

أحكام الزواج في ضوء الشريعة والقانون Marriage provisions in the light of Sharia and law

مستاري محمد الأمين (*)
جامعة سيدي بلعباس، الجزائر
amine_b15@hotmail.fr

تاريخ الاستلام: 2022/05/06 تاريخ القبول للنشر: 2022/05/30

ملخص:

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، والإختلاف حول تحديد أركان عقد الزواج لم يقتصر على الفقهاء المسلمين، وإنما تعد إلى التشريعات العربية وهذا منطقي جدا، باعتبار كل تشريع أخذ بمذهب ما، وهناك تشريعات أدمجت بين المذاهب مثلما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري الذي حدد ركن عقد الزواج في المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة بركن الرضا، أما الولي، الشاهدين، الصداق، اعتبرهم كشروط لهذا العقد في المادة 09 مكرر. الكلمات المفتاحية: عقد، الزواج، ركن، مذاهب

Abstract:

Muslim jurists differed in defining the pillars of the marriage contract. The marriage contract was not limited to Muslim jurists, but rather returned to Arab legislation and this is very logical, given that every legislation adopted a doctrine, and there are legislations that have merged between sects, as is the case for the Algerian legislation that defines the pillar of the marriage

contract in the amended Article 33 of the Family Code as the corner of contentment, As for the guardian, the two witnesses, and the dowry, consider them as conditions for this contract in Article 09 bis..

key words: Contract, marriage, corner, consecration.

مقدّمة:

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

كما يعتبر الزواج نظام شرعه الله تبارك وتعالى لرفع مرتبة الإنسان وتعظيمه؛ فأضفى عليه قدسيّة خاصّة، وجعله من أسى العقود وأعظمها أثرا، و وصفه بكونه إحدى آياته الإعجازيّة حيث قال: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (سورة الروم، الآية: 21)، ثم إن النبي عليه الصلاة والسلام أسماه بالسنة، وربطه به حين قال: " النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني " (محمد، صفحة 592)، و اعتبره العلماء الرّباط الوثيق، والحبل المتين، المبني على المودة، والمحبة، والألفة، والمعاشرة بالمعروف بين الرجل والمرأة، وجعله عامّة الناس الهدف الأسى الذي يسعى إلى تحقيقه الذّكر والأنثى، والصغير والكبير، والغني والفقير، ولا يختلف فيه بعد ذلك صنفين مهما اختلفا مكانة أو مقدرة.

ويعتبر الزواج ميثاقا غليظا لقوله تعالى: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ سورة النساء، الآية: 121، ولا يكون هذا العقد أو الميثاق صحيحا إلا بأركان وشروط، وقد اختلف فقهاء الشريعة والقانون في هذه الأخيرة بين اعتبار الركن شرط والشرط ركن، وأثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون، ومن خلال هذا الإشكال نعالجه في المبحثين المواليين، مع إعتداد منهج الإستقراء والوصف والتحليل.

المبحث الأول: ركن الرضا في عقد الزواج

المطلب الأول: ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه:

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات، وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقف وجوده عليه، واختلف في تسميته، فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، وهناك من يسميه الصيغة، وهناك من يسميه العنصر النفسي في عقد الزواج L'ELEMENT PSYCHOLOGIQUE، وهذا الاختلاف هو لفظي فقط أما المعنى فهو واحد، ولقد نصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "... لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه..." وما نصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على " لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه..."، ونصت المادة 16 من إتفاقية القضاء على جمع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 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 (القرار 105، 1988).

أما المشرع الجزائري ذكر في المادة 09 من قانون الأسرة الرضا بأنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، 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:

الفرع الأول: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يحوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا يتركنا 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 إيجاباً وما صدر من الثاني يعتبر قبولاً (سابق، صفحة 34)، ويعرفه الدكتور يدران أبو العينين بدران بأنه " الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما (العينين، صفحة 56).

ومن خلال اطلاعنا على هذه التعاريف ونص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري نستخلص أن ركن الرضا في عقد الزواج يقوم على عنصرين هما الإيجاب والقبول.

1- 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 الجزائري نرجع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع:

أ. تعريف كل من الإيجاب والقبول:

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

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

ب.- 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:

- **الشروط المتفق عليها:** إشتراط الفقهاء أن يكون إجماع 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.
- **الشروط المختلف فيها:** على خلاف الحنابلة والحنفية إشتطت المالكية والشافعية لصحة الإيجاب والقبول أن تكون الفورية في قبول الإيجاب (العينين، الصفحات 65-66).

الفرع الثاني: شروط صحة الإرادة في عقد الزواج

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

أ. 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 تنسجم مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج.

ب. 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 يري البعض إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة 2/82 والمواد من 86 إلى 88 ، وعموما العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط أما التدليس فيكون بدرجة أقل وتعرض لهذه العيوب الثلاثة كمايلي:

- الإكراه:

يقصد به بأنه كل ضغط مادي أو معنوي يولّد 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 واعتبرت 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 رغبته 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 مصالحها، وفي حالة تعسفه أعطى للبنت حق اللجوء إلى القاضي الذي يعين لها ولي للتزوج.

- الغلط:

ويعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على إعتقاد غير الواقع (محفوظ،، 2011، صفحة 141)، 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.

- 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، أو به مرض أو عيب من عيوب الخفية، فهنا قد دلس الطرف الذي تعاقد معه وبالتالي فإرادة الطرف الثاني معيبة.

ج. 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 احتمالي أي أن يؤدي إلى إنشاء عقد الزواج في الحال وبصفة فورية بإعتباره منجز وأحكامه لا تراخي 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 (العربي، 1999، صفحة 70)، 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.

د. 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 التأييد، وعليه فإن عقد الزواج المؤقت وعقد زواج المتعة غير جائزين عند الفقهاء المسلمين ويقع تحت طائلة البطلان بإستثناء زفر من الحنفية الذين يحيزون الزواج المؤقت ويبطلون زواج المتعة، أما الشيعة الإمامية فلا يميزون بين الزواج المؤقت وزواج المتعة ويحلونهما (العينين، صفحة 77).

المطلب الثاني: أثر تخلف ركن الرضا

نتطرق في ركن الرضا إلى أثر تخلفه من الناحية الشرعية والقانونية.

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 شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما 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. (سابق، صفحة 36)

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 إليها كما يلي:

- الحالة التي يترتب عليها بطلان عقد الزواج

تنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد." والمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" وبالتالي فهو منعدم ولا ينتج عنه أي أثر، ويذهب بعض من الفقه إلى أن المشرع الجزائري موقفه يتماشى مع موقف 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 الجزائري المدرج في الفصل الثالث النكاح الفاسد والباطل استعماله مصطلح البطلان وهذا ما يعني أنه أخذ بالمذهب الحنفي الذي يفرق بين العقد الفاسد والباطل (مصطفى، 1970، الصفحات 65-67)، وتخلف ركن من عقد الزواج يرتب البطلان أما تخلف شرط من شروط الانعقاد يؤدي إلى الفسخ (القانون 11-84).

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج

بعد تعرضنا لركن الرضا لعقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وأثر تخلفها نتناول الشروط التي يتطلبها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية لإبرام عقد الزواج في النقاط التالية:

المطلب الأول: الولاية والإشهاد في عقد الزواج

الفرع 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 واستنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا: المقصود بالولاية في عقد الزواج

1- تعريف الولاية

ونتعرض إلى تعريف الولاية لغة واصطلاحا

- الولاية لغة: هي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء ومنها أخذت كلمة الوالي الذي له سلطة ونفوذ على قطر معين (شلي، 1977، صفحة 253).

- **الولاية اصطلاحاً:** ويقصد بها الفقهاء " تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه" (عبدالعزیز، 1999، صفحة 120) ويعرفها الإمام أبو زهرة بأنها "القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذاً من غير الحاجة إلى إجازة من أحد" (محمد،،، صفحة 107).

2- أقسام الولاية في الزواج

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

- **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 يكرأ 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 (العينين، الصفحات 148-149).

- **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 ولها 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 كفاء لها وإذا كان العقد بأقل من مهر المثل جاز له المطالبة برفع المهر إلى غاية مهر المثل وإلا طالب بفسخ العقد.

3- 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 تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " وقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي " وكذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن ولها 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 اختلفوا 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 يكرأ أم ثيبا.

4- 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:

أ. الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي

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

- أن يكون الولي بالغاً عاقلاً حراً: يجب أن يكون الولي كامل الأهلية أي أن لا يكون فاقداً للأهلية ولا ناقصها
- إتحاد الدين بين الولي والمولى عليها: إتحاد الدين تتفق المصلحة بين الولي والمولى عليها ويستثنى من هذه الشروط من له ولاية عامة القاضي والحاكم والمالك بالنسبة لغير المسلم.

ب. الشروط غير المتفق 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 (العينين، صفحة 146).

أما بخصوص ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فحسب رأي الشخصي فإنه يتمشى أكثر مع الرأي الذي يشترط الذكورة في الولي ووفقا لما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة

- العدالة:

لقد إشتراط الشافعي وأحمد في الولي العدالة، ولم يجيزوا للفسق تزويج غيره في حين ذهب مالك وأبو حنيفة إلى عدم إشتراط العدالة في الولي وأسسوا ذلك بأن الولاية جاءت للمصلحة وسببها الشفقة والفسق لم يمنع من تزويج المولى عليهم من طرفه في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، 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.

ثانياً: أثر تخلف ركن الولي

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

1- 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 ولمها فنكاحها باطل قالها ثلاث" (الترمذي، 1975، صفحة 399)، أما الحنفية ترى بأنه إذا زوجت الحرة البالغة نفسها بدون إذن ولها سواء كانت ثيباً أو بكراً فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى كان القرين كفى 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.

2- أثر تخلف الولي في قانون الأسرة

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في نص المادة 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى حالتين:

- في حالة ما إذا تخلف شرط الولي و تم إكتشافه قبل الدخول فإن نص المادة 33 قد حددت بأنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.
- في حالة ما إذا تخلف شرط الولي ولم يتم إكتشافه أو لم يثار هذا الخلاف إلا بعد الدخول فهنا وفقاً لنص المادة 33 الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح.

الفرع الثاني : الإشهاد في عقد الزواج وأثر تخلفه:

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الإشهاد على الزواج بالتدقيق وذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى اعتباره شرط صحة عقد الزواج وإذا تخلف كان العقد غير صحيح، أما المذهب المالكي يرى بأن الإشهاد على النكاح ليست بفرض ويكفي لصحته إعلانه وشهرته فإذا حصلت الشهادة وقت العقد كان صحيحاً نافذاً أما إذا لم تتحقق فيكون العقد موقوف النفاذ، وبالتالي فالإشهاد على الزواج هو شرط نفاذ، وهذا ما ذهب إليه الجمهور الفقهاء باعتباره شرط صحة (سابق، صفحة 56)، أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الإشهاد على النكاح شرط من شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وتناول آثار تخلفه في المادة 33 من نفس القانون، والإشهاد على الزواج يمكن تناوله في النقاط التالية:

أولاً: المقصود بالإشهاد في الزواج

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

1- 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 والتجاذب (سابق، صفحة 57)، ومن خلال هذا التعريف يمكن تحديد الحكمة من الإشهاد وطبيعته القانونية.

2- حكمة الإشهاد في الزواج:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الحكمة من الإشهاد في الزواج وإعتبره شرط في العقد الذي ينشأه وهذا ما يستدعي لمعرفة الحكمة منه الرجوع إلى الفقه والذي حدد حكمة الإشهاد فيما يلي (مصطفى، 1970، صفحة 73):

- 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.
- 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.
- التوثيق لأمر الزواج والإحتياط لإثباته عند الحاجة: أي أن الإشهاد يصون الأنكحة من الجحود و يثبت النسب والحقوق والواجبات الناشئة عن عقد الزواج.

3- الطبيعة القانونية للإشهاد في عقد الزواج:

اتفق الفقه على أن الشهادة في عقد الزواج هي شرط شكلي أي أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا بشهادة الشهود، وحضور الشهود شيء خارج عن نطاق الطرفين يدخل في إبرام عقد الزواج بعكس الشهادة في العقود الأخرى التي تكون فيها وسيلة إثبات فقط، واشترطت الشهادة لكي يترتب عقد الزواج آثاره أو لصحته يجعل عقد الزواج شكلي لأن العقد الرضائي يكفي لصحته تراضي الطرفين فقط وهذا ما لا يتوافر في عقد الزواج (سابق، صفحة 59).

4- شروط الشهود:

نص المشرع الجزائري على الإشهاد في الزواج لكنه لم يحدد الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهود حتى تصح شهادتهم وهذا ما جعلنا 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 الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وفقهاء الشريعة الإسلامية هناك الشروط التي إتفقوا عليها وشروط لم يتفقوا عليها وهي كالتالي:

الشروط المتفق عليها:

وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

- العقل: يجب أن يكون الشاهد عاقلا باعتبار أن الغاية من الشهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير مميز (مصطفى، 1970، صفحة 73).

- 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 الأجدر أن لا يكون وليا على غيره بالشهادة.

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

- الإسلام: إتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوجين مسلمين يجب أن يكون الشهود مسلمين لكن إختلفوا في حالة ما إذا كانت الزوجة كتابية فجمهور الفقهاء إشتراطوا أن يكون الشاهدين مسلمين بخلاف الحنفية أجازت أن يكون الشاهدين كتابيين من ديانة الزوجية (مصطفى ش.، 1977، صفحة 110).

- سماع الشهود كلام العاقلين وفهم المراد منه: أي لاتصح شهادة نائمين أو أصمين أو مثلا من لايفهم اللغة العربية إذ تم العقد باللغة العربية..

ثانيا: أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج

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

1- أثر تخلف ركن الإشهاد في الزواج وفقا لما ذهب إليه الفقهاء المسلمون

إن الاختلاف الموجود بين الفقهاء المسلمين الذين اعتبروا شرط الإشهاد في الزواج شرط صحة والمشهور على المذهب المالكي الذي إعتبره شرط نفاذ، وبالتالي إن أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أن العقد يكون غير صحيح وبالتالي يبطل مثل ما قال عبد الرحمان الجزيري " اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل، ويرتب المذهب المالكي على تخلف ركن الإشهاد في الزواج البطلان، وهذا البطلان لا يكون إذا تخلف الإشهاد أثناء الإبرام وإنما إذا تخلف أثناء الدخول، وبالتالي يجب فسخ عقد الزواج بطلقة بائنة ولا حد على الزوجين (الجزيري، 2003، صفحة 28).

2- أثر تخلف شرط الإشهاد وفقا لقانون الأسرة الجزائري :

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج في نص المادة 33 من قانون الأسرة كما أن القضاء في هذه المسألة أخذ بموقف معين وبالتالي يمكن تقسيم أثر تخلف لشرط الإشهاد في عقد الزواج إلى ثلاثة حالات:

- حالة فسخ الزواج لتخلف شرط الإشهاد: تتوفر هذه الحالة إذا ما تخلف شرط الإشهاد وتم إكتشافه قبل الدخول فهنا يفسخ عقد الزواج ولا تستحق الزوجة الصداق.

- حالة إثبات عقد الزواج رغم تخلف ركن الإشهاد: هذه الحالة نصت عليها المادة 33 من قانون الأسرة و تتوافر هذه الحالة إذا ما تم عقد الزواج بدون شهود وتم الدخول فهنا الزواج يثبت بصداق .

- 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 شرط الإشهاد في عقد الزواج مع ركن الرضا أو شرط آخر من الشروط 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... " .

المطلب الثاني: شرط الصداق والأهلية في الزواج

الفرع الأول: ركن الصداق وأثر تخلفه:

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

أولاً: المقصود بالصداق

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

كالتالي:

1- تعريف الصداق

تناول تعريف الصداق لغة و اصطلاحاً:

- **التعريف اللغوي للصدّاق:** يعرف الصّدّاق لغة بأنه دفع مال المشهر بالرغبة في الزواج وقيل بأنه مأخوذ من الصدق ضد الكذب (تقنية، 2000، صفحة 118).
- **التعريف الاصطلاحي للصدّاق:** تعددت التعاريف التي منحت للصدّاق فنجد المذهب المالكي يعرفه بأنه ما يجعل للزوجة في نظر الاستمتاع بها وعرفته الشافعية بأنه ما وجب بنكاح أو وطأ أو تفويت بضع قهراً، وعرفه عبد العزيز سعد بأنه هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبة الاقتران بها (عبدالعزیز، 1999، صفحة 132).
- كما نجد بعض التشريعات العربية عرفتة 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 إلزامه شرعا "، أما المشرع الجزائري فقد عرفه في نص المادة 14 من قانون الأسرة بأنه " الصّدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء " .
- ومن خلال هذه التعاريف نستنتج بأن الصّدّاق يكون دائما ذا قيمة مالية وهذا ما يجعل هذه التعاريف قاصرة لأن الصّدّاق بالرجوع إلى سنة الرسول صلى الله عليه وسلم خصوصا وأنه تكريم للمرأة وبالتالي فيمكن أن يكون الصّدّاق أمرا لا يقدر بمال مثل ما ورد في الحديث النبوي الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل "قد زوجتكها بما معك من القرآن " (البخاري، 2002، صفحة 192)، وهذا ما يثبت بأن الصّدّاق قد يكون مال أو أمر آخر غير المال بعكس بعض الشراح في القانون الذين أطلقوا عليه تسمية العنصر المادي في عقد الزواج **L'ELEMENT MATERIAL** «، ولقد سمي الصّدّاق بعدة تسميات منها النحلة، الأجر، الفريضة، الحباء و الشرط.

2- طبيعة الصّدّاق:

كما سبق ذكره فإن كل من الحنفية والحنابلة والشافعية ومعظم التشريعات العربية التي أخذت بهذه المذاهب إعتبرت الصّدّاق أنه من أثار الزواج وليس ركن ولا شرط ويستدلون على رأيهم هذا أن خلو العقد من المهر لا يؤثر فيه لا من حيث الصحة والنفاذ ولا من حيث اللزوم، وذلك لقوله تعالى في سورة النساء: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة " (النساء، الآية: 235) فهذه الآية تدل دلالة واضحة على صحة الزواج بدون تحديد الصّدّاق 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 كان يكيّف الصّدّاق 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 (المحكمة العليا، 2001، صفحة 50)، غير أن المشرع الجزائري عاود التعديل وإعتبره شرطا بعد التعديل سنة 2005 (القانون 11-84).

3- شرعية الصداق:

يستمد الصداق شرعيته من القرآن والسنة النبوية الشريفة، فنجد عدة آيات تناولت الصداق منها قوله تعالى: "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة" (سورة النساء، الآية 04)، وكذا قوله تعالى في "فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة" (سورة النساء، الآية 24) أما في السنة النبوية فنجد أحاديث كثيرة تناولت الصداق منها ما روي عن أحمد والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن أعظم النساء بركة أيسرهن صداق" (البيهقي، 2003، صفحة 385)، وقوله أيضا "التمس ولو خاتما من حديد، فألتمس شيئا" (البخاري، 2002، صفحة 17)، وقوله أيضا "زوجتكها بما معك من القرآن" (البخاري، 2002، صفحة 192).

ثانيا: أثر تخلف الصداق:

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

1- 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 اتفق على إسقاطه فهنا يكون العقد صحيح وتستحق الزوجة مهر المثل (قرار المحكمة العليا، 1992، صفحة 69)، 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 فسخا قبل الدخول وثبت بعده ولها صداق المثل وهذا الذي أستحسن (بلحاج، 1999، صفحة 101).

2- أثر تخلف شرط الصداق وفقا لقانون الأسرة الجزائري:

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف شرط الصداق في المادة 33 من قانون الأسرة ورتب على ذلك التخلف أثر يمكن التعرض له في الحالات الآتية:

أ- الحالة الأولى: حالة فسخ عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في نص المادة 33 التي حددت على الخصوص حالة تخلف شرط الصداق قبل الدخول بأنه يترتب عليها فسخ عقد الزواج وذلك بنصها على ".... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه..." وما يستنتج من هذه المادة أن المشرع رتب الفسخ على تخلف شرط الصداق قبل الدخول كما أنه فصل في مسألة، وهي عدم استحقاق 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 " (عبدالعزیز، 1999، صفحة 375).

ب- الحالة الثانية: حالة ثبوت عقد الزواج

تعرض المشرع الجزائري لهذه الحالة في نص المادة 33 من قانون الأسرة التي تنص " ... ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" وما يمكن إستنتاجه من هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على أنه إذا إشتمل العقد على ركن الرضا، وشرط الولي، الإشهاد ، وتم الدخول فالزواج يثبت ويكون صحيحا وتستحق الزوجة بذلك صداق 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 بصداق المثل، ومتى تبين في قضية الحال، فإنهم عرّضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج (قرار المحكمة العليا، 2001، صفحة 53).

الفرع الثاني: شرط أهلية الزواج وأثر تخلفها

يعرف الفقهاء الأهلية أنها: « صلاحية الإنسان لما يجب عليه من الحقوق، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف؛ لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه» (المومني، 2010، صفحة 61).

و تنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية الوجوب و أهلية الأداء؛ فأما الأولى تعني صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، و مناطها الأمة، وتثبت للشخص منذ ولادته حتى وفاته.

أما الثانية فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع، و مناطها هو التمييز والعقل، و لا تثبت للصبي غير المميز والمجنون والمعتوه (منصور، صفحة 52).

وأهلية الزواج تقتضي أن يتوافر في عاقده أهلية الأداء، إذ لا تكفي أهلية الوجوب، ولا يشترط إكتمالها، فيكفي أن يكون المتعاقد أهلاً لمباشرة العقد، وذلك بالتمييز فحسب (قادر، 2010، صفحة 145).

والى جانب الأهلية باعتبارها شرطاً لا غنى عنه في العقود بصفة عامة والزواج بصفة خاصة فقد اشترط المشرع الجزائري أن يقوم الزوجان بإجراء فحص طبي للتأكد من خلوهما من الأمراض. وعلى ذلك فإن دراسة مسألة الأهلية تقتضي بحثها من جانب كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، يعقبه الحديث عن الشهادة الطبية المستحدثة بموجب التعديل وبعدها تتعرض لأثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج.

أولاً: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لتفصيل الحديث عن أهلية الزواج؛ سنتعرض إليها في منظور الشريعة الإسلامية كعنصر أول ثم نتحدث عن الأهلية في أهم الجوانب التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري كعنصر ثاني، كالآتي:

1- أهلية الزواج في الفقه الإسلامي:

تحديد سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى و الفتاة للزواج لم يكن معروفاً عند المسلمين الأوائل لعدم ورود نص لا في الكتاب ولا في السنة حوله، لذلك كان مسموح بالزواج دون قيد أو شرط في العمر ولو كان بعض الفقهاء يقولون بمنعه لغير البالغ، لعدم تحقق الغرض المقصود من مثله.

و لذلك قاموا بتحديد أهلية الزواج على أساس الأمارات الطبيعية للشخص، بحيث يوجد واحدة من هذه الإمارات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثمة أمكن له الزواج؛ وهذه الإمارات هي الإنزال عند الذكر يقظة أو مناماً، وعند الأنثى الحيض أو الحمل....وكذلك الاحتلام (الفضيلات، صفحة 117).

ولكن في حالة ما إذا تأخر ظهور هذه الإمارات فعندئذ حدد الفقهاء أهلية الزواج بسن معينة بحيث قدره جمهور الفقهاء بالخامسة عشرة للذكور والإناث، في حين يرى الفقه المالكي أن نهايته الثامنة عشر عاماً في الفتى والفتاة، أما عند الحنفية؛ فالبلوغ يتحقق في الثامنة عشرة بالنسبة للذكر والسابعة عشرة بالنسبة للأنثى (بلحاج ا.، 2012، الصفحات 156-157).

وعلى هذا، فالصغير غير المميز لا ينعقد زواجه باتفاق الفقهاء؛ أما الصبي المميز فينعقد موقوفاً على إجازة وليه عند الحنفية، و يبطل زواجه كسائر عقودهم عند الجمهور، على أنه متى وصل سن البلوغ الطبيعي جاز له أن يعقد الزواج بنفسه (مصطفى ا.، 1970، صفحة 186).

أما فيما يتعلق بالعقل؛ فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي المجنون وكذا المعتوه، ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصليا أو طارئا عند الحنفية (العربي، 1999، صفحة 61).

2- أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

جاء في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". من خلال نص هذه المادة سنتناول أحكام الأهلية في قانون الأسرة الجزائري؛ بتحديد سن الزواج كأصل، ثم الترخيص القضائي القبلي لزواج القصر كاستثناء، وبعد ذلك نبين الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية.

- تحديد سن الزواج:

لم يقم المشرع الجزائري بتحديد سن الزواج على أساس الإمارات الطبيعية مثلما قام الفقهاء بتحديدده، بل على أساس سن معينة يفترض فيها البلوغ في المستقبل على الزواج والقدرة على تحمل متاعبه حيث كانت هذه السن محددة في نص المادة الأولى من قانون 63-224 ب16 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى (القانون 63-224).

غير أن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون 84-11 في 2005 قام برفع هذه السن؛ حيث جاء في المادة 7 منه أن أهلية الرجل في الزواج تكتمل بتمام 21 سنة، والمرأة بتمام 18 سنة، وأنه للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قام بتحديد سن عالية للزواج مقارنة بالقانون السابق؛ ولعله في ذلك قد راعى مدى قدرة الزوج على تحمل المسؤولية، وكذا تكاليف ومطالب الحياة الزوجية، مع مراعاة مسائل النمو الديموغرافي في الجزائر (العربي، 1999، صفحة 62).

وقد وجهت لمسألة أهلية الزواج في ظل هذا القانون عدة انتقادات؛ من بينها أنها لم تكن منسجمة مع أحكام الأهلية في القانون المدني، حيث حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد ب19 سنة.

و نتيجة لذلك فإن الشخص قد يبلغ سن الرشد طبقا للقانون المدني في حين أنه غير مؤهل للزواج طبقا لقانون الأسرة، كما أن المرأة تكون كاملة الأهلية وفقا لقانون الأسرة دون أن تبلغ سن الرشد المدني (الشامي، 2010، صفحة 66).

غير أن التعديل الجديد أعاد التوازن بين القانون المدني و قانون الأسرة؛ فأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة (الرشيد، 2008، صفحة 60)، فضلاً عن ذلك فإن تحديد هذا السن لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (الشامي، 2010، صفحة 60). حيث نصت المادة 7 من ق.أ.ج المعدلة: « تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة...» (عبدالعزیز، 1999، صفحة 96).

وقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة؛ لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية؛ ذلك أنه ليس من المصلحة العامة ولا الخاصة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية (صغير، 2009، صفحة 96).

أ- الترخيص القضائي القبلي بالزواج:

الأصل أن الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد بلوغ سن 19 سنة المنصوص عليها في م 7 ق.أ.ج، إلا أن المشرع أدرج استثناء على هذه القاعدة العامة؛ راعي فيه وضعية وحالة بعض الأشخاص فنص في الفقرة الثانية من م 7 على ما يلي: «... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك مصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج». فقد أجاز لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج أن يتزوج قبل ذلك؛ إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، و استطاع أيضاً أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب من القاضي المختص (عبدالعزیز، 1999، صفحة 96). غير أنه ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ ما يلي:

ب- من حيث القاضي المختص

يلاحظ أن هذا النص الجديد يكاد أن يكون مستنسخاً حرفياً من النص القديم، حيث استعمل المشرع كلمة « القاضي » في منح الترخيص؛ بينما لم يرقم بتحديد القاضي المختص في ذلك، والذي هو « رئيس المحكمة »، ويعتبر ترخيص القاضي في هذا الموضوع باتاً وغير قابل للطعن؛ فهو عمل ولائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه (بلحاج، 1999، صفحة 101).

ب- من حيث السن الأدنى

في حالة منح الترخيص يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يرقم بتحديد السن الأدنى الذي يتعين على القاضي التقيد به في حالة منحه الترخيص دون السن القانونية للزواج (19 سنة)، بل ترك السلطة التقديرية في ذلك للقاضي. وهناك من الفقه من يرى أنه على القاضي التقيد في هذا الخصوص بمرحلة البلوغ الجسدي المحددة في الفقه الإسلامي بالحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلف بالواجبات الدينية والدينية كأصل عام و هي سن 15 سنة؛ بحيث لا يمكن النزول عنه في منح

الترخيص في جميع الأحوال خاصة وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات (الرشيد، 2008، صفحة 61).

ج- من حيث المعيار الذي تحدد به المصلحة والضرورة

جاء في الفقرة الثانية من المادة 7 أنه: «وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج». إن المشرع قد منح للقاضي سلطة منح الإذن إذا لم تتوافر في المقبل على الزواج السن القانونية؛ متى تبين له أن الزواج فيه مصلحة للطرفين أو أحدهما أو وجود ضرورة تتطلب تزويجهما، كما ينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج وتحمل أعبائه من إنفاق، إسكان، ولادة وغيرها من الآثار.

إلا أن الملاحظ في ذلك أنه لم يقرر حدا لسلطة القاضي، بحيث جاء نص المادة عاما وشاملا مما فتح مجالا واسعا جدا لتباين الأفكار واختلاف الآراء حول معنى ومفهوم المصلحة والضرورة وهذا لا يخدم مسألة توحيد المفاهيم حول تطبيق مضمونها تطبيقا سليما (عبدالعزیز، 1999، صفحة 101).

و يورد الفقه أمثلة على معيار المصلحة والضرورة؛ في الفتاة القاصر التي لا معيل لها من أب أو أخ، فالأصلح لها ومحافظة على عرضها الزواج، و كذلك فيمن خافت على نفسها الزنا، أو عثر عليها في حالة تشرد أو تسول وتقدم رجل للزواج بها، فعلى القاضي السماح بذلك؛ لكون الضرورة والمصلحة تستلزمان هذا.

ثانيا: أثر تخلف شرط الأهلية في عقد الزواج.

اعتبر المشرع الجزائري الأهلية شرطا لصحة عقد الزواج في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري إلا أنه وبخلاف باقي الشروط الأخرى، نجده لم ينص صراحة ولا ضمنا عن الآثار التي يمكن أن تترتب عن الزواج الذي انتفت فيه أهلية أحد الطرفين أو لكليهما معا، أو بدون إذن القاضي.

وقد تضاربت آراء الفقه الجزائري حول هذا الفراغ التشريعي: حيث يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 63-224، ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلا للتطبيق (عبدالعزیز، 1999، صفحة 29).

و بالتالي تطبق المادة 3 من قانون 63-224 كجزء على الزواج الذي لم تتوفر في أطرافه السن المحددة قانونا؛ ويترتب عليه البطلان ما لم يلحقه دخول، و يجوز الطعن فيه بالبطلان من الطرفان شخصا، أو من النيابة العامة، ولكل ذي مصلحة، وللقاضي من تلقاء نفسه.

غير أنه لا يجوز الطعن في العقد؛ في حالة بلوغ القاصرين سن الزواج، أو أصبحت المرأة حاملا حسب المادة الرابعة من نفس القانون.

و هناك رأي آخر قال به الأستاذ محمد محدة، مفاده أن المشرع الجزائري قام بتحديد من الزواج ولكنه لم يعطي لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له؛ فهو نهي دون جزاء، قد لا يجدي نفعا لدى البعض، وخاصة عند علمهم بما تسمح به المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري (القانون 11-84)، من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء في حالة الزواج.

وأمام هذا الفراغ التشريعي الذي يخلق مشاكل قانونية وعملية؛ فترى من المستحسن للمشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء سن الزواج المقررة في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

خاتمة:

بعد دراستنا لأركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون خلصنا إلى أن المشرع الجزائري فعلا قد أدمج بين المذاهب وأخذ من كل مذهب ما رأى فيه الصلاح للمجتمع الجزائري وقننه في قانون الأسرة من دون أن يكون متعصبا لمذهب ما، رغم أن المذهب المتبع عموما في الجزائر هو المالكي، وهذه تعتبر نقطة إيجابية تحسب له إلا أن هذا الموقف المتخذ من طرف المشرع الجزائري لا يخلو من الغموض والعيوب التي أثرناها لدى تطرقنا لمختلف نقاط الموضوع محل البحث والتي نظمها قانون الأسرة، وذلك بالخصوص في المسائل التي لم يأخذ فيها المشرع الجزائري بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية أو لم يتناولها ونظمها تنظيم خاص به وذلك مثل أهلية الزواج، الشروط التنظيمية والإدارية والتي لها دور هام في تنظيم الأسرة والمجتمعات الحديثة وبما أنه لا يمكن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في هذه المواضيع.

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

قائمة المراجع:

1. القرآن الكريم:

سورة النساء

سورة الروم

2. المؤلفات:

محمد ابن إسماعيل البخاري. (2002). صحيح البخاري. دار طوق النجاة، لبنان.

محفوظ، لعشب، (2011). المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

محمد أبو زهرة، (د.س.ن). محاضرات في عقد الزواج وأثاره. دار الفكر العربي.

وهبة ابن مصطفى الزحيلي، (1970) الفقه الاسلامي وأدلته. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا.

محمد مصطفى شلي، (1977) أحكام الأسرة في الإسلام، لبنان: دار النهضة، لبنان.

منصور، حسن حسن، (د.س.ن)، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية. مطبعة سامي.

أبو بكر البيهقي. (2003). السنن الكبرى دار الكتب العلمية . لبنان:

إبو عيسى الترميذي. (1975). سنن الترميد، دار الغرب الإسلامي، لبنان.

عبد الرحمان الجزيري. (2003). كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان

الرشيد، بن الشويخ. (2008). شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية: دار

الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر.

أحمد الشامي. (2010). قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة. الدار

الجامعية الجديدة، مصر.

العربي، بلحاج. (1999). الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر.

بدران أبو العينين، (د.س.ن)، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون. مؤسسة شباب الجامعة.

جبر محمود الفضيلات، (د.س.ن)، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب للطباعة والنشر، الجزائر.

أحمد محمد المومني، (2010). فقه النكاح، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن.

العربي بلحاج، (2012). أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، الأردن.

عبد الفتاح تقية، (2000). مباحث في قانون الأسرة الجزائري، مطبعة ثالة للنشر والتوزيع، الجزائر.

سابق سيد، (د.س.ن). فقه السنة، دار الكتاب العربي، لبنان.

محمد مصطفى شلي، (1977)، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة، لبنان.

عبد العزيز سعد (1999). الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار الهومة، الجزائر.

محمد خضر قادر، (2010) دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن.

أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، (د.س.ن) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

3. الأطروحات:

محفوظ بن صغير، (2009).، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر.

4. القوانين والأوامر

القانون 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 م الموافق ل 09 رمضان 1404 هـ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005 م، الموافق ل 18 محرم 1426 هـ، ج.ر.ع.15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

القانون 22-63 المؤرخة في 02 جويلية 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقات الزوجية، ج.ر.ج.، ع.44.. الصادر في 29 جوان 1963،

قرار المحكمة العليا. (1992). غرفة الاحوال الشخصية. ملف رقم 73515 مؤرخ في 18-06-1991 : مجلة قضائية رقم أربعة

قرار المحكمة العليا. (2001). غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 210422 مؤرخ في 17-11-1998 مجلة قضائية عدد خاص.

المحكمة العليا, ق. (2001). غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 188707 مؤرخ في 17 مارس. 1998 مجلة قضائية عدد خاص.

القرار 105 المتعلق بشأن مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، المؤرخ في 17 شعبان 1408 هـ الموافق ل04 أبريل 1988، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة.