



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الجبالي بونغاوية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم: الحقوق



مجموعة محاضرات جامعية.  
المقياس: إنعقاد الزواج  
موجهة لطلبة الماستر السنة الأولى  
تخصص: قانون الأسرة  
السداسي الأول

# إنعقاد الزواج

السنة الجامعية: 2024/2023

## مقدمة

لقد أهتم الإسلام بالأسرة اهتماما بالغا وكبيرا , وأقامها على أساس من المودة والمحبة واعتبرها أساس المجتمع والنواة التي تتكون منها الشعوب والأمم , ولذلك دعى الى الزواج الاسلامي , ورغب فيه ويتجلى ذلك في الكثير من الايات القرآنية , والاحاديث النبوية الشريفة وحرص على الدوام على الصلة بين الزوجين , وأرسى نظاما متكاملًا للأسرة المسلمة كي يسلم المجتمع الاسلامي من التفكك والانحراف , ومن ثم ذهب جمهور الفقهاء من الشريعة والقانون على اعطاء تعريف للزواج على أساس ان هذا النوع من الرباط المتين تكون نتيجته تكوين أسرة قوامها الحب والاستئناس بين الطرفين , فذهب البعض الى تعريفه على أنه الاقتران و الازدواج الحاصل بين الذكر والانثى البالغين أو بين الرجل والمرأة أساسه الحب والمودة والاحترام , وكما عرفه البعض على انه عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحسان الزوجين , والمحافظة على الانساب.

كما يعرف الزواج في الفقه الاسلامي بعدة صيغ مختلفة بين مضيق وموسع غير أن التعريف الذي ذهب اليه فقهاء الشريعة بأنه هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة بما يحقق ما يتطلبه الطبع الانساني مدى الحياة , ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات قبل الاخر .

فلقد جعل الشارع الحكيم الزواج لغرض معين في المجتمع الاسلامي يهدف الى تكوين أسرة متماسكة تكون بمثابة الشجرة المثمرة في المجتمع , ولذلك نجده قد اهتم بتنظيم هذه الرابطة وحرص على تماسكها , ومن الحكم التي أشار إليها الله تعالى هي السكينة والطمأنينة في النفس لقوله تعالى : " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها , وجعل بينكم المودة والرحمة..... " أما الحكمة الاخرى وهي الابقاء على النوع البشري بالتناسل الناتج عن الزواج الشرعي , وتكوين سلالة بشرية نظيفة وطاهرة , يتم التعاون فيها بين الزوجين على تربية النسل والمحافظة على حياته , ويتم فيها كذلك تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة على أساس المودة والرحمة والمحبة المتبادلة وأقتسام الحقوق والواجبات وتبادلها على أساس المساواة وتقاسم اعباء الحياة بما فيها الاحترام والتقدير المتبادل.

ومما لا شك فيه ان الزوجين هما اركان الاسرة وهما عمادها و أساسها المتين الذين بسببهما يتم الانجاب لذا رأى جمهور الفقهاء من الشريعة والقانون وضع شروط اختيار البعض للآخر لتكون بداية الاقتران على أساس متين هدفه تكوين أسرة من اهدافها التقرب الى الله سبحانه وتعالى اولا , ولكي يتم هذا الزواج لابد من توفر شروط و اركان تكون كأسس يعتمد عليها المقبولون على الزواج , وهذه الاسس هي في الأساس من وضعتها الشريعة الاسلامية الغراء و اتفق عليه جمهور الفقهاء من الشريعة والقانون , فالهدف من هذا كله تكوين أسرة متماسكة عنوانها المحبة والتقدير والاحترام المتبادل.

لقد جعل الشارع الحكيم الزواج لغرض معين في المجتمع الاسلامي يهدف الى تكوين أسرة متماسكة تكون بمثابة الشجرة المثمرة في المجتمع , ولذلك نجده قد اهتم بتنظيم هذه الرابطة وحرص على تماسكها , واول حكمة نجدها هلى السكينة والطمأنينة وهذا هو الهدف الاساسي والمهم للزواج وكذلك نجد من حكمة الزواج الابقاء على العنصر البشري بالتناسل الناتج عن الزواج الشرعي وتكوين سلالة بشرية نظيفة وطاهرة ويتم هذا كذلك عن طريق التعاون بين الزوجين على تربية النسل والمحافظة على حياته وكذلك من حكمه تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة على أساس المودة والمحبة , وتبادل الحقوق

وإداء الواجبات وإدائها في نفس الوقت كنوع من العدل بين الطرفين في المعاملة بينهما وهذا كله لا يتم إلا بالتعاون المثمر وتقاسم الأعباء والاحترام والتقدير المتبادل.

مما لا شك فيه أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع يصلح بصلاحتها ويفسد بفسادها، وقد أولاه الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز ورسوله الأكرم ﷺ في عدة أحاديث أهمية كبرى.

ولهذا فقد خاض فيها الفقهاء المسلمون بمختلف مذاهبهم واضعين لعقد الزواج الذي تنشأ به الأسرة أركان وشروط خاصة به منها ما اتفقوا عليها وأخرى اختلفوا فيها، وهذا الذي أثر بدوره على مختلف التشريعات العربية باعتبار أن كل تشريع أخذ بمذهب ما، ونجد بعض التشريعات لم تتحوا هذا النحو وإنما أدمجت بين المذاهب ومن بينها قانون الأسرة الجزائري الذي لم يكتف فقط بالدمج بين المذاهب في المسائل المنصوص عليها فيه وإنما ألزم القاضي في نص المادة 222 منه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية من دون أن يبين له ما هو المذهب الذي يعود إليه في حالة عدم وجود نص فيه على مسألة من المسائل التي ينظمها.

وهذا ما جعل الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري يطرح مشاكل عملية بالنسبة للقضاة أثناء رجوعهم إلى الشريعة الإسلامية خصوص فيما يتعلق بموضوع الأركان والشروط التي يقوم عليها عقد الزواج وكذا في الآثار المترتبة على مخالفتها أو تخلفها، ولهذا فقد جاءت هذه المحاضرات للإجابة على الإشكاليين التاليين: ماهي أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية والقانون؟ وإلى أي حد وفق المشرع الجزائري لما ألزم القضاة بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة من دون أن يحدد لهم المذهب الذي يأخذون به؟.

## 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 كمايلي:

### المطلب الأول: تعريف الزواج

الزواج يمكن أن نعرفه لغة وإصطلاحا.

### الفرع الأول: التعريف اللغوي

يعرف الزواج لغة بأنه إقتران لأحد الشئيين بالآخر وإزدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر<sup>(1)</sup> ومنها أخذ إقتران الرجل بالمرأة بعد أن كانا منفصلين صارا يكونان أسرة واحدة.

### الفرع الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا

تعددت تعاريف الزواج عند الفقهاء المسلمين إلا أننا نجدتها تقريبا متفقة على الغرض المبدئي له وذلك رغم إختلافهم في التعبيرات فإنها تدور حول نفس المعنى، فهناك من عرّفه بأنه عقد يفيد حل إستمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع<sup>(2)</sup>، ويعرّفه آخرون بأنه عقد وضع لتمتلك المتعة بالأنثى قصدا<sup>(3)</sup>، وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها ينطبق عليها ما قاله 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 ويحدد ما لكلية من حقوق وما عليه من واجبات "<sup>(4)</sup>، ومن التعريفات التي 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 ومتحاببة تكون نواة لإقامة مجتمع المودة والرحمة والإستقرار<sup>(5)</sup> وفقا للآية الكريمة رقم 21 من سورة الروم " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ".

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

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

3- الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق ، ص 30 .

4- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق - ص 19 .

5- عبد العزيز سعد - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري - طبعة ثالثة - دار هومة، 1999 ص 81 .

### المطلب الثاني: أهمية الزواج

للزواج أهمية كبرى نظرا لما يحققه من مصلحة للبشرية جمعاء وتتمثل هذه الأهمية في عدة

أمور نجد منها: **الفرع الأول: 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 بزوجه أو زوجاته في حدود الشرع وهذه الأهمية تؤكدها الآية الكريمة رقم 223 من سورة البقرة بحيث يقول تعالى " نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وقداموا لأنفسكم "، والحرث المقصود به في هذه الآية هو للإنبات أي النسل، ونجد كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم " ... تزوجوا الودود الولود فإنى مكاتركم بكم الأمم "(1).

### الفرع الثاني: تحقيق الإنس والراحة والمودة 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 "، وإذا بنيت الأسرة على الإنس والراحة والأمان بين الزوجين صلح المجتمع، ولقد ذهب الفيلسوف الإنجليزي " بنتام " إلى القول " أنه شرف فيه ترابط الهيئة الإجتماعية وعليه يبني التمدن والعمران، فقد أنقذ النساء من الإستعباد وأخرجهن من درك الإنحطاط و قسم الناس 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 منفعة "(2).

1- رواه ابوداود و النسائي

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

### الفرع الثالث: تحصيل النفس بقضاء الحاجة الجنسية للزوجين:

إن من بين الأهداف والغايات التي يرمي إليها الزواج هي أن يقضي الإنسان حاجته الجنسية عن طريق 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 بحيث يقول الرسول ﷺ: " يامعشر الشباب من استطاع منكم البائة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء "(1).

### المبحث الثاني: حكم الزواج وطبيعته

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

## المطلب 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 وتعرض لها كمايلي:

### الفرع الأول: الزواج فرض أو واجب

يكون الزواج فرضا على من كان متأكد بأنه يقع في الزنى وهو قادر على الزواج والعدل مع أهله ويكون واجبا إذ كان يغلب على ظن الشخص الوقوع في الزنى إن لم يتزوج مع مقدرته على الزواج والعدل مع أهله<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: 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<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الزواج المكروه أو المحرم

الزواج المكروه هو أن يغلب على ظن 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<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني: طبيعة الزواج

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للزواج فمنهم من إعتبره عقد ومنهم من قال بأنه مجرد إتفاق هذا من جهة ومن جهة أخرى انقسم 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؟، وهذه النقاط سنتعرض لها كمايلي:

1- رول البخاري - ومسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه .

2- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق، ص 23 ، 24

3- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق، ص 25

4- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق، ص 26

### الفرع الأول: الزواج عقد أم مجرد إتفاق

قبل التطرق إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري نعرض 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<sup>(1)</sup>، 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 إعتبره عقد وهو ما جسد في المادة الرابعة من قانون الأسرة بحيث تنص " الزواج هو عقد يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي... " وهو في رأبي الموقف المرجح لأنه بالزواج تنشأ الأسر و المجتمعات فكيف لا يرقى إلى عقد.

### الفرع الثاني: الزواج عقد مدني أم ديني أم هو ذو طبيعة أخرى

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 وصلحهما ثم تنشأ منه الأسرة<sup>(2)</sup> 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 إعتبره 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 التي عرفت عقد الزواج حددت طبيعته بأنه عقد شرعي.

### الفرع الثالث: 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 عقد الزواج عقد شكلي صائب لأنه إضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شروط إدارية وتنظيمية لكي يرتب عقد الزواج آثاره. وبعد التطرق إلى تعريف عقد الزواج وأهميته وحكمه الشرعي وطبيعته نتعرض إلى النقاط الأساسية في الموضوع ألا وهي أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها.

1- الدكتور محمد محده - المرجع السابق ، ص 109

2- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 110 .

## الفصل الأول: أركان عقد الزواج وأثر تخلفها

اختلف الفقهاء المسلمين في تحديد أركان عقد الزواج فمنهم من جعلها ركنين الإيجاب والقبول كالحنفية - وهناك من جعلها ثلاث الصيغة، المحل، الولي وهناك من جعلها أربعة: الصيغة، الولي، الزوج والزوجة، الصداق كالمالكية وهناك من جعلها خمسة كالشافعية، و الإختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على الفقهاء المسلمين وإنما تعد إلى التشريعات العربية وهذا منطقي جدا بإعتبار كل تشريع أخذ بمذهب ما وهناك تشريعات أدمجت بين المذاهب مثلما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري الذي حدد أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة بأربع أركان وهي الرضا، الولي، الشاهدين، الصداق<sup>(1)</sup>.

## المبحث الأول: ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه وأختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج و هذا الإختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه " ونصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الإقتصادية والإجتماعية والثقافية على " لا يعقد زواج إلا برضا الطرفين

المزعم زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه"، ونصت المادة 16 من إتفاقية إلغاء التمييز ضد المرأة لسنة 1975 على " للمرأة الحرية في إختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل " و نجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج وكمثال عن ذلك المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية نص في مادته 23 على أنه " ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام ... " .

1- المادة التاسعة قانون الأسرة " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة ، وشاهدين و صداق " أما المشرع الجزائري فكما ذكر سابقا حدد في المادة 09 من قانون الأسرة الرضا بأنه أحد أركان عقد الزواج ونصت المادة العاشرة منه على مكونات الرضا وكيفية التعبير عنه بالنسبة للقادر على الكلام وغير القادر على الكلام لعجز، ونصت المادتين 32 و 33 على أثر تخلف ركن الرضا، ولكي نتعرض وندرس ركن الرضا في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يجب تناوله في النقاط التالية:

### **المطلب الأول: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج**

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما إكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يحوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا بتركنا نذهب إلى التعريف الذي وضعه له الفقه ومن بين تلك التعريفات نجد السيد سابق يعرفه " بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا<sup>(1)</sup> ويعرفه الدكتور يدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول الصادرين من التعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما<sup>(2)</sup>، ومن خلال إطلاعنا على هذه التعاريف ونص المادة 10 من قانون الأسرة نستخلص أن ركن الرضا في عقد الزواج ينقسم إلى قسمين وهما الإيجاب والقبول.

### **الفرع الثاني: الإيجاب والقبول**

إن نص المادة 10 فقرة 01 جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب والقبول لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة نرجع إلى ماذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع:

### **أولا : تعريف كل من الإيجاب والقبول**

أ- الإيجاب: يتفق الفقهاء على أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع طرف العقد الآخر ويسمى بالتالي موجبا.

ب- القبول: يعرف الفقهاء القبول بأنه الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى القابل.

### **ثانيا: شروط صحة الإيجاب والقبول**

لصحة الإيجاب والقبول إشتراط الفقهاء المسلمين أن تتوافر فيهما شروط معينة منها ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها وهي كالتالي:

- 1- السيد سابق - فقه السنة - المجلد الثاني، المرجع السابق، دار الكتاب العربي، المجلد الثاني، ص 234
- 2- الدكتور بدران ابو العينين - الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ص 56.
- أ - **الشروط المتفق عليها:** إشتراط الفقهاء أن يكون إجتماع إرادتي المتعاقدين على الزواج في مجلس العقد وإتفاقهما في القصد والهدف، ويجب أن يكون مجلس العقد متحدا أي لا يفرق بين الإيجاب والقبول ما يعد شاغلا عنهما مثلا بتكلم أحد العاقدين كلام أجنبي.
- ب- **الشروط المختلف فيها:** على خلاف الحناييلة والحنفية إشتراطت المالكية والشافعية لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الفورية في قبول الإيجاب<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني: صيغة الإيجاب والقبول

تنص المادة العاشرة من قانون الأسرة على أن " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، وما يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يجدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول ولم يجدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول وهذا ما يؤدي بنا لتحديد الرجوع إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ولقد أفاض الفقهاء المسلمين في الحديث عن هذه المسألة وهي كالتالي:

### الفرع الأول: الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح

وتعرض للألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح في نقطتين أساسيتين وفقا لما ذهب إليه الفقهاء

المسلمين.

#### أ- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا أو لا تؤدي معناه :

لقد إتفق الفقهاء المسلمين سنة منهم أو شيعة بأن الزواج ينبعد بألفاظ الزواج، النكاح منشدتين في ذلك أن معظم الآيات والأحاديث المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين كما إتفقوا على أن الزواج لا ينبعد بالألفاظ التالية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجازة وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا<sup>(2)</sup>.

#### ب- الألفاظ المختلف في أدائها لمعنى النكاح

ذهبت المالكية والحنفية بأنه يجوز ويصح أن يكون الإيجاب بالألفاظ التالية: الهبة، التملك، البيع، الصدقة والجعل مشترطين فقط أن تدل تلك الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة، في حين الشافعية والحناييلة قالوا بعدم صحة الزواج الذي يتم بالألفاظ المذكورة أعلاه، وما يلاحظ في إشتراط الفقهاء الألفاظ التي يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفي أن يقول قبلت أو رفضت، وأنه وفقا لما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أنه يعمل بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنفي فجرت العادة أن يقول الموجب جئت أطلب بنتك مثلا فيقول القابل إني أعطيتك.

1- الدكتور بدران ابو العينين بدران - المرجع السابق، ص 66-65 .

2- الاستاد محمد مصطفى شبلبي - المرجع السابق، ص 71 .

## الفرع الثاني: لغة إبرام عقد الزواج

كما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص إطلاقاً على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج بل إكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، في حين نجد أن جمهور الفقهاء المسلمين متفقين على جواز عقد القران بغير اللغة العربية مستدلين في رأيهم على أن العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني، وان الزواج ليس أمر تعبدى حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية، وذهب أصحاب المذهب الشافعي إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها بأن يعقد بغير اللغة العربية وبما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه<sup>(1)</sup>، وما يلاحظ على ما ذهب إليه المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها العقد هو أنه أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو موقف وفق فيه حسب رأبي وذلك حتى لا يصعب على من أراد الزواج، لأنه إن إشتراط لغة معينة فإنه يتوجب على الذي لا ينطق بها يثبت ذلك.

### الفرع الثالث: صيغة الفعل

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبر بها عند الإيجاب والقبول وهو ما يتركنا نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد هذه المسألة، ولقد إشتراط الفقهاء المسلمين لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الأفعال المعبر بها مصرفة كالاتي:

- أن يكون كل من الألفاظ المعبر بها في الإيجاب والقبول بصيغة الماضي.
- إذا كان الإيجاب بصيغة الأمر يكون القبول بصيغة الماضي.
- إذا كان الإيجاب بصيغة المضارع يكون القبول بصيغة الماضي.
- إذا كان الإيجاب بصيغة المستقبل يكون القبول بصيغة الماضي.

وإشتراط الفقهاء المسلمين صيغة الماضي لأنها تفيذ دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير معلقين إلى المستقبل<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: إنعقاد الزواج بغير الكلام

تناول المشرع الجزائري إنعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 من قانون الأسرة الفقرة الثانية<sup>(3)</sup> وإقتصر في هذه الفقرة على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة أو الرسول وهذا ما يجعلنا عند التطرق لهذه النقطة الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الإيجاب والقبول الذي يتم بكلمة واحدة ونستعرض لهذه المسألة في النقاط التالية:

1- السيد سابق - المرجع السابق، ص 77-78

2- السيد سابق، المرجع السابق، ص 40

3- المادة العاشرة من قانون الأسرة فقرة 2 " ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة و الإشارة "

### الفرع الأول: التعبير الإيجاب والقبول من طرف العاجز عن الكلام

قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم ولهذا إتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما يعجز عن التعبير وكان يحسن الكتابة فإنه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة لأنها طريقة تعبير أكثر بياناً من الإشارة في حين نجد المذهب الحنفي إنقسم إلى إتجاهين إتجاه قال بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك بعدم الجواز للشخص أن يعقد بالإشارة إذا كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة، أما الإتجاه الثاني حسب رواية الجامع الصغير فإنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة<sup>(1)</sup>.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة السابقة الذكر فإنها أخذت بالرواية الثانية عن المذهب الحنفي أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة باعتبار الفقرة الثانية لم تأتي بالترتيب وإنما أعطت للمتعاقد الإختيار التام بحيث العبارة جاءت كما يلي " ... كالكتابة أو الإشارة " وهذا الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري منتقداً باعتبار أن الكتابة فعلا هي الأكثر تعبيراً وبيانا من الإشارة، وهذا على عكس بعض الذين قالوا بأن قانون الأسرة يشترط الترتيب.

### الفرع الثاني: التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول والمراسلة

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة (المكاتبة) أي إذا لم يحضر أحد العاقدين مجلس العقد وهذا ما يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة ورجع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين الذين أجازوا الزواج عن طريق الرسول أو المراسلة المكتوبة واتفقوا على أن من لا يستطيع حضور مجلس العقد لغيبابه مثلا فله أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة أو عن طريق الرسول، ولكنهم إشتراطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أو كتاب الموجب وكذا رد القابل عن طريق القول أو المكاتبة.

### الفرع الثالث: التعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة

يقصد بالتعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة هو العقد الذي يباشره شخص واحد، وهذه الحالة لم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد خاضوا فيها واختلفوا في الحكم الذي تأخذه، فهناك من الفقهاء المسلمين الذين يجيزون العقد بكلمة واحدة وهم الغالبية في المذهب الحنفي والشافعي، فالحنفية تشترط لكي يصح العقد الذي يباشره شخص واحد أن يكون مباشرا من طرف الولي على الطرفين أو وكلا عن الطرفين أو رسولا عنها أو أصيلا من جانب وولي من جهة، أو وكلا من جهة وولي من جهة أخرى أو أصيلا من جانب ووكيلا من جانب آخر، في حين هناك نفر من الحنفية من لا يجيز على الإطلاق التعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة أما الشافعية فقد أجازتها لكن بشرط وهو أنها لا تجوز إلا إذا كان الشخص الذي يباشر الإيجاب والقبول بكلمة واحدة هو ولي عن الطرفين كالجد على الحفيدين<sup>(2)</sup>، وأجازت المالكية والحنابلة ما ذهب إليه أبو حنيفة في إجازتهم للعقد الذي يتم بواسطة كلمة واحدة وما يمكن قوله أنه رغم

1- الامام ابو زهرة - المرجع السابق، ص 44

2- الدكتور بدران ابو العينين بدران - المرجع السابق، ص 67

عدم نص المشرع الجزائري على التعبير عن الإيجاب والقبول بكلمة واحدة فإننا نرجع إلى ما ذهب إليه الجمهور في إجازتهم لهذا النوع من العقود التي تتم بكلمة واحدة.

### المطلب الرابع: شروط صحة الإرادة في عقد الزواج

يشترط الفقهاء لصحة الإرادة في عقد الزواج أن تكون جدية، واعية وحررة أي غير مشوبة بالإكراه وعيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا أجل و مؤبدة.

#### الفرع الأول: الإرادة الجدية والواعية

يقصد بالإرادة الواعية هي أن لا يكون المتعاقد فاقد لوعيه كالمجنون أو لإنعدام الأهلية كالصغير أما الإرادة الجدية فهي تلك الإرادة التي تؤدي إلى إبرام عقد الزواج صحيحا بعكس الإرادة الهازلة أو الصورية التي لا تتسجم مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج.

#### الفرع الثاني: الإرادة الخالية من عيوب الرضا

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل و كذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا في هذه المسألة نلجأ كما ييري البعض إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 2/82 والمواد من 86 إلى 88<sup>(1)</sup> وعموما العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط أما التدليس فيكون بدرجة أقل وتتعرض لهذه العيوب الثلاثة كمايلي:

أ- **الإكراه:** يقصد به بأنه كل ضغط مادي أو معنوي يولد في نفس الشخص رهبة تدفعه إلى التعاقد، فالإكراه بجانبه المادي والمعنوي يمس بقاعدة حرية الإرادة في إبرام العقود، وما يشترط في الإكراه هو أن يكون الدافع الذي دفع بأحد المتعاقدين إلى إبرام عقد الزواج، والمذاهب الفقهية تناولت هذه المسألة وإعتبرت عقد الزواج الذي تم تحت الإكراه باطل بإستثناء بعض الآراء الشاذة وإن ما يقال على إجازة جمهور الفقهاء للولي أن يجبر بنته القاصرة على الزواج هو محدود ولا يصل إلى غاية الإكراه وهو أن يراعي رغبتها في الزواج، والمشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الأسرة منع الولي من إجبار موليته على الزواج دون رضاها وأن السلطة في منع بنته البكر من الزواج فقد وضع لها المشرع حدود وهو مراعاة مصلحتها وفي حالة تعسفه أعطى للبت حق اللجوء إلى القاضي الذي يعين لها ولي للزوج.

ب- **الغلط:** ويعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على إعتقاد غير الواقع ويشترط في الغلط كي يكون عيب في الإرادة المبرمة لعقد الزواج أن يكون متعلقا بالشخص أو في صفة من صفاته الأساسية التي هي محل إعتبار في التراضي

1- الدكتور لعشب محفوظ - المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية ص. 141

ج- **التدليس:** ويعرف التدليس بأنه إستعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد وهو عيب غير هام في إبرام عقد الزواج وكمثال على ذلك أن الشخص الذي يريد إبرام عقد لا يصرح بحالته العائلية السابقة وهو متزوج وله أولاد فهنا قد دلس الطرف الذي تعاقد معه وبالتالي فإرادة الطرف الثاني معيبة.

### الفرع الثالث: الإرادة الغير المقيدة بشرط ولا بأجل

ويقصد بالإرادة المقيدة بشرط أو أجل هي تعليق عقد الزواج على تحقق شروط ما أو إضافته إلى زمن مستقبل وهي معطيات تتخالف ولا تتفق مع طبيعة عقد الزواج الذي يجب أن يكون الإيجاب والقبول فيه قطعي لا إحتمالي أي أن يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال وبصفة فورية بإعتباره منجز وأحكامه لا تتراخى عن أسبابه وذلك وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الأسرة.

ويجيز المذهب المالكي إضافة عقد الزواج إلى المستقبل بشرطين فقط وهما أن يكون العاقد أب في مرض الموت وإضافة أثر العقد إلى ما بعد وفاته وبالتالي تصبح وصية بالزواج<sup>(1)</sup>، هذا فيما يخص التعليق على الشروط والإضافة إلى الزمان المستقبل أما فيما يخص الشروط المقترنة بعقد الزواج فقد أجازها المشرع الجزائري في نص المادة 35 من قانون الأسرة وتكون نافذة في حق كل من الزوجين متى كانت لا تتنافى مع عقد الزواج وإذا كانت تتنافى مع هذا الأخير فهي باطلة وعقد الزواج يكون صحيح.

### الفرع الرابع: أن تكون إرادة الزوجين مؤبدة

لقد إشتراط الفقهاء المسلمين أن تكون صيغة عقد الزواج مؤبدة غير مؤقتة ولا مقترنة بما يدل على التأقيت لأن مقتضى عقد الزواج هو التأبيد، وعليه فإن عقد الزواج المؤقت وعقد زواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ويقع تحت طائلة البطلان بإستثناء نفر من الحنفية الذين يميزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة، أما الشيعة الإمامية فلا يميزون بين الزواج المؤقت وزواج المتعة ويحلونهما<sup>(2)</sup>.

## المطلب الخامس: أثر تخلف ركن الرضا

نتعرض لهذه النقطة في فرعين أساسيين هما :

### الفرع الأول: أثر تخلف ركن الرضا في الشريعة الإسلامية

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحلون به الدخول، وإذا تم الدخول فلقد إتفق على وجوب التفريق بين الزوجين ويعتبرونه زنى، لكن أختلف حول وجوب إقامة حد الزنى عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف يقولون بإقامته في حين الحنفية ترى بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبيهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما<sup>(3)</sup> ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد الطلاق، أما النسب فقد أختلف فيه فالجمهور يرى بعدم ثبوته على عكس الحنفية التي قالت بثبوته.

1- الدكتور بلحاج العربي - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - (الزواج والطلاق) طبعة 1999 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، ص. 70 .

2- الدكتور بدران ابو العينين - المرجع السابق، ص 77

3- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق، ص 151

### الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الرضا في قانون الأسرة

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الرضا في نص المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة والتي يمكن التطرق اليها كمايلي:

#### أ\_ الحالة التي رتب عليها فسخ عقد الزواج

تنص المادة 32 من قانون الأسرة على أنه " يفسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه أو إشتمل على مانع أو شرط يتنافي مع العقد ... " وبما أن المشرع رتب على تخلف ركن الرضا الفسخ سواء قبل الدخول أو بعده فإنه يترتب عليه الآثار التالية: ثبوت النسب، حرمة المصاهرة، وجوب العدة، نفقة العدة.

#### ب\_ الحالة التي يترتب عليها بطلان عقد الزواج

تنص المادة 33 من قانون الأسرة على هذه الحالة وهي أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا وركن آخر سواء الشاهدين، الصداق، الولي وبالتالي فهو منعدم ولا ينتج عنه أي أثر، ويذهب بعض من الفقهاء إلى أن المشرع الجزائري موقفه يتمشى وموقف الحنفية التي تقول أن النسب يثبت بالزواج الباطل وذلك وفقا لمبدأ إحياء الولد لأن هذا الأخير لا ذنب له وهو ضحية وبالتالي فمن غير المعقول تحميله جزاء عمل لم يقم به خصوصا وأن نص المادة 40 من قانون الأسرة تجيز إثبات النسب بالإقرار، لكن ما ينتقد عليه المشرع الجزائري عند تناوله لأثر تخلف ركن الرضا في المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة إستعماله مصطلحين الفسخ و البطلان وهذا ما يعني أنه أخذ بالمذهب الحنفي الذي يفرق بين العقد الفاسد والباطل وتخلف ركن من أركان عقد الزواج يترتب البطلان أما نخلف شرط من شروط الإنعقاد يؤدي إلى الفسخ في حين المشرع الجزائري قد أخلط في حالة تخلف الركن ورتب على تخلف ركن واحد الفسخ وفي حالة تخلف ركنين رتب البطلان وبالتالي خالف المذهب الحنفي الذي كان قد أخذ بتقسيمه لحالات فساد الزواج، وكذا يؤخذ على المشرع الجزائري أنه خالف المبادئ العامة

للقانون وهي أنه إذا تخلف ركن من أركان عقد الزواج يترتب عليه بطلان العقد في حين هو رتب عليه الفسخ بإستثناء في حالة تخلف ركنين رتب عليه البطلان، كما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يكن واضحا في نص المادة 33 من قانون الأسرة لما ربط تخلف ركنين في عقد الزواج لكي يترتب بطلان عقد الزواج، فالسؤال المطروح هل تخلف ركن الرضا يدخل ضمن الركنين المنصوص عليهما في المادة 33 الذين إن تخلفوا ترتب بطلان العقد أم لا خصوصا وأن نص المادة 33 لم تذكر ركن الرضا ضمن تلك الأركان في مبناها باللغة العربية ولكن لو رجعنا إليها كما هي مكتوبة باللغة الفرنسية لوجدناها تنطبق على ركن الرضا، والأجدر كما سبق ذكره أعلاه أن نطبق عليه قاعدة بطلان عقد الزواج في حالة ما إذا تخلف الرضا مع أحد أركان عقد الزواج المحددة في المادة 33.

## المبحث الثاني: ركن الولاية في عقد الزواج وأثر تخلفه

أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المذهب المالكي وأعتبر الولي على الزوجة ركن من أركان عقد الزواج ونظم هذا الركن في المواد 09 - 11 - 12 - 13 - 32 - 33 من قانون الأسرة وسنتعرض لهذا الركن في النقاط التالية:

### المطلب الأول: تعريف الولاية وأقسامها ودليل شرعيتها

المشرع الجزائري لم يعرف الولاية في الزواج ولم يحدد أقسامها ولا دليل شرعيتها وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

#### الفرع الأول: تعريف الولاية

ونتعرض إلى تعريف الولاية لغة وإصطلاحا

أ- الولاية لغة: هي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء ومنها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة ونفوذ على قطر معين<sup>(1)</sup>.

ب- الولاية إصطلاحا: ويقصد بها الفقهاء " تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه"<sup>(2)</sup> ويعرفها الإمام أبو زهرة بأنها " القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير الحاجة إلى إجازة من أحد"<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: أقسام الولاية في الزواج

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية إختيار و ولاية إجبار.

أ - ولاية الإجبار: وهي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج دون أن يشاركه فيه أحد وهي تثبت كما إتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير و الصغيرة والمجنون و المجنونة وزاد على ذلك الشافعي والإمام مالك وأحمد بن حنبل على أن البكر حتى ولو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإجبار مادامت لا تزال بكرا أما لمن تثبت هذه الولاية فقد اختلفوا فيها، فالحنفية ترى بأنه تثبت للعصبة وذوي الأرحام أما الشافعي فقد ثبتها للأب أو للوصي الذي جعل له الأب ولاية الزواج وهذا ما ذهب إليه أحمد إلا أن الوصي إشتراط أن يكون الأب قد حدد الزوج<sup>(4)</sup>.

**ب- ولاية الإختيار (الإستحباب):** وهي الولاية التي تثبت على المرأة البالغة، العاقلة الثيب لما ذهب إليه الجمهور في حين الحنفية ذهبت إلى أن المرأة البالغة الراشدة العاقلة لا ولاية عليها وتبرم عقد زواجها بنفسها وبعباراتها ويستحب أن يتولى وليها ذلك فقط وأن يكون راضيا بذلك وإستبدلت الولاية بشرطين يجب أن تراعيهما الفتاة البالغة العاقلة التي تريد التزوج وهما الكفاءة ومهر المثل وأعطى للولي حق المطالبة بفسخ العقد إذا تزوجت الفتاة بمن هو غير كفىء لها وإذا كان العقد بأقل من مهر المثل جاز له المطالبة برفع المهر إلى غاية مهر المثل وإلا طالب بفسخ العقد.

1- الاستاد محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق، ص 253

2- الاستاد عبد العزيز سعد - المرجع السابق، ص 120 .

3- الامام ابو زهرة - المرجع السابق، ص 107

4- الدكتور بدران ابو العينين - المرجع السابق، ص 148 - 149

### الفرع الثالث: دليل شرعية الولاية في الزواج

يستدل جمهور الفقهاء على وجوب الولاية في الزواج بآيات وأحاديث كثيرة منها قوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة " وأنكحوا الأيامى منكم ... " وقوله تعالى في الآية 230 من سورة البقرة " ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا " وقول الرسول ﷺ " لا نكاح إلا بولي " وكذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن إشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " وروي عن أبو هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها " هذه الأدلة التي أتى بها جمهور الفقهاء الذين يقولون بوجوب الولاية في الزواج أما الذين يرون أن الولاية لا تكون إلا على القصر والمجانين دون البالغة العاقلة فقد إختلفوا في تفسير تلك الآيات والأحاديث واستدلوا بالآية الكريمة قوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ... " وغيرها من الآيات وكذا الحديث النبوي الشريف " الأيم أحق بنفسها من وليها " ويقصدون بالأيم من لبس لها زوجا سواء كانت بكرا أم ثيبا.

### المطلب الثاني: شروط الولي

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى قسمين:

#### الفرع الأول: الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي

إتفق الفقهاء المسلمين على شروط يجب أن تتوفر في الولي وهي كالتالي:

1- أن يكون الولي بالغا عاقلا حرا: يجب أن يكون الولي كامل الأهلية أي أن لا يكون فاقدا للأهلية ولا ناقصها

2- إتحاد الدين بين الولي والمولى عليها: فاتحاد الدين تتفق المصلحة بين الولي والمولى عليها ويستثنى من هذه الشروط من له ولاية عامة القاضي والحاكم والمالك بالنسبة للأمة الكافرة.

#### الفرع الثاني: الشروط الغير متفق على وجوب توفرها في الولي

- الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء إلى إشتراط الذكورة في الولي وخالفهم أبو حنيفة وأجاز للمرأة أن تكون ولي على الصغير والكبير فاقد الأهلية عند عدم وجود الأولياء الذكور وذهبت المالكية إلى إجازة ولاية المرأة في حالات استثنائية جدا وهي حالة ما إذا تعاق الأمر بوصية من الولي أو إذا كانت مالكة<sup>(1)</sup>. أما بخصوص ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فحسب رأي الشخصي فإنه يتماشى أكثر مع الرأي الذي يشترط الذكورة في الولي وفقا لما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة .

**2- العدالة:** لقد إشتراط الشافعي وأحمد في الولي العدالة، ولم يجيزوا للفاسق تزويج غيره في حين ذهب مالك وأبو حنيفة إلى عدم إشتراط العدالة في الولي وأسسوا ذلك بأن الولاية جاءت للمصلحة وسببها الشفقة. والفاسق لم يمنع من تزويج المولى عليهم من طرفه في عهد الرسول ﷺ، وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد شروط الولي وبالتالي فوفقا لقاعدة مالم يمنع بنص فهو مباح فإنه لا يمنع الفاسق من تزويج موليته في الحدود التي يسمح بها القانون.

1-دكتور محمد محدة، المرجع السابق، ص 235.

## **المطلب الثالث: الولي ووظيفته وفقا لما هو محدد في قانون الأسرة**

بعد أن حددت المادة 9 من قانون الأسرة بأن ولي الزوجة هو ركن من أركان جاءت المواد 11 و 12 و 13 لتحديد من هو الولي ووظيفته وحدود وظيفته، وبالتالي سأطرق إلى هذه النقاط كمايلي:

### **الفرع الأول: ولي المرأة في الزواج**

تنص المادة 11 على أن يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من ولي له من خلال هذه المادة تستنتج أنه المشرع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقا بغض النظر أكان للمرأة ابن أم لا و بالتالي فهو قد نهج بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في جعلهم الولاية ابتداء للأب ولو كان لها ابن وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي وبعض الحنفية في تقديمهم الفروع على الأصول، وبما أن المادة 11 لما سبقت الأصول على الفروع إبتداء من الأب ثم الأقربون قد كان قصد المشرع الجزائري الأخذ بما ذهبت إليه الشافعية والحنابلة في تقديمهم الأب ثم الأقربون وإن علوا ثم يأتي بذلك الإبن وابن الإبن وإن نزلوا ولقد إستدلوا الذين سبقوا الأصول في الولاية على الفروع بقول الرسول ﷺ " أيما امرأة أنكحت بغير إذن مواليتها فنكاحها باطل " والإبن حسبهم لا ينطبق عليه اسم مولى وهذا بعكس ما ذهب إليه البعض إلى القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي وإن لم يكن للمرأة ولي على الإطلاق تنتقل هذه الولاية إلى القاضي الذي يعتبر ولي من لا ولي له.

### **الفرع الثاني: دور الولي في الزواج**

لقد نصت المادتين 11 و 12 فقرة 02 على دور الولي في إبرام عقد الزواج فالولي هو الذي يتولى زواج المرأة وهذا يعني بتوافر رضا طرفي عقد الزواج يجب أن يرضى الولي بهذا الزواج ويقوم بنقل إرادة الزوجة خصوصا وإن حياء المرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد وبالتالي فهو الذي يقوم بهذه المهمة وهذا ما يتبين من خلال نص المادة 11، يعني تدخل الولي تفسره الآداب التي تمنع الفتاة أو المرأة من منافستها مباشرة الرجل الذي يتقدم للزواج بها في شروط مستقبلهم الذي يجمعهم وهذا ما يعني أنه إضافة إلى رضاه فهو بنقل إرادة موليته سواء كانت بكرا أم ثيب بالغة أم قاصرة.

أما الدور الثاني الذي يمكن أن نستشفه من خلال إطلاعنا على نص المادة 12 فقرة 2 فهو مقصور على الولي الأب ويستعمله فقط على ابنته البكر فقط وذلك بالتحري والحرص دائما على تحقيق مصلحة ابنته بحيث أن المادة 12 فقرة 02 تنص على مايلي " غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت " وهذا الفقرة الثانية جاءت موافقة لما يراه جمهور الفقهاء وخصوصا الأئمة الثلاث دون الحنفية بأن البنت البكر حتى وإن كانت بالغة عاقلة إلا أنها لا تعلم مصالح الزواج لأن علمها به متوقف على التجربة والممارسة وهذا ما يتحقق بالنيابة.

### الفرع الثالث: حدود دور الولي في إبرام عقد الزواج

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 12 فقرة 1 والمادة 13 من قانون الأسرة على الحدود الموضوعة للصلاحيات الممنوحة للولي في تزويجه للتي هي تحت ولايته كما أنه حدد في المادة 12 فقرة 01 إلى من تؤول الولاية في حالة ثبوت تعسف الولي وقبل التطرق إلى موقف قانون الأسرة من هذه المسألة أرى أنه من الأفضل التطرق أولا لما ذهب إليه الفقهاء المسلمون فيها وهي كالتالي:

لقد إتفق الفقهاء على أن مسألة عضل الولي أي أن يمنع ويظلم مولينه إذا أراد أن يتزوجها كفىء بمهر المثل فإن منعها في هذه الحالة يعتبر عضلا وبالتالي يرفع عنها هذا الظلم عن طريق رفع الولاية على الولي وتنتقل مباشرة إلى القاضي ولا تنتقل إلى الولي الآخر الذي يليه<sup>(1)</sup> ويمكن من خلال إطلاعنا على قانون الأسرة و ما ذهب إليه القضاء فإن حدود دور الولي في تزويج موليته نقسمه إلى نقطتين أساسيتين وهما:

#### أ - حدود سلطة الولي في منع موليته من الزواج ممن رغبت فيه:

وفقا لما ورد في نص المادة 12 فقرة 1 من قانون الأسرة بأنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته مع الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون " فكما سبق ذكره فإن إشتراط الولي في عقد الزواج هو مصلحة المولى عليها وبالتالي أعطى له دور في زواج المولى عليها إلا أن هذا الدور المشرع الجزائري وضع له قيد بأن لا يستطيع الولي أي كان أن يمنع موليته من الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا فالمادة جاءت عامة ولم تميز لكنها جاءت غامضة فما هي المعايير لتحديد الزوج الأصلح و كلمة الأصلح لها معنى واسع والقضاء لم يحدد معناها دائما بل حدد بعض الحالات التي يكون فيها الزوج أصلح للمولى عليها، وفي حالة ما إذا أثبتت البنت بأن الزوج أصلح لها ولا مبرر للمنع فيصبح هنا الأب متعسف في منعه ابنته وبالتالي يحق لهذه الأخيرة أن تلجأ مباشرة إلى القاضي دون أن تعود الولاية للذي يليه في الولاية، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 30 مارس 1993 تحت رقم 90468<sup>(2)</sup>.

1- السيد سابق - المرجع السابق، ص 136.

2- قرار المحكمة العليا رقم 90468 بتاريخ 30 / 03 / 1993 مجلة قضائية عدد خاص اجتهاد غرفة الاحوال الشخصية لسنة 2001 جاء فيه " من المقرر قانونا انه لا يجوز للولي ان يمنع من في ولايته من الزواج اذا رغبت فيه وكان اصلح لها، واذا وقع المنع فللقاضي ان ياذن به مع مراعاة احكام المادة 9 من هذا القانون، ص 47.

والمادة 12 فقرة 1 تطرح تساؤلاً فيما يخص إحالتها الولاية إلى القاضي ولم تحدد من هو هذا القاضي، ونجد الإجابة على هذا التساؤل في التطبيقات القضائية التي استقرت على أن القاضي المختص بمنح الإذن هو رئيس المحكمة، ولكن في رأيي الشخصي فإن القاضي المقصود في هذه المادة هو قاضي الموضوع لأن تقدير مصلحة المرأة التي تريد الزواج بالأصلح لها هي مسألة موضوعية ليست من اختصاص رئيس المحكمة، ونلاحظ حتى المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية قد منح للولي حق منع موليته من الزواج بغير الكفء.

#### ب- حدود دور الولي بعدم إجبار موليته

ناقش فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة وذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن للولي على المولى عليها البكر البالغة ولاية إجبار أما الثيب فعليها ولاية إختيار وإستحباب أما الحنفية فتجعل ولاية الإستحباب والإختيار على البالغة سواء كانت بكراً أم ثيباً لأن ولاية الإجبار مناطها نقص العقل أما الشرع الجزائري فلقد تناول المسألة في المادة 13 من قانون الأسرة وخالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وأخذ بالمذهب الحنفي بحيث نص على عدم جوازية إجبار الولي لموليته على الزواج ولا تزويجها بدون موافقتها دون أن يميز بين البكر والثيب، وعليه فسلطة الولي محدودة و يجب أن يأخذ برأي موليته. إضافة إلى ما سبق فإن المادة 13 من قانون الأسرة لا تميز بين البنت البالغة لسن الزواج أي 18 سنة وبين من لم تبلغ والتي تحصلت على إذن بالزواج من القاضي، وبالتالي فالمشرع هنا قد خالف رأي الفقهاء المسلمين واستغني على ولاية الإجبار على القاصرة و حسنا ما فعل.

### المطلب الرابع: أثر تخلف ركن الولي

ونتعرض إلى أثر تخلف ركن الولي في عقد الزواج في نقطتين أساسيتين هما كالتالي:

#### الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في حالة تخلف الولي

لقد رتب جمهور الفقهاء المسلمين على تخلف ركن الولي عدم صحة العقد وبالتالي يكون باطل مستدلين في ذلك بالحديث النبوي الشريف " أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاث" (1) أما الحنفية ترى بأنه إذا زوجت الحرة البالغة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيباً أو بكراً فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى كان القرين كفاء وبمهر المثل، ولا عبرة لرضا أو عدم رضا الولي، ويذهب نفر من الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحاً ولا يكون نافذاً إلا إذا أجازته الولي.

#### الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الولي في قانون الأسرة

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في نص المادتين 32 و 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

أ- في حالة ما إذا تخلف ركن الولي و تم إكتشافه قبل الدخول فإن نص المادة 32 و 33 قد حددت بأنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.

1- رواه احمد وابو دواد و ابن ماجة والترمذي .

ب - في حالة ما إذا تخلف ركن الولي ولم يتم إكتشافه أو لم يثار هذا الخلف إلا بعد الدخول فهنا وفقاً لنص المادة 33 الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح.

ج - في حالة ما إذا تخلف ركن الولي مع أحد الأركان الثلاثة الرضا، الصداق، الشاهدين، فالعقد يكون في هذه الحالة باطل سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعد الدخول ولا يمكن إثباته وهذه المسألة مكرسة في التطبيقات القضائية وفقاً لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 02 جانفي 1989 تحت رقم 51107 الذي جاء فيه " ... و من المقرر أيضاً أنه إذا إختل ركنان من أركان عقد الزواج غير الرضا يبطل الزواج ... الخ" (1) .

## المبحث الثالث: ركن الإشهاد في عقد الزواج وأثر تخلفه

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الإشهاد على الزواج بالتدقيق وذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى إعتبره شرط صحة عقد الزواج وإذا تخلف كان العقد غير صحيح أما المذهب المالكي يري بأن الإشهاد على النكاح ليست بفرض ويكفي لصحته إعلانه وشهرته فإذا حصلت الشهادة وقت العقد كان صحيحا نافذا أما إذا لم تتحقق فيكون العقد موقوف النفاذ<sup>(2)</sup> وبالتالي فالإشهاد على الزواج هو شرط نفاذ، وأخذ المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية بما ذهب إليه الجمهور الفقهاء وإعتبره شرط صحة وفقا للمادة 33 منه، أما المشرع الجزائري فقد إعتبر الإشهاد على النكاح ركن من أركان عقد الزواج في المادة 9 من قانون الأسرة وتناول آثار تخلفه في المادتين 32 و 33 من نفس القانون، والإشهاد على الزواج يمكن تناوله في النقاط التالية:

### المطلب الأول: المقصود بالإشهاد في الزواج

نتعرض تحت هذا العنوان إلى تعريف الإشهاد وحكمه وطبيعته القانونية وهي كالتالي:

#### الفرع الأول: تعريف الإشهاد في الزواج

لم يعرف المشرع الجزائري الإشهاد في الزواج ويمكن تعريفه على أنه إخبار شخص بما رأى أو أدرك بأحد حواسه، ويعد وسيلة من وسائل الإثبات والبيانات عند حصول التناكر والتجاعد، ومن خلال هذا التعريف يمكن تحديد الحكمة من الإشهاد وطبيعته القانونية.

#### الفرع الثاني: حكمة الإشهاد في الزواج

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الحكمة من الإشهاد في الزواج وإعتبره ركن في العقد الذي ينشأ وهذا ما يستدعي لمعرفة الحكمة منه الرجوع إلى الفقه والذي حدد حكمة الإشهاد فيما يلي:

1- قرار المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - ملف رقم 51107 مؤرخ في 02 جانفي 1989 مجلة قضائية عدد ثلاثة لسنة 1992، ص 53  
2- السيد سابق - المرجع السابق، ص 56.

#### 1- إخراج النكاح من السرية:

والمقصود منه أنه يفصل بين الزواج والزنى، فالإشهاد يعلن الزواج وتزول الشبهة وسوء الظن، فشان الحلال إظهاره وشان الحرام التستر عنه<sup>(1)</sup>.

#### 2- تبيان خطورة الزواج وأهميته:

للزواج أهمية ومزايا كبرى وآثار ذات خطورة كبيرة كالمصاهرة والنسب والترابط بين الأسر والأفراد وتكوين الأسر ولهذا إختص عقد الزواج بالشهادة.

#### 3- التوثيق لأمر الزواج والإحتياط لإثباته عند الحاجة:

أي أن الإشهاد يصون الأنكحة من الجحود و يثبت النسب والحقوق و الواجبات الناشئة عن عقد الزواج.

#### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للإشهاد في عقد الزواج

إنفق الفقه على أن الشهادة في عقد الزواج هي شرط شكلي يدخل في إبرام عقد الزواج بعكس الشهادة في العقود الأخرى التي تكون فيها وسيلة إثبات فقط، وإشترط الشهادة لكي يرتب عقد الزواج آثاره أو لصحته يجعل عقد الزواج شكلي لأن العقد الرضائي يكفي لصحته تراضي الطرفين فقط وهذا ما لا يتوافر في عقد الزواج<sup>(2)</sup> ولقد استقر القضاء الجزائري القديم على هذا الرأي.

## المطلب الثاني: شروط الشهود

نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما يجعلنا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة بالرجوع إلى الشروط التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية و أوجبوا توافرها في الشهود وهذا يعكس الذين يقولون بأنه يرجع في ذلك إلى قانون الحالة المدنية مخالفين بذلك ما نص عليه قانون الأسرة الذي أحال في حالة وجود نقص أو السهو فيه الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وفقهاء الشريعة الإسلامية هناك الشروط التي إتفقوا عليها وشروط لم يتفقوا عليها وهي كالتالي:

### الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

وهذه الشروط تتمثل فيمايلي:

**1- العقل:** يجب أن يكون الشاهد عاقلا بإعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود<sup>(3)</sup> وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز.

1- الدكتور وهبة الزجيلي - الفقه الإسلامي وأدلته طبعة 2، 1985، دار الفكر، دمشق، سوريا، الجزء السابع، ص 73

2- السيد سابق - المرجع السابق، ص 59 .

3- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 73 .

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

**3- التعدد:** إتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد إستنادا إلى الحديث الشريف " لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدل "

**4- الإسلام:** إتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجين مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن اختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء إشتراطوا أن يكون الشاهدين مسلمين بخلاف الحنفية أجازت أن يكون الشاهدين كتابيين من ديانة الزوجية<sup>(1)</sup>.

**5- سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه:**

أي لاتصح شهادة نائمين أو أصميين أو مثلا من لايفهم اللغة العربية إذ تم العقد باللغة العربية.

### الفرع الثاني: شروط الشهود في الزواج الغير متفق عليها

وهذه الشروط هي :

**1- ذكورة الشهود:** إعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج، لاتصح شهادة الأنثى مستدلين على رأيهم هذا أنه جرت السنة على أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود و النكاح والطلاق<sup>(2)</sup> في حين الحنفية أجازت شهادة رجل وإمرأتين أما فيما يخص التطبيقات القضائية فإن القضاء الجزائري أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في إشتراطهم الذكورة في الشهود وهو ما جسد في القرار الصادر عن محكمة العليا بتاريخ 15 ديسمبر 1988 تحت رقم 43889 الذي جاء فيه " ... والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup> .

**2- العدالة:** ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه يشترط في الشهود العدالة حتى و لو كانت ظاهرة فقط في حين أبو حنيفة لم يشترطها والقضاء الجزائري من خلال القرار رقم 43889 المذكور أعلاه قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور.

**3- الحرية:** إشتراط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود وإعتبروا أن شهادة العبد غير صحيحة، وخالفهم في ذلك الحنابلة وأجازوا شهادة العبد مستدلين في ذلك بأنه لم يثبت في الكتاب والسنة أو الإجماع نفيها خصوصاً إذا ما كان العبد عدلاً وثقة<sup>(4)</sup> وهذا الشرط لم يعد له محل في وقتنا الحالي بإعتبار العبودية قد زالت.

**4- البصر:** هذا الشرط إشتراطه الشافعية أما جمهور الفقهاء فلم يأخذوا به وتصح عندهم شهادة الأعمى لأنه ما يشترط لديهم فقط سماع كلام العاقدين وتمييز صوتهما<sup>(5)</sup>.

1- الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق، ص 110 .

2- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 74 .

3-القرار رقم 43889 المؤرخ في 15/12/1986 عن محكمة العليا - الغرفة الاحوال الشخصية - مجلة قضائية عدد 02 سنة 1993 - ص- 37

4- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص -75

5- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 76 .

### **5- قابلية الشهود للشهادة على الزوجين:**

ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه لا يشترط في الشهود ممن لا ترد شهادتهم للزوجين في الزواج، وهذا يعني يجوز أن يكون الشهود من الأقارب سواء الأصول أو الفروع أما الحنابلة فقد خالفوا هذا الرأي وقالوا بأنه لا تصح شهادة الأبناء على زواج أبويهم ولقد أخذ القضاء الجزائري بما ذهب إليه المذهب الحنبلي ونجد كذلك ما نصت عليه المادة 64 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية<sup>(1)</sup> ومن بين القرارات القضائية المؤكدة لذلك نجد القرار رقم 84334 المؤرخ في 29 سبتمبر 1992 الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه " ... من المقرر قانوناً أنه يجوز سماع الاقارب بإستثناء الأبناء في الدعاوي الخاصة بمسائل الحالة والطلاق"<sup>(2)</sup>

## **المطلب الثالث: وقت الشهادة في الزواج**

وقت الشهادة في الزواج نتعرض لها في النقاط الثلاث التالية:

### **الفرع الأول: شرط الشهادة وقت إبرام العقد**

ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى إشتراط الشهادة وقت إبرام العقد أي أن يسمع الشهود إيجاب وقبول طرفي عقد الزواج عند صدورهما وذلك بإعتبار الشهادة شرط صحة أما المذهب المالكي فلم يشترط الشهادة وقت الإبرام وإنما إشتراط في هذه المرحلة الإعلان والشهرة.

### **الفرع الثاني: إشتراط الشهادة وقت الدخول**

لقد إشتراط المذهب المالكي أن تتم الشهادة وقت الدخول وأن الدخول بغير شهادة غير جائز وعليه فإن الشهادة أثناء إبرام عقد الزواج هي مستحبة فقط وتخلفها لا يؤثر في صحة العقد فهو ينشأ صحيح ولكن لا يرتب آثاره أي أنه يبقى غير نافذ إلا إذا حضر الشهود ليكون نافذاً.

### **الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري**

من خلال ما نصت عليه المادة 09 من قانون الأسرة التي إعتبرت الإشهاد ركن من أركان عقد الزواج ورتبت على عدم حضور الشهود أثناء إبرام عقد الزواج الفسخ أو البطلان حسب الحالة التي سنتعرض لها أثناء التطرق إلى آثار تخلف ركن الشهادة في الزواج، وعليه فإن المشرع الجزائري قد خالف المشهور عن المذهب المالكي الذي إشتراط كما سبق ذكره الشهود أثناء الدخول لا وقت الإبرام

وكذا في أنه لم يشترط الإشهار والإعلان وإكتفى بإعتباره الشهادة ركن من أركان عقد الزواج وبالتالي من حيث وقت الشهادة أخذ المشرع لجزائري بما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

1- المادة 64 فقرة 3 - قانون الإجراءات المدنية تنص... بإستثناء الأبناء يجوز إستدعائهم للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق.  
2- قرار المحكمة العليا رقم 84334 - مؤرخ في 29 سبتمبر 1992 - غرفة الأحوال الشخصية - مجلة قضائية عدد خاص ، ص 44 .

## المطلب الرابع : أثر تخلف ركن الإشهاد في عقد الزواج

تناول المشرع الجزائري في نص المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة أثر تخلف ركن الإشهاد في الزواج، ونجد كذلك فقهاء الشريعة الإسلامية قد رتبوا أثراً عن تخلف الإشهاد في الزواج حسب ما كيفوه ولهذا يمكن التطرق لهذه المسألة في النقطتين التاليتين:

### الفرع الأول: أثر تخلف ركن الإشهاد في الزواج وفقاً لما ذهب إليه الفقهاء المسلمون

إن الاختلاف الموجود بين الفقهاء المسلمين الذين إعتبروا شرط الإشهاد في الزواج شرط صحة والمشهور على المذهب المالكي الذي إعتبره شرط نفاذ، وبالتالي إن أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقاً لجمهور الفقهاء هو أن العقد يكون غير صحيح وبالتالي يبطل ما قال عبد الرحمان الجزائري " إتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل<sup>(1)</sup> ويرتب المذهب المالكي على تخلف ركن الإشهاد في الزواج البطلان، وهذا البطلان لا يكون إذا تخلف الإشهار أثناء الإبرام وإنما إذا تخلف أثناء الدخول، وبالتالي يجب فسخ عقد الزواج بطلقة بائنة ولا حد على الزوجين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الإشهاد وفقاً لقانون الأسرة

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف ركن الإشهاد في عقد الزواج في نص المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة كما أن القضاء في هذه المسألة أخذ بموقف معين وبالتالي يمكن تقسيم أثر تخلف لركن الإشهاد في عقد الزواج إلى ثلاثة حالات:

#### 1- حالة فسخ الزواج لتخلف ركن الإشهاد

تتوفر هذه الحالة إذا ما تخلف ركن الإشهاد وتم إكتشافه قبل الدخول فهنا يفسخ عقد الزواج ولا تستحق الزوجة الصداق.

#### 2- حالة إثبات عقد الزواج رغم تخلف ركن الإشهاد

هذه الحالة نصت عليها المادة 33 من قانون الأسرة و تتوفر هذه الحالة إذا ما تم عقد الزواج بدون شهود وتم الدخول فهنا الزواج يثبت بصداق المثل وفي هذه الحالة المشرع تناقض مع نفسه إذ إعتبر الإشهاد في الزواج ركن ثم ينص على إثبات عقد الزواج وصحته بالدخول رغم تخلف ركن من أركانه.

#### 3- حالة بطلان عقد الزواج

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 33 من قانون الأسرة ويكون عقد الزواج باطلا في حالة ما إذا تخلف ركن الإشهاد في عقد الزواج مع ركن آخر من الأركان الثلاث الرضا، الولي، الصداق، وهذا سواء أكتشف ذلك قبل الدخول أو بعد الدخول وكرس القضاء هذه القاعدة في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 08 أكتوبر 1984 تحت رقم 34137 الصادر عن المحكمة العليا " ... ومن المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا..."<sup>(3)</sup>.

1- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 289 ، 290

2- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 290 - 291 .

3- قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 34137 مؤرخ في 1984/10/08 مجلة عدد 4 سنة 1980، ص 70

## المبحث الرابع: ركن الصداق وأثر تخلفه

لقد إعتبر جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا مختلف التشريعات العربية أن الصداق ليس ركن ولا شرط في عقد الزواج وإنما هو أثر من آثاره بعد تمامه بإستثناء المذهب المالكي الذي إعتبره ركن صحة وإعتبره المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 35 منه بأنه شرط من شروط عقد الزواج، في حين ذهب المشرع الجزائري وإعتبره في المادة 9 من قانون الأسرة ركن من أركان عقد الزواج، وموضوع الصداق تطرقنا إليه يستدعي منا التعرض للنقاط التالية:

### المطلب الأول: المقصود بالصداق

وتتعرض للمقصود بالصداق من خلال التطرق إلى تعريفه وتحديد طبيعته وشرعيته وهي

كالتالي:

#### الفرع الأول: تعريف الصداق

تناول تعريف الصداق لغة و إصطلاحا:

##### أ - التعريف اللغوي للصداق:

يعرف الصداق لغة بأنه دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج وقيل بأنه مأخود من الصدق ضد

الكذب<sup>(1)</sup>

##### ب - التعريف الإصطلاحي للصداق:

تعددت التعاريف التي منحت للصداق فنجد المذهب المالكي يعرفه بأنه ما يجعل للزوجة في نظر الإستمتاع بها وعرفته الشافعية بأنه ما وجب بنكاح أو وطأ أو تقويت بضع قهرا<sup>(2)</sup> وعرفه عبد العزيز سعد بأنه هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبة الإقتران بها<sup>(3)</sup> كما نجد بعض التشريعات العربية عرفته منها مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأنه هو ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج كما عرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته 54 فقرة 2 " هو كل ما صح إلتزامه شرعا " أما المشرع الجزائري فقد عرفه في نص المادة 14 من قانون الأسرة بأنه " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا " ومن خلال هذه التعاريف نستنتج بأن الصداق يكون دائما ذا قيمة مالية وهذا ما يجعل هذه التعاريف قاصرة لأن الصداق بالرجوع إلى سنة الرسول ﷺ خصوصا وأنه تكريم للمرأة وبالتالي فيمكن أن يكون الصداق أمرا لا يقدر بمال مثل ما ورد في الحديث النبوي الشريف أن النبي ﷺ قال لرجل " قد زوجتكها بما معك من القرآن " رواه البخاري ومسلم وهذا ما يثبت بأن الصداق قد يكون مال أو أمر آخر غير المال بعكس بعض الكتاب في القانون الذين أطلقوا عليه تسمية العنصر المادي في عقد الزواج ، ولقد سمي الصداق بعدة تسميات منها النحلة، الأجر، الفريضة، الحباء و الشرط.

1- الأستاذ عبد الفتاح تقيّة - مباحث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، 99 / 2000 ، ص 118 .

2- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 251

3- الأستاذ عبد العزيز سعد - المرجع السابق، ص 132

## الفرع الثاني: طبيعة الصداق

كما سبق ذكره فإن كل من الحنفية والحنابلة والشافعية ومعظم التشريعات العربية التي أخذت بهذه المذاهب إعتبرت الصداق حكم من أحكام الزواج وليس ركن ولا شرط ويستدلون على رأيهم هذا أن خلو العقد من المهر ولا يؤثر فيه لا من حيث الصحة والنفاد ولا من حيث اللزوم وذلك بقوله تعالى في الآية 235 من سورة النساء: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " فهذه الآية تدل دلالة واضحة على صحة الزواج بدون تحديد الصداق ولا تسميته في العقد في حين نجد المذهب المالكي كيفه على أنه ركن من أركان عقد الزواج وذلك بعدم صحة العقد الذي يتم فيه إشتراط إسقاط المهر، فعقد الزواج هو عقد معاوضة يفسد بشرط نفي العوض، وكما سبق ذكره أيضا فإن المشرع الجزائري كيّف الصداق بأنه ركن من أركان عقد الزواج موافقا بذلك المذهب المالكي ونص صراحة في المادة 9 على أن الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج وهذا ما كرسته التطبيقات القضائية في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17 مارس 1998 تحت رقم 188707 " ...ومتى تبين في قضية الحال أن المستأنفة أتت بشهود مبينين في شهادتهم أركان عقد الزواج من ولي وشهود وصداق ... (1) "

## الفرع الثالث: شرعية الصداق

يستمد الصداق شرعيته من القرآن والسنة النبوية الشريفة، فوجد عدة آيات تناولت الصداق منها قوله تعالى في الآية الرابعة من سورة النساء " وأتو النساء صدقاتهن نحلة " وكذا قوله تعالى في الآية الكريمة رقم 24 من سورة النساء " فما إستمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة " أما في السنة النبوية فوجد أحاديث كثيرة تناولت الصداق منها ما روي عن أحمد والبيهقي عن عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ قال " إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداق " وقوله أيضا " إلتمس ولو خاتما من حديد، فألتمس شيئا " وقوله أيضا " زوجتكها بما معك من القرآن . "

## المطلب الثاني: وضعيات الصداق

نتناول في هذا المطلب كل من مقدار الصداق و حالاته وأنواعه وهي كالتالي:

### الفرع الأول: مقدار الصداق

إتفق الفقهاء المسلمين على أن لا حد أعلى للصداق في حين أنهم لم يتفقوا على الحد الأدنى للصداق فالمالكية ترى الحد الأدنى للصداق هو ربع دينار أما الحنفية فجعلوه عشرة دراهم أما الحنابلة والشافعية فيرون بأنه لا حد أدنى للمهر، ومن المتفق عليه بين الفقهاء على أنه لا ينبغي المغالات في المهور.

أما المشرع الجزائري فلم يحدد لا الحد الأدنى ولا الأعلى للصداق آخذا في ذلك بما ذهب إليه كل من المذهب الشافعي والحنبلي، وهذا الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري كان منطقيا جدا لتماشيه مع جميع طبقات المجتمع غني منها و فقير أي أنه لا يعجز الفقراء ولا يقيد إرادة البعض الآخر في الرفع من مبلغ الصداق.

1- قرار المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - ملف رقم 188707 مؤرخ في 17 مارس 1998 مجلة قضائية عدد خاص سنة 2001 ، ص 50

## الفرع الثاني: حالات الصداق

اتفق الفقهاء المسلمين على أن للصدّاق ثلاث حالات فإما أن يكون معجل كلياً أو مؤجل كلياً أو معجل في جزء ومؤجل في الجزء الآخر وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأسرة وذهب إليه القضاء وهذه الحالات الثلاث هي كالتالي:

### الحالة الأولى: الصداق المعجل كلياً

ويقصد بهذه الحالة أن يدفع الصداق كاملاً قبل الدخول أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة وهو ما جاء في نص المادة 15 من قانون الأسرة " ... سواء كان معجلاً ... " .

### الحالة الثانية: الصداق المؤجل كلياً

وهو أن يتفق طرفي العقد على أن يؤجل الصداق ما بعد الدخول أو إلى تاريخ محدد وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة وفقاً لنص المادة 15 " ... أو مؤجلاً ... "

### الحالة الثالثة: الصداق المؤجل في جزء منه والمعجل في الجزء الآخر

وهو الصداق الذي ينطبق على الجزء المعجل منه ما ينطبق على الصداق المعجل كلياً وينطبق على الجزء المؤجل منه ما ينطبق على الصداق المؤجل كلياً.

### الفرع الثالث: أنواع الصداق

يقسم الصداق من حيث الأنواع إلى قسمين مسمى وغير مسمى.

#### 1- المهر المسمى:

هو ذلك الصداق الذي يحدد في العقد بالتراضي بين الزوجين وكما يعرفه محمد محده " هو ذلك المهر المتفق عليه والمعين أثناء انعقاد العقد الصحيح أو بعده بما لا يقل عن الحد الأدنى شرعاً "(1) ونجد المشرع الجزائري إتخذه كقاعدة أساسية المهر المسمى في المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً " .

#### 2- المهر المثل:

يعرف مهر المثل بعدة تعاريف منها تعريف الحنفية الذي هو أكثر منطوقية وتعرفه بأنه " مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها في المال والجمال والسن والعقل والدين(2) ويطبق الصداق المثل متى لم يتفق في العقد على تحديد الصداق، أو أشتراط في العقد أن يكون بدون صداق وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة والتي قرنت إستحقاق الزوجة لصداق المثل متى تم الدخول بها بدون صداق.

1- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 277

2- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 266

### المطلب الثالث: إستحقاق الصداق

تناول الفقهاء المسلمين وكذا قانون الأسرة مسألة إستحقاق الزوجة للصدّاق ولهذا نتعرض أولاً لموقف الفقه الإسلامي من إستحقاق الزوجة للصدّاق ثم تنظيمه في قانون الأسرة.

#### الفرع الأول: موقف الفقهاء المسلمين من إستحقاق الصداق

إختلف الفقهاء المسلمين حول مسألة إستحقاق الصداق فالحنفية والحنابلة ذهبوا إلى أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالعقد الصحيح سواء تم الدخول أم لا وتستحقه أيضاً كاملاً بالزواج الفاسد بعد الدخول(1) أما الشافعية و المالكية فلقد ذهبوا إلى أنه يستحق نصف الصداق بالعقد الصحيح قبل الدخول وتستحق الصداق كاملاً بعد الدخول الحقيقي أو الخلوة أو بوفاة الزوج أو الزوجة قبل الدخول أو بعد

الدخول، وكذا بإقامة سنة في بيت الزوجية وبالدخل في النكاح الفاسد<sup>(2)</sup> وتستحق الزوجة نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول أما في حالة فسخ عقد الزواج قبل الدخول فذهبت الحنفية والحنابلة إلى أنها تستحق نصف الصداق أما المالكية فذهبت إلى أنه لا يجب لها شيء ، أما حالة سقوط المهر فهي وفقا لما ذهب إليه الأحناف في حالة الطلاق قبل الدخول بالمرأة أو الخلو بها، أما المالكية فتري بأنه يسقط الصداق بفسخ العقد أو برده لعيب في الزوجة قبل الدخول وكذا بالهبة، وذهب الحنابلة والشافعية إلى أن الفرقة بسبب الزوجة قبل الدخول تسقط المهر كليا أما إذا كانت الفرقة قبل الدخول ليس بسبب الزوجة فتستحق به نصف الصداق.

### الفرع الثاني: إستحقاق الصداق وفقا لقانون الأسرة

نص المشرع الجزائري على إستحقاق الزوجة للصداق في نص المادتين 16 و 33 من قانون الأسرة ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة حالات:

#### 1- حالة إستحقاق كامل الصداق:

وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بالوفاة. - **الدخول:** تستحق الزوجة كامل الصداق بالدخول طبقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة وذلك بعد إبرام عقد الزواج صحيحا ثم يتم الدخول بالزوجة، وفي هذه الحالة المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي والحنبلي.

- **الوفاة:** وفقا لنص المادة 16 من قانون الأسرة المشرع الجزائري أعطى للزوجة إستحقاق كامل الصداق بالوفاة أي وفاة أحد الزوجين، والمشرع لا يفرق بين الوفاة الطبيعية والقتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

#### 2- إستحقاق نصف الصداق:

نص المشرع الجزائري على حالة إستحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 من قانون الأسرة ، وهو في حالة الطلاق قبل الدخول والطلاق هنا لتعريفه نرجع إلى نص المادة 48 من قانون الأسرة سواء كان الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي

1- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق، ص 186-187 .

2- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 270

الزوجين أو بطلب من الزوجة وفقا لنص المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة ولقد كرست هذه الحالة في التطبيقات القضائية وكمثال على ذلك نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 16 أكتوبر 1993 تحت رقم 26801 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق ..."<sup>(1)</sup>، وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 24 سبتمبر 1994 تحت رقم 143725 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوجة طلقت قبل البناء فإن قضاة الموضوع بإعتبارهم الطلاق المحكوم به فسحا والحكم على الطاعنة بإرجاع كامل الصداق مع أنها تستحق نصفه ..."<sup>(2)</sup>

#### 3- إستحقاق الزوجة لصداق المثل:

تناولها المشرع الجزائري في نص المادة 33 من قانون الأسرة وهي حالة واحدة إذا تم الزواج دون ذكر الصداق و تحديده أو تسميته ثم تم الدخول فهنا تستحق الزوجة صداق المثل دون أن يحدد المشرع ما هو صداق المثل وماهي المعايير المستعملة التي يمكن اللجوء لتحديد صداق المثل وهو ما يستدعي بنا الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صداق المثل والذي تطرقنا إليه

تحت عنوان مهر المثل، ولقد جسد هذا في قرار المحكمة العليا رقم 210422 المؤرخ في 17 نوفمبر 1998 إذ جاء فيه " أن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل (3) "

وما يمكن ملاحظته على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض إطلاقاً إلى الخلوة وهو ما يؤدي بنا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

### **المطلب الرابع: المنازعة في الصداق**

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية المنازعة التي تثور حول الصداق وقسموها إلى منازعات حول التسمية وأخرى حول المقدار وأخرى حول نوعه وجنسه أو صفته، وهناك منازعة تتعلق بقبض المهر، أما المشرع الجزائري فنص فقط في المادة 17 من قانون الأسرة على النزاع الذي يتم قبل الدخول و الذي يتم بعد الدخول ويمكن التعرض لمسألة المنازعة في الصداق في نقطتين أساسيتين هما:

#### **الفرع الأول: المنازعة في الصداق وفقاً للشريعة الإسلامية**

ونتناولها في الحالات التالية:

##### **1- الإختلاف حول تسمية المهر:**

ويقصد بهذه المنازعة هي أن يقع نزاع بين الزوجين بأن يدعي أحدهما بأن الصداق قد سمي في العقد ويدعي الآخر بأن العقد خالي من التسمية ففي هذه المنازعة ذهب الأحناف إلى تطبيق قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وتنطبق

- 1- قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 96801 مؤرخ في 16/10/1993 مجلة قضائية عدد خاص سنة 2001 ، ص 266 .
- 2- قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 143725 مؤرخ في 24/09/1996 مجلة قضائية عدد خاص سنة 2001 ، ص 269
- 3- قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 210422 مؤرخ في 17 / 11 / 1998 مجلة قضائية عدد خاص لسنة 2001، ص 53 .

أيضاً هذه القاعدة في حالة وفاة الزوجين أو أحدهما، أما المالكية فلقد ذهبوا إلى أن على المدعي البينة فإن أقامها قضي له وإن لم يقمها كان القول لمن يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه، أما الحنابلة فيرون القول للزوج بيمينه وأخيراً الشافعية ترى وجوب مهر المثل في هذه الحالة<sup>(1)</sup> .

##### **2- الإختلاف في مقدار أو نوع أو صفة الصداق:**

وهو أن يختلف الزوجان في مقدار المهر كأن يقول تزوجتها بـ 20 رأس غنم وتقول هي بـ 30 رأس غنم، فحسب المذهب الحنفي والحنبلي فالقول لمن شهد له مهر المثل بيمينه أما إذا أقام البينة قدمت بينة الزوجة، أما من حيث الإختلاف حول جنس أو نوع أو صفة المهر فيقضى بقدر قيمته، أما المالكية فقد فرقت بين إذا ما كان هناك دخول أم لا، فإذا لم يكن هناك دخول يؤدىان اليمين ويقضى لمن قوله أشبه بالمتعارف و المعتاد بين أهل بلديهما ومن لم يحلف قضي ضده أما بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه أما أصحاب المذهب الشافعي فقد ذهبوا إلى أنه في حالة الإختلاف فيحلف اليمين كما يحلف ورثتهما تم يفسخ المهر ويجب مهر المثل.

##### **3- الإختلاف حول قبض المهر:**

وهو أن يختلف الزوجان حول القبض المعجل للصداق كقول الزوج بتقديمه المعجل من الصداق ثم تنكر الزوجة ذلك في مثل هذه المنازعة ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا ثار نزاع قبل الدخول فالقول للزوجة بيمينها وعلى الزوج إثبات عكس ذلك بالبينة أما إذا كان النزاع بعد الدخول فالقول قول الزوجة مع يمينها هذا إن لم يكن عرف يقضي بخلاف ذلك في قبض بعض مؤجل المهر فهناك القول للزوجة مع

يمينها أما عند المالكية فقبل الدخول فالقول للمرأة أما بعد الدخول فالقول للرجل، ويذهب نفر من الحنفية إلى مراعاة في حل مثل هذا الخلافات عُرْف المنطقة<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: المنازعة في الصداق وفقا لقانون الأسرة:

إن المنازعة في الصداق تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 17 من قانون الأسرة والتي قسمت النزاعات على الصداق إلى نزعات قبل الدخول وأخرى بعد الدخول دون أن تحدد ما هي الخلافات المتعلقة بالصداق التي تطبق عليها قاعدة الإثبات المنصوص عليها في نص المادة 17 وبالتالي هذه القاعدة المذكورة تطبق على جميع حالات النزاع سواء كان متعلقة بالتسمية أو المقدار أو صنفه أو نوعه أو في القبض ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

### 1- حالة الخلاف في الصداق قبل الدخول:

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 17 على أنه " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورتتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورتتها مع اليمين ... " وما يمكن إستخلاصه من هذه المادة أنه إذا لم يكن هناك دخول وثار نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه فالقول هنا للزوجة أو ورتتها مع اليمين ولقد جسد هذا في التطبيقات القضائية منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18 / 06 / 1991 تحت رقم 73515 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورتتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورتتها مع اليمين... " .

1 - الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 307 - 308

2- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 310 .

## 2- حالة الخلاف في الصداق بعد الدخول:

لقد نص المشرع الجزائري أيضا على هذه الحالة في نص المادة 17 من قانون الأسرة " ... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورتته مع اليمين " ويعني هذا أنه إذا كان نزاع حول الصداق بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن لأحدهما بينة فهنا القول للزوج أو ورتته مع اليمين وهذا ما جسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/06/1991 رقم 73515 الذي قضى " ... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورتته مع اليمين ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون "<sup>(4)</sup>.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه خالف في نص المادة 17 من قانون الأسرة الأحكام التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث وضع قاعدة عامة واحدة وطبقها على جميع حالات النزاع المتعلقة بالصداق في حين فقهاء الشريعة الإسلامية كما سبق ذكره خصصوا لكل حالة نزاع قاعدة إثبات خاصة بها وهذا حتى وإن إتفق المشرع الجزائري في تقسيمه للنزاع حول الصداق مع فقهاء الشريعة الإسلامية إلى نزاع قبل الدخول وبعد الدخول.

## المطلب الخامس: أثر تخلف ركن الصداق

إن إختلاف الفقهاء المسلمين حول تكيف الصداق أدى بطبيعة الحال إلى الاختلاف من حيث الآثار التي يربتها ونجد المشرع الجزائري في نص المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة رتب آثار أخرى غير التي ذهب إليها جمهور الفقهاء وعليه يمكن التطرق لأثر تخلف ركن الصداق في النقاط التالية:

## الفرع الأول: أثر تخلف ركن الصداق في الشريعة الإسلامية

إن جمهور الفقهاء من حنيفة وشافعية وحنابلة يذهبون إلى أن الصداق هو حكم من أحكام الزواج، وبالتالي إذا لم يسمى الصداق أثناء إبرام العقد أو أتفق على إسقاطه فهنا يكون العقد صحيح وتستحق الزوجة مهر المثل<sup>(2)</sup>، أما المالكية والتي تعتبر كما سبق ذكره الصداق ركن من أركان عقد الزواج وبالتالي فتخلفه بعدم تسميته أو الإتفاق على إسقاطه فلا يكون العقد صحيح، وهناك من يقول بأنه روي عن الإمام مالك أنه يقول "من نكح بغير صداق فإن كان إسقاط فسخ قبل الدخول وثبت بعده ولها صداق المثل وهذا الذي أستحسن".

إن ما يمكن ملاحظته على المشرع الجزائري أنه أخذ بما روي عن الإمام مالك في بعض آثار تخلف الصداق وهو ما سنتعرض له في النقاط التالية:

- 1- قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 73515 مؤرخ في 18/06/1991 مجلة قضائية رقم اربعة سنة 1992 ، ص 69
- 2- الدكتور بلحاج العربي - المرجع السابق، ص 101 .

## الفرع الثاني: أثر تخلف ركن الصداق وفقا لقانون الأسرة

كما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري تناول أثر تخلف ركن الصداق في المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة ورتب على ذلك التخلف أثر يمكن التعرض له في ثلاث حالات هي كالتالي:

### الحالة الأولى: حالة فسخ عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في نص المادة 32 والتي جاءت بقاعدة عامة وهي فسخ عقد الزواج لعدم توفر ركن من أركان عقد الزواج ثم جاءت المادة 33 التي حددت على الخصوص حالة تخلف ركن الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليها فسخ عقد الزواج وذلك بنصها على " إذا تم الزواج بدون ... أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ... " وما يستنتج من هذه المادة أن المشرع رتب الفسخ على تخلف ركن الصداق قبل الدخول كما أنه فصل في مسألة وهي عدم إستحقاق الزوجة للصداق في هذه الحالة، وهو ما جسد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/03/09 تحت رقم 45301 جاء فيه " أنه من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق"<sup>(1)</sup>.

### الحالة الثانية: حالة بطلان عقد الزواج

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في نص المادة 33 من قانون الأسرة وهي حالة إقتران تخلف ركن الصداق بتخلف ركن آخر يؤدي إلى بطلان عقد الزواج سواء تم ذلك قبل الدخول أم بعده وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/02 تحت رقم 107- 51 الذي جاء فيه " ... ومن المقرر أيضا أنه إذا إختل ركن من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج ..."<sup>(2)</sup>.

### الحالة الثالثة: حالة ثبوت عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في نص المادة 33 من قانون الأسرة التي تنص " ... ويثبت بعد الدخول لصداق المثل إذا إختل ركن واحد ... " وما يمكن إستنتاجه من هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على أنه إذا إشتمل العقد على أركان الثلاث الرضا، الولي، الإشهاد ، وتم الدخول فالزواج يثبت

ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صدق المثل وهذا ما نجده في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 تحت رقم 210422 الذي جاء فيه " إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصدق المثل.

ومتى تبين في قضية الحال، فإنهم عرّضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج<sup>(3)</sup> و ما يمكن قوله على موقف المشرع الجزائري أنه أخذ في الحالتين الأولى والثانية بما روي عن الإمام مالك و خالفه في الحالة الثالثة التي لم يتعرض لها الإمام مالك والتي رتب فيها المشرع الجزائري بطلان عقد الزواج، وهذا الموقف الذي إتخذ في قانون الأسرة هو منطقي وراع القيمة الكبيرة لعقد الزواج.

1- الاستاذ عبد العزيز سعد - المرجع السابق، ص 375 .

2- قرار المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - ملف رقم 51107 مؤرخ في 1989/01/02 مجلة قضائية رقم 03 سنة 1992 ، ص 53 .

3-قرار المحكمة العليا - غرفة الاحوال الشخصية - ملف رقم 210422 مؤرخ في 1998/11/17 - مجلة قضائية عدد خاص سنة 2001 ، ص 53

## الفصل الثاني: شروط عقد الزواج وأثر تخلفها

يعرف الشرط بأنه هو كل ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن حقيقته، وشروط عقد الزوج عددها 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 و آثار تخلفها كما يلي:

### المبحث 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:

#### المطلب الأول: شروط الإنعقاد وأثر تخلفها

تعرف شروط الإنعقاد بأنها تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الإنعقاد والإنشاء وذلك بسبب إرتباطها كلياً بالأركان التي يقوم عليها العقد<sup>(1)</sup> ويعرفها البعض بأنها " الشروط التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد " <sup>(2)</sup> وهذه الشروط إما أن تتعلق بالعاقدين أو باللفظ المستعمل أو بالصيغة.

#### الفرع الأول: شروط الإنعقاد

أ - الشروط المتعلقة بالعاقدين: ويشترط في عاقد الزواج مايلي:

- يجب أن يكون كل من العاقدين ذا أهلية سواء بالبلوغ أو ببلوغ سن التمييز.
- 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<sup>(3)</sup>.
- 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.

- 1- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 121 .  
 2- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق، ص 47 .  
 3- الاستاذ محمد مصطفى شبلي - المرجع السابق ، ص 96-97 .

### 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.

### الفرع الثاني: 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 "(1) و يثبت به النسب.

### المطلب الثاني: شروط الصحة وأثر تخلفها

تعرف شروط الصحة بأنها تلك الشروط اللازمة لكي يرتب العقد آثاره الشرعية وعرفها البعض بأنها تلك الشروط التي 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:

### الفرع الأول: شروط الصحة

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

#### أ - الشروط المتفق عليها: وهذه الشروط هي

- 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 وجعلت إعلان الزواج شرط صحة ويجب ألا يتفق الزوج والشهود على كتمان الزواج عن الناس والجماعة(3).
- 2- أن يكون كل من العاقدين راضين ومختارين ولم يكونا تحت الإكراه وهذا شرط عند الجمهور غير الحنفية.

- 1- الدكتور بدران ابو العينين - المرجع السابق - الصفحة 70  
 2- الدكتور محمد محده - المرجع السابق - الصفحة 122 .  
 3- الدكتور وهبة الزجيلي - المرجع السابق - الصفحة 71 .

### 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 بالمرأة وإذا تم الدخول يجب التفريق بينهما سواء إختياراً أو جبراً وكذا عدم إقامة حد الزنا عليهما لوجود الشبهة، 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 فتري بأنه إذا تخلف شرط من شروط الصحة فإن العقد يكون فاسداً إلا إذا كانت المحلية أصلية فالعقد يكون هنا باطلاً<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: شروط النفاذ وأثر تخلفها

إذا توافرت في العقد شروط الإنعقاد وشروط الصحة إنعقد العقد صحيحاً لكن لكي يكون نافذاً أو ليرتب آثاره يجب أن تتوافر فيه شروط النفاذ وهذه الأخيرة تعرف أنها تلك الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على من عاقديه بغير وجودها<sup>(2)</sup>.

### الفرع الأول: شروط النفاذ

1- أن تكون لمتولي إنشاء العقد ولاية إنشائية فإذا قام ناقص الأهلية بإبرام العقد فلا يكون نافذاً ويكون موقوف على إجازة وليه مثلاً أو الغير الكامل الأهلية الذي يتولى زواج غيره دون وكالة منه ففي هذه الحالة العقد يكون موقوفاً على إجازته غيره.

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 ولياً أبعد مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: فهذا إذا أبرم الولي الأبعد عقد الزواج للمولى عليها فيكون هذا العقد موقوفاً حتى إجازة الولي الأقرب.

### الفرع الثاني: أثر تخلف شروط النفاذ

يذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه إذا تخلف شرط النفاذ في عقد الزواج كان العقد صحيحاً إلا أنه لا

يرتب آثاره إلا إذا أجاز 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 الزواج الفاسد الذي تخلف أحد شروط الصحة<sup>(3)</sup> وهناك إستثناء بالنسبة للشافعية و الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن زواج الفضولي لا يستدعي الإجازة لأنه باطل<sup>(4)</sup>.

1- الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق، رقم 321 و 322 .

2- الإمام ابو زهرة - المرجع السابق، 40 .

3- الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق، ص 323 - 324 .

4- الدكتور وهبة الزجيلي- المرجع السابق، ص 76.

### المطلب الرابع: شروط اللزوم وأثر تخلفها

ذهب الفقهاء المسلمين إلى أن عقد الزواج يكون لازماً 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 التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره "(1) وعرفت كذلك بأنها تلك الشروط التي " لا يكون لأحد الزوجين أو غيرهما ممن يتعدى إليه ضرر العقد حق نسخه بعد تمامه "(2).

## الفرع الأول: أنواع شروط اللزوم

### 1- شرط الكفاءة في الزواج:

ويقصد بالكفاءة في الزواج هو أن يكون الزوج كفيًا للزوجة أي مساويا ومقاربا لها في أمور مخصصة بحيث لو اختلفت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة أو أوليائها من التعبير والأذى (3) والأمور التي يجب أن تتوافر في الزوج كي تتحقق الكفاءة اختلف 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 انقسموا إلى ثلاثة آراء منهم من يراها في الدين فقط كالمالكية وهناك من جعلها في الدين والنسب وأما الرأي الثالث يضيف الحرفة إلى جانب الدين والنسب وذهبت الحنفية إلى أنه يتوجب التساوي والتقارب في النسب، الإسلام، الحرية، الحرفة، المال، و يذهب جمهور الفقهاء المسلمين بأن عدم توفر شرط الكفاءة اثارته حق للمرأة إذا ما زوجها وليها بدون إذن ممن ليس كفيًا لها، وأضاف الحنفية حق إثارة عدم وجود هذا الشرط للولي إذا ما تزوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها ممن ليس بكفيًا 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 (4).

### 3- شرط عدم عتق المولى أمته بعد تزوجها:

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

## الفرع الثاني: 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 يترتب أي أثر من آثار الزواج أما بعد الدخول " فيرتب العقد آثاره المترتبة على

1- الدكتور محمد محده - المرجع السابق، ص 123 .

2- الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق، ص

3- الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق، ص

4- الدكتور بدران أبو العينين بدران - المرجع السابق، ص 92 - 93

كل العقود الصحيحة والنافذة و اللازمة إلى أن يفسخ العقد ومن تلك الآثار نجد " ثبوت النسب، نفقة العدة، المهر المسمى أو مهر المثل، وحرمة المصاهرة، العدة(1).

## المبحث الثاني: الشروط العامة لعقد الزواج في قانون الأسرة

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

### المطلب الأول: شرط أهلية الزواج وأثر تخلفها

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

#### الفرع الأول: 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<sup>(2)</sup> وإختلفوا أيضا حول سن البلوغ أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى إعتبار سن البلوغ 15 سنة بخلاف المالكية التي إعتبرت نهايته في الثامن عشر ( 18 ) للفتى والفتاة<sup>(3)</sup> 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 بأنه يحق للأب أو أي ولي آخر تزويجهم أما المالكية فقد قصرت ذلك على الأب فقط، وذهبت الشافعية إلى إعطاء صلاحية تزويجهم للأب ثم للجد ثم للسلطان وقرنتها بأنه يجب تزويج فاقد العقل بزوجة واحدة.

#### الفرع الثاني: 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 يرغب في الزواج فأوجب عليه الحصول على رخصة قبلية من القاضي ومن هذا يستدعي تطرقنا لمسألة الأهلية في الزواج التعرض للنقاط التالية:

1- الإمام أبو زهرة - المرجع السابق، ص 154 .

2- الدكتور وهبة الزحيلي - المرجع السابق، ص 175 - 176 .

3- الدكتور العربي بلحاج - المرجع السابق، ص 60 .

#### أ - الغاية من إشتراط المشرع لسن 21 سنة للذكر و 18 سنة للإنتى.

إن النحو الذي إتخذه المشرع الجزائري في تحديده لسن الزواج بالنسبة للذكر ب 21 سنة، والإنتى 18 سنة كان يقصد من ورائه إعطاء أهمية كبرى لعقد الزواج، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كافي لوحدته 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 الاجتماع أن زواج الصغار يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها وترتب أضرار كثيرة على الجسم والنفس، ومن الناحية الإجتماعية صعوبة الحياة المعيشية الحالية، ولهذا فإن قيما ما ذهب إليه المشرع فإنه قد أصاب في تحديد السن الأدنى للزواج، وتحديد سن الزواج من طرف المشرع لم يكن بصفة جامدة بل نجده راعي 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.

## ب - الترخيص القبلي بالزواج:

كما سبق ذكره فإن المشرع لما إشتراط 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 هذا الترخيص في النقاط التالية:

### 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 لدرأيته وخبرته في هذا المجال، وكذا لأنها مسألة موضوعية ليست من إختصاص رئيس المحكمة في حين يذهب البعض إلى انها من إختصاص رئيس المحكمة وقد جرى هذا الإتجاه الثاني التطبيقات القضائية التي 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 يحقق 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 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 إشباع 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.

### 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 يقيد 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 العقوبات<sup>(1)</sup> فهذه الحالة تدخل ضمن المصلحة والضرورة متى رضيت الفتاة الضحية فيما بعد الزواج بالجاني، وهذا على خلاف البعض الذين يذهبون إلى إستبعاد تطبيق 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

التي يتواجد بها مسكن صاحب الطلب موقعا ومؤرخا ويذكر فيه التبريرات التي 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.

### الفرع الثالث: 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 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 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:

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

### 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 ألغى تحديد القانون الصادر في 29 جوان 1963 فيما يتعلق سن الزواج في حين أنه لم يحدد الآثار التي تترتب على مخالفة شرط السن أو الترخيص وبالتالي فإن عدم تطرق قانون الأسرة لهذه المسألة يعني أنه لم يلغى 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 باطلا 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 للبطالان وفقا لنص المادة 3 فقرة 2 من نفس القانون<sup>(1)</sup> 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:

### ب - الرأي الثاني:

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن القانون الصادر في 29 جوان 1963 قد ألغى 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 كلياً جزئياً، والدليل على عدم إعطاء المشرع الجزائري في قانون الأسرة للأهلية أو الترخيص أهمية كبيرة هو إجازته لإبرام عقد الزواج عرفياً ثم يثبتونه عن طريق حكم قضائي ومن بين الذين يقولون بهذا الرأي نجد الأستاذ الغوثي بن ملحمة يقول " بأنه لا يوجد في التشريع الجزائري أي جزء بخصوص المسألة.

وما يلاحظ أن هذا الرأي الثاني هو الصائب باعتبار أن نص المادة 222 قانون الأسرة قد نصت على أنه في حالة عدم وجود نص نرجع إلى ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية لا إلى القوانين السابقة ولقد تعرضنا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص تحديد السن الأدنى للزواج، وهذا الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري ضمناً لا يحمي القصر الذين لا يقدرّون 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 شرعاً أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج".

1- الدكتور بلحاج العربي - المرجع السابق - صفحة 62 ج

## المطلب الثاني: خلو المرأة من موانع الزواج وأثر مخالفة ذلك

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

### الفرع الأول: خلو المرأة من موانع الزواج المؤبدة

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

أ - **المحرمات بسبب القرابة:** ويقصد بالتحريم لسبب القرابة هو ما كان جزء منها أو كانت هي جزء منه أو كانا معاً جزء 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 ولقد نص المشرع الجزائري عليها في نص المادة 26 من قانون الأسرة وهي:

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<sup>(1)</sup> ومن خلال هذا التعريف نستنتج الشروط التي يجب أن تتوافر في الرضاع حتى يحرم الزواج به وهي كما يلي:

1- يجب أن تكون المرضعة امرأة.  
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 الاعتبار 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 لنص المادة 27 من قانون الأسرة التي جاءت مطابقة تماما للحديث النبوي الشريف حيث قال الرسول صلى الله

1- الدكتور بلحاج العربي - المرجع السابق، ص 81 .

عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " (1) " 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 الأخت 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 وأولادها وفقا لنص المادة 27 من قانون الأسرة.

### **الفرع الثاني: خلو المرأة من موانع الزواج المؤقتة.**

لقد نص المشرع الجزائري على موانع الزواج المؤقتة في المواد 23 ، 30 و 31 من قانون الأسرة 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 الآخرين.  
2- **المعتدة:** وهي المرأة التي 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 التي يطلقها زوجها ثلاث طلاقات فترجع محرمة عليه مؤقتا إلى غاية أن تنكح شخص آخر ثم يطلقها أو يتوفي عنها وبعد ذلك يستطيع 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 النبوي الشريف " أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك"<sup>(2)</sup>.

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 جرى 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 ديانتها وفقا للآية الكريمة رقم 221 من سورة البقرة التي يقول فيها الله تعالى " ... و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم ... "

---

1- رواه البخاري ومسلم

2- الدكتور بلحاج العربي - المرجع السابق، ص 81.

## الفرع الثالث: أثر الزواج بإحدى المحرمات

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

- 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 وأمههم.
- وجوب الإستبراء: أي يجب على المرأة التي تزوجت في هذا الزواج الفاسد أن تعتد حتى تستبرأ رحمها.

## المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بحالة تعدد الزوجات وأثر تخلفها

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

### الفرع الأول: الشروط المتطلبية في حالة تعدد الزوجات

**1 - شرط العدد:** وفقاً لنص المادة 8 من قانون الأسرة فإن المشرع أباح التعدد في الزوجات لكنه لم يتركه بدون قيد و من بين تلك القيود التي وضعها هي أنه جعله في حدود ما أباحتها الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين أنهم حددوا العدد الذي لا يمكن تجاوزه من الزوجات في حالة التعدد بأربع نساء وذلك وفقاً للآية الكريمة رقم 3 من سورة النساء التي يقول فيها تعالى ' فإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع وإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما مالكت إيمانكم " وكذا الحديث النبوي الشريف الذي يؤكد جواز تعدد الزوجات أن قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثماني نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال " إخر منهن أربع " .

**2- شرط المبرر الشرعي:** إشتراط 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 يصدد 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<sup>(1)</sup>.

**3- شرط نية العدل:** لقد جرى 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 يستطيع فيه العدل ألا وهو النفقة، المبيت، حسن

1- الأستاذ عبد العزيز سعد - المرجع السابق، ص 150 .

المعاشرة أي ما يقصد به العدل الظاهر<sup>(1)</sup> أما ما لا يدخل تحت قدرة الإنسان ولا يملكه مثل الميل القلبي والمحبة فالزوج غير مكلف به وهذا ما جاء في الآية الكريمة رقم 29 من سورة النساء التي يقول فيها تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وأن تصلحوا وتتقوا فإن الله غفور رحيم " .

**4- شرط إعلام الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة:** إشتراط 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 التي 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<sup>(2)</sup>.

### 5- 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 أداء النفقة الواجبة للأزواج مستدلين في ذلك بالحديث النبوي الشريف " يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ....."<sup>(3)</sup> والباءة في هذا الحديث يقصد به مؤونه النكاح.

### الفرع الثاني: آثار تخلف الشروط المتطلبية في حالة تعدد الزوجات

إن المشرع الجزائري لما إشتراط 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 وناظرا 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 التي إعتبرت هذه الحالة من الضرر المعتر شرعا.

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

2- الأستاذ عبد العزيز سعد - المرجع السابق، ص 150 .

3- رواه البخاري ومسلم و أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة.