للأمم المتحدة، 1989 / 20/11، دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1990 ، و صادقت عليها الجزائر في27 1992/12/19.

3. القرار الصادر بتاريخ 1992/04/14 تحت رقم فهرس 877 81، المجلة القضائية لسنة 2001 ، من 33 وما يليها.

5 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 .

1. الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 26 سبتمبر 1957.

2. الأمر 05. 09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005 المعدل لقانون الأسرة.

الإهداء

الشكر

مقدمة..... 01

الفصل الأول: ماهية الخطبة..... 04

المبحث الأول: مضمون الخطبة..... 05

المطلب الأول: تعريف الخطبة و أنواعها..... 05

الفرع الأول:تعريف الخطبة..... 06

الفرع الثاني:أنواع الخطبة..... 09

المطلب الثاني: شروط الخطبة..... 11

الفرع الأول:أن لا تكون المرأة محرمة على الخاطب..... 11

الفرع الثاني:أن لا تكون مخطوبة للغير..... 15

المطلب الثالث: آداب الخطبة..... 19

الفرع الاول:مستحبات الخطبة..... 20

الفرع الثاني:النظر إلى المخطوبة..... 24

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة..... 29

المطلب الأول: الخطبة وعد بالزواج..... 29

المطلب الثاني: اقتران الفاتحة بالخطبة..... 33

الفصل الثاني : عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 48

المبحث الأول : ماهية عقد الزواج قانون الأسرة الجزائري..... 48

الفرع الأول : مفهوم الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 49

الفرع الثاني: أنواع عقد الزواج..... 54

المطلب الثاني: شروط إبرام عقد الزواج..... 57

الفرع الأول: الشروط الشرعية في عقد الزواج..... 58

الفرع الثاني: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج..... 75

الفرع الثالث: الشروط القانونية الرسمية في عقد الزواج..... 76

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج و آثاره..... 79

المطلب الأول: أركان عقد الزواج..... 79

الفرع الأول: مفهوم الرضا..... 79

الفرع الثاني: شروط ركن الرضا و صوره..... 84

المطلب الثاني: آثر عقد الزواج..... 88

الفرع الأول: الحقوق و الواجبات المعنوية للزوجين..... 88

الفرع الثاني: الحقوق و الواجبات المادية..... 92

الخاتمة..... 96
قائمة المراجع..... 98
الفهرس

مـلخص

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

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

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

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 - - contract - marriage - Islamic law - Algerian legislation.