

الفصل الأول : تكوين عقد الزواج.

المبحث الأول : تعريف الزواج وحكمه.

الزواج في اللغة هو الازدواج والاقتران والارتباط، يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، ويقال تزوج القوم أي تزوج بعضهم بعضاً، ويقول الله تعالى: (وزوجناهم بحور عين)، كما يمكن استعمال مصطلح النكاح في معنى الزواج ، وقد استعمله القرآن الكريم في عدة آيات منها: (انكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع...)، كما أن النكاح يطلق في اللغة على الوطأ وعلى العقد وفي هذا المعنى قال صلى الله عليه وسلم: (ولدت من نكاح لا من سفاح) أي على الوطأ الحلال لا الحرام.

أما في الاصطلاح فالزواج والنكاح كلمتين مترادفتين والمقصود بهما عند بعض الفقهاء عقد يفيد ملك المتعة قصداً وهو كذلك " :العقد الذي يعطي لكل واحد من الرجل والمرأة حق الاستمتاع بالآخر مدى الحياة على الوجه المشروع" ، ولكن ما يلاحظ على هذه التعاريف هو أنها جعلت من الاستمتاع الهدف الوحيد من عقد الزواج ومن ثم فهي غير كاملة متكاملة لأن الاستمتاع والمتعة هي فعلاً هدف من أهداف الزواج ولكن تشاطرها في ذلك أهداف أخرى وربما أسمى منها كالنسل.

هذه التعاريف ناقصة لذلك عرفه الفقه على أنه: (عقد يفيد حق العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكلية من حقوق وما عليه من واجبات)، وفي هذا الإطار عرفت م 4 قأ.أ الزواج على أنه: (عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب).

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف بأنه ناقص لأن المشرع قد استعان بذكر غايتهم أي أهدافهم لتحديد معناه، كذلك ما يعاب على المشرع أنه جعل عقد الزواج كسائر العقود الأخرى بقوله :عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، لذلك كان على المشرع أن يستغني عن تعريف عقد الزواج لأن دور المشرع يتجلى في تبيان الأحكام أما التعاريف يختص بها الفقه لذلك نعرف عقد الزواج على أنه: (عقد يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعاً وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يحدد القانون أركانها وشروطها وآثارها وانحلالها).

حكمة تشريع الزواج:

- عمران الكون وازدهاره إلا بالزواج الصحيح.

- الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع.

- حفظ الأنساب من الاختلاط حيث دعت الشريعة الإسلامية أن نسب كل شخص إلى أبيه، وإلا ساءت أحوالهم وشاعت الفاحشة واختلطت أنسابهم وعمت الفوضى وينهار المجتمع.

- راحة الرجل والمرأة، ففي الزواج يجد كل من الزوجين الأُنس بصاحبه والاستراحة إليه والاستعانة به.

حكم الزواج:

الشريعة الإسلامية قد حثت الأشخاص على الزواج وكرهت الرهبانية بحيث يقول صلى الله عليه وسلم: (تزوجوا الودود الولود فإنني أباهي بكم الأمم يوم القيامة) وعلى أساس هذه الأحاديث والآيات القرآنية العديدة فيمكن أن يبنى عقد الزواج على النحو التالي:

-يكون الزواج فرضاً إذا كان الشخص المكلف يتأكد الوقوع في المعصية لو لم يتزوج وكان قادراً على تكاليف الزواج المادية والمعنوية وكان واثقاً على إقامة العدل مع من يتزوجها.

-يكون الزواج واجباً إذا خاف الشخص الوقوع في الفاحشة خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين وكان قادراً على تحمل تكاليف الزواج.

-يكون الزواج حراماً إذا كان الشخص غير قادر على تحمل تكاليف الزواج أو كان متيقناً من ظلم المرأة ومهما كانت نوعية هذا الظلم.

-يكون الزواج مكروهاً إذا خاف الشخص وهو غير متيقن لا من وقوعه في الفاحشة ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة أو على عدم قيامه بحقها.

ما العمل إذا كان الشخص متيقناً من وقوعه في الفاحشة إن لم يتزوج ومتيقن كذلك من ظلم المرأة إذا تزوج؟

للإجابة على هذا يرى الفقه أنه لا يمكن للشخص أن يدفع محرم بارتكاب محرم آخر ولكننا هنا لا نبيح له ظلم المرأة وإنما نتجاوز عن ظلمه للمرأة لضرورة اجتماعية ومن ثم نطبق قاعدة الضرورة تبيح المحظورات على أساس المصلحة الاجتماعية لأنه إذا تزوج وظلم زوجته تنحصر الإساءة في امرأة واحدة وربما بعد الزواج سيغير رأيه بينما لو حرمانه من الزواج لقام بارتكاب الفاحشة وأن هذا الأخيرة لا تنحصر في امرأة واحدة، وهذا ما ذهب إليه مذهب المالكية.

الخطبة:

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع وقد يكون الطلب منه شخصياً أو ممن ينوب عنه، والحكمة من الخطبة هو السماح لكلا الطرفين التعرف على الطرف الآخر.

وفي هذا الإطار قد أجازت الشريعة الإسلامية للرجل وكذا المرأة النظر لكل منهما للآخر والاجتماع بينهما ولكن في حدود الشريعة الإسلامية، وقد أجاز الفقه الإسلامي النظر بالنسبة للرجل إلى الوجه والكفين فقط لمن يرغب في التزوج بها، وفي هذا الإطار المرأة أولى من الرجل في أن تطلع على أخلاقه وميوله حتى يكون عرض الزواج مبني على أسس متينة بل أن حقها في فك الرابطة الزوجية مقيد بأسباب معينة خلافاً للرجل الذي تكون بيده دائماً العصمة وفي نفس السياق فإنه لا يجوز الخلوة بين الرجل والمرأة فهي محرمة شرعاً .

أولاً. شروط الخطبة:

1- شروط صحة الخطبة:

مادام أن الخطبة هي مقدمة من مقدمات الزواج فإنه يشترط في المرأة أن لا تكون من المحرمات على الخاطب أي لا يكون مانع من موانع الزواج في أحد الطرفين ومن ثم يشترط في المرأة أن لا تكون:

أ. إحدى محارمه من النسب أو الرضاعة أو المصاهرة. (موانع مؤبدة)

ب. أن لا يكون بها مانع من الموانع المؤقتة، كالمحصنة (متزوجة) لأن خطبتها فيها اعتداء على حق الغير، ولا المشتركة، ولا غير المسلم بالنسبة للمسلمة. (الرجل له أن يتزوج متى شاء ولكن ليس مع من يشاء)، (لو تقدم رجل إلى مشركة بخطبتها وقبلت به ولكنها يوم إبرام عقد الزواج كانت مسلمة فزواجه صحيح أما إذا أصبحت متدينة بالديانة الإسلامي بعد إبرام العقد فعقده باطل بطلانا مطلقا).

ج. المعتدة من طلاق رجعي، لا يجوز خطبتها بطريق التصريح ولا التعريض لأن زوجيتها لا زالت قائمة وحق الزوج في إرجاعها لا زال كذلك قائما. (يجوز للرجل إرجاع المرأة المعتدة من طلاق رجعي إذا كانت ما تزال في عدتها بدون رضاها ولا صداق جديد)

هل المشرع الجزائري أخذ بالطلاق الرجعي بحيث لا يجوز خطبة المرأة في هذا النوع من الطلاق؟ للإجابة على هذا السؤال تنص م 49 ق.أ على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"...، و تنص م 50 ق.أ على أنه "...: ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى حكم جديد"، وبتنسيق هاتين المادتين نستنتج أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالطلاق الرجعي وإنما أخذ فقط بالطلاق البائن لأن في نظره الطلاق لا يتم إلا بحكم قضائي وعندما يتم لا يجوز للزوج أن يراجعها إلا بعقد جديد.

د. المرأة التي تكون معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، الصغرى هو جواز الزوج أن يتزوج بنفس المرأة التي طلقها لكن بعقد جديد غير أنه غير مقيد باحترام العدة، أما الكبرى هو الطلاق الثلاث الذي لا يجوز للزوج فيه مراجعة من طلقها حتى تنكح غيره بزواج صحيح ويكون قد دخل بها وطلقها أو توفي عنها.

هل يجوز خطبتها؟ لقد اختلفت الآراء الفقهية حيث يرى الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً، بينما يرى جمهور الفقهاء بإجازة خطبتها تعريضاً لانقطاع الزوجية بالطلاق.

هـ. المعتدة من وفاة، وهي المرأة التي توفي عنها زوجها وأصبحت معتدة بعدة الوفاة وهي 04 أشهر و 10 أيام فهذه لا يجوز خطبتها تصريحاً أما التعريض فأجازته الفقهاء مع عدم تزوجها في الحال.

و. مخطوبة الغير، حسب القاعدة العامة لا يجوز للشخص أن يتقدم بخطبة امرأة مخطوبة لشخص آخر لقوله صلى الله عليه وسلم: لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته.

أمام هذه الأحاديث النبوية فإن الحالات التي يمكن أن تظهر في الواقع بشأن هذه الخطبة فهي متعددة منها خاصة:

-الموافقة الصريحة للمخطوبة : لقد اتفق الفقه فيما إذا وافقت المرأة على خطبتها فإن خطبتها من غيره حرام.

-الرفض القطعي على الخطبة الأولى : هذه المرأة يجوز خطبتها وهو جائز شرعاً.

-سكوت المخطوبة على خطبتها :إذا سكنت المخطوبة على خطبتها أي لا تجيب لا بالقبول ولا بالرفض فقد

اختلف الفقه بشأنها حيث يرى الرأي الأول(أبو حنيفة ومالك) بأنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدم لأن السكوت وإن لم يدل على الرفض فإنه كذلك لم يدل على القبول، بينما يرى الرأي الثاني(بعض الشيعة والشافعية) إلى أنه يجوز خطبة الثاني استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم بشأن فاطمة بنت قيس التي أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن معاوية وأبا جهامة خطباها فقال صلى الله عليه وسلم:

أما معاوية فصعلوك لا مال له و أما أبو جهامة فلا يضع عصاه على عاتقه انكحي أسامة بن زيد.

2 -حكم زواج المخطوبة:

وهي المرأة التي وافقت على خطبتها الأولى وتقدم شخص ثان لخطبتها وتزوجت منه.

ما حكم هذا الزواج؟ لقد تضاربت الآراء الفقهية إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول : ذهب إليه جمهور الفقهاء وأكثر الشيعة فقالوا أن خطبة الرجل على خطبة أخيه ليست لها أي تأثير على العقد ففي هذه الحالة الزواج صحيح من الناحية القضائية غير أن العقوبة فيه أخروية.

الاتجاه الثاني : ذهب إليه الظاهرية وقالوا أن الزواج باطل ويجب فسخه سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن الحديث الذي نهى عن خطبة امرأة الغير هو صحيح فلا يحتاج إلى تأويل آخر.

الاتجاه الثالث : ذهب إليه المالكية فقالوا أنه يجب التفرقة بين الدخول وعدمه فإن تم الدخول فالزواج صحيح ولا يمكن فسخه نظرا لما يترتب عليه من أضرار أما إذا لم يتبعه دخول فالعقد باطل.

تنص م 05 ق.أ على أن "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "... وعليه فإن المخطوبة التي وافقت على خطبتها من شخص ثاني وتزوجت به تكون بمجرد موافقتها على الخطبة الثانية قد عدلت على خطبتها الأولى لأن العدول حق من حقوقها ومن ثم فإن زواجها مع الشخص الثاني صحيح دخل بها أو لم يدخل بها.(هنا المشرع الجزائري أخذ بجمهور الفقهاء).

ويشترط إلى جانب ذلك أن تتم الخطبة عن تراضي الطرفين أي الإيجاب من قبل أحدهما والقبول من الطرف الآخر، ويشترط في الرضا أن لا يكون معيبا لعيب من عيوبه كالغلط والإكراه والتدليس.

غير أن ما يجعل الخطبة تختلف عن عقد الزواج هو أن المشرع لم يحدد سنا معينة للخاطبين بحيث قد اكتفى بالتنصيص في م 07 ق.أ على أن أهلية الزواج بالنسبة للطرفين هي 19 سنة ومن ثم لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه السن هي ذاتها قد اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين محل الخطبة؟

للإجابة عن هذا السؤال فإن المشرع في م 05 و م 06 ق.أ المنظمتين لأحكام الخطبة لم ينص على تحديد سن معينة للخطبة ولكن نظرا للعادات السائدة في المجتمع الجزائري غالبا بل في كل الأحيان أن الخطبة تسبق عقد الزواج وأن هذا الأخير لا يتم إبرامه إلا بعد مرور مدة معينة من الزمن ولذلك فإن سن الخاطبين يكون أقل من السن التي اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين المقبلين على الزواج،

وعليه فإنه من المستحسن أن لا تكون هذه السن أقل من 17 سنة بالنسبة للفتاة و 18 سنة بالنسبة للفتى وإلا سيوافق أحدهما عند عدم توافر هذه السن على علاقة غير قادرين على تنبؤ تكاليفها، كما أنه لم يشترط المشرع شكلا معيناً لإتمام الخطبة إذ أنه قد اعتمد على مبدأ الرضائية الصادر من كلا الطرفين أو ممن ينوب عنهما.

3- الطبيعة القانونية للخطبة:

إذا تمت الخطبة وأدى ذلك إلى إبرام عقد الزواج فهذا لا يثير أي إشكال، بينما إذا لم تنتهي هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج فإنه من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقد أم وعد بالعقد؟ وإذا كيفناه وعدا بالعقد مثلا هل تأخذ ذات الحكم المتعلق بالوعد بالعقد المنصوص عليه في القانون المدني؟

تنص م05 ق.أ على أن "الخطبة وعد بالزواج" وفي الفقرة " 2 يجوز لكلا الطرفين العدول عنها"، ومن ثم يكون قد استتبط المشرع هذا الحكم من أحكام الشريعة الإسلامية وأساس ذلك هو أن عقد الزواج يتم عن طريق الإيجاب والقبول ومنه لا يمكن أن نلزم أحد الطرفين أن يتزوج بالطرف الآخر حتى ولو كانت الخطبة قائمة، وبمعنى أدق

فالوفاء بهذا الوعد يقتضي أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به وهذا ما يتنافى مع النظام العام وكذلك مع حرية الأشخاص في الزواج، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي أن يجبر أحد الطرفين على الزواج بعقد غير راض به.

ولكن الحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة (حالة العدول (هي مسؤولية تقصيرية، أي أن عبء الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضررا وهذا ما نصت عليه م05 ق.أ ومن ثم يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات الضرر أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك.

ما حكم الفاتحة في قانون الأسرة، هل خطبة أم زواج؟

كانت م 06 ق.أ تنص على أنه "إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة تطبق بشأنها أحكام م 05 ق.أ ، أي أحكام الخطبة "، ومن ثم يكون المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليس زواج، غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية إذ قد اقتبسه من دول الشرق الأوسط ومنها خاصة سوريا، أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج وتفاديا لهذا المشكل القانوني جاءت عدة قرارات صادرة من المحكمة العليا قاضية بأنه "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدودة .

4 -آثار العدول عن الخطبة:

هذه الآثار تتمثل في ثلاث نقاط أساسية:

أ.حكم المهر :

لقد جرت العادات في الجزائر على أن يمنح الخاطب لمخطوبته قبل إبرام عقد الزواج المهر كله أو الجزء منه وذلك من أجل تحضير بيت الزوجية.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يبين لنا ما هو حكم المهر في حالة العدول عن الخطبة؟

ولكن تنفيذا للمادة 222 ق.أ قد أجمع الفقه الإسلامي على أنه يجب على المخطوبة رد المهر بأكمله سواء أكان العدول منه أو منها ومهما كان المتسبب فيه لأن المهر هو شرط من شروط صحة عقد الزواج (أو أثر من آثاره عند بعض الفقهاء) ولا دخل للخطبة فيه، ولكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن هذه القاعدة لا تتماشى مع العدول الذي أقيمت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية وعليه يجب التفرقة بين الحالتين التاليتين:

• إذا كان العدول من جهة المخطوبة: يجب عليها رد المهر كاملا وإن كانت قد بدأت بإعداد جهازها لأنها تكون راضية بالخسارة.

• إذا كان العدول من جهة الخاطب :فمن الظلم أن تلزم المخطوبة برد مثل النقد أو قيمته وهي غالبا تتصرف في المهر بعد الخطبة من حيث شراء الثياب... الخ، لذلك إما أن ترد المهر نقدا أو جهازا حتى لا تتحمل الخسارة وفي كل ذلك ينبغي البحث عن المتسبب في العدول فإذا كانت المرأة تطبق عليها أحكام الحالة الأولى أما إذا كان الرجل تطبق عليه أحكام الحالة الثانية.

ب.حكم الهدايا في حالة العدول : لقد تضاربت آراء الفقه الإسلامي حول حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بحيث يرى **الحنفية** بأنه يجوز الرجوع في الهدايا ما لم يوجد مانع من موانع استردادها كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك، بينما يرى رأي آخر على أنه لا يجوز للخاطبين الرجوع في الهدية سواء كانت قائمة أو مستهلكة وهو رأي **الحنابلة**، ويرى **الشافعية** إلى وجوب الرد مطلقا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، وأمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض يرى **المالكية** أنه ينبغي التفرقة بين حالتين:

*العدول من جانب الخاطب :وفيها لا يحق له أن يسترد الهدايا حتى ولو كانت قائمة ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

*العدول من قبل المخطوبة :عليها أن ترد الهدايا إذا كانت قائمة أو قيمتها إذا استهلك أو هلك.

وقد ذهب المشرع الجزائري على منوال المالكية بحيث نص في م3/ 05 ق.أ على أنه "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته."

هل الخاطب ملزم برد الهدايا غير المستهلكة أو قيمة هذه الهدايا؟ وهل له حق الاختيار؟

أمام هذا الغموض الوارد في النص القانوني نرى أنه كان على المشرع أن يضيف عبارة "إذا استهلك" أمام قيمته ومن ثم يصبح الشرط الثاني من النص " : وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته إذا استهلك أو هلك"،

أما م4 / 05 ق.أ تنص على أنه: " وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته ".

والملاحظة السابقة الواردة على الفقرة 03 تنطبق على هذه الفقرة، ولكن أمام هذه النصوص القانونية ما يعاب على المشرع الجزائري هو أنه أخذ بعين الاعتبار بشأن حكم الهدايا الشخص العادل عن الخطبة بدون الولوج في التفرقة بين المتسبب في العدول عن الخطبة ومن قام بالعدول، فإنه من الأحرى أن يفرق في هذه الحالة بشأن حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بين المتسبب في ذلك وغير المتسبب ومن ثم إذا كان العدول من قبل المخطوبة بسبب راجع إلى الخاطب ففي هذه الحالة تطبق ما ورد في م3 /05 ق.أ ، أما إذا كان العدول من قبل الخاطب ولكن بسبب المخطوبة فنطبق

حينئذ ما ورد في م4 / 05 ق.أ .

ج. حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة :

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم إلى هذه المسألة وذلك راجع للعادات والتقاليد السائدة آنذاك التي أصبحت تختلف عن عاداتنا وتقاليدينا المنحرفة عن الديانة الإسلامية، ومن ثم يمكن أن هذه التصرفات المتمثلة خاصة في العدول عن الخطبة قد تسبب ضررا للطرف الآخر ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان للطرف المضرور الحق في التعويض وعلى أي أساس؟

وللإجابة على هذا السؤال يرى جانب من الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز الحكم بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة لأن هذه الأخيرة هي وعد بالزواج ولا تحتوي على عنصر الإلزامية وأن العادل يكون قد مارس حق من حقوقه على لأن المشرع يسمح له بذلك.

ويرى الرأي الثاني بأنه يجوز التعويض في حالة العدول عن الخطبة ولكن يعاتب على هذا الرأي بأنه لم يفرق بين عما إذا كان الحق للشخص المطالب بالتعويض في حالة الضرر المادي أو المعنوي أو كلاهما معا.

غير أن الرأي الثالث يرى بأنه ينبغي التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي، فيأخذ على هذا الرأي الأخير هو أنه رتب حق الشخص في التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي ومع العلم أنه في مثل هذه المسائل فالشخص يتضرر أكثر معنويا عما هو ماديا.

إلا أن الرأي الأخير يرى بأنه ينبغي التعويض عن الضررين المادي والمعنوي معا، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي بحيث نص في م 05 ق.أ على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"،

وأن ما يعاتب على المشرع الجزائري هو أنه قد اعتبر الخطبة أمر إلزامي بحيث إذا لم تنتهي إلى الزواج وتم العدول عنها فيسأل صاحبه من حيث التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر وهذا ما يجعلها تتناقض مع الفقرة الأولى من م 05 ق.أ التي أجازت للطرفين الحق في العدول، ولذلك كان على المشرع أن يأخذ بما أخذت به المدونة المغربية بحيث نصت في م 06 منها على أن "حق العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين"، وجاءت في م 07 بالتنصيص على أن: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض،

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، وما يمكن القول في هذا الصدد أن المسؤولية تكون تقصيرية مرتكزة على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ثم على المضرور إثبات الخطأ الصادر عن الطرف الآخر ثم أن هذا الخطأ قد سبب له ضرر أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ور يمكن القول أن التعويض في هذه الحالة بديلا عن الالتزام بالوفاء بالوعد لأن هذا الوعد ينتهي بالعدول وأن التعويض لا يكون إلا إذا صاحب العدول ظروف وملابسات من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر ومن ثم ينبغي أن يكون التعويض على قدر الضرر فلا ينبغي أن يكون تعويضا تقديره جزافيا.

ولكن أمام كل هذه القواعد ينبغي التفريق بين أمرين أي بين نوعين من الأضرار:

-الأضرار التي تلحق الطرف الآخر نتيجة لمخالفة الأحكام الشرعية كاختلاط الخاطب بمخطوبته بدون محرم منها وعندئذ لا يجوز لها طلب التعويض عن الضرر المعنوي حتى ولو كان في ذلك مساس بشرفها.

-أما إذا كان الضرر ناتج عن أمور أخرى كالتخلي عن الدراسة أو العمل أو مرور مدة من الزمن قد تكون طويلة بعد الخطبة (فوات الفرص) هنا يجوز المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي.

المبحث الثاني : ركن الرضا عقد الزواج.

يقوم عقد الزواج على ركن أساسي وهو ركن الرضا م 09 ق.أ.

أمام الاختلاف الفقهي حول أركان عقد الزواج فقد نص المشرع الجزائري صراحة في م 09 المعدلة من ق.أ: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهذا جاء تأكيدا لما نصت عليه م 04 ق.أ بقولها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة"، ونستشف من هذين النصين أن الركن الوحيد الذي كيفه المشرع على هذا الأساس هو ركن الرضا أي الإيجاب والقبول الصادرين من طرفي العقد، وفي هذه الحالة فإن الزواج الذي انعدم فيه هذا الركن يعتبر باطلا حسب ما نصت عليه م 33 ق.أ بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا" فإذا انتفى ركن الرضا فالعقد باطل بطلانا مطلقا.

1- طرق التعبير عن الإرادة:

لكي ينعقد الزواج انعقادا صحيحا لا بد من وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ومن ثم لا ينعقد العقد إلا إذا كانت الإرادة واضحة اللفظ الدالة على الزواج ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإيجاب والقبول من الطرفين لأن الإرادة الباطنة هي غير كافية للتعبير عما يريده صاحبها.

غير أن طرق التعبير عن الإرادة لم يجعلها المشرع في مرتبة واحدة بحيث تنص م 10 / 1 ق.أ: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، ومن ثم يكون المشرع قد جعل في المرتبة الأولى من حيث تعبير الشخص عن إرادته أن يكون ذلك عن طريق الكلام، بينما إذا كان عاجزا عن التلفظ فيمكن أن يعبر عن إرادته بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة، ومما ينبغي ملاحظته هو أن المشرع لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة العربية مثل ما ذهب إليه الشافعية بل قد صرح بأن هذا التعبير قد يكون بكل ما يفيد معنى النكاح من الناحية الشرعية والمهم أن يكون هذا التعبير مفهوم من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق والشاهدين والولي.

وكذلك ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المشرع كان ينص في م 20 ق.أ قبل إلغائها على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج واكله في إبرام عقد الزوج بوكالة خاصة"، بينما الزوجة لم يكن لديها هذا الحق لأن الذي كان يتولى زواجها هو وليها طبقا للم 11 ق.أ قبل تعديلها، ولكن بعد إدخاله بعض التعديلات على م 11 ق.أ وإلغاء م 20 ق.أ بمقتضى الأمر 02-05، أصبح المشرع لا يعترف بالوكالة في عقد الزواج وبمعنى أدق فإنه لا يجوز لا للزوجة ولا للزوج أن ينوب عنه أو عنها شخص بوكالة ولو كانت خاصة من أجل إبرام عقد الزواج بل يشترط حضورهما، لذلك أكد المشرع في م 4 و 9 ق.أ المعدلتين على أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا التبادل لا يتم إلا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهذا ما أكدته التعليمات الصادرة عن وزارة العدل التي منعت الأئمة من إبرام عقد الزواج في المساجد قبل إبرامه أمام الهيئات المختصة.

2- الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة:

يشترط في صحة عقد الزواج أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة بمدة، والمؤقتة تكون على وجهين: اقتران العقد بوقت معين طال أو قصر، كما يمكن أن تكون بلفظ المتعة بأجل محدد، والحقيقة أنه لا فرق بينهما لأن النكاح لأجل هو نكاح متعة.

ولقد اختلف الفقهاء حول هذا النوع من الزواج ولقد استقر موقف المذاهب السنية على أن هذا الزواج باطل سواء دخل بها أو لم يدخل بها بحيث قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة زمن خيبر وكما يقول صلى الله عليه وسلم: «يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهم شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما أنتموهن شيئا».

وعلى هذا الأساس فإن شروط وأثار عقد الزواج هي كما يلي: يشترط فيه المهر (الأجر) ولا يشترط فيه حضور الشاهدين، ويشترط تحديد الأجل لكن يمكن تمديده وأن كل الشروط جائزة في مثل هذا الزواج فينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، عدم التوارث بين الزوجين فعدة المرأة بعد حل الزواج حيضين وإذا مات 4 أشهر و 10 أيام والغالب في الأمر هو عدم حصر عدد النساء، ومن حيث النسب يلحق الطفل بأبيه وأمه فإذا أنكره أبوه ينسب لأمه.

ولكن نرى بأن ما ذهب إليه المذاهب السنية هو الأصح ومنه فلا يجوز لا زواج مؤقت ولا زواج المتعة لأنهما قد حرهما الرسول صلى الله عليه وسلم، بل أن الآية التي استند عليها الشيعة الجعفرية كان تفسيرها خاطئ بحيث أن الاستمتاع المستعمل في الآية لا يقصد به المتعة بل تبيان أحكام الزواج الصحيح الدائم غير المؤقت لأن الله سبحانه وتعالى بعدما عدد في هذه الآية المحرمات من النساء جاء في آخرها وقال: «وأحل لكم ما وراء ذلك».

ولكن بالرغم من ذلك فإن المشرع قد أجاز للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي رأينها ضرورية وقد أضاف التعديل لنص م 19 ق.أ. لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن هذه الشروط المتفق عليها يمكن أن تكون صحيحة كما يمكن أن تكون متنافية مع عقد الزواج ولذلك حتى يتسنى معرفة الشروط التي يجوز للزوجين الاتفاق عليها هي تلك الشروط التي يقتضيها عقد الزواج أي الشروط التي تتلاءم معه وتؤكد مقتضاه وهي على سبيل المثال:

*في نطاق حقوق الزوج على النحو التالي:

-اشتراط الزوج قرار زوجته في بيت الزوجية.

-اشتراط الزوجة السفر إلى بلد أجنبي بمبرر شرعي.

-اشتراط الزوجة على زوجها مواصلة الدراسة شرط صحيح.

-اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحق في تطليق نفسها.

*الاشتراط في حقوق الزوجة:

-كاشتراطها على حقها في المهر المعجل.

-الاشتراط بالدفع لها التعويض في حالة الطلاق.

-اشتراط الزوجة على زوجها ملكيتها لأثاث المنزل حال الطلاق.

-اشتراط الإنفاق عليها وعلى أولادها منه.

-اشتراط مسكن الزوجية المنفرد بعيد عن عائلة الزوج.

-شرط عدم التعدد.

*الشروط التي لا يجوز الاتفاق عليها وتكون مخالفة لأحكام عقد الزواج:

-شرط إتمام عقد الزواج بدون مهر.

-شرط عدم انتساب الولد لأبيه في حالة الحمل.

-شرط أن يكون لأبائهما الحق في التوارث بدون التفرقة من حيث الجنس.

- شرط الطاعة للمرأة وليس عليها.

يشترط كذلك أن يكون الرضا غير معيبا بعيب من عيوبه وأن هذه العيوب في عقد الزواج تختلف عما هو عليه في العقود ذات الصبغة المالية البحتة بحيث تنحصر فقط في الغلط والتدليس والإكراه ولا محل للاستغلال كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج.

العيب الأول: الغلط.

إن هذا النوع من عيوب الإرادة يمكن أن يكون في عقد الزواج في حالتين:

1- الغلط المانع للإرادة: يتم بالأمرين التاليين:

أ. **الغلط في ماهية العقد:** أي في طبيعته وهذا يتحقق في حالة ما إذا كانت إرادة الطرفين لا تتجه إلى إبرام نفس العقد كمن كان يريد الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو العلاقة الحرة ومن ثم يكون عدم تطابق الإرادتين وهذا ما يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا.

ب. **الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به:** بمعنى أ، عقد الزواج يعد من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل اعتبار فإنه لا يتم صحيحا إلا إذا كان متجها إلى الشخص المراد التزوج به و لا لشخص آخر (الزواج عن طريق الوكالة).

2- الغلط المفسد للإرادة: إن هذا الغلط غالبا ما يحدث في إحدى الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد

والواقع من المفروض أن هذا الغلط لا يؤثر على صحة العقد ولكن بالرغم من ذلك فالقانون يدخله مع عيوب الإرادة في بعض الحالات التي لا يمكن حصرها.

يمكن أن يكون هذا الغلط في الصفة الجسمانية أو الصفة الخلقية وكذلك الغلط في الحالة المدنية للشخص، بالنسبة للحالة الأولى أي الغلط في الصفة الجسمانية يمكن أن ندخل معها الغلط في الصفة الخلقية ويتجسد في حالة زواج شخص بامرأة على أنها بكر فوجدها على خلاف ذلك ولكن ينبغي التفرقة في هذه الحالة بين ما إذا كانت إزالة بكاره الفتاة عن طريق حادث أو عملية جراحية أو نشاطات رياضية وبين التي كانت محل ارتكاب جريمة الزنا، فالثانية هي الوحيدة التي تؤخذ بعين الاعتبار أما الأولى لا تسمح لصاحبها بطلب إبطال العقد ولكن الجاري به عمليا أن القضاء الجزائري قد قضى بأن هذه الصفة لا تعد جوهرية ومن ثم تؤدي إلى إبطال العقد على منوال الفقه الإسلامي إلا إذا اشترطها الزوج في عقد الزواج.

ولكن هذا الموقف الذي تبنته المحكمة العليا لا يستقيم مع العادات والتقاليد السارية في المجتمع الجزائري ففي هذه الحالة نأخذ بمعيارين لتحديد العيب:

أ. **المعيار الشخصي:** وهذا يتمثل في طلب الشخص إبطال العقد بحيث لو كان على علم بحقيقة صفة الزوجة لما تزوج معها.

ب. **المعيار الموضوعي:** منبثق من الرأي العام بحيث الشخص العادي داخل المجتمع الجزائري يتزوج وفي رأيه أن هذه الصفة موجودة عند من تزوج بها وهذه هي القاعدة.

ونفس الشيء للزوجة المتزوجة مع شخص مصاب بقصور جنسي فهي لو كانت على عالمة بحقيقة هذا الشخص لما تزوجت معه لأن من أهداف هذا الزواج إحسان الزوجين (لو أصيب بهذا المرض بعد عقد الزواج فالزواج صحيح).

العيب الثاني: الإكراه.

يعتبر الإكراه بصنفيه عيب من عيوب الإرادة وهو أن يبدي أحد الطرفين قبوله على أساس الضغط الممارس عليه ومن ثم لا يعتبر الزواج صحيحا إذا تم إبرامه تحت تأثير الإكراه سواء كان ماديا أو معنويا.

أما الإكراه المادي لا يمكن تصويره في العقد الرسمي كون أن المشرع قد اشترط حضور الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية اللهم إلا إذا كان هذا الأخير هو شريك في هذا.

الإكراه هو عيب من عيوب الإرادة ولا يعدمها وبالتالي يجعل العقد قابل للإبطال لأن الشخص محل الإكراه يكون له حق الاختيار بين أمرين، إما الموافقة أو الجزاء، وتعتبر جسامه الخوف الناتج عن الضغط أو الإكراه من المسائل النسبية أي ينظر فيها إلى السن والجنس وحالة الأشخاص في الحقيقة فعلا، فالإكراه يختلف من شخص لآخر (الذكر يختلف عن الأنثى)، ومن جهة أخرى فالنفوذ الأدبي لا يؤثر على صحة الزواج إذ أن هذا الأخير يعتبر صحيحا في حالة ما إذا مثلا: أن الشخص وافق على الزواج احتراماً للوالدين بينما لو صاحب النفوذ الأدبي تصرفات دفعت بالفتاة للقبول وذلك كسوء التصرف نحوها فهنا يتحول النفوذ الأدبي إلى ضغط ومن ثم إلى إكراه.

العيب الثالث: التدليس أو التغيرير.

يقصد به استعمال الطرق الاحتيالية لإيقاع الطرف الآخر في الغلط ويدفعه إلى الموافقة، والتدليس بهذا التعريف يعتبر عيباً من عيوب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال ومن أمثلته: إدعاء الشخص نسبياً وهو دون ذلك، وكذلك من ادعى العزوبة وهو متزوج، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نرى أن المشرع ينص في م 08 مكرر قاً على أنه: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق."

والواقع أن ما نص عليه المشرع في هذه المادة لا يتماشى مع المبادئ القانونية بشأن الزوجة الثانية إذ لو كان يجوز للزوجة الأولى طلب التطليق على أساس أن زوجها كان صحيحاً فالثانية زواجها لم يكن كذلك إذ أن إرادتها كانت معيبة بعيب التدليس الذي يسمح لها بطلب إبطال العقد.

بينما لو ادعى الشخص أنه غني ووجدته على خلاف ذلك فهذا يؤدي إلى عيب الإرادة ولا يجوز لها طلب إبطال الزواج لأن عقد الزواج ليس من العقود المالية.

الزواج السوري: وهو الزواج الذي يتم بين شخصين لا من أجل تحقيق مقاصده وأهدافه النبيلة وإنما من أجل تحقيق هدف يرغب فيه أحد المتعاقدين وهو غريب كل الغرابة عن آثار الزواج ومن أمثلة ذلك:

- **الزواج الأبيض:** شخص يتزوج مع فتاة من جنسية أجنبية من أجل الحصول على الجنسية وهي وافقت على ذلك مقابل مبلغ مالي، كذلك الفتاة التي تزوجت مع شخص من أجل ستر الفضيحة وانتساب الحمل له مقابل مبلغ مالي.

- كذلك يكون الزواج سوريا في حالة **الزواج المحلل** أي الشخص عندما يطلق زوجته 3 مرات فهي لا تحل له حتى تنكح غيره ويطلقها أو يموت عنها أما إذا تزوجها هذا الأخير بقصد تحليل زوجها السابق على خلاف العيوب الأخرى فالزواج السوري يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

المبحث الثالث: شروط صحة عقد الزواج.

يقصد اصطلاحاً بشرط الصحة هو ما يلزم من عدمه أي ما يتوقف على توفيره صحة العقد، وأن شروط الصحة كما ذكرتها م 9 مكرر قاً. هي: الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

أولاً: أهلية الزواج.

1- سن الزواج في الفقه الإسلامي:

حسب القاعدة العامة السائدة في الفقه الإسلامي هو أن أهلية الزواج تحدد على أساس الأمارات الطبيعية للشخص بحيث بوجود واحدة من هذه الأمارات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثم يتسنى له الزواج وأن هذه الأمارات اثنتان يشترك فيها كل من الذكر والأنثى وهما: الإنزال و إنبات شعر العانة.

وهناك أمارات تنفرد بها الأنثى كالحيض و الحمل... الخ ولكن في حالة ما إذا تأخرت هذه الأمارات فعندئذ حدد الفقه الإسلامي أهلية الزواج بسن معينة بحيث حددها الإمام أبو حنيفة ب 18 :سنة للذكر و 17 سنة للأنثى، بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عندهم ب 15 : سنة للذكر والأنثى، وحددها المالكية ب 18 : سنة لكلا الجنسين.

*هل يجوز زواج الصغار غير البالغين في الفقه الإسلامي؟ للإجابة على هذا التساؤل تضاربت آراء الفقه الإسلامي إلى اتجاهين:

-يرى الاتجاه الأول (جمهور الفقهاء): بأن زواج الصغار جائز شرعاً وهم ممن كانوا دون سن البلوغ واستنادهم في ذلك لقوله تعالى: « واللاتي يؤسن من المحيض من نسائكم فإن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن».

ويستنتج حسب هذا الرأي من هذه الآية أن العدة لا تكون إلا في الزواج الصحيح بل أن الطلاق الذي تعتبر فيه العدة أثر من أثاره لا يتم إلا إذا كان الزواج صحيحاً وحسب هذه الآية إن الفتاة التي لم تحض بعد فعدتها 3 أشهر ومن ثم يكون زواجها صحيحاً.

-يرى الاتجاه الثاني: أن زواج الصغار باطل بطلاناً مطلقاً ولا أثر له لأن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين لقوله تعالى: « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم» ، طبقاً لهذه الآية فالشخص لا يكون بالغاً إلا بعد انتهاء الصغر وأن بلوغ سن النكاح هي علامة من علامات انتهاء تلك الفترة.

-فأمام هذين الرأيين المتضاربين نرى بأنه في الوقت المعاصر يستعصى إبرام عقد الزواج بين الشخصين أو أنهما غير بالغين بلوغ الزواج لأن هذا الأخير يحتوي على تكاليف لا نجدها في عقد آخر بل هو عقد من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محل اعتبار، فهو عقد أساسه تكوين أسرة ورعاية أولاد وأن هذه المسائل تشترط أن يكون الشخص بالغاً وقادراً على تحمل تلك التكاليف، بل يكون قادراً على التمييز على ما هو مقبل عليه، وهذا لا يكون إلا إذا كان الشخص بالغاً سناً معيناً بل حتى البلوغ الطبيعي غير كاف لإدراك ذلك (نؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني وليس ما ذهب إليه الرأي الأول).

2- موقف المشرع الجزائري:

بعد الاستقلال أول ما قام به المشرع الجزائري هو تحديد سن الزواج لا على أساس الأمارات الطبيعية بل على أساس سن معينة يفترض فيها أن المقبل على الزواج يكون بالغاً وقادراً على تحمل متاعبه بحيث قد حددها قانون 1963/06/29 ب 16 : سنة للفتاة و 18 سنة للفتى، وحين قام المشرع بوضع

قانون الأسرة قام برفع سن الزواج بالنسبة للفتاة ب 18 سنة والفتى ب 21 سنة، غير أن ما تبناه التعديل الذي تم في 27/02/2005 هو أن حدد سن الزواج ب 19 سنة لكلا الطرفين ، وأن أهم ما يلاحظ على التشريعات المختلفة هو أن تشريع 1984 قام المشرع بتحديد سن الزواج بسن عالية وذلك راجع لعد أسباب منها خاصة :النمو الديمغرافي وإمكانية الزوجة من إدراك ما هي مقبلة عليه وكذلك تأدية الخدمة الوطنية بالنسبة للذكر.

غير أن المشرع لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة بحيث قد أدرج استثناء في م 7 قأ.أ على هذه القاعدة العامة وسمح بمقتضاه للقاضي أن يمنح الإذن إذا كان المقبل على الزواج ذكرا كان أو أنثى لا تتوافر فيه هذه السن وذلك إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة وينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج، فالإذن يجب أن يكون سابقا للعقد وأن المشرع قد علق الإذن على شرطين:

-أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة.

-أن يتأكد من قدرة الطرفين على تحمل تكاليف الزواج.

هذه المصلحة يمكن أن تظهر مثلا للفتاة اليتيمة فجاء شخص لطلب الزواج وعمرها 18 سنة فالقاضي من المستحسن أن يمنح لها الإذن، كذلك الأمر بالنسبة للفتاة التي إذا لم تتزوج لوقعت في الزنا.

بينما هذه المصلحة لا يمكن أن نتصورها كما ذهب القضاء الفرنسي إلى الفتاة الحامل عن طريق العلاقة غير الشرعية، وفي هذه الحالة لنا أن نتساءل عما إذا ينبغي تطبيق م 326 /1 ق.ع؟ التي تنص على " : كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل 18 سنة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من 01 إلى 05 سنوات"،

وتنص في الفقرة 2 على أنه " :وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"، والقاضي عندما يمنح الإذن أول ما يحصل عليه هو الخبرة الطبية لمعرفة ما إذا كانت الفتاة حاملا لكي لا يختلط الحلال بالحرام، والنيابة العامة سلطتها مقيدة برفع الشكوى التي تكون غالبا من الولي.

غير أن ما يعاتب عليه المشرع بتتبعه على هذا الإذن هو أنه جعل سلطة القاضي مطلقة وغير مقيدة بسن معينة لا يسمح بانتفاؤها إبرام العقد ومن ذلك فكان من المستحسن على المشرع أن يحدد هذه السن ب 17 سنة بالنسبة للفتاة و 18 سنة بالنسبة للفتى، وهذه السن هي التي تسمح للقاضي عما إذا كانت القدرة من عدمها للطرف المعني بالزواج.

***ما حكم الزواج إذا انتفت فيه أهلية أحد الطرفين أو لكليهما معا؟**

للإجابة على هذا السؤال تضاربت آراء الفقه الجزائري بحيث يرى:

-الرأي الأول :أن المشرع قد جاء في هذه المادة بتحديد سن الزواج ولكن لم يعطي لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له فهو نهى دون جزاء وخاصة إذا علم الشخص ما تسمح له به م 22 قأ.أ والتي تسمح بالزواج العرفي.

الرأي الثاني :يرى أن المشرع أعطى لذلك التحديد القيمة اللازمة له وذلك بواسطة قانون 1963 /06/29 إذ أن قانون الأسرة في صياغته الأصلية أو التي طرأت عليها التعديلات قد اكتفى فيه المشرع بتحديد سن

الزواج وأن بهذا التحديد يكون المشرع قد ألغى بمقتضاه ما ورد في م 01 ق.أ. لسنة 1963 ، بينما المواد الأخرى في قانون 1963 لا زالت سارية المفعول.

***ما هو الجزاء الوارد في هذه المواد؟** تنص م 03 ق.أ. ل 1963 على منع زواج الصغار أي الزواج الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانونا ويترتب عليه البطلان من أصله حتى ولو رضي به الطرفان وحتى لو أذن بها ولي القاصر، ففي هذه الحالة يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان العقد ومن ثم يجوز للطرفان وللولي والورثة والنيابة العامة والقاضي من تلقاء نفسه، غير أن البطلان المطلق هذا يتحول إلى بطلان نسبي ويجوز للزوجين فقط المطالبة به في حالة ما إذا دخل الزوج بزوجه ولكن يمكن أن يصحح العقد في حالتين: إذا أصبحت المرأة حاملا، وفي حالة زوال السبب الذي أدى إلى طلب البطلان أي في حالة بلوغ القاصرين سن الزواج.

***ما هو موقفنا من هذين الرأيين؟**

في الواقع إننا لا نؤيد لا الرأي الأول ولا الرأي الثاني بحيث أنه لا يمكن أن يأتي المشرع بنص قانوني دون أن يقابله الجزاء إذ أن من خصائص القاعدة القانونية نجد خاصية الإلزام وأن هذه الأخيرة هي مقترنة بالجزاء.

كذلك لا يمكن أن نؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني بحيث قد نص المشرع في م 02 / 2 من القانون المدني على أنه: "وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"، ويستنتج من هذا النص أنه في حالة ما إذا قام المشرع بتنظيم من جديد موضوع قد سبق أن نظمه ففي هذه الحالة يكون الإلغاء ضمنيا بالنسبة للقانون القديم ومن ثم يعتبر قانون 29 / 06 / 1963 ملغيا بمقتضى هذا النص ولا يمكن الارتكاز على قواعده المنظمة للجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج وما يؤكد ذلك هو أن الأساس القانوني الذي اعتمد عليه المشرع عند وضعه لقانون 1963 يختلف عن الأساس القانوني الذي بنيت عليه م 07 ق.أ. وذلك يؤكد كذا التعديل الذي مس هذه المادة.

***ما حكم زواج من لم يبلغ سن 19 سنة؟**

في الواقع فإنه يستنتج من النصوص القانونية وخاصة منها ما جاء في م 04 و 07 و 09 و 33 ق.أ. أن الزواج لا يتم إلا برضا الزوجين وأن هذا الأخير لا يكون صحيحا إلا إذا كان صاحبه مكتمل الأهلية أي له 19 سنة كاملة وإلا كان العقد غير صحيحا، وبما أن عقد الزواج هو من العقود الدائرة بين النفع والضرر فنطبق عليه ما جاء في م 83 ق.أ. ومن ثم إذا كان الشخص بالغاً 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه من المفروض يعتبر زواجا متوقفا على إرادة الولي وإذا كان الشخص لم يبلغ هذه السن فزواجه باطل بطلانا مطلقا، ولكن أن أهم ما يميز هذا العقد هو أن المشرع قد نص صراحة على أن العقد لا يعد صحيحا في حالة عدم توافر سن الزواج المقررة في م 07 ق.أ. إلا بعد الحصول على إذن قضائي ومن ثم فإن موافقة الولي غير كافية في مثل هذا العقد بل يجب إذن القاضي وإلا كان العقد فاسدا، ويشترط أن يكون هذا الإذن سابقا للعقد، وأمام هذه المشاكل القانونية فإنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقررة في م 07 ق.أ.

- عقود الزواج المتوقفة على إذن:

أ. زواج الأجنبي: طبقا للتعليمية رقم 02 الصادرة بتاريخ 11/02/1980 عن وزارة الداخلية والمتضمنة وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج الأجانب أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري، وأن

هذه التعليمات قد أشارت إلى أن الأجنبي لا يمكن له أن يقوم بإبرام عقد الزواج إلا بعد حصوله على رخصة كتابية مسلمة من طرف الوالي ويكون الأمر بشأن ذلك في الحالات التالية:

-حالة زواج أجنبيين حاصلين على بطاقة الإقامة.

-حالة زواج الأجنبي المقيم مع أجنبي غير مقيم.

-حالة زواج جزائري مع أجنبي.

كما أشارت هذه التعليمات على أن زواج المسلمة الجزائرية بغير المسلم غير جائز و ممنوع بتاتا ولا يمكن إعطاء الرخصة في هذا الشأن.

ب. رخصة مصالح الأمن: لقد نص عليها المرسوم رقم 83-13 الصادر في 23/08/1983 حيث تنص م 81 منه عل أنه "لا يمكن لموظفي الأمن الوطني إبرام عقد زواجهم دون ترخيص بالزواج من الجهة التي لها سلطة التعيين وذلك خلال 03 أشهر قبل الاحتفال بالزواج حتى ولو كان الزوج الآخر جزائريا".

ج. رخصة مصالح الدفاع الوطني: وقد نص على ذلك المنشورين الصادرين عن وزارة العدل،

وكذلك النصوص المتعلقة بالنظام العسكري حيث نصت على أنه: "أي زواج لأي أفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكن إبرامه إلا بعد تقديم رخصة بذلك ممنوحة من مصالح الدفاع الوطني"، وأن هذه الرخصة تشمل كذلك إلى جانب العسكريين رجال الدرك الوطني والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

***ما حكم الزواج الذي يتم بدون إحدى هذه الرخص؟**

للإجابة على هذا السؤال نرى بأن هذه النصوص القانونية قد أشارت إلى هذه الرخص من أجل إبرام عقد الزواج، غير أن الملفت للانتباه هو أن المشرع الواضع لقانون الأسرة لم يشير إلى تعليق صحة الزواج على تلك الرخص ومن ثم إعمالا بمبدأ الخاص يقيد العام فالزواج التام بدون رخصة أيا كانت في الحالات السابقة يعد زواجا صحيحا.

-الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج:

لقد نص المشرع في م 07 مكرر ق.أ على أن ملف عقد الزواج ينبغي أن يحتوي على وثيقة الشهادة الطبية وذلك بالتنصيص على أنه: "يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج"، ويستنتج منه ما يلي:

(1) -أن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية قبل إبرام العقد خضوع الطرفين للفحوصات الطبية وأن هذه الأخيرة لا تتعلق كما يضمن البعض بشهادة أن الزوجة بكرًا وإنما تتعلق طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 154 06 - والمتعلق بتحديد شروط و كفاءات تطبيق أحكام م 07 مكرر ق.أ بحيث أن هذه الفحوصات يجب أن تتعلق بفحص عيادي شامل وكذلك بتحليل فصيلة الدم(م 03 من المرسوم)، وكذلك يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض وإلى جانب ذلك يمكن للطبيب أن يطلب في حالة الضرورة إجراء فحوصات أخرى من أجل الكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطرا للزوج أو الذرية، و ينص المرسوم على أن "طالبي الزواج ينبغي أن يقدموا هذه الشهادة في مدة لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر".

(2) -أن يتأكد الموثق أو ضابط الحالة المدنية بعلم الطرفين بما قد كشفت عنه الفحوصات الطبية من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً متعارضاً مع عقد الزواج وهذا ما أكدته م 07 من ذات المرسوم بقولها "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي تشكل خطراً متعارضاً مع الزواج."

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه في 2003/12/14 أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف رخصة بمقتضاها سمحت للأشخاص المصابين بالسيدا الزواج في الجزائر شريطة أن لا تحمل المرأة، أي استعمال موانع الحمل.

ثانياً: الولاية في الزواج.

وهذا ما نصت عليه م 09 مكرر قاً. فنتعرض في هذا المجال إلى شروط الولي ثم ترتيب الأولياء ثم زواج البالغة العاقلة وننتهي بالولاية التي يخضع لها القصر ومختلي العقل.

1-شروط الولي:

يشترط في الولي الشروط التالية:

أ. الأهلية الكاملة : والمقصود من ذلك أن يكون الشخص بالغاً سن الرشد ومتمتعاً بكل قواه العقلية فلا يجوز الولاية لا للصبي ولا للمجنون في حالة جنونه (إذا كان مجنون جنون متقاطع فإن ولايته في حالة إفاقته تجعل عقد الزواج صحيحاً أما إذا كان محجوراً عليه فعقد الزواج باطل بطلان مطلق)، ومن ثم كذلك لا يجوز الولاية للشخص المحجور عليه سواء كان ذلك بسبب الجنون أو العته أو السفه.

ب. اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه : فلا تثبت ولاية غير المسلم على المسلم إعمالاً بقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ، ولكن إذا كان مثلاً للمرأة المقبلة على الزواج وهي مسيحية أخ مسلم وأخ مسيحي فالولاية في هذه الحالة لأخيها المسيحي أما إذا كانت مسلمة فلاخيها المسلم.

ج. الذكورة : يشترط في الولي أن يكون ذكراً لأن المرأة لا تستطيع أن تتولى زواج نفسها وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم على أن تزوج المرأة المرأة أو المرأة نفسها وقال بأن الزانية هي التي تتولى زواجها، إلا أن الأحناف قد أثبتوا للأُم ولاية الإجماع على البنت وبنت الابن والأخت وغيرهن من النساء) لا يمكن العمل بها في الجزائر)، ومن ثم لنا أن نتساءل عما إذا كان يجوز في هذا الصدد للأُم الحاضنة أن تكون ولياً على أبنائها في عقد الزواج؟

خاصة وأن م 3/87 ق.أ تنص صراحة: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، فإعمالاً ب م 222 ق.أ فإنه لا يجوز للمرأة أن تكون ولياً في عقد زواج من هو تحت ولايتها لأنها هي ذاتها أو شخصياً لا يمكن لها أن تتزوج ولو كانت مطلقة أو أرملة إلا بحضور شخص ذكر.

2-ترتيب الأولياء:

والمقصود بذلك هو أنه لا يجوز مخالفة الترتيب الذي جاء به الفقه الإسلامي وكذلك القانون الوضعي وخاصة قبل التعديل الذي طرأ على م 11 ق.أ بالنسبة للمرأة البالغة، وقبل وبعد التعديل بالنسبة للقصر من كلا الجنسين، وعليه فإنه لا يجوز أن يحل شخص من الأقارب محل الولي الشرعي فإذا كان مثلاً المقبل على الزواج له أب فالولاية تؤول إلى الأب ولا يمكن أن يستخلفه الجد ولا العم وإلا كان العقد تم بدون ولي.

بينما بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أصبح ترتيب الأولياء غير إجباري بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة حيث بعد ما كانت م 11 قاباً تنص على أنه "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها"، فأصبحت تنص بعد التعديل على: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، ومن ثم فإن للمرأة العاقلة الحرية التامة في اختيار من يحضر زواجها.

والجدير بالملاحظة أن الترتيب يكون إجبارياً على الأساس التالي (قبل التعديل):

-قربة الأبوة : وهو الأب فالجد وإن علا.

-قربة البنوة : وهو الابن وابن الابن وإن نزل.

-قربة الأخوة : وهو الأخ الشقيق والأخ لأب.

-قربة العمومة : وهو العم الشقيق والعم لأب.

(هذا الترتيب على أساس حق الشخص في الميراث). وإذا انعدمت هذه القربات فالولاية للقاضي.

3-زواج البالغة العاقلة:

لقد تضاربت آراء الفقه الإسلامي حول زواج المرأة البالغة العاقلة وذلك إلى رأيين أساسيين بحيث ذهب جمهور الفقهاء إلى القول أن المرأة البالغة العاقلة تثبت عليها ولاية الاختيار وأن أساس هذه الولاية أن البالغة العاقلة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها بل أن لوليها سلطان معها فهما شريكان في زواجها ويتولى هو الصيغة، لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد وإن كان لابد من رضاهن وإذا وكلت أمرها لغير وليها فلا يصح هذا الزواج لأنها لا تملك تزويج نفسها بنفسها فلا تستطيع تمليك غيرها ما لا تملكه، وقد استدلت هذا الرأي بما يلي:

أ. القرآن الكريم: في قوله تعالى: «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا» ، وقوله تعالى « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم » .

ففي هاتين الآيتين الخطاب موجه إلى الأولياء فتدل على أن الزواج إليهم .

ب. السنة النبوية : قوله صلى الله عليه وسلم : « أي امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » .

وانطلاقاً من هذين الحديثين لا يمكن للمرأة أن تنفرد بزواجها بل لابد من موافقة الولي.

ج. المعقول :أن الزواج يعد من الأمور الخطيرة في حياة الشخص من حيث تكاليفه المادية والمعنوية لذلك ليس من مصلحة المرأة أن تنفرد بعقد زواجها فقد تجهل كثيراً من أمور الرجال لذا لابد أن يكون زواجها بموافقة وليها لكثرة تجاربه ومعرفته لأمر لا تطلع عليها النساء عادة في حين يرى الرأي الثاني (أبو حنيفة) بجواز زواج البالغة العاقلة بدون ولي ويعتبر العقد في هذه الحالة صحيحاً لا باطلاً، واستدل بالأدلة التالية:

أ. القرآن الكريم: في قوله تعالى: « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »

فالخطاب موجه في هذه الآية إلى المرأة لا للولي ومن ثم لها الحق أن تنشأ عقد زواجها بمفردها ودون إذن وليها.

ب. **السنة النبوية:** قوله صلى الله عليه وسلم: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها سكوتها» ،

هذا الحديث يبين أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في أمر زواجها فهو متروك لها .

ج. **المعقول:** هو أن المرأة عندما تزوج نفسها فإنها تتصرف في حق خاص لها وهي كاملة الأهلية، فتصرفها هذا يعتبر صحيحا فلها الحق أن تقوم بإبرام كل العقود الأخرى والأولى أن يكون لها الحق في إبرام عقد الزواج.

أمام هذين الرأيين جاء المشرع ب م 11 ق.أ. ونص على أنه يجوز للمرأة البالغة أن تقوم بإبرام عقد زواجها بحضور وليها الذي يمكن أن يكون أي شخص تختاره هي، وبهذا النص يكون المشرع قد خرج عن موقف جمهور الفقهاء وكذلك لم يأخذ بما ذهب إليه المذهب الحنفي، إذ أن هذا الأخير اشترط في الزوج **الكفاءة** وعند انعدام هذا الشرط وبعد موافقة المرأة البالغة على الزواج يجوز للولي أن يعترض عليه.

وهذا ما تبناه كذلك القانون السوري الذي أجاز للولي في م 27 ق.أ. الأحوال الشخصية بقوله: "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفى لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح." وما يؤكد عدم ضرورة الولي هو ما نصت عليه م 33 المعدلة ق.أ. على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، فهنا المشرع في هذه المادة ينص صراحة على الولي في حالة وجوبه.

فالمشرع قبل تعديل قانون الأسرة كان ينص صراحة على أن الولي ركن من أركان الزواج بالنسبة للبالغة العاقلة وإذا انتفى هذا الركن كان الزواج باطلا قبل الدخول ويصح بعده، وإذا انتفى منه الولي والصداق أو الولي والشاهدين فالزواج باطل حتى ولو تم الدخول.

أما بعد التعديل ففرق المشرع بين زواج البالغة العاقلة واعتبر زواجها صحيحا حتى بدون ولي في حالة ما إذا طبقنا ما نص عليه في م 33/ 2 ق.أ. المعدلة تطبيقا حرفيا وذلك باستعماله: "الولي في حالة وجوبه " .

غير أن ما يعاتب على المشرع أنه لا يمكن أن تحل تلك العلاقة الجنسية بين الزوجين محل الولي لأن الفقه الإسلامي قضى بوجوب الولي لاعتبارات مختلفة منها ما هي مستنبطة من النصوص الشرعية ومنها ما هي اجتماعية ولكن فإنه طبقا للنصوص السابقة لتعديل 27/ 02/ 2005 كان لابد من التفرقة بين الأمرين التاليين بين المرأة الثيب والمرأة البكر.

فإذا كان الأمر يتعلق بالثيب ومنعها وليها من الزواج فعلى القاضي أن يسأل في هذه الحالة وضعية المرأة هل هي ثيب أم بكر؟ فإن كانت ثيبا أمره بتزويجها فإن امتنع زوجها عنه استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: «الثيب أحق بنفسها من وليها» .

بينما إذا كانت المرأة بكرا فإن القاضي قبل أن يعقد زواجها بمن هي راغبة فيه المطلوب منه أن يرجع الطلب إلى أبيها لمعرفة رأيه في هذا الزواج فإن وافق الولي فالأمر لا يثير أي إشكال أما إذا رفض فعلى القاضي أن يطلب منه سبب رفضه فإن كان معقولا رفض القاضي القيام بتزويجها أما إذا كان تافها أمره بتزويجها فإن رفض زوجها القاضي،

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1993 / 03 / 30 بأنه: "ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيحاً القانون ومن ثم استوجب وجوب رفض الطعن."

4-زواج القصر ومختلي العقل:

إن النصوص القانونية المتعلقة بالزواج والسارية المفعول في الجزائر لا تتضمن في طياتها ولاية الإجبار لا بالنسبة للبكر ولا للصغار وهي جاءت بذلك مخالفة لمذهب الإمام مالك، أما عدم قوله بولاية الإجبار بالنسبة للبكر نرى أنه قد حدد سناً معينة لإبرام عقد الزواج ومنه فكل من بلغ 19 سنة له الحق أن يدلي برأيه فيبين عما إذا كان راضياً بالزواج أم لا، وهذا يتأكد كذلك من خلال م 13 ق.أ المعدلة حيث نصت على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

أما بالنسبة لزواج مختلي العقل فإنه يجوز للولي أن يتولى زواجه شريطة أن يكون في ذلك الزواج مصلحة له وأن هذه المصلحة من المفروض لا يقدرها إلا القاضي.

ثالثاً: الصداق في الزواج.

1- تعريف الصداق:

من حيث تعريف الصداق هو في الفقه القديم المال الذي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في مقابل الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج، فيأخذ على هذا التعريف أنه قد اعتمد على أن المهر يعطى للمرأة بسبب الاستمتاع بها ومع العلم فإن هذا الشرط يعطى لكل امرأة حتى ولو كان زوجها مصاب بقصور جنسي بحيث لو أخذنا بذلك التعريف لما ألزمتنا الشخص المصاب بهذا المرض إعطاء المهر لزوجته وهناك من الفقه من عرفه على أنه: "ما يدفعه الزوج إلى زوجته أي عطاء وهدية، على سبيل الهدية" مستندين في ذلك بقوله تعالى: «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة».

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث عرفه في م 14 ق.أ على أنه: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها"، ولكن أمام هذا التعريف فإن أحكام الهدية تختلف عن أحكام المهر سواء من حيث شرعيتها أو من حيث ضمان العيوب الخفية، فلا يجوز أن يكون محلاً للمهر إلا ما هو مباح شرعاً ومن ثم فإن كل ما ليس له قيمة من الناحية الشرعية لا يمكنه أن يكون مهراً كالخمر مثلاً، بينما هذا الأخير يجوز أن يكون محلاً للهدية، وكذلك فالزوج مسؤول عن العيوب الخفية، كما أنه لا يجوز الرجوع في المهر، أما الهدية فطبقاً للم 211 ق.أ يحق الرجوع فيها إذا كان الأمر يتعلق بالوالدين إلا ما استثنى منه بنص قانوني فلا يمكن أن نكيف المهر على أساس أنه هدية، بل هو حق مالي أوجبه الله سبحانه وتعالى للمرأة على الرجل في عقد الزواج الصحيح أو الدخول بشبهة أو بعد الدخول في عقد فاسد فهو على أساس ذلك عبارة عن الإخلاص والعزم ودليل تعلق الرجل بالمرأة من أجل بناء أسرة متينة.

-الطبيعة القانونية للمهر:

لقد اختلف الفقه الإسلامي بشأن الطبيعة القانونية للمهر، بحيث كيفه المذهب المالكي على أنه ركن من أركان عقد الزواج ومعنى ذلك أنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على إسقاطه، بينما يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، الشافعية، الحنابلة) بأن المهر هو حكم أو أثر من أثار الزواج وبذلك يصح العقد حتى ولو لم يسمى فيه المهر بمعنى أدق لا يتوقف العقد ولا صحته على ذكر المهر فيه لأنه ليس ركن من أركان عقد الزواج، والمقصود بذلك أنه لو تم الزواج على أساس اشتراط عدم المهر أو سمي مهر لا يصلح فالشرط

باطل والعقد صحيح ويجب للمرأة في كل هذه الصور مهر المثل، وقد استدل هذا الاتجاه بقوله تعالى: «ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة» .

والمقصود بالفريضة في هذه الآية المهر ومن ثم قد أجاز الله سبحانه وتعالى الطلاق حتى ولو لم تتم تسمية المهر وهذا ما يؤدي بالقول إلى أن الزواج بدون مهر هو زواج صحيح لأنه يتبعه الطلاق، ومن السنة النبوية ما قضى عليه الصلاة والسلام لبروع بنت واشك الأشجعية بأن لها الحق في المهر بعد وفاة زوجها حتى ولو لم تتم تسمية ذلك المهر أي بأن لها مهر المثل.

أما المشرع الجزائري أمام هذين الرأيين المتضاربين فقد سبق له أن كيف الأمر في قانون 1984 على أساس أنه ركن من أركان عقد الزواج وذلك في م 09 ق.أ قبل التعديل بحيث جاء في هذه المادة تحت عنوان أركان الزواج على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة وشاهدين وصادق" .

وكان المشرع يرتب في م 32 ق.أ قبل التعديل: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه" ...، غير أن م 33 ق.أ قبل التعديل كانت تنص على أنه: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صادق يفسخ قبل الدخول ولا صادق فيه ويثبت بعد الدخول بصادق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد"، في حين جاء المشرع بالتعديل الذي طرأ على أحكام الصداق من حيث أنه قد كيفه على أساس أنه شرط من شروط صحة عقد الزواج في م 09 مكرر ق.أ المعدلة على أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صادق أو ولي في حالة وجوبه / ق.أ المعدل وجاء في م 33 يفسخ قبل الدخول ولا صادق فيه ويثبت بعد الدخول بصادق المثل" .

2- شروط الصداق:

يشترط في صحة تسمية الصداق الشروط التالية:

أ. أن يكون المهور مالا متقوما شرعا : وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في م 14 ق.أ بقوله: "... من كل ما هو مباح شرعا"، ومن ثم لا يجوز تسمية الأشياء التي لا تقوم بمال كمهر بعض قارورات الخمر وكذا المخدرات أو الأموال المتحصل عليها من هذه الأشياء لا يجوز أن تكون مهرا، ومن ثم فإن المشرع لم يحدد الأشياء التي تمهر بها المرأة بل قد أطلق جنسها ونوعها وقيدها فقط بالشرعية، ومن ثم يجوز أن تكون المنافع مهرا كزراعة قطعة أرض لمدة معينة من الزمن، ومن ثم إذا سمي للمرأة صداق نصفه مباح شرعا والآخر حرام فإنها تستحق في هذه الحالة الأكثر من المسمى حلال ولها الحق أن تقاضي زوجها بشأن هذا المبلغ أما النصف الآخر فيسقط حقها فيه.

ب. أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد : فلا تصح تسمية عين متنازع عليها مثلا قطعة أرض بين الورثة وهي محل نزاع فلا يجوز تسمية القطعة أو جزء منها. ولا عين مفقودة أو مغصوبة وإن كان تحصيلها ممكنا كما لو تزوجها بعقار ثم ظهر أنه لغيره، فبشأن هذه الحالة الأخيرة قد فرق الفقه بين حالتين:

*الحالة الأولى:

-المالكية: إذا كانا يعلمان (الزوج والزوجة) بأن هذا المال مغصوب وهما راشدان فسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل.

-الشافعية والحنابلة : يرون بوجوب مهر المثل وصحة العقد.

-الحنفية: يرون بصحة العقد مع الفرق أنه إذا أجاز مالك المال المغصوب تلك التسمية فلها الحق في ذلك، أما إذا لم يجيزه فلها بدل المسمى من المثل أو القيمة.

وأمام هذه الآراء الفقهية فإن المشرع في القانون المدني ينص على أن العقد الذي يكون محله مال الغير عقد قابل للإبطال بمعنى لو أجازته المالك يبقى العقد صحيحا.

***الحالة الثانية:**

أما إذا كان أحدهما غير راشد أي لم يبلغ 19 سنة فالعلم المعتبر هو علم الولي، فإذا لم تكن الزوجة تعلم بغصب المال جاز هذا الأخير حتى ولو رجع المغصوب منه عليها، فيأخذ ماله وترجع على زوجها بقيمته.

ج. أن يكون الممهور معلوما : فلا يجوز أن يكون مجهولا جهالة فاحشة كمن لو قال لزوجته أن مهرك دار ولكن بدون تحديد لا نوعها ولا مكانها، فهذا يكون المهر كأن لم يكن ويفسخ العقد عند المالكية قبل الدخول ويستمر بعده بمهر المثل، أما إذا كانت الجهالة يسيرة فلا بأس بأن يكون المهر صحيحا فيؤخذ من الوسط.

-مقدار المهر:

لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه ليس للمهر حد أعلى يقف الناس عنده وهذا لانتفاء النص القرآني والحديث النبوي، أما قوله تعالى: « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأنتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » . والمقصود به المال اليسير ولا التحديد في هذه الحالة، ولكن بالرغم من ذلك فهناك بعض الدول وخاصة من دول الخليج العربي قد حددت في الوقت الراهن الحد الأقصى للمهر فيها هي الإمارات العربية المتحدة قد قامت بتحديد المهر على أساس 20000 درهم وذلك حتى لا يكون هذا الأخير عائقا بالنسبة للرجال ممن يرغبون الزواج بهن، وهناك ظاهرة أخرى نظرا لهذا الغلاء هو طائفة من السعوديين أصبحوا يتجهون إلى اليمن من أجل الزواج باليمنيات لانخفاض المهور هناك.

دينار من الذهب الخالص أو 3 دراهم من 1/4 بينما قد تضاربت آراء الفقهاء بشأن الحد الأدنى للمهر فحدده المالكية بالفضة الخالصة، ولا يجوز أن يكون أقل من ذلك، أما إذا سمى الزوج أقل من هذين المبلغين واتضح أمره قبل الدخول كان عليه إكماله إلى الحد الأدنى أو فسخ النكاح بالطلاق، فإن اختار الحل الثاني فعليه نصف المهر مما سماه لها وإن تم الدخول فلها مهر المثل، وذهب الحنفية إلى أن أقل المهر 10 دراهم أو ما يساويه فلو اتفق الطرفان على أقل من ذلك تلزم العشرة في هذه الحالة، ويرى الشافعية و الحنابلة أنه لا حد لأحد بل يصح كل ما هو مال شرعي مستنديين بذلك في قوله تعالى: « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم » فهذه الآية اشترطت أن يكون الزواج بالمال ولكن من غير تحديد ومن ثم مهما كانت قيمة المهر فهي جائزة ولو خاتم من حديد كما قال صلى الله عليه وسلم، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بالتنصيص صراحة على أن "المهر هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا" .

-تأجيل وتعجيل الصداق:

لقد أباح المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية أن يكون الصداق معجلا أو مؤجلا وهذا ما نصت عليه م 15 ق.أ المعدلة "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، ومن ثم فإنه يجوز للزوجة أن تقبض صداقها حتى ولو لم يتم الدخول بعد، بل حتى ولو تمت الخطبة دون إبرام العقد

وفي هاتين الحالتين يكون الصداق معجلاً، ومن وجهة الفقه الإسلامي يكره عند المالكية أن يكون الصداق كله مؤجلاً حتى ولو كان ذلك إلى أجل معلوم، وكما أنه يجوز تجزئة الصداق فيكون جزء منه مؤجلاً والباقي معجلاً، وإن تأجيل وتعجيل الصداق هو من اختصاص الطرفين أي الزوجين أو في حالة ما إذا لم يذكر شيء حول التأجيل أو التعجيل في العقد فينبع العرف السائد في البلد.

3- نوعا الصداق:

ينقسم الصداق إلى نوعين: الصداق المسمى وصداق المثل.

أ. **الصداق المسمى**: هو ذلك المبلغ من المال الذي اتفق عليه الزوجان كصداق وتمت تسميته في العقد وهذا ما أشارت إليه م 15 ق.أ

ب. **صداق المثل**: وهو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من أسرة أبيها كأختها مثلاً أو بنت عمها أو بنت أختها، ولا يعتبر مهر المثل مهر أمها ولا خالتها، ويشترط في هذه المرأة تساويها مع الزوجة من حيث السن والجمال والصحة والمال والثقافة والأدب والعقل والبكارة.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى مهر المثل في م 15 ق.أ المعدلة بقوله: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"، وكما أشارت م 33 إلى صداق المثل في حالة ما إذا تم الزواج بدون صداق وقد أتبعه دخول فالمرأة في مثل هذه الحالة تستحق صداق المثل.

-مؤكدات الصداق:

يتأكد الصداق كله أو نصفه حسب الحالات التي انتهت بها الزواج.

*مؤكدات الصداق بالعقد الصحيح: م 16 ق.أ

(1) -**الدخول الحقيقي**: وهو الوطأ من الزوج لزوجته غير أنه لا يشترط في هذا الوطأ الموجب لكل المهر أن يحصل في غياب الموانع الشرعية كالحيض أو النفاس أو الصيام، ولا يعني ذلك أنه يجوز للزوج أن يرتبط جنسيا بزوجته وهي حائض أو نفساء أو صائمة ليس صيام التطوع، بل الوطأ في هذه الحالات كلها حرام ولكن إذا تم فيأكد لها كل المهر وهذا ما أشار إليه الله تعالى في قوله: «فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة».

(2) -**وفاة أحد الزوجين**: فالوفاة تؤكد للزوجة جميع المهر حتى ولو لم يكن قد تبع الزواج دخول سواء أكان حقيقياً أو حكماً ومع اشتراط عند المالكية أن يكون المهر مهراً مسمى أما إذا لم تتم تسمية المهر فليس لها الحق فيه ولكن عليها العدة ولها الميراث ومن ثم فإن تأكيد المهر بالوفاة أساسه العقد الصحيح الذي تم بين الزوجين وبالوفاة لا يفسخ العقد وإنما ينتهي لانتهاء مدته وبما أن المهر أصبح واجباً بالعقد صار ديناً على الزوج والديون لا تسقط بالوفاة، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03/09/1997 بقولها: "من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول"، وعليه إذا توفي الزوج قبل أن يدخل بزوجته وكان صداقها مؤجلاً ففي هذه الحالة تستحق الصداق من تركتها زوجها المدين وكذلك تستحق الميراث كزوجة (والعكس صحيح بالنسبة للزوجة عند وفاتها تطبق نفس القاعدة).

أما إذا كانت الوفاة ناتجة عن تصرف إرادي، فهل يتأكد للمرأة الصداق بأكمله؟

في الحقيقة لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه يتأكد المهر إذا كان الموت ناتج عن قتل أجنبي أو بفعل الزوج أي يقتل نفسه (انتحار) أو قتل زوجته ففي هذه الحالات كلها يتأكد للزوجة المهر كله، بينما تضاربت آراء

الفقه الإسلامي في حالة إذا انتحرت الزوجة أو قامت بقتل زوجها عمداً، ففي حالة انتحارها وكان ذلك قبل الدخول بها يرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل المهر لأن حق ورثتها تعلق بالمهر فلا يسقط بعملها (الانتحار)، بينما يرى زفر من الأحناف أنها لا تستحق شيئاً في هذه الحالة وذلك بسبب فوات حق الزوج عليها.

أما إذا قتلت زوجها عمداً فيرى الشافعية والمالكية أن حقها في المهر يسقط بصفة نهائية فهي تحرم في هذه الحالة من الميراث فأولى أن تحرم من الصداق وبالإضافة إلى ذلك قد أنهت الزواج بمعصية، بينما يرى الحنفية والحنابلة والإمامية بأن لها الحق في الصداق لأن الجريمة التي ارتكبتها لها عقوبة مخصصة في الشريعة الإسلامية وفي هذه الحالة لا يدخل ضمن هذه العقوبة إسقاط حق الزوجة في المهر، ولكن أمام هذين الرأيين المتضاربين فإنه من المستحسن الأخذ بما ذهب إليه الرأي الأول لأنه لا يمكن أن تكون الجرائم سبباً في النعم.

(3) الخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي : المقصود بالخلوة الصحيحة هو غياب الزوجين عن الأنظار في مكان يأمنان فيه عن دخول الغير عليهما وإطلاعه عليهما بدون إذن وفي هذه الحالة حتى يتأكد المهر كله يشترط أن يكون الزواج صحيحاً أما إذا كان فاسداً تكون الخلوة فاسدة ولا صحيحة وكما أنه خلافاً للدخول الحكمي يشترط أن تتم الخلوة في غياب الموانع الشرعية (النفاس والحيض والصيام).

ولقد اختلفت آراء الفقهاء حول تأكيد الصداق بأكمله في حالة الخلوة الصحيحة بحيث يرى كل من الحنفية والحنابلة بأن الخلوة الصحيحة تؤكد للمرأة كل الصداق ويعني بذلك أن النصف الأول يتأكد بالعقد والنصف الثاني يتأكد بالخلوة، في حين يرى المالكية أن مكوث الزوجة في بيت زوجها مدة سنة يتأكد به كل الصداق دخل بها أو لم يدخل بها، أما الشافعية فيرون بأن الزوجة لا يتأكد لها كل المهر إلا بالدخول الحقيقي أي الوطأ، وسبب اختلاف الفقهاء مرجعه قوله تعالى: « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وأنتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثمًا مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذنا منكم ميثاقاً غليظاً».

فحسب الرأي الأول فكلمة أفضى الواردة في هذه الآية يقصد بها الإفضاء أي الاختلاء.

بينما يرى الشافعية أن المراد من هذه الكلمة هو الدخول الحقيقي.

وقد أضاف الرأي الأول ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم: « من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها ».

وأما من زاوية القانون فقد نص المشرع في م 16 ق.أ على أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول ولكن بدون التفرقة بين الدخول الحكمي والدخول الحقيقي، ومما يؤكد تفسير م 16 ق.أ أن المشرع أخذ بالنوعين وهو ما جاء في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بحيث جاء في قرارها الصادر في 1989/10/02 بأنه: "من المقرر شرعاً أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلط بابها وهو الذي يعبر عنه شرعاً بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء يعتبر دخولا فعلياً يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها"، وهذا ما جاء ليؤكد ما قالت به نفس المحكمة في 1984/11/19 حيث قضت بأنه "من المتفق عليه فقهاً أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى".

ومن ثم فالدخول الحكمي يتفق مع الدخول الحقيقي في الحالات التالية:

-وجوب نفقة العدة للمطلقة.

-تأكد المهر بأكمله في كلتا الحالتين.

-ثبوت نسب الولد سواء كان دخولا حقيقيا أو حكما.

-يحرم على الزوج الزواج بمحرم للزوجة حتى تنتهي عدتها.

-عدم جواز الزواج بالخامسة قبل انتهاء العدة.

بينما تختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي في الأمور التالية:

-الخلوة لا تحرم فروع الزوجة عن الزوج.

-إذا اختلى الزوج الثاني بالمطلقة طلاقا ثلاثا فالمانع يبقى قائما.

-الطلاق بعد الدخول يكون بائنا ورجعيا أما الطلاق بعد الخلوة لا يكون إلا بائنا.

-بمجرد الدخول بالزوجة يصبح الزوجان في حكم المحصنين أما في حالة الخلوة فالإحصان غير ثابت .
بمعنى من زنا بامرأة بعد الخلوة يعاقب 100 جلدة (شرعا) بينما من زنا بعد الدخول الحقيقي فعقوبته
الرجم لأنه محصن.

***مؤكدات المهر في العقد الفاسد:**

في حالة ما إذا قضي بفساد العقد فالمرأة لا تستحق شيئا من مهرها إذا لم يكن قد أتبع ذلك دخول أما بعد
الدخول فلها الحق في المهر.

4-سقوط نصف المهر وبكامله ونكاح الشغار:

أ. سقوط نصف المهر:

يسقط نصف المهر على النحو التالي (م 16 ق.أ):

-أن يكون عقد الزواج عقدا صحيحا.

-أن يكون الطلاق هو سبب فك الرابطة الزوجية.

-أن تتم الفرقة (الطلاق) قبل الدخول بنوعيه.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة فالمرأة تستحق نصف المهر وذلك استنادا لقوله تعالى: «وإن طلقتموهن
من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم».

-الزواج عن طريق الفاتحة أو العرفي ففي هذه الحالة إذا لم تؤدي هذه العلاقة إلى الزفاف وتم حلها
فالمرأة تستحق نصف المهر ونحن هنا لسنا بما يسمى العدول عن الخطبة بل طلاق.

ب.سقوط الصداق بكامله:

يسقط الصداق بكامله إذا طرأ على الزواج سبب من الأسباب التالية:

-إذا فسخ العقد لسبب ممن جهة الزوجة وكان هذا السبب غير شرعي كردها عن الإسلام فهنا يسقط
المهر بكامله في هذه الحالة شريطة أن لا يكون قد دخل بها.

-إذا خلعت الزوجة زوجها على الصداق كله سواء دخل بها أو لم يدخل بها (م 54 ق.أ).

-كذلك يسقط المهر بكامله في حالة ما إذا تم الزواج بدون مراعاة شروط صحة عقد الزواج وتم الطلاق بفسخه قبل الدخول.

-في حالة ما إذا تنازلت الزوجة عن حقها في مهرها لزوجها أي وهبت له المهر فهنا يسقط الصداق سواء دخل بها أو لم يدخل بها.

ج. نكاح الشغار:

والمقصود به هو أن يتزوج اثنان امرأتين على أن تكون إحداهما في نظير صداق أخرى وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا الصداق واعتبره الفقه الإسلامي فاسدا بحيث قال عليه الصلاة والسلام: « لا شغار في الإسلام ».

وللشغار عند المالكية ثلاثة صور:

-شغار صريح :وهو أن يقول الزوج زوجني أختك على أن أزوجك أختي على أن لا يكون لإحداهما مهرا، فحكم هذا الزواج البطلان قبل الدخول أو بعده ولها مهر المثل بعد فسخ الزواج بعد الدخول.

-وجه الشغار : وهو أن يقول له زوجني أختك ب 5000 دج على أن أزوجك أختي بنفس المبلغ، فحكمه البطلان قبل الدخول فقط وللمرأة في حالة الدخول الأكثر من مهر المثل أو المهر المسمى.

-المركب منها : وهو أن يقول له زوجني أختك ب 100 دج على أن أزوجك أختي، فحكمه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بأكثر من المهر المسمى ومهر المثل هذا في حالة ما إذا سمى لها مهرا أما إذا لم يتم تسمية لها مهر فعقد الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده وإذا تم الدخول فلها مهر المثل مع فسخ العقد.

بعض الأحكام:

1-الطلاق قبل البناء : قد اعتبرته بعض القرارات الصادرة عن القضاء الجزائري بأنه فسخ ولا طلاق بمعنى إذا تم عقد الزواج بتوافر أركانه و شروطه فإنه عقد صحيح ولكنه يفسخ قبل الدخول ومن ثم فإن للمرأة إرجاع كامل المهر لزوجها غير أن هذا الموقف قد انتقد من قبل المحكمة العليا في عدة قرارات قضائية.

2-النزاع حول الصداق :تنص م 17 قأ.أ على أنه "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، ونستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري قد غطى جميع الحالات التي يكون فيها الصداق محل النزاع بقاعدتين أساسها الدخول من عدمه بحيث إذا تم النزاع من حيث قيمة الصداق أو زمان أو وقت دفعه، فإذا كان ذلك قبل الدخول وفي غياب وسائل الإثبات فالقول يكون للزوجة مع اليمين أو لورثتها مع اليمين في حالة وفاتها بينما إذا كان بعد الدخول فالقول للزوج مع اليمين وفي حالة وفاته فلورثته مع اليمين.