جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية المرجع: .....

قسم : القانون الخاص .

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

أركان الزواج وشروطه دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الأسرة

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة:الحقوق التخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة :
- مخربش منصورية

تحت إشراف الأستاذ :
- بن عوالي علي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	زواتين خالد	رئيسا
الأستاذ	بن عوالي علي	مشرفا مقررا
الأستاذ	بوسحبة جيلالي	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم:2022/06/19

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

بسم الله الرّحمن الرحيم والصلاة والسلام على صاحب الشفاعة سيدنا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم إلى يوم الدين

أما بعد

الحمد الله الذي منحني القدرة والصبر لإتمام هذا العمل المتواضع

الحمد الله الذي وفقنا لهذا ما لم نكن لنصل لولا فضل الله علينا

ومن هذا

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى من أحمل إسمه بكل فخر..... إلى من حصد الاشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم... إلى من لم تمنحه الحياة عمرا طويلا..... إلى روح لطالما أردتها بجانبي في هذه اللحظة....

إلي والــدي العزيز رحمك الله يا قرة العين

إلى من أرضعتني الحب والحنان.... إلي من سهرت الليالي من أجل أن أكون..... إلى ملاكي في الحياة.....

إلى والــداتي أطال الله في عمرك يا باب جنتي

إلى من ترعرعت معهم.... إلى من منحوني المحبة الأخوية الخالصة والصادقة.....

إلى أخــواتي

إلى الأستاذي الكريم **بن عوالي علي** الذي أشرف على هذه المذاكرة وكان عونا لي فله كل الفضل مني.... شكرا أستاذي الغالي.

الشكر والتقدير

في البداية.... الشكر والحمد الله جل في علاه فإليه ينسب الفضل كله في إكمال هذا البحث فالحمد الله حمدا كثيرا

ولا يسعني وانا أضع اللمسات الأخيرة في هذه الدراسة إلا أن أتقدم بأجمل عبارات الشكر والامتنان من قلب فائض بالمحبة والاحترام والتقدير له، وأقدم ازكى تحياتي وأجملها وآثناها أرسلها لك بكل الود والحب والإخلاص..... شاكرة لكل ما قدمته لي ونصحتني به في إشرافك على هذا البحث، فلك مني كل الشكر والإمتنان أستاذي الكريم

بن عوالي علي

قائمة المختصرات

د ب ن: دون بلد نشر

د ت ن: دون تاريخ نشر

ج : الجزء

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

غ م : غير مرقم.

ط: طبعة

ص: الصفحة .

ص-ص: من صفحة إلي صفحة .

م: التاريخ الميلادي.

هـ: التاريخ الهجري

ج.ر.ج.ج. : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مقدمة

مقدمة:

إن أهمية عقد الزواج من أهمية الأسرة، التي تعد الخلية الأساس في المجتمع، يصلح بصلاحها ويفسد بفسادها، ولما كان عقد الزواج متعلق بأعراض الناس، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط، والمقومات تختلف عن بقية العقود، فلكل عقد شروط وأركان تتحدد بحسب طبيعته، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري مستنبطا أحكام عقد الزواج من الفقه الإسلامي بصفة عامة، وهذا انطلاقا من أن الشريعة الاسلامية مصدرا للقانون بعد التشريع وهو ما أكده نص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي أحالت إلى الشريعة الإسلامية – دون تمييز بين مذاهبها – في حالة وجود مسألة غير منصوص على حكمها في قانون الأسرة.

فسعادة الأسرة وسلامة الأولاد تتوقف على حسن اختيار كل من الزوجين للآخر، اختيارا مستمدا من الدين والعقل والأخلاق، بعيدا عن العاطفة والمصالح المؤقتة والمنافع الزائلة، مقدرا المسؤولية المتبادلة بين الزوجين .

وتوافقا مع طبيعة الإنسان من حيث تدرجه في النمو عبر مراحل حياته، فقدت اتخذت القوانين الوضعية إقتداءا بالشريعة الإسلامية أحكاما تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، بما يضمن حمايتهم خاصة الضعفاء منهم، بالأخص حينما يتعلق الأمر بالزواج . ونظرا لأهمية هذا العقد فقد أولاه الفقهاء المسلمين بمختلف مذاهبهم عناية خاصة، كذلك المشرع الجزائري الذي نظم أحكام عقد الزواج واعتبره من أهم المسائل القانونية المتعلقة بالأسرة، وأحاطه بالعناية من كل جوانبه، محاولا الإلمام به بأحسن وجه، لما يعتريه من نقص أو غموض في بعض أحكامه من خلال تعديله لقانون الأسرة من أركان وشروط وغيرها من الأحكام، كالأهلية مثلا التي لم ينص عليها في القانون رقم (11/84) كشرط أو ركن ولم يبين أي طبيعة لها، بل اكتفي بالنص عليها لبيان سن الزواج القانوني فحسب، ليستحضرها

فيما بعد كشرط من شروط عقد الزواج، بل جعلها في صدارة الشروط لما لها من أهمية لتمام العقد ونفاذه، في القانون رقم (02/05) المعدل لقانون الأسرة .[1]

فالأهلية تعد من العناصر الجوهرية لصحة التصرفات وسلامتها، فإذا كان أحد أطراف العقد ناقص أو منعدم الأهلية، أضفى المشرع على هذه العلاقة ميزة خاصة، بإخضاعها لمجموعة أحكام لابد من تطبيقها على تصرفات القاصر حماية له وتحقيقا لمصلحته بالمحافظة على حقوقه، مراعاة لنوعية التصرفات التي يقوم بها سواء كانت ضارة ضررا محضا أو نافعة نفعا محضا أو كانت تدور بين النفع والضرر، كعقد الزواج فإنه يكتسب قدرة مباشرة العقد إن

وقد جعل المشرع الجزائري من الصيغة ركنا وحيدا لعقد الزواج، فيما جعل باقي الأركان شروط صحة له، حيث أثار هذا التصنيف الكثير من الجدل بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ما يستدعي البحث عن المصدر الشرعي في تفريق المشرع الجزائري بين أركان عقد الزواج ، وشروطه،باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا عاما لأحكام قانون الأسرة، وبالتالي فإن تأصيل التفرقة بينها هو تحديد للأصل الشرعي المعتمد من قبل المشرع في تحديد أركان العقد وشروطه والتمييز بينها.

كانت قدراته العقلية كاملة، أو أنها تستلزم إجازة الولي، أو منعه من مباشرة العقد واعتباره باطلا، كحال باقي التصرفات غير عقد الزواج .

لذلك فتح المشرع باب الترخيص لهم لإبرام عقد الزواج، باعتبار الأهلية عنصرا أساسيا فيه وإبرامه إبراما صحيحا، مراعاة لما ينشئه من آثار قانونية من الناحيتين الشخصية والمالية . فلما كان قانون الأسرة الجزائري مستمدا من الشريعة الإسلامية، فتناولت ما نص عليه القانون ببيان مدى اتفاقه مع المذاهب الفقهية، إضافة لنقد بعض مواده أو التعقيب

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 15 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15.

عليها مع بيان وجه الصواب فيها، خاصة وأن المشرع يعتمد أحيانا الجمع بين عدة مذاهب للمسألة الواحدة أو الخروج تماما عما تناولته المذاهب وأخذه موقفا حياديا خاصا به .

فبحسب ما ورد تبدو أهمية الموضوع من حيث كونه يمس كافة أفراد المجتمع ، فالأهلية تتعلق بزواج البالغ والصغير، العاقل والمجنون ومن في حكمه، الذين يعتبرون فئة حساسة في المجتمع، لها وزنها وتأثيرها الخاص قانونا كذلك تتجلى الأهمية لشمولية الموضوع فكان يجب التفصيل فيه في دراسة علمية جامعة له في كل جوانبه، كما أن الموضوع لم يكتب فيه بصورة موازنة، نظرا للاختلاف الملحوظ بين ما جاء به الفقه الإسلامي وما أخذ به المشرع الجزائري خاصة بعد تعديل قانون الأسرة، ومن الأهمية ما يستلزم الوقوف على مدى اهتمام الفقه الإسلامي بشرط الأهلية في الزواج وإبراز اختلاف المذاهب في موضوع الدراسة بين الموسع والمضيق .

وتتجلى أهم الأسباب لاختيار الموضوع، لتسليط الضوء على أحد أهم شروط عقد الزواج والمتمثل في والأركان الزواج ، والتي بها تتحدد صحة التصرفات من بطلانها، كما تحدد الأحكام الخاصة التي تطبق على الشخص كونه كامل الأهلية أو ناقصها أو فاقدها تماما، فالحكم يختلف حسب أهلية كل منهم، ومن الأسباب مقارنة قانون الأسرة مع القوانين الوضعية في بعض النقاط، كذلك الوقوف على مواطن السكوت والتفصيل.

والهدف الأساسي من هذه الدراسة، هو معالجة المسائل المتعلقة بأهلية الزواج، وبيان الأحكام الخاصة بتوافرها كشرط للزواج، خصوصا فيما لم يرد ذكره في نصوص التشريع الجزائري إضافة للإحاطة بما تناوله المشرع ومدى تأثره بالفقه الإسلامي من خلال التعديلات الواردة على النصوص و محاولة فهم إرادة المشرع واستخلاص مدى توفقها في مجمل الموضوع .

وتكمن أهمية دراسة

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

. ومنه فإن التساؤل المطروح في هذا الصدد:

ما هو الأصل الشرعي المعتمد من طرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة في تمييزه بين أركان عقد الزواج وشروطه؟

وقد اعتمدت في الموضوع مسائل هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، حيث حللت فيه كثيرا من نصوص الفقهاء في الموضوع، وقارنت بين آرائهم في المسألة الواحدة كل بحسب مذهبه، وبينت الرأي الذي اتبعه المشرع الجزائري في ذلك.

وللإجابة على الإشكالية السابقة ألزمت نفسي باتباع التقسيمات التالية للموضوع

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان **إطار المفاهيمي للأركان عقد الزواج وشروطه** حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان تعريف الزواج وأهميته وفي المبحث الثاني إلى أركان عقد الزواج وشروطه عند فقهاء الشريعة الإسلامية

أما الفصل الثاني سنتطرق **فيه دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري.** في المبحث الأول سنتطرق أركان عقد الزواج وشروطه عند المقنن الجزائري ، وفي المبحث الثاني ستتطرق إلى شروط عقد الزواج وأثر تخلفها.

الفصل الأول
إطار المفاهيمي للأركان عقد الزواج وشروطه

تمهيد

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

ولا يقاس عقد الزواج بباقي العقود الأخرى، لما يحتويه من شروط وأركان وما يحويه في بنوده من أهداف و نتائج.

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

إن التطرق إلى أركان وشروط عقد الزواج يستلزم التعرض أولا إلى تعريف هذا العقد وأهميته ثم حكمه الشرعي وطبيعته.

المبحث الأول: تعريف وأهمية الزواج

نظرا لما للزواج من أهمية في حياة الأفراد والمجتمعات إهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفه وكذا بأهميته ، ولهذا سنتناول هاتين النقطتين كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الزواج

الزواج يمكن أن نعرفه لغة وإصطلاحا.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

يعرف الزواج لغة بأنه إقتران لأحد الشيئين بالآخر وإزدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر ومنها أخذ إقتران الرجل بالمرأة بعد أن كانا منفصلين صارا يكونان أسرة واحدة[1].

تعريف الزواج إصطلاحا

تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أننا نجدها تقريبا متفقة على الغرض المبدئي له و ذلك رغم إختلافهم في التعابير فإنها تدور حول نفس المعنى، فهناك من عرّفه بأنه عقد يفيد حل إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع[2] ويعرّفه آخرون بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا[3] وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها ينطبق عليها ما قاله فيها الإمام أبو زهرة بأنها تدور حول إمتلاك المتعة وأنه من أغراض الزواج جعل المتعة حلال ومن أهدافه أيضا في الشرع الإسلامي التناسل وحفظ النوع الإنساني وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما ولهذا فقد عرّف الزواج " بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة وتعاونهما

1- محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطبعة الثانية، 1977، ص 29 .

2- أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ص 19 .

3- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق ، ص 30 .

ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات "[1]، ومن التعريفات التى تشتمل على معنى الزواج نجد ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد " بأنه عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته وإحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابة تكون نواة لإقامة مجتمع المودة والرحمة والإستقرار[2] وفقا للآية الكريمة رقم 21 من سورة الروم " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ".

ولقد ذهب المشرّع الجزائري في تعريفه للزواج في المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه: " عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي ومن أهدفه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب " .

الفرع الثاني: أهمية الزواج

للزواج أهمية كبرى نظرا لما يحققه من مصلحة للبشرية جمعاء وتتمثل هذه الأهمية في عدة أمور نجد منها:

أولا : حفظ النوع الإنساني بطريقة شريفة:

كل كائن حي لكي يحتفظ ببقاء نوعه لا بد أن يتكاثر وهو ما ينطبق على الإنسان لكن نظرا لما يتميز به الإنسان من تكريم في خلقه إقتضى الأمر أن يشرع له طريقة شريفة لكي يتكاثر بها ألا وهي الزواج، فلو ترك تكاثر الإنسان عن طريق الإختلاط دون أي ضابط لإختلطت الأنساب وكثرت النزاعات وأنهارت القيم بذلك، أما إذا تم التكاثر عن طريق الزواج إختص كل شخص بزوجته أو زوجاته في حدود الشرع وهذه الأهمية تؤكدها الآية الكريمة رقم 223 من سورة البقرة بحيث يقول تعالى " نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى

1- الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 19

2- عبد العزير سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثالثة ، دار هومة ، ص 81 .

شئتم وقدموا لأنفسكم "، والحرث المقصود به في هذه الآية هو للإنبات أي النسل، ونجد كذلك قول الرسول صلى الله عليه و سلم " ... تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم [1]

ثانيا : تحقيق الإنس والراحة والمودّة بين الزوجين

إن من بين الغايات التي يهدف إلى تحقيقها الزواج هي إستقرار وسكون كل من الزوجين إلى الآخر نظرا للكيان الذي يجمع شملهما بعد الزواج، بحيث يصبح كل واحد منهما لباسا للآخر و نجد في الآية الكريمة رقم 21 من سورة الروم ما يثبت هذا بحيث يقول تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "، واذا بنيت الأسرة على الإنس والراحة والأمان بين الزوجين صلح المجتمع، ولقد ذهب الفيلسوف الإنجليزى " بنتام " إلى القول " أنه شريف فيه ترابط الهيئة الإجتماعية وعليه يبنى التمدن والعمران، فقد أنقذ النساء من الإستعباد وأخرجهن من درك الإنخطاط و قسم التاس عائلات مستقلة و كانوا أخلاط ووسع آمال الناس في المستقبل بما أوجده من الرغبة في البنين والحفدة و أوجد المحاكم المنزلية، وأوجد زيادة ميل الأفراد لبعضهم البعض ومن تصور حالة الأمم بلا زواج عرق مزاياه ووقف على منافعة ' [2].

ثالثا : تحصين النفس بقضاء الحاجة الجنسية للزوجين:

إن من بين الأهداف والغايات التى يرمي إليها الزواج هي أن يقضي الإنسان حاجته الجنسية عن طريق شريف سليم أي أنه لولا الزواج لأتجه كل من المرأة والرجل إلى التعدي على الحرمات وفتحوا باب الفساد والفسق وهذا ما نجد مضمونه في الحديث الشريف التالي

1- رواه ابودواود و النسائي

2- محمد محده ، الخطبة والزواج ،الطبعة الثانية ، 2000 ، ص 93 .

بحيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " يامعشر الشباب من استطاع منكم الباء فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء " [1]

المطلب الثاني: حكم الزواج وطبيعته

و سنتناول في هذا المبحث حكم الزواج شرعا و طبيعته القانونية والفقهية في مطلبين هما كالتالي:

الفرع الأول : حكم الزواج شرعا

ويقصد بحكم الزواج شرعا الوصف الشرعي الذي يتصف به وهو في الإصطلاح لا يخرج عن الحالات التالية: الوجوب، الإباحة أو الندبة، الفرض، الكراهية، الحرمة ونتعرض لها كما يلي:

أولا : الزواج الفرض أو الواجب

يكون الزواج فرضا على من كان متأكد بأنه يقع في الزنى وهو قادر على الزواج والعدل مع أهله ويكون واجب إذ كان يغلب على ضن الشخص الوقوع في الزنى إن لم يتزوج مع مقدرته على الزواج والعدل مع أهله[2].

ثانيا : الزواج المباح أو المندوب

يكون الزواج مندوبا إذا كان الشخص معتدلا لا يقع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشاه ولا يقع في الظلم ولا يخشاه إذا تزوج هذا عند الجمهور، أما عند الظاهرية فترى بأنه في هذه الحال هو فرض[3].

1- رول البخاري ، ومسلم وابو داود والترميدي والنسائي وابن ماجة .

2- الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 23 ، 24.

3- الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 25.

ثالثا : الزواج المكروه أو المحرم

الزواج المكروه هو أن يغلب على ضن الزوج بأنه سيظلم زوجته إن تزوج أما إذا كان الزوج غير قادر على النفقة ومتأكد بأنه يقع في ظلم أهله قطعا فإن زواجه هنا محرما [1]

الفرع الثاني: طبيعة القانونية للزواج

إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للزواج فمنهم من إعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد إتفاق هذا من جهة ومن جهة أخرى أنفسم الذين إعتبروا الزواج بأنه عقد بين من يقول بأنه عقد مدني وبين من يقول بأنه عقد ديني_ وكذا إنقسموا أيضا حول طبيعة هذا العقد هل هو رضائي أم شكلي؟، و هذه النقاط سنتعرض لها كمايلي:

أولا : الزواج عقد أم مجرد إتفاق

قبل التطرق إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري نعرج قليلا على ما ذهب إليه الفقه، فيذهب البعض منه إلى إعتبار الزواج مجرد إتفاق ولا يرقى لأن يكون عقدا ومن بين الذين يقولون بهذا الرأي الأستاذ السنهوري الذي يقول: " بأنه يجدر أن لا تدعى هذه الإتفاقات عقود، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية في حين يرد أصحاب الإتجاه الذين يعتبرون الزواج بأنه عقد لما له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي ويرتب إلتزامات .

ولقد فصل المشرع الجزائري في الطبيعة القانونية للزواج وذهب إلى إعتباره عقد وهو ما جسّد _في المادة الرابعة من قانون الأسرة بحيث تنص " الزواج هو عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي... " وهو في رأيي الموقف المرجح لأنه بالزواج تنشأ الأسر و المجتمعات فكيف لا يرقى إلى عقد.

1- الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 26.

ثانيا : الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخري

ذهب بعض من الفقه إلى إعتبار عقد الزواج عقد مدني وإستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن القانون المنظم للأحوال الشخصية هو فرع من القوانين الوضعية ومن بينهم نجد عمر فروخ يقول" بأن الزواج أو النكاح كما يسمى في الشرع عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل وإمرأة بالغين راشدين يحفظان به عفافهما وصلاحهما ثم تنشأ منه الأسرة[1] ويذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج عقد ديني يخضع للأحكام الدينية مستدلين على أن القانون المدني ينظم المعاملات المالية فقط أما عقد الزواج فيخضع للأحكام الدينية و هناك من ذهب إلى إعتباره عقد مدني ذو طبيعة خاصة لإحتوائه على قدسية معينة في حين نجد من إعتبره بأنه ذو طابع شرعي لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه ولكن لم تشترط طقوس معينة مثلا كحضور رجل الدين وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة التى عرفت عقد الزواج حددت طبيعته بأنه عقد شرعي[2].

ثالثا : عقد الزواج بين الرضائية والشكلية

ذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج بأنه عقد رضائي بإعتبار أن أساسه هو رضا في حين ذهب أغلب الفقهاء إلى إعتباره عقد شكلي لما يشترط فيه من حضور الشهود واشتراط الولي أثناء إبرام عقد الزواج وهذين الشرطين يعتبر أن شرطين شكليين وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري القديم ويعتبر هذا الرأي الذي يقول بأن[3] :عقد الزواج عقد شكلي صائب لأنه إضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شروط إدارية وتنظيمية لكي يرتب عقد الزواج آثاره".

1- محمد محده ، مرجع سابق ، ص 109

2 -Ghaouti Ben Melha, Le Droit Algerien De La Fammille Office Des Publications, Univerrsitaires ,07-1993 page 48

3- محمد محده ، مرجع سابق، ص 110

وبعد التطرق إلى تعريف عقد الزواج وأهميته وحكمه الشرعي وطبيعته نتعرض إلى النقاط الأساسية في الموضوع ألا وهي أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها.

المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه عند فقهاء الشريعة الإسلامية

الركن عند جمهور الفقهاء هو: "ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءا من حقيقته أو ماهيتها، حيث يتوقف وجود العقد [1] على أركانه، فإن اختلت بطل العقد، على عكس الشرط فهو: "ما يستلزم من عدمه عدم الحكم أو عدم السبب[2]"، وقد توافقت أحكام المذهبين المالكي والشافعي في تكييف أركان عقد الزواج وشروطه (المطلب الأول)، كما توافق الفقه الحنفي مع الفقه الحنبلي في بعض منها (المطلب الثاني)، وهو ما سنبينه فيما يلي.

المطلب الأول : أركان عقد الزواج وشروطه عند المالكية والشافعية

اتفق فقهاء المالكية في عد الصيغة والمحل والولي أركانا لعقد الزواج، واختلفوا في الصداق الفرع الأول، كما اختلف الشافعية كذلك في تصنيف هذه الأركان والشروط الفرع الثاني وهو ما سنبينه فيما يلي[3].:

الفرع الأول : أركان عقد الزواج وشروطه عند المالكية

قسم فقهاء المذهب المالكي أركان عقد الزواج وشروطه كما يلي:

أولا: أركان عقد الزواجفي المذهب المالكي

اتفق فقهاء المذهب المالكي على أن أركان عقد الزواج هي: زوج وزوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية (المحل)، والصيغة، والولي، قال الدردير: "فركنه ولي ومحل

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر دمشق، 1986، الجزء الأول، ص 100

2- محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الطبعة الأولى، دار الفكر بيروت لبنان، (1404هـ - 1984م)، الجزء الثالث، ص 266

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 99.

وصيغة[1].

ومن فقهاء المالكية من أدرج الصداق ضمن الأركان، ومن بين من فعل ذلك العلامة خليل في مختصره، حيث قال: [2]"وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة بأنكحث وزوجت[3].

ومنهم من جعل من الزوج والزوجة ركنين، والولي والصيغة شرطين، فقال: "أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاح شرعي إلا بها، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان"، وقد ترد عليهم بأن حقيقة النكاح، وهي العقد المخصوص لا تتحصل إلا بالصيغة، كما أنه لايتحصل إلا بالزوج والزوجة من حيث إنهما محلان لا من حيث إنهما مقوم ان لحقيقته[4].

كما أن منهم من أفرد صفة الركن بالصيغة فقط، مثل أبي القاسم عبد الرحمن ابن محرز القيرواني حيث اعتبر الولي والشهود والصداق شروط[5].

1- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك المذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو نيجيريا، طبعة 2000، ص58

2- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (1401هـ، 1981م)، ص (112، 113).

3- محمد عليش، شرح منح الجليل، مرجع سابق ، الجزء الثالث، ص266

4- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، الطبعة الأولى دار الرضوان للنشر نواكشط موريطانيا، 2010، المجلد الرابع، ص 228.

5- الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق مصر، 1317 هـ، الجزء الثالث، ص 172.

وخلاصة ذلك: أن الصحيح ثلاثة أركان على التحقيق لعقد الزواج [1]عند المالكية، وهي: المحل والولي، والصيغة[2].

ثانيا : شروط عقد الزواج في المذهب المالكي

إن شروط عقد الزواج عند فقهاء المالكية هي: الصداق وشهادة عدلين[3]، فأما الشهود فليس بركن؛ لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه، فهو شرط في صحة الدخول لا في صحة العقد، وأما الصداق[4].

فيمكن عدم ذكره في عقد الزواج لجواز نكاح التفويضة، [5] والأولى جعلهما شرطانه[6]، شرطانه[6]، جاء في الشرح الكبير: و"حاصله أن الاشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوب زائدا على الواجب فإن حصل الاشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء ... لأن الإشهاد ليس شرطا في صحة العقد عندنا بل واجب مستقل مخافة أن كل اثنين اجتمعا في خلوة على فساد يدعيان حق عقد بلا إشهاد فيؤدي إلى رفع حد الزنا"[7].

1- الكشناوي الكسادي، أبو بكر الحسن بن حسن، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى "بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية"، الطبعة الأولى، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2010، ص69

2- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص228 .

- ابن محرز القيرواني، هو عبد الرحمان ابن محرز أبو القاسم القيرواني، فقيه محدث عالم، له رحلة مشرقية سمع من مشايخ جلة وأخذ عنهم، له تعليق على المدونة سماه التبصرة

3- بن حنفية العابدين العجالة في شرح الرسالة، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الطبعة الثانية، دار الإمام مالك الجزائر 2014، الجزء الثاني، ص327.

4- بن حنفية العابدين، العجالة في شرح الرسالة، المرجع نفسه، الجزء الثانى، ص324

5- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون سنة، الجزء الثاني ، ص220

6- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص216

7- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص228

ومن فقهاء المالكية من أخرج الصداق، والشهود من الأركان والشروط، جاء في مواهب الجليل : "أما الشهود، والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، لأن المضر إسقاط الصداق والدخول بلا إشهاد"[1].

والمقصود من ذلك فيما يخص إخراجهما من الأركان والشروط، أن الشروط المقصودة هي التي ينعدم بانعدامها الأصللا شروط صحة للدخول، فالصداق شرط كمال في العقد ولا يجوز إسقاطه فلو سكت عنه فالعقد صحيح، لكن إن تم الاتفاق على إسقاطه فسد العقد وفسخ قبل الدخول، وأما الشهود فشرط لجواز الدخول.

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج وشروطه عند الشافعية

أركان الزواج عند الشافعية خمسة، وهي:زوج، وزوجة، وولي، وشاهدان، وصيغة، فعدوا الشاهدين ركنا واحدا لعدم اختصاص أحدهما دون الآخر على خلاف الزوجين فلكل منهما شروط لا تعتبر في الأخر[2]، وجعل بعض الشافعية الأركان أربعة بقير الزوجين ركنا واحدا؟

وذهب البعض الآخر إلى اعتبار الشاهدين شرطا في النكاح؛ لخروجهما عن ماهية العقد وتحققها بدونهما[3].

وذكر بعضهم أن أركان النكاح تشمل الإيجاب والقبول فقط، لأن النكاح هو العقد المركب من الإيجاب والقبول، وهذه الأمور التي ذكروها لم تتركب منها ماهيته كما هو مقتضى التعبير بالأركان لأن الركن ما تتركب منه الماهية كأركان الصلاة، وأجيبوا عن ذلك

1- الشافعي الصغير، شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المتوفي المصري الأنصاري ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1424هـ، 2003م)، الجزء السادس، ص 209.

2- عبد الحميد الشرواني، أحمد ابن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بدون طبعة، المكتبة التجارية الكبرى مصر، بدون تاريخ، الجزء السابع، ص 217.

3- الجمل، حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون تاريخ، الجزء الرابع، ص133.

بأن المراد بالأركان ما لابد منه فيشمل الأمور الخارجة كالشاهدين، فإنهما خارجان عن ماهية النكاح ولهذا اعتبرهما بعضهم شرطين[1].

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج وشروطه عند الحنفية والحنابلة

نتطرق أولا إلى تصنيف الحنفيه لأركان عقد الزواج وشروطه (الفرع الأول)، ثم تقسيم الحنابلة لهم (الفرع الثاني) كما يلي.

الفرع الأول: أركان عقد الزواج وشروطه عند الحنفية

خالف فقهاء الحنفية جمهور الفقهاء في تعريف الركن والشرط، فالركن عندهم هو: "ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءا داخلا في حقيقته"، أما الشرط فهو: "ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزءا من حقيقته".

فقد جعلوا من الركن ما تقوم عليه حقيقة الشيء سواء كان جزءا من حقيقته أم لا، واعتبروا الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس جزءا من حقيقته، فإذا اختل عندهم ركن العقد أدى إلى بطلانه، أما إن اختل شرط من شروطه أدى إلى فساده دون بطلانه؛ لأنه خلل في الوصف لا في الأصل، بخلاف الجمهور الذين اعتبروا الخلل في الوصف كالخلل في الأصل[2].

علما أن الحنفية قد جعلوا لعقد الزواج ركنا واحدا وهو الإيجاب والقبول أي الرضا، وهذا لا يعني نفي صفة الركن عن بقية الأركان، وإنما أفردوا هذا الوصف بالتراضي

1- البجيرمي، سليمان ابن محمد ابن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1417هـ، 1996م)، الجزء الرابع، ص 121

2- السيد البكري، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وتاريخ، الجزء الثالث، ص274

لأهميته[1]، حيث أن التراضي يقتضي وجود أربعة أركان أخرى، وهي: العاقدان وهما الولي والزوج، أو الزوجة الراشدة العاقلة والزوج، والصيغة، والمحل. [2].

أما المحل فلم يذكره فقهاء المذهب الحنفي لوضوحه، واشترطوا فيه أن يكون كل من العاقدين أهلا لمباشرة العقد، سواء كان كامل الأهلية؛ كالبالغ الرشيد، أو ناقصها، كالصبي المميز، فلا يشترط البلوغ عندهم لانعقاد الزواج وصحته، وإنما هو شرط لنفاذ العقد [3].

أما الولي فهو من خصوصيات عقد الزواج، ولم يذكروه لفروع الأمر من إلزاميته بالنسبة للصغيرة والمجنونة والرقيق، أما الراشدة العاقلة الحرة فلها تزويج نفسها عندهم استنادا لصحة حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الأيم أحق بنفسها من وليها[4] "، واحتجوا بأنه حديث معارض للأحاديث التي توجب الولي، وبأن هذه الأحاديث حسنة أو ضعيفة، وليس للولي إلا مباشرة العقد إن رضيت[5].

وعليه فإن الولي شرط صحة بالنسبة للصغيرة والمجنونة، وهي ولاية استبداد ثابتة للأب والجد والابن، ولا يجوز زواجهم بغير ولي، ولا يثبت لهم الخيار بعد البلوغ، أما الراشدة فقد قال الإمام أبو حنيفة في حقها: "ليس لأحد عليها ولاية بطريق الحتم، وإنما تثبت عليها الولاية بطريق الندب والاستحباب"، فيجوز للمرأة العاقلة أن تزوج نفسها من كفئ بمهر يعادل

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 100

2- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1986، الجزء الثاني، ص 229.

3- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر نفسه، الجزء الثاني، ص232

4- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، الجزء السابع، ص49.

5- رواه مسلم في صحيحه، تحقيق نظر بن محمد الفارابي أبو قتيبة، الطبعة الأولى، دار طيبة، 2006، المجلد الأول، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم الحديث 1421، ص641.

أو يفوق مهر مثيلاتها، وليس للأولياء الفسخ إلا إن كان زواجها من غير كفئ وبمهر أقل من مهر مثيلاتها، وبذلك فإن الولي هنا شرط فاسخ في[1] العقد إذا اختلت الكفاءة أو المهر.

كما أن من شروط الصحة عند الحنفية الشهود، ويكون بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولاتشترط فيهم العدالة[2].

أما الصداق فلا يفسد العقد عند عدم تسميته، أو تسمية شيء لا يصلح مهرا، فيجوز الزواج دون مهر عندهم، ويترتب عن ذلك أن من تزوج امرأة دون مهر، أو بشرط ألا مهر لها وأجازت هي ذلك، انعقد[3].

العقد وتستحق مهر المثل [4]، وهذا لأن المهر ليس ركنا في العقد ولا شرطا له بل هو حكم من أحكامه، والخلل فيه لا تأثير له على العقدة. [5].

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج وشروطه عند الحنابلة

أركان عقد الزواج عند فقهاء المذهب الحنبلي ثلاثة، وهي: الإيجاب والقبول والزوجان الخاليان من الموانع الشرعية، ومن فقهاء الحنابلة من جعل لعقد الزواج ركنين فقط وهما: الإيجاب والقبول، غير أنهم لم يذكروا المحل لوضوحه[1].

1- ابن عابدين، محمد أمين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، (2003م، 1423ه)، الجزء الرابع، ص155.

2- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1405ه، 1984)، الجزء الثاني، ص ص 149، 152.

3- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر نفسه، الجزء الثاني، ص 255.

- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص131.

4- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 274

5- السيواني، كمال الدين محمد ابن عبد الواحد ثم السكندري، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، علق عليه وخرج أحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1424ه، 2003م)، الجزء الثالث، ص 304.

أما الولي، والشهود فهم اشرطا صحة للعقد، فلا يصح النكاح بغير ولي، وليس للمرأة تزويج نفسها ولا غيرها [2]، فيبطل النكاح ويفسخ قبل الدخول وبعده إذا تم العقد دون ولي أو شهود، وذلك لأن أثر تخلف الشرط كأثر تخلف الركن والخلل في الوصف كالخلل في الأصل عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنابلة[3]، روي عن الإمام أحمد أنه يحد الزوجين إذا تم الدخول في العقد بغير ولي واعتقدا حرمة ذلك[4].

أما الصداق فهو شرط صحة في رواية للإمام أحمد، وفي رواية أخرى هو ليس بشرط ولا ركن وإنما حكم من أحكام عقد الزواج، فيستحب تسميته في العقد وهو قول جمهور علماء الحنابلة، وبالتالي فإن اشتراط نفي المهر لا يبطل العقد عندهم ويجب للزوجة مهر المثل[5].

1- البهوتي، منصور ابن يونس ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، بدون طبعة، عالم الكتب بيروت (1403هـ، 1983م)، الجزء الخامس، ص 37.

2- مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق، بدون طبعة وتاريخ، الجزء الخامس، ص46.

3- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب الرياض، (1417هـ، 1997)، الجزء التاسع، ص 345.

4- عبد الله ابن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون بيروت لبنان، (1421هـ، 2000م)، الجزء الثاني، ص .85

5- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفيقي، الطبعة الأولى، طبع وتوزيع ، ص52-

الفصل الثاني
دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري

تمهيد

قام الزواج في العصور الأولى على الرضا المتبادل بين الزوجين، ثم صار في ظل الشرائع السماوية يحظى بشروط تحرص على قيامه صحيحا، و قد كانت الشريعة الإسلامية الأدق في تحديد أركان و شروط عقد الزواج تحديدا دقيقا نافيا للجهالة، لرفع الزواج عن كل ما من شأنه أن يفسده أو يؤدي إلى إبطاله.

وقد اهتمت الشريعة الإسالمية و كذا قوانين الأسرة الجزائرية تعريف الزواج وتحديد أركانه و شروطه، حرصا منها على إظهارا لأهميته في حياة الأسر و المجتمعات المسلمة .

هناك اختلاف بين الشريعة الإسلامية و قوانين الأسرة الجزائرية بشأن تحديد أركان الزواج و شروطه، بل و هنا اختلاف بهذا الشأن حتى بين المذاهب الفقهية، و اعتبر المشرع الرضا ركنا أساسيا في الزواج على اعتبار أنه النقطة المتفق فيها بين المذاهب الفقهية.

ولا يقاس عقد الزواج بباقي العقود الأخرى، لما يحتويه من شروط وأركان ولما يحويه في بنوده من أهداف و نتائج. فعقد الزواج هو فاتحة الأسرة وأساس لتكوين أجيال في الإطار الصحيح وحماية للنسل في إطار العلاقة الشرعية، ولتوضيح ذلك ينبغي تحديد وإيضاح مفهوم عقد الزواج في ظل الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري .

المبحث الاول : أركان عقد الزواج وشروطه عند المقنن الجزائري

إن للعقد على وجه العموم عند فقهاء القانون الوضعي ثلاثة أركان، وهي: الرضا والمحل والسبب، وتوفرها شرط لانعقاد العقد، وتوفر الأهلية الكاملة، وسلامة الإرادة من العيوب شروط صحة له، وبالتالي فإن تخلف ركن من أركان العقد ينجر عنه البطلان المطلق، أما إن تخلف شرط من شروط الصحة فالجزاء حينئذ البطلان[1] النسبي أي قابلية العقد للإبطالة، ونص قانون الأسرة على أن ركن عقد الزواج يتمثل في الرضا (المطلب الأول)، و شروطه هي الولي والصداق والشهود (المطلب الثاني)، وهو ما سنتناوله بالدراسة كما يلي

المطلب الأول: أركان عقد الزواج عند المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري صراحة على أن الزواج يقوم على ركن الرضا (الفرع الأول)، وحسب القواعد العامة لابد لكل عقد من محل، بيد أن قانون الأسرة لم ينص عليه صراحة لفروغ الأمر من إلزاميته (الفرع الثاني، وهو ما سنتطرق له فيما يلي[2].

الفرع الأول: ركن الرضا.

جعل المشرع الجزائري من الرضا في عقد الزواج ركنا وحيدا له، حيث نص في المادة 9 المعدلة على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، والتعبير عنه يكون بالإيجاب والقبول.

1- عبد العزيز، (1375هـ، 1956م)، الجزء الثامن، ص165.

2- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية الجزائر، الطبعة الأولى (1429هـ، 2008م)، ص 55.

والإيجاب عند فقهاء القانون هو: عرض جازم يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه. والقبول هو الرد الايجابي من طرف الموجب له ويشترط فيه تطابقه مع الإيجاب وصدوره قبل سقوط الإيجاب[1]

يستخلص من خلال هذا أن المشرع الجزائري قد وافق المذاهب الأربعة في عد الإيجاب والقبول ركنا لعقد الزواج، فإذا اختل ركن الرضا لا ينعقد العقد في الأصل، ويكون باطلا بطلانا مطلقا قانونا. [2]

أما إفراد الرضا بصفة الركنية فهذا لا ينفي بقية الأركان؛ كون تبادل الإيجاب والقبول يقتضي وجود العاقدين والمعقود عليها، ولذلك فقد اقتصر بعض فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار الصيغة[3].

ركنا وحيدا لعقد الزواج كما فعل الأحناف[4]، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، وبه قال ابن محرز القيرواني من فقهاء المالكية، وقول بعض فقهاء الحنابلة، وبعض الشافعية. [5]

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن انعقاد الزواج في قانون الاسرة الجزائري يخضع لشروط ولانتفاء موانع، ومنه فإن تبادل الايجاب والقبول من الناحية القانونية غير كاف للإنعقاد، ولذلك اشترط المشرع في المادة 18 من قانون الاسرة أن يتم العقد أمام الموثق أو

1- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص (144، 145).

2- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ، الطبعة الثانية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2004 الجزء الأول، ص77

3- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة موفم للنشر الجزائر 2008، ص103

4- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص54.

5- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص228

امام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما جاء في نصي المادتين 9 و 9 مكرر من نفس القانون[1].

الفرع الثاني: ركن المحل

لم يذكر المشرع الجزائري المحل أي الزوج والزوجة في قانون الأسرة لفروغ الأمر من إلزاميته، ولأن الإشارة إليه ضمنية من خلال الرضائية التي لا تكون إلا بين رجل وامرأة، ويستشف ذلك مما أورده في تعريف الزواج من خلال المادة 4 من قانون الأسرة؛ إذ قرن الرضائية بتحديد طرفيها أي رجل وامرأة، حيث نصعلى أن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، ويستخلص من هذا التحديد للمحل أنه ركن؛ فلا يصح الزواج من نفس الجنس، أو من المخلوقات الأخرى، كما يشترط في الأنثي أن تكون محقة الأنوثة؛ فلا ينعقد الزواج على الخنثى. [2]

وقد اقتدي المشرع الجزائري في عدم النص على المحل بما ذهب إليه الأحناف وبعض فقهاء الحنابلة الذين لم يشيروا إلى المحل لوضوحه، كما يلاحظ أيضا أنه جعل من أهلية الزواج، والخلو من الموانع الشرعية شروطا لعقد الزواج في نص المادة 9 من قانون الأسرة، وفي الأصل هي شروط في المحل لانعقاد الزواج، وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، أو في أسسه، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلا[3]، وهو ما أجمع عليه فقهاء المذاهب الأربعة، وقد أشار إليه المشرع في نص المادة 33 من نفس القانون والتي نصت على ما يلي: "يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا"، وبالتالي لا يؤخذ برضا من كان غير

1- الكاساني، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 229

2- السيد البكري، إعانة الطالبينعلى حل ألفاظ فتح المعين، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 274

3- داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر2010، بدون طبعة، ص 102.

أهل الإبرام عقد الزواج، فيكون العقد باطلا لعدم توفر الإرادة والقصد الصحيح المعتبر شرعا[1].

المطلب الثاني: شروط عقد الزواج عند المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري على شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة؛ حيث جاء فيها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

– أهلية الزواج. – الصداق. – الولي – شاهدان.

– انعدام الموانع الشرعية للزواج".

إن الأهلية وانعدام الموانع الشرعية هي شروط في المحل لانعقاد الزواج كما سبقت الإشارة إليه، أما بقية الشروط فهي: الصداق والشهود (الفرع الأول)، ثم الولي الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصداق والشهود عند المشرع الجزائري

جعل المشرع الجزائري من الصداق ، والشهود شرطين لصحة عقد الزواج، وقد موافقا بذلك فقهاء الشريعة الإسلامية، هذا ما سأتناوله فيما يلي:

أولا: الصداق في قانون الأسرة الجزائري

يعد الصداق في قانون الأسرة الجزائري من شروط صحة عقد الزواج، حيث نص عليه المشرع في المادة 9 مكرر السالفة الذكر، كما نصت المادة 33 من نفس القانون على أثر الزواج دون صداق، حيث جاء فيها أن العقد يفسخ قبل الدخول بتخلف الصداق، ويثبت بعده بصداق المثل، كما نصت المادة 15 من نفس القانون على وجوب تسمية الصداق في

1– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دمشق، 1985، الجزء السابع، ص (48، 49).

العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، أما في حالة اشتراط نفيه، فإن ذلك يقتضي بطلان الشرط وصحة العقد وفقا لنص المادة 35 من نفس القانون، وتستحق الزوجة حينها مهر المثل[1]، والظاهر من رأي المشرع الجزائري أنه قد أخذ حكم الصداق من الفقه المالكي، حيث أنه لا يجوز الاتفاق بين الزوجين على إسقاطه، كما لا يجوز للزوج الاشتراط في العقد إعفاءه من أدائه، فيكون العقد في كلتا الحالتين فاسدا لصداقه فيفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل.

ثانيا : الشهود في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري على شرطية الشهود في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، كما جعل تخلف الشهود سببا لفسخ عقد الزواج قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل في نص المادة 33 من نفس القانون.

والملاحظ على أثر تخلف الإشهاد في قانون الأسرة أنه قد خالف الفقه المالكي قبل الدخول إذ بيشترط المالكية الإعلان إذا تخلف الإشهاد وقت إبرام العقد، وخالفه بعده بثبات العقد وللزوجة صداق المثل، وقد حاد المشرع في ذلك عن الثروة الفقهية فلا يجوز تعويض تخلف الشهود بصداق المثل، في حين أنه عند فقهاء الشريعة الإسلامية يفسخ بعده على الإطلاق بطلقة بائنة.

والظاهر من رأي المشرع الجزائري أنه قد أخذ برأي الحنفية والشافعية والحنابلة قبل الدخول، فيفسخ العقد لفساده، وهذا لأن الإشهاد عندهم شرط لصحة النكاح لا شرط[2] التمامه، وبالتالي فإن تخلف الإشهاد يؤدي إلى فساد العقد على الإطلاق، فيفسخ قبل الدخول وبعده ويفرق بينهما وتستحق المرأة صداق المثل.

1- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص74

2- ابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص88

وخالف المشرع الجزائري المذاهب الأربعة بعد الدخول لحكمه بثبات العقد بصداق المثل، فلا يثبت عند فقهاء المذاهب الأربعة، ولكن تستحق صداق المثل، وهذا رأي شاذ لم يقل به أحد من فقهاء السنة أو القانون، وهو مذهب الشيعة الذين يعتبرون الزواج صحيحا دون إشهاد عليه ووافقهم في ذلك ابن أبي ليلى وأبي ثور وأبي بكر الأصم. [1]

الفرع الثاني: الولي في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري على أن الولي شرط في عقد الزواج في المادة 9 مكرر السالفة الذكر، وقد وافق بذلك فقهاء الحنابلة والحنفية، كما نص في المادة 11 من قانون الأسرة على ترتيب الأولياء بالنسبة الرشيدة وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره [2].

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى للمرأة الحرية في اختيار الولي؛ فعبارة "أو أي شخص آخر تختاره"، تقتضي الأخذ بأي من الأولياء أو أي شخص آخر، وهي عبارة لا أصل لها في الشريعة الإسلامية فلا يمكن أن نساوي علاقة الأب بابنته أو علاقتها بأحد اقاربها مع أي شخص آخر تختاره[3].

كما نص المشرع على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في نص المادة2/33 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "إذا تم الزواج بدون... ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت[4].

1- ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، الجزء التاسع، ص (347،350).

2- السيد البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، مرجع سابق الجزء الثالث، ص274.

3- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1977، ص (321 ،322).

4- فركوس دليلة، عياش جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، القبة الجزائر، (1437هـ - 2016م)، ص 158.

بعد الدخول بصداق المثل"، فيتبين لنا من ذلك أن الولي شرط صحة ويفسد العقد بانعدامها، حيث تأثر المشرع بأحكام الفقه الحنفي في ذلك أيضا، وبالتالي إذا تم العقد دون ولي في حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، وهذا لأن تخلف شرط الصحة عند الحنفية يؤدي إلى فساد العقد، والمقصود هنا الصغيرة غير الراشدة، لأن وجوب الولي يكون بالنسبة للقصر غير البالغين سن الرشد.

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج وأثر تخلفها

يعرف الشرط بأنه هو كل ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن حقيقته، وشروط عقد الزوج عدّدها جمهور الفقهاء المسلمين بثلاث شروط هي: شروط الصحة، شروط النفاذ، شروط اللزوم و أضاف الحنفية شروط الإنعقاد وقد رتبوا على تخلفها آثار معينة، ونجد كذلك المشرع الجزائري في مختلف النصوص قد وضع شروط لعقد الزواج منها ما أخذ من الشريعة الإسلامية ومنها ما فرضتها المعاملات الحديثة، ورتب على تخلف تلك الشروط آثار و يمكن تناول هذه الشروط وآثار تخلفها كما يلي:

المطلب الأول: شروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية

كما سبق ذكره فإن الفقهاء المسلمين قد جعلوا أربع شروط لعقد الزواج ورتبوا على تخلفها عدة آثار وسنتناولها في النقاط التالية:

الفرع الأول: شروط الإنعقاد وأثر تخلفها

تعرف شروط الإنعقاد بأنها تلك الشروط التى يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الإنعقاد والإنشاء وذلك بسبب إرتباطها كليا بالأركان التى يقوم عليها العقد[1] ويعرفها البعض بأنها " الشروط التى يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد "[2] وهذه الشروط إما أن تتعلق بالعاقدين أو باللفظ المستعمل أو بالصيغة.

اولا : شروط الإنعقاد

أ – الشروط المتعلقة بالعاقدين: ويشترط في عاقدي الزواج مايلي:

– يجب أن يكون كل من العاقدين ذا أهلية سواء بالبلوغ أو ببلوغ سن التمييز.

1– محمد محده ، مرجع سابق، ص 121 .

2– وهبة الزجيلي ، مرجع سابق، ص 47 .

– أن يعلم كل من المتعاقدين ما صدر من الآخر وذلك عن طريق سماع كلامه أو رؤية إشارته أو يقرأ ما كتبه له ويفهم المراد منها[1].

– إسلام الزوج إذا كانت الزوجة مسلمة.

– أن تكون المرأة أنثى محققة الأنوثة فلا يتحقق الزواج على الرجل أو الخنثى المشكل.

– أن تكون المرأة مسلمة أو كتابية إذا كان الزوج مسلم.

ب – الشروط المتعلقة بصيغة العقد: وهذه الشروط هي:

– أن يكون مجلس العقد متحد من حيث الزمان و المكان.

– أن يكون كل من الايجاب والقبول متوافقين .

– أن يكون القبول فوري للإيجاب وهو شرط لم تأخذ به الحنفية والحنابلة.

– بقاء الموجب على إيجابه.

ثانيا: آثار تخلف شروط الإنعقاد

كما سبق ذكره فإن شروط الإنعقاد يقول بها الذين يميزون بين العقد الباطل والعقد الفاسد وهم الأحناف ولقد جعلوا في تخلف شروط الإنعقاد أنه يؤدي حتما إلى بطلان عقد الزواج ولا يترتب على بطلان عقد الزواج أي أثر من آثار الزواج حتى ولو تم الدخول وهو في مرتبة العدم كما يقول الدكتور بدران أبو العينين بدران " عقد الزواج ينعدم بإنعدامها " [2] و يثبت به النسب.

1– محمد مصطفى شبلي ، مرجع سابق ، ص ص 96–97 .

2– بدران ابو العينين ، مرجع سابق – ص 70.

الفرع الثاني: شروط الصحة وأثر تخلفها

تعرف شروط الصحة بأنها تلك الشروط اللازمة لكي يرتب العقد آثاره الشرعية وعرفها البعض بأنها تلك الشروط التى إستلزمها الشارع لترتيب الأمر الشرعي على ذلك العقد و بدونها لا يعتبر العقد موجودا وجود يحترمه الشارع[2] ويمكن التطرق لهذه الشروط في نقطتين أساسيتين هما:

اولا : شروط الصحة

إن شروط الصحة بعضها إتفق عليها الفقهاء المسلمين والبعض الآخر غير متفق عليها و سنتناولها وفقا للتقسيم التالي:

أ – الشروط المتفق عليها: وهذه الشروط هي[1]:

1- المحلية: ومعناه أنه لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا

2- شرط الصيغة المؤبدة: وهي أن لا يكون الزواج مؤقتا أو زواج متعة.

3- أن لا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا: ويقصد بالمرض المخوف ما يتوقع منه الموت.

ب – الشروط الغير المتفق عليها:

1- شروط الشهود: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حضور الشهود عقد الزواج هو شرط صحة بينما المالكية لم تعتبره شرط صحة وإنما إعتبرته شرط نفاذ أي شرط عند الدخول

1- محمد محده ، مرجع سابق ، ص 122 .

وجعلت إعلان الزواج شرط صحة ويجب ألا يتفق الزوج والشهود على كتمان الزواج عن الناس والجماعة[1].

2- أن يكون كل من العاقدين راضين ومختارين ولم يكونا تحت الإكراه وهذا شرط عند الجمهور غير الحنفية.

3- تعيين الزوجين : هو شرط صحة عند كل من الحنابلة و الشافعية.

4- عدم الإحرام بالحج أو العمرة من أحد الزوجين أو الولي: وهو شرط عند جمهور الفقهاء غير الحنفية.

5- شرط الولي: وهو شرط عند جمهور الفقهاء غير الحنفية.

الفرع الثاني: أثر تخلف شروط الصحة

لقد رتب جمهور الفقهاء على تخلف شرط من شروط الصحة فساد عقد الزواج وبالتالي لا يحل الدخول بالرأة وإذا تم الدخول يجب التفرقة بينهما سواءا إختيارا أو جبرا وكذا عدم إقامة حد الزنا عليهما لوجود الشيهة، ويدفع لها الزوج مهر المثل، وتثبت حرمة المصاهرة، والعدة من وقت الفرقة حتى يبرأ الرحم، كما يثبت الولد الناتج عن الزواج الفاسد لأبيه أما الحنفية فترى بأنه إذا تخلف شرط من شروط الصحة فإن العقد يكون فاسدا إلا إذا كانت المحلية أصلية فالعقد يكون هنا باطل [2].

1- وهية الزجيلي ، مرجع سابق ، ص 71 .

2- محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص ص 321 و 322

الفرع الثالث : شروط النفاذ وأثر تخلفها

إذا توافرت في العقد شروط الإنعقاد وشروط الصحة إنعقد العقد صحيحا لكن لكي يكون نافذ أو ليرتب آثاره يجب أن تتوافر فيه شروط النفاد وهذه الأخيرة تعرف أنها تلك الشروط التى لا تنفذ أحكام العقد على من عاقديه بغير وجودها [1].

اولا : شروط النفـاذ

1- أن تكون لمتولي إنشاء العقد ولاية إنشائية فإذا قام ناقص الأهلية بإبرام العقد فلا يكون نافذا ويكون موقوف على إجازة وليه مثلا أو الغير الكامل الأهلية الذي يتولى زواج غيره دون وكالة منه ففي هذه الحالة العقد يكون موقوفا على إجازه غيره[2].

2- أن لا يخالف الوكيل موكله فيما وكله به: فإذا خالف الوكيل الوكالة فإن العقد الذي أبرمه بقي موقوف النفاذ على إجازة الموكل.

3- ألا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: فهنا إذا أبرم الولي الأبعد عقد الزواج للمولى عليها فيكون هذا العقد موقوفا حتى إجازة الولي الأقرب.

ثانيا : : أثر تخلف شروط النفاذ

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه إذا تخلف شرط النفاذ في عقد الزواج كان العقد صحيحا إلا أنه لا يرتب آثاره إلا إذا أجيز من طرف الذي له حق الإجازة وإذا تم الدخول وأجيز رتب العقد آثاره أما إذا تم الدخول دون إجازة فإنه تترتب عليه نفس الآثار عن

1- الإمام ابو زهرة ، مرجع سابق، ص 40 .

2- محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص ص 323 – 324 .

الزواج الفاسد الذي تخلف أحد شروط الصحة [1] وهناك إستثناء بالنسبة للشافعية و الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن زواج الفضولي لا يستدعي الإجازة لأنه باطل [2]

الفرع الرابع: شروط اللزوم وأثر تخلفها

ذهب الفقهاء المسلمين إلى أن عقد الزواج يكون لازما إذا ما إستوفى شروط الإنعقاد والصحة والنفاذ وليس لأحد الزوجين أو الغير حق فسخه بعد تمامه نتيجة عدم توفر شرط من شروط اللزوم ويمكن تعريف هذه الأخيرة بأنها " تلك الشروط التى يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره "وعرّفت كذلك بأنها تلك الشروط التى " لا يكون لأحد الزوجين أو غيرهما ممن يتعدى إليه ضرر العقد حق نسخه بعد تمامه '

اولا: أنواع شروط اللزوم

1- شرط الكفاءة في الزواج:

ويقصد بالكفاءة في الزواج هو أن يكون الزوج كفىء للزوجة أي مساويا ومقاربا لها في أمور مخصصة بحيث لو إختلفت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة أو أوليائها من التعير والأذى[3] والأمور التى يجب أن تتوافر في الزوج كي تتحقق الكفاءة إختلف فيها الفقهاء فالمالكية ترى بأنها يجب أن تكون في الدين أما الشافعية تراها في الدين والنسب والحرفة والحرية والخلو من العيوب المثبطة للخيار أما الحنابلة فلقد إنقسموا إلى ثلاثة آراء منهم من يراها في الدين فقط كالمالكية وهناك من جعلها في الدين والنسب وأما الرأي الثالث يضيف الحرفه إلى جانب الدين والنسب وذهبت الحنفية إلى أنه يتوجب التساوي والتقارب في النسب، الإسلام، الحرية، لحرفة، المال، و يذهب جمهور الفقهاء المسلمين بأن عدم توفر شرط الكفاءة إثارته حق للمرأة إذا ما زوّجها وليها بدون إذنها ممن

1- وهية الزجيلي، مرجع سابق، ص 76.

2- محمد محده ، مرجع سابق، ص 123.

ليس كفىء لها، وأضافت الحنفية حق إثارة عدم وجود هذا الشرط للولي إذا ما تزوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها ممن ليس بكفىء لها بدون إذن وليها.

2- شرط خلو الزوج من العيوب الجنسية والأمراض:

إذا تبين للزوج أو الزوجة أن أحدهما قد غرر بالآخر مثلا كأن تدعي الزوجة بأنها غير مريضة أو بكر في حين هي مصابة بمرض جنسي أو غير بكر فهنا العقد لا يكون لازما في حق المغرور ويحق له فسخ عقد الزواج [1]

3- شرط عدم عتق المولي أمته بعد تزوجها:

وهذا يعني أنه إذا زوّج السيد أمته ثم أعتقها فهنا هذا العقد الذي أبرمه المولى غير لازم في حقها بعدما أصبحت حرة و يجوز لها التمسك بفسخه.

ثانيا: أثر تخلف شروط اللزوم

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تحقق في العقد أركانه و شروطه و تخلفت إحدى شروط اللزوم فيكون العقد صحيحا، نافذا إلا أنه لا يكون لازما فيجوز لمن له حق التمسك بفسخ عقد الزواج أي أن يطلب فسخه، فإذا كان طلب الفسخ قبل الدخول ورأى القاضي بفسخ العقد فهنا العقد لا يرتب أي أثر من آثار الزواج أما بعد الدخول " فيرتب العقد آثاره المترتبة على كل العقود الصحيحة والنافذة و اللازمة إلى أن يفسخ العقد ومن تلك الاثار نجد " ثبوت النسب، نفقة العدة، المهر المسمى أو مهر المثل، وحرمة المصاهرة، العدة [2]

1- محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص

2- الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 154 .

المطلب الثاني: الشروط العامة لعقد الزواج في قانون الأسرة

بعد تعرضنا لشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وأثر تخلفها نتناول الشروط العامة التى يتطلبها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لإبرام عقد الزواج في النقاط التالية:

الفرع الأول: شرط أهلية الزواج وأثر تخلفها

تعرف أهلية الزواج بأنها " تمتع الشخص بالحقوق والإلتزامات إبتداءا من اللحظة التى يبلغ فيها الشخص السن المعين للزواج "[1] ، ولقد تطرق الفقهاء المسلمين لهذا الشرط بإسهاب وكذا مختلف التشريعات العربية منها المشرع الجزائري الذي حددها في المادة السابعة من قانون الأسرة وسنفصل هذا الشرط في النقاط التالية:

اولا: موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج:

لم ترد لا آيات ولا أحاديث نبوية تحدد سن الزواج ولكن الفقهاء المسلمين عالجوا هذه المسألة وكانت لهم آراء منها ما هي متفق عليها كعدم إنعقاد زواج الصغير الغير المميز، وكذا إعتبارهم للشخص البالغ العاقل أهلا لإبرام عقد الزواج وإختلفوا حول زواج الصبي المميز، فالحنفية إعتبرته أهلا للزواج وزواجه يكون موقوفا على إجازة وليه أما الجمهور فقد إعتبروه باطلا[2] وإختلفوا أيضا حول سن البلوغ أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى إعتبار سن البلوغ 15 سنة بخلاف المالكية التى إعتبرت نهايته في الثامن عشر (18) للفتى والفتاة هذا من حيث السن أما من حيث العقل فلقد إتفق الفقهاء على عدم إشتراط العقل لصحة الزواج وإعتبروا تزويج المجنون والمجنونة، للمعتوه و المعتوهة صحيح إلا أنهم إختلفوا حول من يحق له تزويج من هو فاقد لعقله، فالحنفية والحنابلة يرون بأنة يحق للأب أو أي ولي آخر تزويجهم أما المالكية فقد قصرت ذلك على الأب فقط، وذهبت الشافعية إلى

1- زودة عمر ، محاضرات في مادة قانون الإجراءات المدنية .

2- وهية الزجيلي ، مرجع سابق، ص 175 – 176 .

إعطاء صلاحية تزويجهم للأب ثم للجد ثم للسلطان و قرنتها بأنه يجب تزويج فاقد العقل بزوجة واحدة[1].

ثانيا : أهلية الزواج وفقا لقانون الأسرة

حدد قانون الأسرة أهلية الزواج في نص المادة 7 منه بحيث جعلها بالنسبة للرجل 21 سنة والمرأة بثمانية عشرة سنة وأجاز لمن لم يبلغ هذا السن المحدد بالنسبة للجنسين وكان برغب في الزواج فأوجب عليه الحصول على رخصة قبلية من القاضي ومن هذا يستدعي تطرقنا لمسألة الأهلية في الزواج التعرض للنقاط التالية:

أ – الغاية من إشتراط المشرع لسن 21 سنة للذكر و 18 سنة للأنثى.

إن النحو الذي إتخذه المشرع الجزائري في تحديده لسن الزواج بالنسبة للذكر بـ 21 سنة، والأنثى 18 سنة كان يقصد من ورائه إعطاء أهمية كبرى لعقد الزواج، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كافي لوحده لإبرام عقد الزواج ولهذا كان يجب تنظيم السن الذي تتحقق من ورائه أهداف الزواج وذلك بتحقيق سلامة الفرد والمجتمع نظرا لما ثبت في الطب وعلم الإجتماع أن زواج الصغار يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها وترتب أضرار كثيرة على الجسم والنفس، ومن الناحية الإجتماعية صعوبة الحياة المعيشية الحالية، ولهذا فإن قيمنا ما ذهب إليه المشرع فإنه قد أصاب في تحديد السن الأدنى للزواج، وتحديد سن الزواج من طرف المشرع لم يكن بصفة جامدة بل نجده راعى ما قد يستدعيه الوضع في بعض الأحيان أين تستدعي الضرورة والمصلحة النزول على ذلك الحد ونظم المشرع هذه الحالة عن طريق الإشتراط على من يريد النزول على هذا الحد الحصول على ترخيص من طرف القاضي.

1– لعربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 63 .

ب – الترخيص القبلي بالزواج:

كما سبق ذكره فإن المشرع لما إشترط سن معينة لإكتمال أهلية الزواج راعى وضعية وحالة بعض الأشخاص ونص في الشطر الثاني من المادة السابقة على أنه "... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة " ومن خلال هذه المادة يمكن دراسة هذاالترخيص في النقاط التالية[1]:

1- من حيث القاضي المختص:

إن المادة السابقة في شطرها الثاني قد نصت على أن القاضي هو المخول بمنح الترخيص بالزواج من دون أن تحدد من هو هذا القاضي هل القاضي المكلف بالأحوال الشخصية أم رئيس المحكمة وبخصوص هذه المسألة نجد رأيين هناك من يجعل منح الترخيص بالزواج من صلاحيات قاضي الأحوال الشخصية نظرا لدرايته وخبرته في هذا المجال، وكذا لأنها مسألة موضوعية ليست من إختصاص رئيس المحكمة في حين يذهب البعض إلى انها من إختصاص رئيس المحكمة وقد جارى هذا الإتجاه الثاني التطبيقات القضائية التى جرت عادة على أن رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن لم يبلغوا السن القانونية، وفي رأيي الشخصي فإن ما ذهب إليه الإتجاه الثاني الذي خول صلاحية منح الترخيص لرئيس المحكمة هو الذي جانبه الصواب بإعتبار أن منح هذه الصلاحية لرئيس المحكمة يخقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وضع الترخيص لما فيه من سرعة لأن الأصل في الخروج عن السن المحدد قانون للزواج هو لتحقيق مصلحة مستعجلة إن لم تكن السرعة في الخروج عن السن القانوني للزواج ربما حدث ضرر ما بأحد الطرفين الذين يريدان الزواج أو بكلاهما، أما عن الدفع الذي يوجهه الرأي الآخر بإعتبار

1- لعربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 66 .

أن القاضي المكلف بالأحوال الشخصية هو الأدرى فإنه غير منطقي لأنه قد يكون رئيس المحكمة هو قاضي الأحوال الشخصية في نفس الوقت.

2- من حيث السن الأدنى في حالة منح الترخيص:

لم يحدد المشرع الجزائري في الشطر الثاني من المادة 07 من قانون الأسرة التي تناولت الترخيص الحد الأدنى الذي يجب على القاضي في حالة ما إذا قرر منح الترخيص بالزواج أن لاينزل عنه بل ترك له المجال واسع وفقا لسلطته التقديرية الواسعة، إلا أن موقف المشرع الجزائري هنا غير موفق فيما ذهب إليه، لأن الزواج بغير البالغة أو البالغ تنتفي فيه الأغراض من الزواج التي هي أساسا الإنجاب وتكوين الأسرة لا إشباغ الرغبات الجنسية فقط، وكان بالتالي من الأجدر أنه يحدد الحد الأدنى في حالة منع الترخيص مثل ما هو في بعض التشريعات العربية مثل التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج بـ 15 سنة للذكر و 13 سنة للأنثى[1].

3- من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة والضرورة:

وفقا لما ذكر أعلاه فإن المشرع الجزائري نص في المادة 7 فقرة 2 على أن القاضي يمنح الترخيص دون أن يقيده بحد أدنى للسن وإنما قيده بأن يراعي المصلحة والضرورة لكنه لم يحدد ما هي هذه المصلحة والضرورة وأي معيار يمكن إعتماده لتحديدهما وترك المجال للقضاء لكي يحدد ما هي هذه المصلحة والضرورة وفقا لسلطته التقديرية وهذا الموقف صائب إلى حد بعيد نظرا لأن مفهوم كل من المصلحة والضرورة يتغير من زمان إلى آخر ومن مكان لآخر وهما مفهومان نسبيان فمثلا ما نصت عليه المادة 326 من قانون

1- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، ص 24.

العقوبات[1] فهذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد الزواج بالجاني، وهذا على خلاف البعض الذين يذهبون إلى إستبعاد فتطبيق نص المادة 7 فقرة 2 على هذه الحالة مطلقا.

4- من حيث الإجراءات الواجب إتباعها لمنح الترخيص:

لم يحدد المشرع الجزائري الإجراءات والوثائق المتطلبة لتقديم طلب منح الترخيص بالزواج ولقد جرت التطبيقات العملية على أن يقدم ولي الطرف القاصر الذي يريد الزواج طلب إلى رئيس المحكمة التى يتواجد بها مسكن صاحب الطلب موقعا ومؤرخا ويذكر فيه التبريرات التى دفعته لتقديم طلب ا لترخيص بالزواج قبل السن القانوني ويرفقه بشهادة ميلاد كل من الطرفين الذين يريدان الزواج مع وصل تسديد الرسوم القضائية، وهناك في بعض الجهات القضائية يطلبون إرفاق الطلب أيضا بشهادة طبية تثبت مقدرة الطرفين على تحمل الأعباء النفسانية والجسمانية للزواج وفي رأيي حسنا ما فعلوا لما تسديه هذه الشهادة من معلومات للقاضي عندما يقدر المصلحة والضرورة لمنح الترخيص.

ثالثا : أثر تخلف شرط الأهلية وإنعدام الترخيص بالزواج

لقد كان المشرع الجزائري صريحا في إشتراطه توافر سن 21 سنة للذكر و 18 سنة للأنثى للزواج وكذا فرضه صراحة على من أراد مخالفة هذا الشرط أن يتحصل على ترخيص من القاضي في حين نجد أنه سكت على مخالفة على مخالفة وعدم إحترام هذا الشرط وهذا ما أثار نقاش حول الأثر المترتب على مخالفة شرط الأهلية والترخيص خصوصا أن المادة 223 من قانون الأسرة نصت بأنه تلغي جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة مع العلم أنه قبل صدور قانون الأسرة كان القانون الصادر في 29 جوان 1963 قد

1- نص المادة 326 من قانون العقوبات فقرة 2 " وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده الأخير إلابناءا على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج و لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله "

تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج بـ 18 سنة للذكر و 16 سنة للأنثى ورتب آثار معينة في حالة مخالفة شروط الأهلية أو الترخيص ثم جاء قانون الأسرة ونظم فقط السن المشترطة للزواج دون أن يتعرض إطلاقا إلى جزاء مخالفة هذا الشرط ولهذا لمناقشة هذه المسألة نتعرض للنقاط التالية في عدة آراء وهي كالتالي:

أ – الرأي الأول:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه في حالة تخلف شرط الأهلية أو الترخيص نطبق القانون المؤرخ في 29 جوان 1963 بإعتبار أن قانون الأسرة حدد سن الزواج وحدده 21 سنة للذكر و 18 سنة للأنثى أي أنه ألغي تحديد القانون الصادر في 29 جوان 1963 فيما يتعلق سن الزواج في حين أنه لم يحدد الآثار التى تترتب على مخالفة شرط السن أو الترخيص وبالتالي فإن عدم تطرق قانون الأسرة لهذه المسألة يعني أنه لم يلغي القانون الصادر في 29 جوان 1963 فيما يخص آثار تخلف الأهلية أو الترخيص ولهذا فنطبق هذا القانون وبالتالي مخالفة شرط الأهلية أو الترخيص يجعل عقد الزواج باطل بطلان مطلق قبل الدخول وقابل للإبطال بعد الدخول ومن بين أنصار هذا الرأي نجد الدكتور العربي بلحاج الذي يقول " يكون الزواج قبل إكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلق ويمكن الطعن فيه من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة وفقا لنص المادة 3 فقرة 1 من القانون 29 جوان 1963 أما بعد الدخول فيكون قابل للبطلان وفقا لنص المادة 3 فقرة 2 من نفس القانون[1].

ولقد أجاز هذا القانون أيضا الزواج في حالة ما إذا كانت الزوجة قد حملت أو زال السبب الذي نشأ عنه البطلان وهو إكتمال أهلية الزوجين، إلا أن هذا الرأي أنتقد من طرف البعض وهو ما سنتعرض له في النقاط التالية:

1– بلحاج العربي ، مرجع سابق ،ص 62 .

ب – الرأي الثاني:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن القانون الصادر في 29 جوان 1963 قد ألغي بقانون الأسرة وفقا لنص المادة 223 منه وعليه لا يمكن تطبيق قانون ملغى ويؤيدون رأيهم هذا بأن المشرع الجزائري لم يعطي القيمة القانونية اللازمة لأهلية الزواج المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة وأن قانون 29 جوان 1963 ملغى كليا لا جزئيا، والدليل على عدم إعطاء المشرع الجزائري في قانون الأسرة للأهلية أو الترخيص أهمية كبيرة هو إجازته لإبرام عقد الزواج عرفيا ثم يثبتونه عن طريق حكم قضائي ومن بين الذين يقولون بهذا الرأي نجد الأستاد الغوثي بن ملحة يقول " بأنه لا يوجد في التشريع الجزائري أي جزاء بخصوص المسألة[1].

وما يلاحظ أن هذا الرأي الثاني هو الصائب بإعتبار أن نص المادة 222 قانون الأسرة قد نصت على أنه في حالة عدم وجود نص نرجع إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية لا إلى القوانين السابقة ولقد تعرضنا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص تحديد السن الأدنى للزواج، وهذا الموقف الذي إتخده المشرع الجزائري ضمنيا لا يحمي القصر الذين لا يقدّرون حق التقدير لعواقب الزواج الذي يقبلون عليه وبالتالي كان من الأجدر ترتيب جزاء على مخالفة شرط الأهلية أو الترخيص المنصوص عليهما في المادة السابعة من قانون الأسرة ولقد ذهبت المحكمة العليا في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في القرار الغير منشور ملف رقم 96238 بتاريخ 1993/09/28 " من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج".

1 –Ghaouti Ben Melha – Le Droit Algerien De La Fammille – P 52.

الفرع الثاني: خلو المرأة من موانع الزواج وأثر مخالفة ذلك

تكون المرأة حلا للزواج بالنسبة للذي يريد أن يعقد عليها إذا كانت غير محرمة عليه مؤبدا أو مؤقتا وإذا تخلف هذا الشرط نجد فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرع الجزائري قد رتبوا على ذلك آثار يمكن تناولها في النقاط التالية:

اولا: خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة

وهي ما كان سبب تحريمها دائما ولا يزول ولقد تناولها المشرع الجزائري بصفة عامة في نص المادتين 23 و 24 من قانون الأسرة[1] بصفة عامة ثم فصلها في المواد 25 إلى 29 ولقد أخذ برأي الفقهاء وسنتناول هذه المحرمات المؤبدة كمايلي:

أ – المحرامات بسبب القرابة: ويقصد بالتحريم لسبب القرابة هو ما كان جزء منها أوكانت هي جزء منه أو كانا معا جزءا ولقد فصلها المشرع الجزائري في نص المادة 25 من قانون الأسرة وهي كالتالي:

1- الأمهات: ويقصد بها من له علاقة ولادة مباشرة كالأم أو غير مباشرة كأم الأم أو أم الأب وإن علو.

2- البنات: ويقصد بهن فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلوا.

3 – فروع أبوي الشخص وفروع فروعهم: وهم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت وإن نزلوا

ب – المحرمات بسبب المصاهرة: ويقصد بهذا التحريم ما نتج بسبب الزواج و لقد نص المشرع الجزائري عليها في نص المادة 26 من قانون الأسرة وهي:

1- المادتين 23 و 24 من قانون الأسرة .

1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها: وهذه الحالة لثبوت التحريم لا يشترط الدخول وإنما بالعقد فقط على البنت يحرم على أمهاتها.

2- فروع الزوجة عند حصول الدخول بها: وهنا لا يحرم فروع الزوجة إلا إذا تم العقد وحصل الدخول.

3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو: وهن زوجات أصول الزوج مهما علو.

4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن تزلوا: ويقصد بهذا من كن أزواج للفروع سواء كانوا أبناء أو أبناء الأبناء وإن نزلوا.

ج – المحرمات بسبب الرضاع: ولقد تناول المشرع الجزائري المحرمات بسبب الرضاعة في المواد 27 ، 28 و 29 من قانون الأسرة ويمكن تعريف الرضاع بأنه مص الرضيع اللبن من ثدي أنثى آدمية في مدة الرضاع[1].

ومن خلال هذا التعريف نستنتج الشروط التى يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:

1- يجب أن تكون المرضعة إمرأة.

2- يجب أن يكون الرضاع في مدة الحولين أو قبل الفطام وهو ما نجد نص المادة 29 من قانون الأسرة قد تناولته.

3- لا يؤخذ بعين الإعتبار كمية اللبن سواء كانت قليلا أو كثيرا فهي وفقا لنص المادة 29 من قانون الأسرة تحرم الزواج أخذا في ذلك بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي الذين لا يميزان بين مقدار اللبن الكثير و القليل، والأصناف المحرمة رضاعا جاءت محددة وفقا

1- بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 81 .

لنص المادة 27 من قانون الأسرة التى جاءت مطابقة تماما للحديث النبوي الشريف حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولقد خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنبلي الذي قصر محرمات الرضاع على محرمات النسب ويمكن تحديد الأصناف المحرمة رضاعا كما يأتي: الأم بالرضاع مهما علت، الفروع رضاعا، الأخت رضاعا، بنت الأخت رضاعا، بنت الاخ رضاعا، الخالة رضاعا، العمة رضاعا، أم الأخث من الرضاع، أخت الإبن أو البنت من الرضاع.

ولقد وضع المشرع شرط بأن التحريم بالرضاع لا يقع إلا على الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته وإعتبره ولدا للمرضعة و زوجها وأخا لأولادها وفقا لنص المادة 27 من قانون الأسرة.

ثانيا : خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة.

لقد نص المشرع الجزائري على موانع الزواج المؤقتة في المواد 23 ، 30 و 31 من قانون الأسرة [1]وهذه المحرمات المؤقتة هي كالتالي:

أ – المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في نص المادة 30 من قانون الأسرة: وهي كالتالي:

1- محصنة: ما دامت المرأة زوجة للغير فهي محرمة على الأخرين.

2- المعتدة: وهي المرأة التى كانت زوجة للغير ثم طلقها أو توفي عنها و لا تزال في العدة فهي محرمة إلى غاية نهاية عدتها.

3- المطلقة ثلاثا: ويقصد بها تلك المرأة التى يطلقها زوجها ثلاث طلقات فترجع محرمة عليه مؤقتا إلى غاية أن تنكح شخص آخر ثم يطلقها أو يتوفي عنها وبعد ذلك يستطيع

1- المواد 23 ، 30 و 31 من قانون الأسرة.

الزواج بها، و ما يشترط في زواجها هذا أن لا يكون زواج تحليل لأن جمهور الفقهاء متفقين على أن زواج المحلل غير جائز وكذا ما يجب في زواجها أيضا أن يتم الدخول بها فإن عقد عليها ثم لم يدخل عليها وطلقها أو توفي عنها فإنها لا تحل لمطلقها ثلاث وفقا للحديث النبوى الشريف " أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك [1]

4- ما يزيد عن أربع زوجات: متى كان تحت عصمة الرجل أربع نساء فلا يستطيع أن يتزوج بأخرى إلا إذا طلق أو توفت إحداهن وانتهت عدتها .

5- الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو مع خالتها: لقد جارى المشرع الجزائري في منعه الجمع بين المرأة وأختها أو مع عمتها أو مع خالتها ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك من أجل المحافظة على الرحم وعدم قطعه.

ب – المحرمات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 31 من قانون الأسرة:

ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 31 فقرة 1 من قانون الأسرة إلى أن المسلمة محرمة مؤقتا على غير المسلم إلى غاية إسلامه، أخذا في ذلك بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين حرموا زواج المسلمة بغير المسلم مهما كانت ديانته وفقا للآية الكريمة رقم 221 من سورة البقرة التى يقول فيها الله تعالى " ... و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولوأعجبكم ..."[2]

ثالثا : أثر الزواج بإحدى المحرمات

لقد نص المشرع الجزائري على الآثار التى تترتب على الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34 من قانون الأسرة وهذه الآثار تتمثل فيما يلي:

1- رواه البخاري ومسلم

2- بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 81.

– **فسخ عقد الزواج قبل الدخول أو بعده:** وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين بعكس المذهب الحنفي الذي يبطل عقد الزواج إذا كانت الحرمة أصلية ويفسخ عقد الزواج إذا كانت الحرمة فرعية.

– **ثبوت النسب:** أي أن الأولاد الذين ينتجون عن هذه العلاقة الفاسدة يثبت نسبهم لأبيهم وأمهم.

– **وجوب الإستبراء:** أي يجب على المرأة التى تزوجت في هذا الزواج الفاسد أن تعتد حتى تستبرأ رحمها.

الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بحالة تعدد الزوجات وأثر تخلفها

لقد أباح المشرع الجزائري في نص المادة 8 من قانون الأسرة [1]تعدد الزوجات في الحدود التى وضعها الشرع الإسلامي واضعا بذلك شروط منها ما أتفق عليها من طرف جمهور الفقهاء ومنها ما أختلف فيها ولقد رتب على تخلفها آثار معينة، وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

1– الشروط المتطلبة في حالة تعدد الزوجات

1 – شرط العدد:

وفقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة فإن المشرع أباح التعدد في الزوجات لكنه لم يتركه بدون قيد و من بين تلك القيود التى وضعها هي أنه جعله في حدود ما أباحته الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين أنهم حددوا العدد الذي لا يمكن تجاوزه من الزوجات في حالة التعدد بأربع نساء وذلك وفقا للآية الكريمة رقم 3 من سورة النساء التى يقول فيها تعالي " فإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم

1– المادة 8 من قانون الأسرة.

من النساء مثنى و ثلاث ورباع وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما مالكت إيمانكم " وكذا الحديث النبوي الشريف الذي يؤكد جواز تعدد الزوجات أن قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتى ثماني نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك فقال " إختر منهن أربع

2- شرط المبرر الشرعي:

إشترط المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد أن يتزوج بأكثر من واحدة أن يتوافر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه إلى ذلك لكنه لم يوضح ما هو المبرر الشرعي لكن كما قال الأستاذ عبد العزيز سعد نرجع إلى من مناقشات المجلس الشعبي الوطني لما كان بصدد إعداد قانون الأسرة وكذا منشورات وزارة العدل نجد أنه كان يقصد بالمبرر الشرعي مرض الزوجة الذي يعطلها عن القيام بالشؤون المنزلية والعناية بالأولاد، العقم، التوقف عن إنجاب الأطفال [1].

2-شرط نية العدل:

لقد جارى المشرع الجزائري في إشتراطه لمن يريد التزوج بأكثر من زوجة واحدة فيه العدل وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية دون أن يحدد ما المقصود بنية العدل بين الزوجات وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين لتحديد المقصود بهذا الشرط والذين نجدهم يحددونه بما يستطاع فيه العدل ألا وهو النفقة، المبيت، حسن المعاشرة أي ما يقصد به العدل الظاهر [2] ، أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه مثل الميل القلبي والمحبة فالزوج غير مكلف به وهذا ما جاء في الآية الكرية رقم 29 من سورة النساء التى يقول فيها تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وأن تصلحوا وتتقوا فإن الله غفور رحيم ".

1- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق، ص 150 .

2- الإمام أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي، ص 199

3- شرط إعلام الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة:

إشترط المشرع الجزائري على الزوج الذي يود الزواج بأكثر من واحدة أن يعلم كل منهم أو منهن بأنه تزوج بأكثر من واحدة أو أنه متزوج من قبل بالنسبة للزوجة أو الزوجات التى يريد أن يتزوج بهن من دون أن يحدد في نص المادة 8 من قانون الأسرة على كيفية الإعلام ونجد البعض يحملون نص المادة 8 من قانون الأسرة أكثر مما يحتمل بحيث يشترطون أن يعطي الزوج للزوجات اللاحقة معلومات عامة عن وضعيته العائلية وهذا مالا تشترطه المادة 8 [1].

4 - شرط القدرة على الإنفاق:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط وهذا ما يستدعي بنا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة ما يقصد به، وحسب جمهور الفقهاء فإن القدرة على الإنفاق يقصد بها أن يكون قادرا على مؤن الزواج وتكاليفه، والقدرة الدائمة على آداء النفقة الواجبة للأزواج مستدلين في ذلك بالحديث النبوي الشريف " يامعشر الشباب من إستطاع منكم الباءة فليتزوج ....والباءة في هذا الحديث يقصد به مؤونه النكاح. [2]

5 - آثار تخلف الشروط المتطلبة في حالة تعدد الزوجات

إن المشرع الجزائري لما إشترط في نص المادة 8 من قانون الأسرة على الشخص الذي يود الزواج بأكثر من واحدة الشروط السابقة الذكر لم يرتب على تخلفها أي أثر على صحة عقد الزواج وإعتبره صحيحا ونافذا ومنتجا لجميع آثاره ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق للزوجة في أن تطلب التطبيق نظرا لتضررها من ذلك وهذا ما ورد في نص المادة 53 فقرة 6 التى إعتبرت هذه الحالة من الضرر المعتبر شرعا.

1- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق، ص 150

2- رواه البخاري ومسلم و أبو داود والترميذي والنسائي وابن ماجة.

خاتمة

ومن هنا نستنتج في هذه الموضوع أركان الزواج وشروطه والذي يبين اهمية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الأسرة العقد مجموعة الشروط والأركان التي يجب أن يتضمنها عقد الزواج وكذا آثار إنعدامها ومن ثمة يمكننا القول أن عقد الزواج يتضمن عقد الزواج كغيره من العقود مجموعة من النقاط من أجل إتمامه ومن أجل منحه القوة القانونية، وبالتالي تضمن مجموعة من الأركان في نظر الفقهاء المسلمين، في حين المشرع الجزائري جعل لعقد الزواج ركنا واحدا في الأمر 05-02 المتمثل في ركن الرضا بعد أن كان لا يفرق في القانون القديم بين الشرط والركن، والرضا يتمثل في الإيجاب والقبول بين طرفي العقد الرجل والمرأة في نظر كل من المشرع والفقهاء.

بالإضافة إلى ركن الرضا يتوجب أن يتوفر العقد على مجموعة من الشروط، تتمثل في الولي والصداق والشاهدان وكذا خلوه من الموانع الشرعية، بالإضافة إلى مجموعة من الشروط والإجراءات الشكلية، في الوقت الذي لم تحدد فيه الشريعة طريقة معينة من أجل تسجيل العقد واكتفت عند قوله صلى الله عليه وسلم " أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، و اضربوا عليه بالدفوف"، قام المشرع الجزائري بتحديد طرق معينة من أجل منح هذا العقد قوة قانونية حاميا بذلك مجموعة من الحقوق والواجبات وكذا الهدف من الزواج ، كما لم يغل على تحديد الوثائق المطلوبة في العقد وكذا البيانات الضرورية التي يجب أن يحملها .

في ختام هذا البحث، يمكن تسجيل أهم نتائجه في النقاط الآتية:

1- لم يتقيد المشرع الجزائري في تقسيم أركان وشروط عقد الزواج بمذهب معين، وكان مرنا في ذلك؛ حيث اعتمد على المذاهب الأربعة كمصدر لتقسيم أركان عقد الزواج وشروطه.

2- نوع المشرع الجزائري مصادره في قانون الأسرة، حيث أنه خرج عن أحكام المذاهب الأربعة فيما يخص أثر تخلف الإشهاد على عقد الزواج بعد الدخول.

3- جعل المشرع من الإيجاب والقبول ركنا واحدا للعقد، وقد يرجع ذلك إلى أن الإيجاب والقبول يقتضي وجود العاقدين والمحل، متأسيا في ذلك بالفقه الحنفي.

4- أخذ المشرع الجزائري حكم الولي من المذهب الحنفي بالنسبة للراشدة، أما الصداق والشهود فقد جعلهم شروط صحة للعقد، حيث أخذ حكم الصداق من المذهب المالكي، أما الشهود فقد أخذ حكمهم من جمهور العلماء.

إن اعتما هذا التنوع في قانون الأسرة يخالف المرجعية الدينية السائدة في البلد، فقد يؤدي ذلك بالقضاء إلى الحكم بما يخالف الجاري العمل به في الأعراف وهو الفقه المالكي، ومن أهم الأمثلة في ذلك وجوب الولي للراشدة والقاصرة فليس هناك من يرض أن تتزوج من هي في ولايته دون موافقته، كما أنه من النادر في عرف مجتمعنا أن ترضى المرأة الزواج دون إذن وليها

قائمة المراجع

المصادر والمراجع:

أولا / قائمة مصادر ومراجع

الفقه الاسلامي.

الكتب

1. ابن عابدين، محمد أمين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، (2003م، 1423هـ).
2. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب الرياض، (1417هـ، 1997).
3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 237.
4. البجيرمي، سليمان ابن محمد ابن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1417هـ، 1996م).
5. بن حنفية العابدين العجالة في شرح الرسالة، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الطبعة الثانية، دار الإمام مالك الجزائر 2014.
6. البهوتي، منصور ابن يونس ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، بدون طبعة، عالم الكتب بيروت (1403هـ، 1983م).
7. الجمل، حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، بدون طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون تاريخ.

8. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، الطبعة الأولى دار الرضوان للنشر نواكشط موريطانيا، 2010.

9. خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (1401هـ، 1981م).

10. الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح على المختصر الجليل للإمام أبي الضياء سيدي خليل، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق مصر، 1317 هـ.

11. الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك المذهب الإمام مالك، طبعة 2000، مكتبة أيوب كانو نيجيريا

12. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، بدون طبعة، دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة.

13. السيواني، كمال الدين محمد ابن عبد الواحد ثم السكندري، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، علق عليه وخرج أحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1424هـ، 2003م).

14. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1405هـ، 1984).

15. الشافعي الصغير، شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المتوفي المصري الأنصاري ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، (1424هـ ، 2003م).

16. الشرواني، عبد الحميد، أحمد ابن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بدون طبعة ، المكتبة التجارية الكبرى مصر، بدون تاريخ.
17. الكشناوي الكسادي، أبو بكر الحسن بن حسن، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى "بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية"، الطبعة الأولى، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2010.
18. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1986.
19. محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الطبعة الأولى، دار الفكر بيروت لبنان، (1404ه -1984م).
20. مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، الطبعة الأولى، دار طيبة، 2006
21. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفيقى، الطبعة الأولى، طبع وتوزيع على نفقة الملك سعود ابن عبد العزيز، (1375ه ، 1956م).
22. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى،دار بيروت للطباعة والنشر ، (1410ه - 1990م).
23. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع دمشق، 1985.

24. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1977.

25. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر دمشق، 1986.

26. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دارالخلدونية الجزائر، الطبعة الأولى (1429هـ، 2008م).

27. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

28. داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر الجزائر 2010، بدون طبعة.

29. فركوس دليلة، عياش جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، القبة الجزائر، (1437هـ -2016م).

30. فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر الجزائر 2008، ص 103.

ثانيا: المراجع والمصادر القانونية.

أ. المصادر.

1. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 15 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15.

الفهرس

إهداء

الشكر

المقدمة **07**

الفصل الاول : إطار المفاهيمي للأركان عقد الزواج وشروطه..... **12**

المبحث الأول: تعريف الزواج وأهميته..... **13**

المطلب الاول : مفهوم الزواج 13

الفرع الأول: تعريف الزواج. 13

الفرع الثاني: أهمية الزواج. 14

المطلب الثاني : حكم الزواج وطبيعته فقها و قانونا 16

الفرع الأول: حكم الزواج شرعا. 16

الفرع الثاني: طبيعة القانونية للزواج..... 17

المبحث الثاني :أركان عقد الزواج وشروطه عند فقهاء الشريعة الإسلامية **20**

المطلب الأول:أركان عقد الزواج وشروطه عند المالكية والشافعية..... 20

الفرع الأول :أركان عقد الزواج وشروطه عند المالكية..... 20

الفرع الثاني :أركان عقد الزواج وشروطه عند الشافعية..... 23

المطلب الثاني:أركان عقد الزواج وشروطه عند الحنفية و الحنابلة..... 24

الفرع الأول :أركان عقد الزواج وشروطه عند الحنفية.....24

الفرع الثاني:أركان عقد الزواج وشروطه عند الحنابلة.....26

الفصل الثاني : دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري 29

المبحث الاول :أركان عقد الزواج وشروطه عند المقنن الجزائري.....30

المطلب الأول :أركان عقد الزواج عند المشرع الجزائري.....30

الفرع الأول :ركن الرضا.....30

الفرع الثاني :ركن المحل.....32

المطلب الثاني :شروط عقد الزواج عند المشرع الجزائري.....33

الفرع الاول : أنواع الشهود 33

الفرع الثاني :الولي في قانون الأسرة الجزائري.....35

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج وأثر تخلفها. 37

المطلب الأول: شروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية. 37

الفرع الأول: شروط الإنعقاد وأثر تخلفها. 37

الفرع الثاني: شروط الصحة وأثر تخلفها. 39

الفرع الثالث: شروط النفاذ وأثر تخلفها. 41

الفرع الرابع: شروط اللزوم وأثر تخلفها. 42

المطلب الثاني: الشروط العامة لعقد الزواج في قانون الأسرة. 44

الفرع الأول: شرط أهلية إبرام عقد الزواج وأثر تخلفها. 44

الفرع الثاني: شروط خلو الزوجة من موانع الزواج وأثر مخالفة ذلك. 51

الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بحالة تعدد الزوجات وأثر تخلفها. 55

خاتمة.....60

قائمة المراجع 63

مـلخص مذكرة الماستر

ومن هنا نستنتج في هذه الموضوع ان المشرع الجزائري من الإيجاب والقبول، أي الرضا، ركنا في عقد الزواج، ولما كان وجود الصيغة يتطلب وجود العاقدين، والمحل، حصر أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية الأركان فيهما، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، أما الصداق، والشهود، والولي، فجعلهم المشرع شروطا لصحة عقد الزواج، مع تقييد شرطية الولي بالصغيرة القاصر، أما الرشيدة فلها تزويج نفسها؛ آخذا برأي الأحناف، وخالف فقهاء الشريعة في تولي العقد شخص آخر ممن لا تجب لهم الولاية في وجوبه للقاصر، أما فيما يخص الصداق فقد أخذ المشرع الجزائري بالفقه المالكي حيث نص على وجوب تسميته في العقد، فإن لم يسم تستحق الزوجة صداق المثل، أما الشهود فشرط صحة عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، والملاحظ في هذا الشرط أن المشرع الجزائري خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية في تصحيح العقد بصداق المثل بعد الدخول إذا تخلف هذا الشرط في حين ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى فسخ العقد.

الكلمات المفتاحية :

1- عقد الزواج 2- أركان 3- شروط 4- فقه إسلامي 5- قانون الأسرة.

Abstract of The master thesis

Hence, we conclude on this subject that the Algerian legislator from the offer and acceptance, that is, consent, is a cornerstone of the marriage contract, and since the existence of the formula requires the presence of the two contracting parties, and the place, most Islamic Sharia jurists limited the pillars to them, which is what the Algerian legislator took, as for the dowry, and witnesses The guardian, so the legislator made them conditions for the validity of the marriage contract, with the condition of the guardian restricting the young minor. As for the rational woman, she may marry herself; Taking the opinion of the Hanafis, and the jurists of Sharia violated the assumption of the contract by another person who does not have the guardianship in his obligation to the minor. It is valid for the majority of Islamic Sharia jurists, and it is noted in this condition that the Algerian legislator deviated from the provisions of Islamic Sharia in correcting the contract with the dowry of the same after entering if this condition was missed, while the jurists of the four schools of thought went to annul the contract.

key words :

1- Marriage contract 2- Pillars 3- Conditions 4- Islamic jurisprudence 5- Family law