

جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

قانون الأسرة المعمق

مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الماستر 1
تخصص القانون الخاص

من إعداد
الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي

السنة الجامعية 2020/2021

مقدمة

التطور التاريخي لقانون الأسرة:

أولا. - العهد الاستعماري:

قبل أن تستولي فرنسا على زمام الأمور (الحكم) في الجزائر كانت مادة الأحوال الشخصية تخضع لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فكان القاضي آنذاك يستنبط الأحكام الخاصة بهذه المادة من هذين المصدرين وإذا لم يجد اجتهده رأيه وكانت له الحرية في الاختيار من آراء و فتاوى الصحابة الأقرب للقرآن الكريم والسنة النبوية وبالإمكان أن يأخذ برأيه معتمدا على تفسيره الخاص.

ولكن تغير الوضع لما تولى أبو يوسف القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد وكان أهم ما يميز هذه الفترة التاريخية هو انه كان يتعين على القاضي ان يستنبط الأحكام من المذهب الحنفي وهو مذهب الدولة العباسية، وكذلك الشأن بالنسبة للدولة العثمانية فيما عدا ما كان عليه القضاء في الأندلس فكان على مذهب الإمام مالك، واستمر الأمر على هذه الحالة إلى غاية أن استولت فرنسا على زمام الحكم في الجزائر. وما ينبغي الإشارة إليه هو أن المستعمر الفرنسي صعب عليه الأمر أن يقوم بتوحيد النصوص المنظمة لمادة الأحوال الشخصية، وذلك راجعا إلى أنه كانت الطائفة التركية خاصة في الجزائر العاصمة على مذهب الإمام أبو حنيفة وإلى جانبها كانت غالبية الأشخاص يخضع للمذهب المالكي، بالإضافة إلى الأعراف القبائلية التي كانت تطبق في منطقة القبائل، وكذلك مذهب الإباضي في منطقة الميزاب.

وأما المستعمر الفرنسي، إلى جانب ذلك كله، نص على إخضاع المستوطنين الفرنسيين وغيرهم من حاملي الجنسية الفرنسية بمقتضى مرسوم CREMIEUX في سنة 1870 وكذلك الجزائريين اليهود وبعض الجزائريين المكتسبين للمطنة للقانون الفرنسي. وبناء على هذا التطور التشريعي، أصبح الجزائريون وغيرهم يخضعون للقانون الفرنسي فيما يتعلق بالمسائل الجزائية والتجارية والإدارية والإجرائية إلا فيما عدا مادة الأحوال الشخصية فتركت فرنسا الجزائريين يخضعون بشأنها لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك فيما يتعلق بمعاملتهم المدنية الخاصة بهم وخصصت لذلك محاكم شرعية تستأنس بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالزواج، الطلاق، والميراث، الوصية، والوقف.

وبعد ذلك، حاولت فرنسا أن تقوم بتوحيد قانون الأسرة في بداية القرن 20 وذلك عن طريق مشروع العميد مارسيل مورو، وقد تناول هذا المشروع جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية حيث كان يحتوي على 263 مادة متعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما، و226 مادة متعلقة بالهبة والحبوس والميراث

والوصايا، و79 مادة متعلقة بالإثبات. إلا أنه على الرغم من أن هذا المشروع لم يصبح قانونا كان بعض القضاة يستنبطون أحكامهم منه، واستمر الوضع على هذه الحالة إلى أن قامت فرنسا بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم وشامل يهتم بجانب من الأحوال الشخصية وهو القانون رقم57/778 الصادر في 1957/07/11 والذي نظم الأحكام المتعلقة بالولاية والحجر والغياب والفقدان، ثم تم صدور الأمر رقم 274/59 في 1959/02/04 الذي نظمت بمقتضاه الإدارة الفرنسية الزواج والطلاق وأهم ما يلاحظ على الأمر الأخير ما يلي:

- يبطل عقد الزواج إذا لم ينعقد من قبل الزوجين وعلينا بحضور الشاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي؛
- لا ينحل الزواج فيما عدا الوفاة إلا بحكم قاضي وبطلب من أحد الزوجين وهنا يميز المشرع ما بين نوعين من الأسباب، فهناك أسباب حاسمة (زنا الزوج، الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية)، وأسباب غير حاسمة (سوء معاملة الزوجة...)
- لا يعترف هذا الأمر بزواج الصغار فقد حدد سن الزواج ب 18 سنة للفتى و15 سنة للفتاة.

ثانيا. - المشرع الجزائري وقانون الأسرة :

بعد ما نالت الجزائر استقلالها استعص الأمر على المشرع أن يقوم بإعادة النظر فيجميع القوانين في شتى المجالات، الاجتماعية، والأسرية، والاقتصادية، بل اكتفى بصدور في 1962/12/31 قانون ينص على إبقاء العملبالقوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي فيما عدا تلك التي تمس السيادة الوطنية أو لها طابع عنصري أو الماسة بالحرريات الديمقراطية.ومنها نستخلص أنه استقر العمل بالقانون الصادر في 1957/07/11 وكذلك الأمر الصادر في 1959/02/04 بشأن الولاية على الأسرة والحجر والغياب والفقدان والطلاق وآثارهما. وقد حاول المشرع تقنين الأسرة منذ 1963 وأول ما بدأ به تحديد سن الزواج رغم الآراء المتضاربة بعضها البعض داخل الجمعية الوطنية التأسيسية بين أنصار التحديث والرافضين له، ورغم ذلك، حددت سن الزواج ب 16 سنة للفتاة و18 سنة للفتى بمقتضى قانون الصادر في29/06/1963.

وبعد ذلك قام المشرع بوضع قانون التنظيم القضائي، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون الإجراءات الجزائية، وقانون العقوبات، وقانون الجنسية، وقانون الحالة المدنية، واستمر الوضع على هذه الحال إلى أن قام المشرع بوضع القانون المدني بمقتضى الأمر الصادر في 1975/09/26 ونص في مادته الأولى على أن ÷ في حالة انتفاء النص التشريعي، يرجع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم

قانون الطبيعة وقواعد العدالة. وبهذا، أصبح القاضي يستأنس بالتشريع وإلا فبمبادئ الشريعة الإسلامية بشأن الأحوال الشخصية، مع هذه الملاحظة أن والمشرع قد نص بمقتضى الأمر الصادر في 1973/07/05 على إلغاء جميع القوانين الموروثة من المستعمر الفرنسي ابتداء من 1975/07/01، وبالتالي أصبح القانون المدني ساري المفعول طبقاً للمادة 1003 منه ابتداء من 1975/07/05.

لكن بالرغم من صدور القانون المدني إلا أنه غير قادر على تغطية كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية رغم التنصيص على الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حالة غياب النص التشريعي، بحكم أنمبادئ الشريعة الإسلامية تقوم على عدة آراء، تارة مختلفة من مذهب وآخر وتارة متضاربة في المذهب ذاته، مما دفع بالمشرع محاولة تقنين قانون الأسرة حيث وضعت بشأنه عدة مشاريع، منها مشروع 1963 ثم 1966 ثم 1973 ثم 1980 ثم 1982 إلى غاية صدور المشرع قانون الأسرة في 1984/06/09.

غير أن سبب تأخر صدور قانون الأسرة، مقارنة مع القوانين الأخرى، هو التضارب القائم بين أنصار استنباط أحكام قانون الأسرة من آراء الفقه الإسلامي وأنصار تغريب قانون الأسرة واستنباط أحكامه من القوانين الغربية، وفي الحقيقة نحن لا نؤيد لا الرأي الأول ولا الرأي الثاني.

فالرأي الأول لا ينال منكل التأييد بسبب التطبيق الحرفي لآراء الفقه الإسلامي، علما أن البعض منها لا يمكن التمسك بها في العصر الحالي بحكم أنه بناها في العديد من المسائل على أساس الأعراف السائدة آنذاك، غير أن هذه الأعراف تتغير مع كل زمان ومكان، ومن ثم لا يمكن القول بتحديد سن الزواج الذي جاء به الفقه الإسلامي على أساس بلوغ الأمارات الطبيعية لدى المقبلين عليه، وبمعنى أدق لا يمكن لنا أن نسمح للمرأة أن تتزوج بمجرد أن أصبحت من ذوات الحيض أي عند بلوغها مثلا 12 سنة، كما أنه لا يمكن تطبيق عدة المستحاضة الواردة في بعض الأقوال الفقهية والمقدرة بـ 12 سنة، ولا الحكم بصحة زواج المكروه ولا الزواج الجبري ولا نظرية الطفل النائم.

أما الرأي الثاني لا يمكن الأخذ به لسبب واحد وهو أن العادات والتقاليد والأعراف الإسلامية المنتشرة في الجزائر تختلف اختلافا جذريا عن تلك السائدة في الدول الغربية، كيف يمكن الحكم بصحة زواج المثليين ولا زواج المغير لجنسه، وإباحية الزنا الذي لا يعد في بعض القوانين الغربية سببا حاسما للطلاق، والمساواة في الميراث بين الجنسين، وبالسماح للمسلمة الزواج بغير المسلم، هي كلها أحكام تتنافى مع النصوص الشرعية الثابتة.

والجدير بالملاحظة أن أهم النقاط التي كان يسود حولها الاختلاف تتمثل فيما يلي:
1. - السماح للمرأة البالغة الزواج بدون ولي: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

2. - عدم السماح للزوجة المسلمة الزواج بغير المسلم: ومع العلم، حكم التحريم نص عليه القرآن الكريم بنص واضح لا يقبل أكثر من تأويل؛

3. - تعدد الزوجات: الإسلام يسمح بالتعدد الشرعي عكس الواقع المنتشر في الدول الغربية، قال الله تعالى «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»، علما أن الزواج بواحدة هو الأصل الشرعي أما التعدد ما هو إلا استثناء وارد على الأصل؛

4. - الطلاق: العصمة بيد الرجل وهو الذي يطلق وقد سمح له الفقه الإسلامي بأن يطلق زوجته حتى بدون سبب، أي أن الطلاق في هذه الحالة يقع ولكنه آثم وعقوبته أخروية، فالمرأة لا يحق لها التطليق إلا إذا كان لها سبب تبني عليه طلبها، وأن مصدر حق الزوج في الطلاق قوله تعالى «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن»، وهناك عدة آيات أخرى تبين أن الخطاب موجه للرجل لا للمرأة؛

5. - التبني: وهو استلحاق شخص بلقب شخص آخر، ويكون الشخص الأول معلوم أو مجهول النسب مع اليقين أنه ليس منه، وغالبا ما يكون المتبني ابن زنا، والتبني ممنوع شرعا وقانونا طبقا للمادة 46 قانون الأسرة، ويقول الله تعالى "... ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله..."؛

6. - الميراث: وفي هذا يقول سبحانه وتعالى «يوصكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين»، ومن ثم ينبغي استبعاد ما قرره بعض الفقه من حيث تطبيق مبدأ المساواة في الميراث بين الجنسين؛

7. - الصداق: يرى أنصار الرأي الثاني وجوب إتمام عقد الزواج بدون مهر لأن المرأة ليست محل بيع وشراء، علما أن الله سبحانه وتعالى قال "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"، ومن ثم ينبغي استبعاد أي فكرة في هذا المجال تدور حول البيع والشراء لجسم المرأة بحكم أنه يجوز أن يكون المهر ولو خاتم من حديد، بل تعليم آية قرآنية.

أمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض، ينبغي القول أن المجتمع الجزائري مجتمع إسلامي وأمام النصوص القرآنية والأحكام النبوية سالفة الذكر، يقتضي الأمر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واستبعاد كل ما يمس الثوابت الشرعية، والقول بخلاف ذلك سيؤدي لا محال إلى التضارب بين القانون والوسط الاجتماعي، فيصبح الأول في واد والثاني في واد آخر.

ثالثا. - ملاحظات حول قانون الأسرة والتعديلات المدخلة عليه:

آ. - مصدرا قانون الأسرة:

جاء المشرع الجزائري بقانون الأسرة في 1984/06/09 وورد فيه أحكام الزواج والطلاق وآثارهما من المادة 4 إلى المادة 80، والنيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125، والميراث من المادة 126 إلى المادة 183، وأخيرا التبرعات من المادة 184 إلى المادة 220. ولكن، مما يلاحظ على هذا القانون أنه جعل من أحكام الزواج والطلاق ثلث النصوص الواردة فيه، ولكن قبل اللجوء إلى تفسير أحكامه ينبغي تبيان مصادره وينبغي طرح السؤال التالي: هل أن المشرع قد فتح باب الاجتهاد سماحا بذلك للقاضي أن يجتهد رأيه؟ أم أنه قد غلق ذلك الباب وما على القاضي إلا أن يطبق ما ورد في هذا القانون؟

للإجابة عليه تنص المادة 222 قانون الأسرة على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية». وتماشيا مع هذا النص، فإن القاضي عند طرح القضية عليه أن يبحث عن الحكم في النصوص الواردة في قانون الأسرة، وإذا لم يجد يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. والملفت للانتباه هو أن المشرع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد عند انتفاء النص التشريعي بحيث لم يقيد القاضي بمذهب معين بل للقاضي الجزائري أن يبحث عن الحل الأنجح في أي مذهب من المذاهب السنية، بل حتى في المذهب الظاهري كما أخذ به المشرع بشأن التنزيل (المواد 169 إلى 172 من ق.أ).

ب. - تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص:

تجدر الإشارة بداية في التساؤل عما إذا أخذ المشرع الجزائري بنظام الطوائف؟ والمقصود بهذا النظام هو أنه عندما تطرح القضية على المحكمة، فإنه ينبغي على القاضي أن يسأل المتقاضين عن الديانة التي يعتنقها، وذلك حتى يحدد القانون الواجب التطبيق. فإذا كان الشخص ينتمي إلى الديانة المسيحية يطبق عليه الأحكام الواردة في هذه الديانة وهو نظام معمول به في دول الشرق الأوسط كلبنان وكذلك في المغرب بالنسبة للطائفة اليهودية.

وخلافا لذلك، فالمشرع الجزائري لم يأخذ بنظام الطوائف بحيث قد نص في المادة 221 قانون الأسرة على أنه «يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني». وتحليل هذا النص نستشف ما يلي:

1. - إذا كان أحد أطراف النزاع يحمل الجنسية الجزائرية وهو متمسك بالدين الإسلامي أم لا فأحكام

قانون الأسرة هي التي يخضع لها، ولذلك ينبغي القول أن المشرع أخذ بضابط الجنسية مبعدا في المجال ضابطي الديانة والموطن، إلا في حالات استثنائية.

2.- أما الاستثناءات الواردة في المادة 221 من قانون الأسرة تتعلق فقط بأحكام القانون المدني الخاصة بمسائل القانون الدولي الخاص (م9 إلى م 24 ق.م). ومما يؤكد عدم الأخذ بنظام الطوائف، هو ما جاء به المشرع في المادة الأولى من قانون الأسرة التي نصت صراحة على أنه: «تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون»، ويطبق قانون الأسرة من حيث الأشخاص على كل الحاملين للجنسية الجزائرية مع الاستثناء الوارد على المقيمين الأجانب في الجزائر.

وأن الملاحظة الأخيرة حول قانون الأسرة هو أن المشرع قد جاء بنصوص تارة هي غامضة وتارة أخرى ناقصة وتارة ثالثة متضاربة بعضها البعض، ومما يصعب الأمر على القاضي إيجاد النص الواجب التطبيق، وذلك راجع إلى أن المشرع لم يرافق هذا النص لا بالأعمال التحضيرية ولا بالمذكرة الإيضاحية.

أما التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون الأسرة بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27، مست فقط بعض أحكام الزواج والطلاق وآثارهما والنيابة الشرعية في جانب معين. وأن ما يلاحظ على هذه التعديلات وذلك بصفة عامة كأن الطرف الوحيد في العلاقات الزوجية هي المرأة دون باقي الأطراف وخير دليل على ذلك النصوص التالية:

1.- المادة 8 من قانون الأسرة وما يليها المتعلقة بتعدد الزوجات حيث أن المشرع قد أدخل في هذه المادة شرط الحصول على الإذن القضائي، كما أكد في المادة 8 مكرر منه على حق الزوجة في رفع دعوى قضائية ضد الزوج من أجل طلب التطليق في حالة التدليس؛

2.- المادة 11 من قانون الأسرة التي أصبحت تنص على أنه «:تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره...»؛

3.- المادة 36 وما يليها من ذات القانون نصت على واجبات وحقوق الزوجين، وهي مواد عشوائية من حيث الصياغة، إذ ولم يفرق ما هو واجب بالنسبة للزوجة وكذلك الأمر بالنسبة للزوج وهي الحقوق التي يتمتع بها كل واحد منهما؛

4.- كما أن المشرع الأسري قد ألغى المادة 20 المتعلقة بالزواج عن طريق الوكالة ومن ثم قد أصبح يشترط حضور الزوج يوم إبرام العقد، وهذا يتنافى مع المصالح الشخصية للمقبل على الزواج وكذلك مع أحكام الفقه الإسلامي.

5. - نص المشرع الأسري في المادة 53 قانون على حق الزوجة في التطليق، بل على حقها في الخلع دون موافقة الزوج، وبهذه النصوص يكون قد فتح باب الفرقة على مصراعها، فبعدها كان ينص على سبع أسباب في المادة المعدلة أصبح ينص على 10 أسباب.

6. - منح المشرع الأسري بموجب المادة 87 4/87 حق الولاية للحاضن سواء أكان ذكراً أو أنثى على أولاده المحضونين، وهنا خروج فاضح عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن الحضانة شيء والولاية شيء آخر، وبذلك أصبح يعترف بحق الولاية حتى للأم المسيحية بعد أن طلقها زوجها المسلم مع إسناد الحضانة لها.

الباب الأول الزواج وحالة الزوجين

الفصل الأول: تكوين عقد الزواج.

المبحث التمهيدي: تعريف الزواج، وحكمته، وحكمه الشرعي

أولاً. - التعريف اللغوي والاصطلاحي للزواج

الزواج لغة هو الازدواج والاقتران والارتباط، يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، ويقال تزوج القوم أي تزوج بعضهم بعضاً، ويقول الله تعالى "وزوجناهم بجنون 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 جانب من الفقه على أنه: "عقد يفيد حق العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"، وفي هذا الإطار عرفت المادة 4 من قانون الأسرة الزواج على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

غير أن ما يؤخذ على هذا التعريف بأنه ناقص لأن المشرع قد استعان بذكر غايته أي أهدافه 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، وبناء على هذا، نعرف عقد الزواج على أنه: "عقد يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعا وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يحدد القانون أركانها وشروطها وآثارها وانحلالها".

ثانيا. - حكمة تشريع الزواج

عموما، إن الحكمة من الزواج تتجلى في العديد من الغايات، منها خاصة أن به، وفي إطار شرعي ومنظم تنظيما محكما، يتم عمران الكون وازدهاره؛ وأن الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسدت المجتمع؛ وأنه المعيار الأساسي لحفظ الأنساب من الاختلاط إذ أن الشرع لا يعترف بأبوية الشخص والانتساب إلى الأب، كأصل عام، إلا عن طريق الزواج صحيحا كان أم فاسدا، والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى انتشار الفوضى وشيوع الفاحشة واختلاط الأنساب، أي إلى إساءة أحوال الأشخاص المؤدية إلى انهيار المجتمع. لذلك، فإن راحة الرجل والمرأة النفسية وغيرها تتجسد في الميثاق الغليظ، بحيث فيه يجد كل من الزوجين الأُنس بصاحبه والاستراحة إليه والاستعانة به، والإحصان مما يبعدهما عن الرذيلة.

ثالثا. - حكم الزواج:

حثت الشريعة الإسلامية الأشخاص على الزواج إذ يقول تعالى "فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ..."، ويقول سبحانه وتعالى "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ"، ومن ثم كرهت الرهبانية بحيث يقول صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة"، وفي حديث آخر يقول عليه الصلاة والسلام "يا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"، وكما يقول "النكاح سُنَّتِي، فمن أحبَّ فِطْرَتِي فَلْيَسُنَّ بِسُنَّتِي". وعلى أساس تلك الآيات القرآنية وهذه الأحاديث يمكن أن يبنى عقد الزواج على النحو التالي:

1. يكون الزواج فرضا إذا كان الشخص المكلف يتأكد الوقوع في المعصية لو لم يتزوج وكان قادرا على تكاليف الزواج المادية والمعنوية وكان واثقا على إقامة العدل مع من يتزوجها؛

2. - يكون الزواج واجبا إذا خاف الشخص الوقوع في الفاحشة خوفا لا يصل إلى درجة اليقين وكان قادرا على تحمل تكاليف الزواج؛
3. - يكون الزواج حراما إذا كان الشخص غير قادر على تحمل تكاليف الزواج أو كان متيقنا من ظلم المرأة ومهما كانت نوعية هذا الظلم؛
4. يكون الزواج مكروها إذا خاف الشخص وهو غير متيقن لا من وقوعه في الفاحشة ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة أو على عدم قيامه بحقوقها.

ما العمل إذا كان الشخص متيقنا 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 حرمناه من الزواج لقام بارتكاب الفاحشة وأن هذه الأخيرة لا تنحصر في امرأة واحدة، وهذا ما ذهب إليه مذهب المالكية.

واستخلاصا لما سلف، فإن الأسرة تعد اللبنة الأولى للمجتمع، وهذا لا تسوده الراحة النفسية والمادية إلا عن طريق العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج. ولذلك، حثت الشريعة الإسلامية على التعارف بين المقبلين عليه حتى لا يتفاجأ كل واحد منهما بما هو عليه الطرف الآخر من عادات وتقاليد، وأن هذا التعارف لا يتم إلا في إطار الخطبة الشرعية.

المبحث الأول

الخطبة، أو مقدمات الزواج

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل للتزوج بامرأة معينة خالية من الموانع وقد يكون الطلب منه شخصيا أو ممن ينوب عنه، والحكمة من الخطبة، كما تقدم، 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 حكمها الشرعي، 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 غرض الزواج مبني على أسس متينة، بل أن حقها في فك الرابطة الزوجية مقيد بأسباب معينة خلافا للرجل الذي تكون بيده دائما العصمة.

وفي نفس السياق، فإنه لا يجوز الخلوة بين الرجل والمرأة، فهي محرمة عليه شرعا حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن ثالثهما الشيطان". وبناء على ذلك، مادام لم يتم عقد الزواج بينهما، فهي أجنبية عنه حتى ولو تمت الخطبة، إذ يمكن لأي شخص آخر أن يتزوج بها. وتجدر الإشارة إلى أن الخطبة، رغم أن مقدمة للزواج، فإن صحتها متعلقة ببعض الشروط الواجب توافرها في المقبلين عليها.

المطلب الأول

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 الرضاة أو المصاهرة (موانع مؤبدة)؛

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

ت. - المعتدة من طلاق رجعي، لا يجوز خطبتها بطريق التصريح ولا التعريض لأن زوجيتها لا زالت قائمة وحق الزوج في إرجاعها لا زال كذلك قائما. إذ يجوز للرجل إرجاع المرأة المعتدة من طلاق رجعي إذا كانت ما تزال في عدتها بدون رضاها ولا صداق جديد، بل ولا عقد جديد. ولكن، هل المشرع الجزائري أخذ بالطلاق الرجعي بحيث لا يجوز خطبة المرأة في هذا النوع من الطلاق؟ للإجابة على هذا السؤال تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، و تنص المادة 50 منه على أنه: "...ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى حكم جديد"، وتنسيق 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.

ث. - 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 تصریحاً ولا تعريضاً، بينما يرى جمهور الفقهاء بإجازة خطبتها تعريضاً لانقطاع الزوجية بالطلاق.

ج. - المعتدة من وفاة، وهي المرأة التي توفي عنها زوجها وأصبحت معتدة بعدة الوفاة وهي 04 أشهر و10 أيام فهذه لا يجوز خطبتها تصریحاً أما التعريض فأجازته الفقهاء مع عدم تزوجها في الحال.

ح. - مخطوبة الغير، حسب القاعدة العامة لا يجوز للشخص أن يتقدم بخطبة امرأة مخطوبة لشخص آخر، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ"، وقال صلى الله عليه وسلم: "وَلَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكَحَ أَوْ يَتْرُكَ"، أمام هذه الأحاديث النبوية، فإن الحالات التي يمكن أن تظهر في الواقع بشأن هذه الخطبة فهي متعددة منها خاصة:

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

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

3. - 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 للخطاب 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: "أَمَّا مُعَاوِيَةُ، فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو الْجُهْمِ فَلَا يَضَعُ الْعَصَا عَنْ عَاتِقِهِ يَضَعُ عِصَاهُ عَلَى عَاتِقِهِ، انْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ".

وأمام تلك الآراء وهذا الحديث النبوي الشريف، لنا أن نتساءل ما هو حكم زواج مخطوبة الغير، هل هو صحيح ويرتب كل آثاره، أم باطل ول أثر له؟
يقصد بمخطوبة الغير هي المرأة التي وافقت على خطبتها الأولى وتقدم شخص ثان لخطبتها وتزوجت منه، ما حكم هذا الزواج؟

للإجابة على هذا التساؤل، 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. أما الاتجاه الثاني: ذهب إليه الظاهرية وقالوا أن الزواج باطل ويجب فسخه سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن الحديث الذي نهي عن خطبة امرأة الغير هو صحيح فلا يحتاج إلى تأويل آخر. بينما الاتجاه الثالث: ذهب إليه المالكية فقالوا أنه يجب في هذه الحالة التفرقة بين الدخول من عدمه، فإن تم الدخول فالزواج صحيح ولا يمكن فسخه نظرا لما يترتب عليه من أضرار، أما إذا لم يتبعه دخولا فالعقد باطل.

ما هو موقف المشرع الجزائري من هذه العلاقة؟

تنص المادة 1/05 من قانون الأسرة 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 ضمنيا، لأن العدول حق من حقوقها وبالتالي، فإن زواجها مع الشخص الثاني صحيح دخل بها أو لم يدخل بها.

ويشترط إلى جانب ذلك، أن تتم الخطبة عن تراضي الطرفين أي الإيجاب من قبل أحدهما والقبول من الطرف الآخر، كما يشترط في الرضا أن لا يكون معيبا بعيب من عيوبه كالغلط والإكراه والتدليس. غير أن ما يجعل الخطبة تختلف عن عقد الزواج هو أن المشرع لم يحدد سنا معينة للخطابين بحيث قد اكتفى بالتنصيص في المادة 07 من قانون الأسرة على أن أهلية الزواج بالنسبة للطرفين هي 19 سنة، وأما صراحة هذا النص، لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه السن هي ذاتها قد اشترطها المشرع بالنسبة للطرفين محل الخطبة؟

للإجابة عن هذا السؤال، فإن المشرع في المادتين 05 و 06 منه المنظمتين لأحكام الخطبة لم ينص على تحديد سن معينة للخطابين، ولكن نظرا للعادة 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. وبالتالي، فإنه من المستحسن أن لا تكون هذه السن أقل من 17 سنة بالنسبة للفتاة و18 سنة بالنسبة للفتى وإلا سيوافق أحدهما عند عدم توافر هذه السن على علاقة غير قادرين على تنبؤ تكاليفها. و كما أن المشرع لم يشترط شكلاً معيناً لإتمام الخطبة وذلك باعتماده على مبدأ الرضائية الصادر من كلا الطرفين أو ممن ينوب عنهما.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للخطبة

إذا تمت الخطبة وأدى ذلك إلى إبرام عقد الزواج، فهنا لا يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنته هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج، فإنه من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة، هل تعد عقداً أم وعداً بالعقد؟ وإذا كيفناها أنها وعداً بالعقد مثلاً، هل تأخذ ذات الحكم المتعلق بالوعد بالعقد المنصوص عليه في القانون المدني؟

تنص المادة 1/05 من قانون الأسرة على أن الخطبة وعد بالعقد وفي الفقرة الثانية منها على أنه يجوز لكلا الطرفين العدول عنها، ومن ثم يكون قد استنبط 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 يقضي 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، وهذا ما نصت عليه المادة 3/05 من القانون ذاته. ومن ثم يجب على طالب التعويض 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.

وانطلاقاً مما سلف، أن التساؤل الواجب طرحه في هذا المقام يتجلى في البحث عن حكم اقتران الفاتحة بالخطبة، هل تكيف على أنها خطبة أم عقد زواج؟

كانت المادة السادسة قبل تعديلها من قانون الأسرة تنص في مضمونها على أنه إذا اقترنت الخطبة بالفاتحة تطبق بشأنها أحكام المادة الخامسة أعلاه، بمعنى أن المشرع أخضع الفاتحة والخطبة لنفس الحكم

المنظم للخطبة. وتأسيسا على ذلك، 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 سائد 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 عن المحكمة العليا قضت بمقتضاها بأنه: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا (قرار 1992/04/14). وفي قرار آخر صرحت المحكمة العليا على أن: "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 قانون الأسرة (قرار 1995/04/04).

ونتيجة لذلك، تراجع المشرع عن موقفه السابق، ونص في المادة السادسة المعدلة سنة 2005 على أنه "... غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م 09 مكرر من هذا القانون. وبهذا، أصبح المشرع يكيف الفاتحة المقترنة بالخطبة على أنها عقد زواج شريطة أن تتم بتوافر ما يتطلبه العقد من ركن وشروط صحته في مجلس العقد. وبهذا إذا تمت الخطبة واتبعتها زواج، فإنه لا يثار أي إشكال بشأن الخطبة، بينما الإشكالية تثار في حالة العدول عنها، وما ترتبه من آثار؟

المطلب الثالث

آثار العدول عن الخطبة

هذه الآثار تتمثل في ثلاث نقاط أساسية، وهي حكم المهر (الفرع الأول)، والهدايا (الفرع الثاني)، وأخيرا، التعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حكم المهر

لقد جرت العادات في الجزائر على أن يمنح الخاطب لمخطوبته قبل إبرام عقد الزواج المهر كله أو جزءا منه، وذلك من أجل تحضير بيت الزوجية. وبالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أن المشرع الأسري لم يبين لنا ما هو حكم المهر في حالة العدول عن الخطبة. ولكن تنفيذ المادة 222 من قانون الأسرة، نستخلص أن الفقه الإسلامي قد أجمع 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 عند المالكية، أو أثر من آثاره عند جمهور الفقهاء، ولا دخل للخطبة فيه. غير أن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن هذه القاعدة لا تتماشى

مع العدل الذي أقيمت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية. ولذلك، يجب التفرقة في حالة العدول بين الحالتين التاليتين:

1. - إذا كان العدول من جهة المخطوبة، يجب عليها رد المهر كاملا وإن كانت قد بدأت بإعداد جهازها لأنها تكون راضية بالخسارة
2. - أما إذا كان العدول من جهة الخاطب، فمن الظلم أن تلزم المخطوبة برد مثل النقود أو قيمة ما قدمه لها من مهر، وهي غالبا تنصرف في المهر بعد الخطبة من حيث شراء الثياب... الخ. لذلك، لها الخيار بين رد المهر نقدا أو جهازا حتى لا تتحمل الخسارة، وفي كل ذلك ينبغي البحث عن المتسبب في العدول، إذا كانت المرأة المخطوبة، فإنها تخضع لأحكام الحالة الأولى، أما إذا كان الرجل، فإنه يخضع لأحكام الحالة الثانية.

الفرع الثاني

حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

من زاوية الفقه الإسلامي، لقد تضاربت الآراء 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، بينما يرى الشافعية بوجوب الرد مطلقا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، وأمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض يرى المالكية أنه ينبغي التفرقة بين حالتين:

1. - حالة العدول من جانب الخاطب: وفيها لا يحق له أن يسترد الهدايا حتى ولو كانت قائمة ما لم يوجد شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك.
2. - العدول من قبل المخطوبة: عليها أن ترد الهدايا إذا كانت قائمة أو قيمتها إذا استهلك أو هلك.

ومن زاوية القانون، ذهب المشرع الجزائري، على منوال المالكية، إلى التنصيص في المادة 3/05 من قانون الأسرة 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".

ولكن، 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 كالتالي "وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته إذا استهلك أو هلك".

أما المادة 4/05 من قانون الأسرة 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 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 نطبق ما ورد في المادة 3/05 أعلاه، أما إذا كان العدول من قبل الخاطب ولكن بسبب المخطوبة، فنطبق حينئذ ما ورد في م 4/05 قانون الأسرة.

الفرع الثالث

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 وتقاليدنا المنحرفة عن الديانة الإسلامية، ومن ثم يمكن أن هذه التصرفات المتمثلة خاصة في العدول عن الخطبة قد تسبب ضررا للطرف الآخر، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان للطرف المضرور الحق في التعويض وعلى أي أساس؟

للإجابة على هذا السؤال، يرى جانب من الفقه الإسلامي المعاصر 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، إذ أن 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 معاً، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي بحيث نص في المادة 2/05 من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". ولكن، ما يعاتب على المشرع هو أنه قد اعتبر الخطبة أمر إلزامي بحيث إذا لم تنته إلى الزواج وتم العدول عنها، فيسأل صاحبه من حيث التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر، وهذا ما يجعلها تتناقض مع الفقرة الأولى من المادة 05 من القانون ذاته التي أجازت للطرفين الحق في العدول. ولذلك كان على المشرع أن يأخذ بما أخذت به المدونة المغربية بحيث نصت في المادة السادسة منها على أن: "حق العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين"، وجاءت في المادة السابعة بالتنصيص على أن: "بمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

وما يمكن القول في هذا الصدد أن المسؤولية تكون تقصيرية مرتكزة على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وبالتالي ينبغي على المضرور إثبات الخطأ الصادر عن الطرف الآخر، وأن هذا الخطأ قد سبب له ضرر، أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويمكن التمسك أن التعويض في هذه الحالة بديلاً عن الالتزام بالوفاء بالوعد لأن هذا الوعد ينتهي بالعدول وأن التعويض لا يكون إلا إذا صاحب العدول ظروف وملايسات من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر. ولذلك، ينبغي أن يكون التعويض على قدر الضرر، فلا يجوز أن يكون تعويضاً تقديره جزافياً.

ولكن أمام كل هذه القواعد، يستوجب الأمر التفرقة بين أمرين، أي بين نوعين من الأضرار: - الأضرار التي تلحق الطرف الآخر نتيجة لمخالفة الأحكام الشرعية كاحتلاط 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)، فإنه يجوز لها المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي.

المبحث الثاني

ركنا عقد الزواج

يقوم عقد الزواج على ركنين أساسيين وهما الاختلاف في الجنس (المطلب الأول)، وركن الرضا (المطلب الثاني) وفقاً لما نصت عليه المادتان الرابعة والتاسعة فقرة أولى من قانون الأسرة.

المطلب الأول

الاختلاف في الجنس

هنا ندرس نقطتين هما: اختلاف في الجنس بمعناه الفعلي (الفرع الأول)، واختلاف في الجنس بالمعنى الوهمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي:

أولاً. - الشخص الطبيعي من حيث التكوين الجسدي:

يعتبر الاختلاف في الجنس بين المقبلين على الزواج ركنا أساسيا في هذا العقد بحيث لا يمكن أن يقوم بدونه كما لا يمكن أن يحل محله أي نوع آخر إذ أن المشرع الجزائري وطبقا للمادة الرابعة من قانون الأسرة لا يعترف إلا بالزواج القائم بين شخصين من جنس مختلف، أي بين رجل وامرأة، وأن إثبات جنس الشخص يتم أصلا بواسطة عقد الميلاد الذي يبين فيه إلى جانب يوم الولادة والساعة والمكان والأسماء التي أعطيت للطفل، جنسه، وهو العقد الذي يقدمه المقبلان على الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق (م 74 قانون الحالة المدنية).

وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز الزواج بين المثاليين أي بين المرأتين أو الرجلين، فهذه العلاقة لا تكون منعدمة فحسب بل يعاقب عليها قانون العقوبات، لأن السحاق كاللواط طريق منحرف لتصريف الطاقة الجنسية لما يؤدي لاختيار الأسر والمجتمعات وانتشار الأمراض (المادة 338 من قانون العقوبات). وكذلك من جانب المقارنة، إذا كان القانون الكنسي يجذب الاختلاط في شأن الزواج بالقدرة على الاتصال الجنسي أو بتوافر لدى الشخص كل المقومات اللازمة للتناسل، فإن هذا الموقف لا يستقل مع القانون الجزائري إذ أن المشرع لم يشترط في الشخص المقبل على الزواج أن يكون سالما من الناحية الجنسية أو أن يكون أهلا للتناسل.

وكذلك في باب المقارنة، لقد اعتبر المشرع الفرنسي في المادة 2/180 من القانون المدني الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص سبب من أسباب إبطال عقد الزواج، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي (فيما عدا حالة واحدة هي حالة فقد عذرية الزوجة). غير أن ما هو مستقر عليه القضاء الجزائري هو أنه يعتبر الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص سبب من أسباب الطلاق أو التطلق، وفي هذا قضى المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قراره الصادر في 14/05/1984 على أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يصوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت

الضرر بها، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة قد أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم". وهذا ما أكدته القرار الصادر من المجلس ذاته بتاريخ 1984/11/19 بأنه "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج... فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق.

وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة بين المحاكم الفرنسية والجزائرية، فإنه من المستحسن على القضاء الجزائري أن ينهج نفس المنهج الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي، بل على المشرع الجزائري أن يأتي بنص صريح يقضي من خلاله بأن الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص المتعاقد يعد سبباً من أسباب إبطال عقد الزواج وليس سبباً من أسباب الطلاق أو التطليق، وذلك راجع إلى أن حالة الموافقة من قبل أحد الزوجين على العقد فكان يعتقد بأن الصفة التي أدت به إلى إبرام العقد هي متوفرة عند الشخص الآخر، بحيث لولاها لما وافق على العقد. وهذا يدفعنا إلى القول بأن العقد ولد مريضاً وهذا يقابله البطلان لا الطلاق لأن هذا الأخير لا يكون إلا في العقد الصحيح.

ثانياً. - الخنثى (المختلط الجنس):

إذا كان معظم الأشخاص يكتسبون أعضاء تناسلية عادية بحيث إما أن يكونوا رجالاً أو نساء، غير أن هناك طائفة من الأشخاص أفرزت الطبيعة لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة، إذ قد يكون للشخص الواحد أعضاء الذكورة وأعضاء الأنوثة في آن واحد، فيسمى هذا الشخص في الفقه الإسلامي بالخنثى، وعليه لنا أن نتساءل عن حالة هذا الشخص نحو الزواج، هل له الحق في ذلك وعلى أي أساس؟ أم ينبغي حرمانه من الزواج؟

قد حثت الشريعة الإسلامية، كما تقدم، الأشخاص على الزواج، فإنه من غير الطبيعي أن يبقى هذا الشخص منعزلاً عن الاجتماع، بل أباح له هذه الأخيرة الزواج ولكن على أساس تباين الأعضاء التناسلية لديه. فإذا كانت أعضاء الذكورة هي الغالبة، فإنه لا يتسنى له الزواج إلا بامرأة والعكس صحيح.

والأعضاء التناسلية محل التقدير هي الأعضاء الداخلية، لكن أمام التطور العلمي الطبي، فإن تحديد جنس الشخص في هذه الحالة لا يكون إلا على أساس الخبرة الطبية وإن كان بحاجة إلى إجراء عملية جراحية لتوطيد هذه الأعضاء وتحديد جنسه. فإن هذه العملية تعد مشروعاً وقانوناً، وعليه

فإن المشرع طبقا للمادة الرابعة من قانون الأسرة، وبعد إجراء العملية الجراحية وتحديد جنس الشخص، فإن هذا الأخير إذا ظهر بأنه أنثى، فإنه لا يجوز له الزواج إلا برجل وإلا كان عقدا باطلا بطلانا مطلقا، وأما إذا ظهر بأنه رجل، فلا يجوز له الزواج إلا بامرأة، وليس له حق الخيار أمام الخبرة الطبية.

الفرع الثاني

الاختلاف في الجنس بمعناه البيكولوجي

(حالة التغير الجنسي)

إلى جانب الطائفتين السابقتين قد ظهرت في علمنا الحاضر طائفة أخرى التي تطلب بتغيير جنسها على أساس أنها ضحية الطبيعة وهي تختلف عما هو عليه بالنسبة للخنثى، بحكم أن هذه الطائفة من الأشخاص لم تكن ضحية الطبيعة وإنما ضحية ميولهم الشخصي بحيث يكون الشخص فيها مظهرًا رجل إلا أنه يعتقد بأنه امرأة والعكس، وهذا ما يدفع به إلى اللجوء إلى إجراء عملية جراحية جد خطيرة من أجل أن يصبح ما كان يعتقد ذهنيًا.

وبهذا، فإن هذه الحالة تختلف عن الخنثى ولا يمكن أن نجعلها في نفس الدرجة بل هناك من الفقه من يرى بأنه في حالة زواج أحد الأشخاص المنتمين إلى هذه الطائفة سيكون زواجه باطلا بطلانا مطلقا بسبب الاختلاف في الجنس، ولكن أمام هذه المسألة الجادة لنا أن نتساءل عما إذا كان يجوز لهذه الطائفة من الأشخاص القيام بتغيير أعضائه التناسلية؟ وعلى أي أساس؟ وهل يمكن له الزواج؟ وما هي النصوص التي تسمح له بذلك؟

وللإجابة على ذلك، يقتضي الأمر التفرقة بين موقف القانون المقارن(أولا)، وموقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري منها(ثانيا).

أولا. - موقف القانون المقارن:

لقد اتفقت غالبية التشريعات الغربية على أنه يجوز لهذا الشخص أن يقوم بتغيير جنسه على أساس إجراء العمليات الجراحية، ومنها على سبيل المثال القانون السويدي ، (21/04/1992) والهولندي (1985/04/24)، والداغري(1989/06/07).

وقد طرحت المسألة على القضاء الفرنسي الذي حكم في غياب النص التشريعي الصريح بالرفض القطعي لإجراء هذه العمليات، ومن ثم إذا كان هذا موقف محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات صادرة عنها غير أن المحاكم الأدنى درجة قد تضاربت مواقفها بحيث هناك من قضت بصحة هاته العمليات ومن ثم يحق للشخص في الزواج على أساس جنسه الجديد وهناك من رفضت ذلك. ولكن أمام الموقف الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، فإن فرنسا عوقبت بسبب ذلك من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في 1992/12/11، وبذلك أصبح القضاء الفرنسي يعترف بالتغيير الجنسي، ومن ثم السماح بتغيير الحالة المدني، علما أن هذا التغيير لا يثير أي إشكال في القانون الفرنسي ابتداء من سنة 2013، حيث أصبح القانون الفرنسي يعترف بزواج المثليين.

كما طرحت هذه المسألة على بعض قضاة الدول الإسلامية، فطرحت على القضاء المصري بسبب قضية سميت بقضية سالي وانتهى إلى الحكم بموافقة تغيير أعضائه التناسلية ولكن عندما طرح المشكل أمام محكمة الاستئناف بالقاهرة رفضت هذه الأخيرة في قرارها الصادر في 1991/07/02 إلغاء القرار المطعون فيه الصادر من كلية الطب بالأزهر الشريف بفصل الطالب لوقوعه على غير محله على أساس أن جميع الشهادات التي قدمها هي شهادات رسمية تثبت تغيير جنسه، غير أن هذه المسألة قد تدخلت فيها وزارة العدل وقامت بفصل الهيئة القضائية بأكملها نظرا للقرار الذي جاءت به متنافيا مع النظام العام المصري.

ذلك إن الفلسفة الغربية التشريعية قد وجدت أرض خصبة في الدولة التركية بحيث أن هذه الأخيرة قد قامت بإدخال تغيير على م 29 من القانون المدني التركي بمقتضى القانون رقم 3444 الصادر في 1998/05/04 والتي سمحت بمقتضاه بتغيير محتويات عقد الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي شريطة أن يتم ذلك عن طريق إثباته بشهادة طبية ووفقا للشروط التالية: أن يكون الشخص بالغاً أكثر من 18 سنة، أعزب، فاقد بصفة نهائية القدرات على الحمل.

أما القضاء التونسي فقضى عن طريق محكمة استئناف تونس بتاريخ 22/12/1992 بما يلي:
"إن ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفسي لكسب توازن في شخصيته بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جسمه فإنه قد غير الموروث الحضري والأخلاقي للأمة وهو ما يعبر عنه قانونا بالنظام العام والأخلاق الحميدة... فإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر

عليه العلم حاليا". غير أن ذات المحكمة قد تراجعت عن موقفها هذا وسمحت في جويلية 2018 بحق الشخص في تغيير جنسه مع تغيير وثائقه الرسمية.

ثانيا. - موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من مسألة تغيير الجنس آ. - موقف الشريعة الإسلامية:

بناء على الأحكام الشرعية في هذا المجال، نجد أن موقف الشريعة الإسلامية هو موقف صارم بحيث تعتبر ذلك التصرف انحرافا عن أحكام الطبيعة وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: "أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى* أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى* ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى* فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى"، ويقول أيضا: "فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۗ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ"، كما جاءت الأحاديث النبوية صريحة بهذا المضمار، حيث يقول عليه الصلاة والسلام: "إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ وَإِذَا أَتَتْ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ فَهُمَا زَانِيَتَانِ"، وكانت كذلك الأحاديث النبوية جد صارمة حول تشبيه الرجال بالنساء، فما بالك بالتغيير حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "لَعَنَّ اللَّهُ الْمُتَشْبِهِينَ مِنَ الرِّجَالِ بِالنِّسَاءِ وَالمُتَشْبِهَاتِ مِنَ النِّسَاءِ بِالرِّجَالِ".

ب. - موقف القانون الجزائري:

لم ينص قانون الأسرة صراحة على هذه الحالة وإنما اكتفى بالتنصيص في المادة 4 منه عند تعريفه لعقد الزواج أن هذا العقد لا يتم إلا بين رجل وامرأة، وفي حكم المشرع فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل هو الذي ولد على أساس جنس ذكر. وتفسيرا لذلك، فما على المرأة إلا أن تتحمل أنوثتها وما على الرجل إلا أن يتحمل ذكورته وأي تغيير يطرأ بعد ذلك على جنس الشخص إثر إجراء عمليات جراحية فيعتبر جريمة يعاقب عليها القانون. وهذا ما نصت عليه المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء في مضمونها: أي إجراء أحدث جروحا للغير... وترتب عليه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو حرمان من استعماله... يعرض مرتكبوه لعقوبة السجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات، وكما أضافت المادة 274 منه بأن: "كل من ارتكب جنایة الخضاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة". والجدير بالملاحظة أن التغيير الجنسي يتطلب، حسب الحالة، بتر الخصيتين وعضو الذكورة بالنسبة للرجل وفقد المرأة ثديها الخ.

وبالتالي، أمام هذه التصرفات الالاقانونية، لا يعترف المشرع الجزائري بالتغيير الجنسي ولا يجوز لأي ضابط الحالة المدنية إبرام عقد الزواج لرجل أو امرأة قاما بالتغيير الجنسي.

المطلب الثاني ركن الرضا

أمام الاختلاف الفقهي حول أركان عقد الزواج، فقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة التاسعة 09 المعدلة من قانون الأسرة على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهذا جاء تأكيدا لما نصت عليه المادة 04 منه 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. ولذلك، فالزواج الذي ينعدم فيه هذا الركن يعتبر باطلا حسب ما نصت عليه المادة 33 منه بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". (إذا انتفى ركن الرضا فالعقد باطل بطلانا مطلقا).

ولتوضيح ذلك، يستوجب البحث عن طرق التعبير عن الإرادة مع تحديد الشروط الواجب توافرها فيها (الفرع الأول)، وعن عيوب الإرادة والزواج الصوري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طرق التعبير عن الإرادة والشروط الواجب توافرها فيها

أولا. - 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 يريد صاحبها. غير أن طرق التعبير عن الإرادة لم يجعلها المشرع في مرتبة واحدة بحيث تنص المادة العاشرة في فقرتها الأولى من قانون الأسرة على أنه "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، توجز الفقرة الثانية من ذات المادة، أن يعبر الشخص عن إرادته بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة.

ومما ينبغي ملاحظته 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 المادة 20 من قانون الأسرة 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 قانون الأسرة قبل تعديلها. ولكن بعد إدخاله بعض التعديلات على المادة 11 أعلاه وإلغاء المادة 20 سالفه الذكر بمقتضى الأمر الصادر في 27/02/2005، 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 يُشترط حضورهما، لذلك أكد المشرع في المادتين 4 و9 من قانون الأسرة 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.

وبهذا التعديل يكون المشرع قد خالف آراء الفقه الإسلامي التي توجز إبرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، وحبذ لو أخذ بها المشرع خاصة إذا استعصى الأمر على الرجل أو المرأة أن يحضرا مجلس العقد، خاصة بالنسبة للمغتربين، بل حتى بالنسبة للجزائريين المقيمين في الجزائر.

ثانيا. - 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 واستقر موقف المذاهب السنية على أن هذا الزواج باطل سواء دخل بها أو لم يدخل بها بحيث قد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة زمن خيبر إذ يقول: "يا أيها الناس، إني قد كُنتُ أذُنْتُ لَكُمْ فِي الاسْتِمْتَاعِ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَلْيُخَلِّ سَبِيلَهُ، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا".

بينما يرى الشيعة الجعفرية بصحة مثل هذا الزواج على أساس أن تحريمه قد نطق به عمر رضي الله عنه وليس الرسول صلى الله عليه وسلم، بل أكثر من ذلك فقد استندوا على قوله تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"، ويستشفون من هذه الآية أن الله تعالى قد استعمل كلمة الاستمتاع أي المتعة واستعمل كذلك الأجر وهو مقابل استمتاع الرجل بالمرأة، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أباح زواج المتعة في غزوة الفتح ولم يثبت نسخ هذا الحكم.

وعلى هذا الأساس، فإن شروط وأثار عقد الزواج عندهم هي كما يلي: أن يتم بدفع المهر (الأجر)؛ وأن لا يشترط فيه حضور الشاهدين؛ وأن يحدد أجله مع تمديده؛ وأن كل الشروط جائزة في مثل هذا الزواج، فينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها، ومن آثاره عدم التوارث بين الزوجين، وعدة المرأة بعد حله حيضتين وإذا مات 4 أشهر و10 أيام، والغالب في الأمر هو عدم حصر حلة هذا الزواج عدد النساء؛ ومن حيث النسب يلحق الطفل بأبيه وأمه، فإذا أنكره أبوه ينسب لأمه.

وأمام تلك الشروط وهذه الآثار، إن الجدير بالقول أن ما ذهب إليه المذاهب السنية هو الأصح وبالتالي، فإنه لا يجوز لا زواج مؤقت ولا زواج المتعة لأنهما قد حرمهما 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: "وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ".

وحتى يكون الزواج قائم على أسس متينة، فإن المشرع قد أجاز للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي رأينها ضرورية وقد أضاف التعديل لنص المادة 19 من قانون الأسرة من بين الشروط المتفق عليها "لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". هكذا يتبين أن هذه الشروط المتفق عليها يمكن أن تكون صحيحة كما يمكن أن تكون متنافية مع عقد الزواج، ولذلك إن الشروط التي يجوز للزوجين الاتفاق عليها هي تلك الشروط التي يقتضيها عقد الزواج أي الشروط التي تتلاءم معه وتؤكد مقتضاه وهي على سبيل المثال:

آ. - الشروط التي يقتضيها عقد الزواج

1. - في نطاق حقوق الزوج على النحو التالي:

- اشتراط الزوج قرار زوجته في بيت الزوجية؛
- اشتراط الزوج تربية الأطفال على دينه؛
- اشتراط الزوج الإنفاق على أولادهما في حالة إعساره؛
- اشتراط الزوج على زوجته أن لا يكون لها الحق في تفويض الطلاق لها.

2. - الاشتراط في حقوق الزوجة:

- اشتراطها 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.
- اشتراط الزوجة السفر إلى بلد أجنبي بمبرر شرعي؛
- اشتراط الزوجة على زوجها مواصلة الدراسة؛
- اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحق في تطليق نفسها.

ب. - 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 لأبناهما الحق في التوارث بدون التفرقة من حيث الجنس؛
 - شرط عدم المخالطة الجنسية؛
 - شرط عدم الحمل لأناقة المرأة؛
- ولكن لا يفوتنا أن ننوه بأنه يشترط كذلك أن يكون الرضا غير معيبا بعيب من عيوبه

الفرع الثاني

عيوب الإرادة والزواج السوري

أن عيوب الإرادة في عقد الزواج تختلف عما هو عليه في العقود ذات الصبغة المالية البحتة، بحيث تنحصر فقط في الغلط (أولا) والتدليس (ثانيا) والإكراه (ثالثا)، ولا محل للاستغلال بنوعيه كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج.

أولا. - الغلط كعيب من عيوب الإرادة

الغلط كعيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج يتمثل في نوعين بحسب الجزاء المترتب حالة وجوده، الغلط المانع للإرادة (آ)، والغلط المفسد لها (ب).

آ. - الغلط المانع للإرادة:

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

1. - الغلط في ماهية العقد:

وهو الغلط الذي يتم في طبيعة العقد، وهذا يتحقق في حالة ما إذا كانت إرادة الطرفين لا تتجه إلى إبرام نفس العقد، كأن يريد الزوج الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو العلاقة الحرة. وبهذا، عدم تطابق الإرادتين وهو ما يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا.

2. - الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به:

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، ولا لشخص آخر، بحيث إذا اتجهت إرادة الزواج نحو الزواج بمرم وتم القبول من قبل أختها سعاد، ففي هذه الحالة لا يتم الزواج، بل هو بطلا بطلانا مطلقا لعدم تطابق الإيجاب بالقبول، وهذا يمكن أن يتم إذا كان إبرامه عن طريق الوكالة أو حالة الزواج العربي.

ب. - الغلط المفسد للإرادة:

إن هذا النوع من 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 في خانة عيوب الإرادة في بعض الحالات دون الأخرى والتي لا يمكن حصرها. يمكن أن يكون هذا الغلط في الصفة الجسمانية أو الصفة الخلقية وكذلك الغلط في الحالة المدنية للشخص.

فبالنسبة للحالة الأولى أي الغلط في الصفة الجسمانية، يمكن أن يدرج فيها كذلك الغلط في الصفة الخلقية ويتجسد في حالة زواج شخص بامرأة على أنها بكر فوجدها على خلاف ذلك. إلا أنه على الرغم من ذلك، فيقتضي الأمر التفرقة في هذه الحالة بين ما إذا كانت إزالة بكارة الفتاة عن طريق حادث أو عملية جراحية أو نشاطات رياضية وبين التي كانت محل ارتكاب جريمة الزنا، فالثانية هي الوحيدة التي تؤخذ بعين الاعتبار بشأن الغلط كعيب من عيوب الإرادة. أما الأولى لا تسمح لصاحبها طلب إبطال العقد بهذا السبب. غير أن الجاري به العمل على مستوى القضاء الجزائري، على منوال الفقه الإسلامي، بأن هذه الصفة لا تعد جوهرية ومن ثم لا تسبب طلب إبطال العقد إلا إذا اشترطها الزوج في عقد الزواج.

والملاحظ أن هذا الموقف القضائي لا يستقيم مع العادات والتقاليد السارية في المجتمع الجزائري، ففي هذه الحالة يستوجب الأمر الأخذ بمعيارين لتحديد العيب، المعيار الشخصي، وهذا يتمثل في طلب الشخص إبطال العقد بحيث لو كان على علم بحقيقة صفة الزوجة لما تزوج معها؛ والمعيار الموضوعي الذي ينبثق من الرأي العام بحكم أن الشخص العادي داخل المجتمع الجزائري يتزوج وفي رأيه أن هذه الصفة موجودة عند من تزوج بها.

ونفس الشيء بالنسبة للزوجة المتزوجة مع شخص مصاب بقصور جنسي، فهي لو كانت على عالم بحقيقة هذا الشخص لما تزوجت معه لأن من أهداف الزواج إحصان الزوجين، بينما لو أصيب بهذا المرض بعد عقد الزواج فالعقد يعد صحيحا ويتبعه الطلاق إذا لم تكن راضية بالبقاء مع الزوج المصاب بالقصور جنسي، وهو جائز كذلك للزوج. أما العقم لا يعيب إرادة الزوج اللهم إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بذلك، كإزالة رحم المرأة نتيجة لعملية جراحية، ولم يدلي بذلك للشخص الراغب في التزوج معه، الخ.

ثانياً. - الإكراه كعيب من عيوب الإرادة:

يعتبر الإكراه بصنفيه المادي والمعنوي عيب من عيوب الإرادة، وهو أن يبدي أحد الطرفين قبوله على أساس الضغط الممارس عليه، إذن، لا يعتبر الزواج صحيحاً إذا تم إبرامه تحت تأثير الإكراه سواء كان مادياً أو معنوياً. أما الإكراه المادي لا يمكن تصوره في العقد الرسمي كون أن المشرع قد اشترط حضور الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق اللهم إلا إذا كان هذا الأخير هو شريك في ذلك.

وما لاشك فيه أن الإكراه هو عيب من عيوب الإرادة ولا يعدمها، مما يجعل العقد ليس باطلاً بطلاناً مطلقاً بل قابلاً للإبطال، لأن الشخص، محل الإكراه، يكون له حق الاختيار بين أمرين، إما الموافقة أو الجزاء. وتعتبر حسامة الخوف الناتج عن الضغط أو الإكراه من المسائل النسبية أي ينظر فيها إلى السن والجنس وحالة الأشخاص بحكم أن الخوف الناتج عن الإكراه يختلف من حيث حسامته من شخص لآخر (الذكر يختلف عن الأنثى والمتقف وغير المتقف، والبيئة التي يعيش فيها، الخ).

وتجدر الإشارة إلى أن النفوذ الأدبي لا يؤثر على صحة الزواج إذ أن هذا الأخير يعتبر صحيحاً في حالة ما إذا وافق الشخص على الزواج احتراماً للوالدين، بينما لو صاحب النفوذ الأدبي تصرفات دفعت بالفتاة أو الفتى للقبول وذلك كسوء التصرف نحوها، فهنا يتحول النفوذ الأدبي إلى ضغط ومن ثم إلى إكراه.

ومن جانب القانون، قد نص المشرع على حالة واحدة متعلقة بالإكراه، حيث قضت المادة 13 من قانون الأسرة على أنه "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج...". وبهذا النص اعتبر المشرع أن الإكراه ينحصر في الفتاة دون الفتى، وهو خطأ إذ يمكن أن يكون القاصر هو الآخر تحت الضغط من قبل والديه من أجل الموافقة على الزواج المرغوب من قبلهم.

ثالثاً. - التدليس أو التغيرير:

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

والحقيقة، 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 زوجها لم يكن كذلك إذ أن إرادتها كانت معيبة بعيب التدليس الذي يسمح لها بطلب إبطال العقد ولا الطلاق الذي يشترط أن يتم نتيجة زواج صحيح. بينما لو ادعى الشخص أنه غني ووجدته على خلاف ذلك، فهذا لا ينجم عنه عيب الإرادة ولا يجوز لها طلب إبطال الزواج لأن عقد الزواج ليس من العقود المالية البحتة، فالمرأة تتزوج قبل كل شيء الرجل ولا ماله، وإلا انعكس ذلك سلبياً على الحياة الزوجية في حالة إعسار الزوج.

الفرع الثاني

الزواج السوري

يقصد بالزواج السوري وهو ذلك الزواج الذي يتم بين شخصين لا من أجل تحقيق مقاصده وأهدافه النبيلة من حيث المودة والرحمة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وإنما من أجل تحقيق هدف يرغب فيه أحد المتعاقدين وهو غريب كل الغرابة عن آثار الزواج.

ومن أمثلة ذلك ما يسمى بالزواج الأبيض الذي يتمثل في الشخص الذي يتزوج مع فتاة من جنسية أجنبية من أجل الحصول على الجنسية، وهي وافقت على ذلك مقابل مبلغ مالي مشري. كذلك الفتاة التي تزوجت، بعد ارتكابها لجريمة الزنا، مع شخص من أجل ستر الفضيحة وانتساب الحمل له مقابل مبلغ مالي.

ويعد الزواج سورياً أيضاً في حالة زواج المحلل أي حالة الشخص الذي طلق زوجته ثلاثاً، فإنها لا تحل له حتى تنكح غيره ويطلقها أو يموت عنها بعد البناء، وتزوجها هذا الأخير بقصد فقط تحليل زوجها السابق. ولكن، خلافاً لعيوب الإرادة التي تجعل الزواج قابلاً للإبطال، فالزواج السوري يؤدي إلى

بطلان العقد بطلانا مطلقا لأنه يمس مصلحة المجتمع، أي النظام العام السائد داخل المجتمع، ولذلك يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولكل ذي مصلحة أن يثره.

المبحث الثالث

شروط صحة عقد الزواج

يقصد اصطلاحا بشرط الصحة هو ما يلزم من عدمه أي ما يتوقف على توفيره صحة العقد، وأن شروط الصحة كما ذكرتها المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة وهي: الأهلية (المطلب الأول)، والصداق (المطلب الثاني)، والولي (المطلب الثالث)، وانعدام الموانع الشرعية للزواج (المطلب الرابع).

المطلب الأول

أهلية الزواج

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج

إن القاعدة العامة السائدة في الفقه الإسلامي هي أن أهلية الزواج تحدد على أساس الآمرات الطبيعية للشخص بحيث بوجود واحدة من هذه الآمرات يعتبر الشخص بالغاً ومن ثم يتسنى له الزواج، علماً أن هذه الآمرات اثنتان يشترك فيها كل من الذكر والأنثى وهما: الإنزال و إنبات شعر العانة. وأخرى تنفرد بها الأنثى كالحيض والحمل، والثديين.

واستثناء على تلك القاعدة، فإنه في حالة ما إذا تأخرت هذه الآمرات في الظهور، فعندئذ حدد الفقه الإسلامي أهلية الزواج بسن معينة بحيث حددها الإمام أبو حنيفة ب: 18 سنة للذكر و17 سنة للأنثى، بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عندهم ب: 15 سنة للذكر والأنثى، وحددها المالكية ب: 18 سنة لكلا الجنسين.

وهذا يجر إلى التساؤل عما إذا 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: "وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِيضْنَ"، 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 صحيحا، وبناء على هذه الآية إن الفتاة التي لم تحض بعد فعدتها ثلاثة أشهر ومن ثم يكون زواجها صحيحا.

أما الرأي الثاني يرى بعدم صحة زواج الصغار، بل أن زواجهم باطلا بطلانا مطلقا ولا أثر له لأن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين لقوله تعالى " وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ، طبقا لهذه الآية فالشخص لا يكون بالغًا إلا بعد انتهاء الصغر وأن بلوغ سن النكاح هو علامة من علامات انتهاء تلك الفترة.

فأمام هذين الرأيين المتضاربين، يمكن القول بأنه في الوقت المعاصر يستعصى إبرام عقد الزواج بين الشخصين غير بالغين بلوغ الزواج لأن هذا الأخير يحتوي على تكاليف لا نجد لها مثالا 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 بالغًا وقادرا على تحمل تلك التكاليف، بل يكون قادرا على التمييز على ما هو مقبل عليه. وهذا لا يكون إلا إذا كان الشخص بالغًا سنا معينا بل حتى البلوغ الطبيعي غير كاف لإدراك ذلك.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري

أولا. - تحديد أهلية الزواج بتوافر سنا معينة

كما تقدم، بعد الاستقلال أول ما قام به المشرع الجزائري في مجال شؤون الأسرة هو تحديد سن الزواج ليس على أساس الأمرات الطبيعية كما ذهب إليه الفقه الإسلامي، بل على أساس سن معينة يفترض فيها أن المقبل على الزواج يكون بالغًا وقادرا على تحمل متاعبه بحيث قد حددها قانون 1963/06/29 ب : 16 سنة للفتاة و18 سنة للفتى، وحين قام المشرع بوضع قانون الأسرة قام برفع سن الزواج بالنسبة للفتاة ب 18 سنة والفتى ب21 سنة، غير أن ما تبناه التعديل الذي تم في 2005/02/27 هو أنه حدد سن الزواج ب 19 سنة لكلا الطرفين.

وأن أهم ما يلاحظ على تلك التشريعات المختلفة هو أن قانون 1984 قام المشرع برفع سن الزواج، وذلك راجع لعدة أسباب، منها خاصة: النمو الديمغرافي وإمكانية الزوجة من إدراك ما هي مقبلة عليه وكذلك تأدية الخدمة الوطنية بالنسبة للذكر. وأن توحيد سن الزواج بين الذكر والأنثى جاء نتيجة لمصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

واستثناء على هذا الأصل، لم يعامل المشرع كل الأشخاص بنفس المعاملة بحيث قد أدرج في المادة السابعة من قانون الأسرة حكما يسمح بمقتضاه للقاضي أن يمنح الإذن إذا كان المقبل على الزواج قاصرا ذكرا كان أو أنثى، وذلك إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة في تزويجه. وفي هذه الحالة، يجب 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؛ وأن يتأكد من قدرة الطرفين على تحمل تكاليف الزواج، أي لهما القدرة الكافية لتحمل ما يرتبه الزواج من آثار نفسية وجسدية.

هذه المصلحة يمكن أن تظهر مثلا للفتاة اليتيمة فحاج 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 تلك المصلحة لا يمكن أن تتصورها، خلافا لما ذهب القضاء الفرنسي، في حالة الفتاة الحامل عن طريق العلاقة غير الشرعية، وفي هذه الحالة لنا أن نتساءل عما إذا ينبغي تطبيق المادة 1/326 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: "كل من خطف أو أبعده 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 منها 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".

فالقاضي عندما يمنح الإذن أول ما يحصل عليه هو الخبرة الطبية لمعرفة ما إذا كانت الفتاة حاملا لكي لا يختلط الحلال بالحرام، والنيابة العامة سلطتها في هذه الحالة مقيدة برفع الشكوى التي تكون صادرة غالبا من الولي. وبمعنى أدق، فالقاضي غير ملزم بمنح الإذن في هذه الحالة، بل له أن يقدر ما نص عليه المشرع من أحكام في إطار إبرام عقد الزواج، من حيث الركن والشروط الواجب توافرها في العقد، راعيا في ذلك المصلحة والقدرة للمقبلين عليه.

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

ثانيا. - حكم الزواج التام بدون توافر الأهلية المحددة قانونا

ما هو حكم الزواج التام بدون توافر أهلية الزواج في غياب الإذن القضائي؟
للإجابة على هذا السؤال تضاربت آراء الفقه الجزائري، بحيث يرى أنصار الرأي الأول أن المشرع قد جاء في هذه المادة بتحديد سن الزواج ولكن لم يعط لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له فهو نهي دون جزاء وخاصة إذا علم الشخص ما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة والتي تسمح بالزواج العرفي.

وخلافا لهذا الرأي، ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى القول أن المشرع أعطى لذلك التحديد القمة اللازمة له وذلك بواسطة قانون 29/06/1963 إذ أن قانون الأسرة في صياغته الأصلية أو التي طرأت عليها التعديلات قد اكتفى فيها المشرع بتحديد سن الزواج وأن بهذا التحديد يكون المشرع قد ألغى بمقتضاه ما ورد في المادة الأولى من قانون 1963، بينما المواد الأخرى التي جاء بها لا زالت سارية المفعول. إذن، ما هو الجزاء في هذه الحالة؟

تنص المادة الثالثة من قانون 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، منهم الطرفين والولي 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، وإذا زال السبب الذي أدى إلى طلب البطلان، أي في حالة بلوغ القاصرين سن الزواج.

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 تأييد ما ذهب إليه الرأي الثاني بحيث قد نص المشرع في المادة 2/02 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 1963/06/29 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 المادة السابعة من قانون الأسرة وذلك يؤكد ذلك التعديل الذي مس هذه المادة.

من زاوية القانون، فإنه يستنتج من النصوص التشريعية وخاصة منها ما جاء في المواد 4، و7، و9 و33 من قانون الأسرة 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 المادة 83 من قانون الأسرة ومن ثم إذا كان الشخص بالغاً 13 سنة من عمره ولم يبلغ سن الرشد فزواجه من المفروض يعتبر زواجا متوقفا على إرادة الوالي وإذا كان الشخص لم يبلغ هذه السن فزواجه باطل بطلانا مطلقا. والحقيقة، فإنه لا يمكن العمل في هذه الحالة بهذا النص بحكم أن المشرع قد نص على الإذن القضائي السابق لإبرام الزواج ولا على إجازة الوالي للزواج الموقوف.

إذن، 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 المادة السابعة من قانون الأسرة إلا بعد الحصول على إذن قضائي، ومن ثم، فإن موافقة الوالي غير كافية في مثل هذا العقد، بل يجب إذن القاضي وإلا كان العقد فاسدا، ويشترط أن يكون هذا الإذن سابقا للعقد. وأمام هذه الإشكالية القانونية، فإنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن يأتي بنصوص صريحة تبين الحكم الواجب تطبيقه في حالة انتفاء السن المقررة في المادة السابعة قانون الأسرة مثلما نص عليه في المادة 33 فقرة 2 بشأن الشهادة والصدّاق والولاية.

ثالثا. - عقود الزواج المتوقفة على الإذن غير القضائي

توجد طائفة من الأشخاص الذين لا يجوز لهم الزواج إلا بعد حصولهم على الرخصة من قبل الجهات التي ينتمون إليها، وهم:
آ. - زواج الأجنبي :

بناء على التعليم رقم 02 الصادرة بتاريخ 11/02/1980 عن وزارة الداخلية والمتضمنة وجوب الحصول على رخصة إدارية لإبرام عقد زواج، فإنه لا يمكن للأجنبي إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري أو الموثق 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 منح الرخصة في هذه الحالة.

ب. رخصة مصالح الأمن:

نص على هذه الرخصة المرسوم رقم 83-81 الصادر في 13/08/1983، حيث تنص المادة 23 منه على 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 هذه الرخصة المنشورين الصادرين عن وزارة العدل، الأول رقم 329 الصادر في 13/06/1967 والثاني رقم 364 الصادر في 25/06/1968، 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 تشتمل كذلك إلى جانب العسكريين رجال الدرك الوطني والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

ولعل من المفيد أن نتساءل عن حكم الزواج الذي تم 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 الأسري 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.

رابعاً - الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج:

لقد نص المشرع في المادة السابعة مكرر فقرة 2 من قانون الأسرة 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 بكر، وإنما تتعلق طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 الخاص بتحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة السابعة مكرر أعلاه، بحيث أن هذه الفحوصات يجب أن تتعلق بفحص عيادي شامل وكذلك بتحليل فصيلة الدم (م03 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. وينص 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 خطرا متعارضا مع عقد الزواج وهذا ما أكدته المادة السابعة 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 خطرا متعارضا مع الزواج".

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه في 14/12/2003 أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف رخصة بمقتضاها سمحت للأشخاص المصابين بالسيدا الزواج في الجزائر شريطة أن لا تحمل المرأة، وذلك باستعمال موانع الحمل، وأن يكون الطرف الآخر بذرية المرض.

المطلب الثاني

الولاية في الزواج

وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، فتعرض في هذا المجال إلى شروط الولي ثم ترتيب الأولياء (الفرع الأول)، ثم زواج البالغة العاقلة (الفرع الثاني) وننتهي بالولاية التي يخضع لها القصر ومختلي العقل (الفرع الثالث).

الفرع الأول

شروط الولي ومكانته في الترتيب

كي تكون الولاية في عقد الزواج صحيحة، فإنه يجب أن تتوافر في الولي عدد من الشروط تغافل عنها المشرع الجزائري، ولكن تبناها الفقه الإسلامي مما يستلزم تطبيقها استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحلينا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انتفاء النص التشريعي.

أولا. - شروط الولي

آ. - 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، بحيث إذا كان مجنوناً جنوناً متقطعاً، فإن ولايته في حالة إفاقة تجعل عقد الزواج صحيحاً. أما إذا كان مجبوراً عليه، فعقد الزواج يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى ولو كان في حالة إفاقة، شأنه في ذلك شأن المعتوه والسفيه.

ب. - اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه:

والمقصود بذلك، فإنه لا تثبت ولاية غير المسلم على المسلم إعمالاً بقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"، ولكن إذا كان مثلاً للمرأة المقبلة على الزواج وهي مسيحية أخ مسلم وآخر مسيحي، فالولاية في هذه الحالة لأخيها المسيحي. أما إذا كانت مسلمة فلأخيها المسلم.

ت. - الذكورة :

زيادة على الشروط سالفة الذكر، يشترط في الولي أن يكون ذكراً لأن المرأة لا تستطيع شرعاً أن تتولى زواج نفسها، حيث قد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك بقوله "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها". إلا أن الأحناف قد أثبتوا للأُم ولاية الإجماع على البنت وبنت الابن والأخت وغيرهن من النساء.

ومن ثم لنا أن نتساءل عما إذا كان يجوز في هذا الصدد للأُم الحاضنة أن تكون ولياً على أبنائها في عقد الزواج، خاصة وأن المادة 87 فقرة ثالثة من قانون الأسرة تنص صراحة: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". فهذا النص عام ولا يمكن تطبيقه في الحالات الاستثنائية الخاصة، منها عقد الزواج، وإعمالاً بالمادة 222 من قانون الأسرة، فإنه لا يجوز للمرأة، سواء كانت أما أو

غيرها، أن تكون وليا في عقد زواج على من هو في ولايتها، لأنها هي ذاتها أو شخصيا لا يمكن لها أن تتزوج ولو كانت مطلقة أو أرملة إلا بحضور شخص ذكر (المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة)، وكما سبقت الإشارة إليه، فإن المادة 87 أعلاه جاءت بنص عام، بينما المادة 11 أعلاه تحتوي على نص خاص، ومنه الخاص يقيد العام.

ثانيا. - ترتيب الأولياء

والمقصود بذلك هو أنه لا يجوز مخالفة الترتيب الذي جاء به الفقه الإسلامي وكذلك القانون الوضعي وخاصة قبل التعديل الذي طرأ على المادة 11 قانون الأسرة 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 مثلا للمقبل على الزواج أب، فالولاية تقول إلى الأب ولا يمكن أن يستخلفه الجد ولا العم ولا أي شخص آخر، وإلا كان العقد تم بدون ولي، أي باطلا في حالة عدم الدخول بالزوجة.

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

والجدير بالملاحظة أن الترتيب يكون إجباريا فقط بالنسبة للقاصر، ويكون على الأساس التالي:

التعديل:

- قرابة الأبوة : وهم الأب فالجد وإن علا؛

- قرابة البنوة : وهم الابن وابن الابن وإن نزل؛

- قرابة الأخوة: وهم الأخ الشقيق والأخ لأب؛

- قرابة العمومة: وهم العم الشقيق والعم لأب؛

وقد تم هذا الترتيب على أساس حق الشخص في الميراث. وإذا انعدمت هذه القرابات فالولاية

للقاضي (المادة 11 من قانون الأسرة).

الفرع الثالث زواج البالغة العاقلة

أولاً. - آراء الفقه الإسلامي

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 لا بد 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 استدل هذا الرأي بالقرآن الكريم في قوله تعالى " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ"، وقوله تعالى "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ"، ففي هاتين الآيتين الخطاب موجه إلى الأولياء فتدل إلى أن الزواج إليهم؛ ومن السنة العاطرة قوله صلى الله عليه وسلم "أثما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطلٌ فنكاحها باطلٌ فنكاحها باطلٌ"، وقوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بوليٍّ وشاهدٍ عدلٍ". وانطلاقاً من هذين الحديثين لا يمكن للمرأة أن تنفرد بزواجها بل لا بد من موافقة الولي.

وأما من المعقول، فيرى أصحاب هذا الرأي 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 لا بد أن يكون زواجها بموافقة وليها لكثرة تجاربه ومعرفته لأمر لا تطلع عليها النساء عادة.

في حين يرى الرأي الثاني الذي ذهب إليه الأحناف بجواز زواج البالغة العاقلة بدون ولي، إذ يعتبر العقد في هذه الحالة صحيحاً ويرتب كل آثاره الشرعية. واستدل بداية بالقرآن الكريم في قوله تعالى "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"، فالخطاب موجه في هذه الآية إلى المرأة لا للولي ومن ثم لها الحق أن تنشأ عقد زواجها بمفردها ودون إذن وليها؛ ومن السنة الشريفة قوله عليه الصلاة والسلام "قوله صلى الله عليه وسلم " الأيمُ أحقُّ بنفسها من وليها، والبكرُ تُستأذنُ، وإذنها صماتها"، هذا الحديث يبين أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في أمر زواجها فهو متروك لها. ومن المعقول عندما تزوج نفسها، فإنها تتصرف في حق خالص لها وهي كاملة الأهلية، فتصرفها هذا يعتبر صحيحاً فلها الحق أن تقوم بإبرام كل العقود الأخرى والأولى أن يكون لها الحق في إبرام عقد الزواج.

هذا عن آراء الفقه الإسلامي بشأن زواج البالغة العاقلة، فما هو موقف المشرع الجزائري منه؟

ثانيا. - موقف قانون الأسرة من زواج البالغة العاقلة:

أمام هذين الرأيين جاء المشرع ب المادة 11 من قانون الأسرة 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 المشرع السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية حق المعارضة على الزواج، وذلك بالتنصيص على أنه "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفى لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح".

وما يؤكد عدم ضرورة الولي في التشريع الجزائري هو ما نصت عليه المادة 2/33 المعدلة من القانون ذاته على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصدق المثل"، يتضح من هذا النص أن المشرع نص صراحة على الولي في حالة وجوبه. ومع العلم، فالمشرع قبل تعديل قانون الأسرة كان ينص 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 والصدقا أو الولي والشاهدين فالزواج باطل حتى ولو تم الدخول. وتطبيقا لكل ما قيل أعلاه، قضى المجلس الأعلى قبل صدور قانون الأسرة في قرارها الصادر في 1966/12/07 على أنه "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه".

أما بعد التعديل ففرق المشرع بين زواج البالغة العاقلة واعتبر زواجها صحيحا حتى بدون ولي في حالة ما إذا طبقنا ما نص عليه في المادة 2/33 من قانون الأسرة المعدلة تطبيقا حرفيا وذلك باستعماله عبارة "الولي في حالة وجوبه"، ولا يكون الولي واجبا عند إبرام العقد إلا ما تضمنته المادة 2/11 من القانون ذاته، أي حالة زواج القاصر ولا البالغة العاقلة. ولكن حتى إذا انتفى في هذه وجوبه، فإن الدخول يصح العقد بعدما كان باطلا.

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.

والحقيقة، فإنه، طبقاً للنصوص السابقة لتعديل 2005/02/27، كان لابد من التفرقة بين الأمرين التاليين، أي بين المرأة الثيب والمرأة البكر التي لم يسبق لها الزواج. إذا كان الأمر يتعلق بالثيب ومنعها وليها من الزواج، فعلى القاضي أن يسأل في هذه الحالة وضعية المرأة هل هي ثيب أم بكر؟ فإن كانت ثيباً أمره بتزويجها فإن امتنع زوجها عنه استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم "الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُشْتَأَمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُونُهَا". أما إذا كانت المرأة بكراً، 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، بينما إذا رفض، فعلى القاضي أن يطلب منه سبب رفضه فإن كان معقولاً رفض القاضي القيام بتزويجها، أما إذا كان تافهاً 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".

الفرع الرابع

زواج القصر ومختلي العقل

إن النصوص القانونية المتعلقة بالزواج والسارية المفعول في الجزائر لا تتضمن في طياتها، خلافاً للفقه الإسلامي، ولاية الإجماع لا بالنسبة للبكر ولا للصغار وهي جاءت بذلك مخالفة لمذهب الإمام مالك، إذ فيما يتعلق بعدم التنصيص على ولاية الإجماع بالنسبة للبكر نرى أنه قد حدد سناً معينة لإبرام عقد الزواج، ومنه فكل من بلغ 19 سنة له الحق أن يدي برأيه فيبين عما إذا كان راضياً بالزواج أم لا.

وهذا يستنتج كذلك من ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأسرة المعدلة بقولها: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". أما بالنسبة لزواج مختلي العقل لجنون أو سفه أو عته، فإنه يجوز للولي أن يتولى زواجه شريطة أن يكون في ذلك الزواج مصلحة له وأن هذه المصلحة من المفروض لا يقدرها إلا القاضي.

ونافلة القول أن الولاية أدرجها المشرع ضمن الشروط التي يتوقف عليها عقد الزواج، شأنها في ذلك شأن الصداق.

المطلب الثالث

الصداق كشرط صحة في عقد الزواج

بعد تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، أصبح المشرع يكيف الصداق على أنه ضمن الشروط التي تتوقف عليها صحة عقد الزواج. وتأسيسا على ذلك، سنتعرض في هذه الدراسة إلى تعريف الصداق مع تحديد نوعيه وطبيعته القانونية (الفرع الأول)، ثم إلى شروطه (الفرع الثاني)، وأخيرا، إلى مؤكدات الصداق (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الصداق، نوعيه، وطبيعته القانونية

أولا. - تعريف الصداق:

يعرف الفقهاء القدامى الصداق بأنه "المال الذي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في مقابل الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج"، فيأخذ على هذا التعريف أنه قد ربط الاستمتاع بالمرأة بمقابل متمثل في المهر، ومع العلم فإن الصداق حق 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 على سبيل الهدية مستنديين في ذلك بقوله تعالى: " وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"، أي عطاء وهدية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث عرفه في المادة 14 من قانون الأسرة على أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها...". التعريف غير أن تكييف الصداق على أنه هدية لا أساس له من وجهة القانون، لأن أحكام الهدية أو الهبة تختلف عن أحكام المهر، سواء من حيث شرعيتها أم من حيث ضمان العيوب الخفية. فلا يجوز أن يكون محلا للمهر إلا ما هو مباح شرعا، وبالتالي، فإن كل ما ليس له قيمة من الناحية الشرعية لا يمكنه أن يكون مهرا كالخمر مثلا، بينما هذا الأخير يجوز أن يكون محلا للهدية.

أضف إلى ذلك، فالزوج مسؤول في حالة المهر عن العيوب الخفية، كما لا يجوز الرجوع في المهر، أما الهدية لا يكون الواهب مسؤولا عن العيوب الخفية، كما أنه، طبقا للمادة 211 من قانون الأسرة يحق الرجوع فيها إذا كان الأمر يتعلق بالوالدين إلا ما استثني منه بنص قانوني. وبهذا 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.

ثانياً. - نوعا الصداق:

ينقسم الصداق إلى نوعين: الصداق المسمى وصداق المثل.

آ. - الصداق المسمى : هو ذلك المبلغ من المال الذي اتفق عليه الزوجان كصداق وتمت تسميته

في العقد وهذا ما أشارت إليه المادة 15 من قانون الأسرة

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 اللهم إلا إذا كانت أمها ابنة عم أبيها، ويشترط في هذه المرأة تساويها مع الزوجة من حيث السن والجمال والصحة والمال والثقافة والأدب والعقل والبركة. وقد أشار المشرع الجزائري إلى مهر المثل في المادة 15/2 من قانون الأسرة المعدلة بقوله: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"، وكما نصت عليه في المادة 2/33 منه في حالة ما إذا تم الزواج بدون صداق وقد أتبعه دخول، فالمرأة في مثل هذه الحالة تستحق صداق المثل.

ثالثاً. - الطبيعة القانونية للصداق

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، ونتيجة لذلك فإنه يصح العقد حتى ولو لم يسم فيه المهر، وبمعنى أدق لا يتوقف العقد ولا صحته على ذكر المهر فيه لأنه ليس ركن من أركان عقد الزواج. وأكثر من ذلك لو تم الزواج على أساس اشتراط عدم المهر أو سمي مهر ما لا يصلح كمال، فالشرط باطل والعقد صحيح، ويجب للمرأة في كل هذه الصور مهر المثل. وقد استدل هذا الاتجاه بقوله تعالى: " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَالْمَقْصُودُ بِالْفَرِيضَةِ فِي هَذِهِ الْآيَةِ الْمَهْرُ وَمَنْ تَمَّ قَدْ أَجَازَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الطَّلَاقُ حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَتَمَّ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ فِي الْعَقْدِ، وَبِالتَّالِي أَنْ الزَّوْجَ التَّامَ بِدُونِ مَهْرٍ هُوَ زَوْجٌ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ يَتْبَعُهُ الطَّلَاقُ؛ وَمِنَ السَّنَةِ النَّبَوِيَّةِ مَا قَضَى بِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِبُرُوعِ بِنْتِ وَاشِكِ الْأَشْجَعِيَّةِ بِأَنَّ لَهَا الْحَقَّ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَتَمَّ تَسْمِيَةُ ذَلِكَ الْمَهْرِ أَيَّ بَأَنَّ لَهَا مَهْرَ الْمَثَلِ.

أما المشرع الجزائري، أمام هذين الرأيين المتضاربين، فقد سبق له أن كيف الأمر في قانون 9 جوان 1984 على أنه ركن من أركان عقد الزواج، وذلك في المادة 09 من قانون الأسرة في صياغته الأصلية،

بحيث خصص كعنوان لهذه المادة "أركان الزواج" ونص تحته على أنه "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة وشاهدين وصدّاق". وكان المشرع ينص في المادة 32 منه قبل التعديل على أنه "يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانه..."، إلا أنه على الرغم من ذلك، كانت المادة 33 منه تعتبر الزواج صحيحا بدون مهر إذا اتبعه دخولا وللزوجة الحق في مهر المثل، مع هذا الفارق أنه ينبغي الحكم ببطلان الزواج حتى ولو اتبعه دخولا إذا احتل فيه ركن الصداق والولاية أو الصداق والشاهدين.

في حين جاء المشرع بالتعديل الذي طرأ على أحكام الصداق من حيث أنه قد كيفه على أنه شرط من شروط صحة عقد الزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، ونص في المادة 2/33 المعدلة منه 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"، وهذا دون الإشارة إلى حكم الزواج إذا انتفى فيه أكثر من شرط صحة، هل يعد صحيحا إذا اتبعه الدخول أم باطلا، خاصة إذا تعلق الأمر بالولاية والصداق.

الفرع الثاني

شروط الصداق

يشترط لصحة تسمية الصداق الشروط التالية:

أولا. - أن يكون الممهور مالا متقوما شرعا:

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بقوله: "... من كل ما هو مباح شرعا". ومن ثم، فإنه لا يجوز تسمية الأشياء التي لا تقوم بمال كمهر، منها كبعض قارورات الخمر وكذا المخدرات أو الأموال المتحصل عليها من هذه الأشياء. والجدير بالإشارة فإن المشرع لم يحدد الأشياء التي تمهر بها المرأة بل قد أطلق جنسها ونوعها وقيدها فقط بالشرعية. وبناء على ذلك، فإنه يجوز أن تكون المنافع مهرا كزراعة قطعة أرض لمدة معينة من الزمن.

ولكن 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.

ثانيا. - أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد:

فلا تصح تسمية كمهر عين متنازع عليها، منها 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: يرى المالكية بأنه إذا كانا الزوجان يعلمان بأن هذا المال مغصوب وهما راشدان، فسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل. أما الشافعية والحنابلة يرون بوجوب مهر المثل وصحة العقد سواء دخل بها أو لم يدخل بها. غير أن الحنفية قالوا بصحة العقد، مع هذا الفارق أنه إذا أجاز مالك المال المغصوب تلك التسمية، فلها الحق في المسمى، أما إذا لم يجيزه، فلها بدل المسمى من المثل أو القيمة.

وأمام هذه الآراء الفقهية، فإن المشرع في القانون المدني يعتبر أن العقد الذي يكون محله مال الغير عقد قابل للإبطال، بمعنى لو أجاز المالك يبقى العقد صحيحاً وفقاً لما نصت عليه المادة 398 من القانون ذاته.

الحالة الثانية: أما إذا كان أحدهما غير راشد أي لم يبلغ بعد 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.

ثالثاً. - أن يكون المهور معلوماً:

فلا يجوز أن يكون المهور مجهولاً جهالة فاحشة كمن لو قال لزوجته أن مهرك دار ولكن بدون تحديد لا نوعها ولا مكانها، فهنا 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 صحيحاً فيؤخذ من الوسط.

رابعاً. - مقدار المهر:

لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه ليس للمهر حد أعلى يقف الناس عنده وهذا لانتفاء النص القرآني والحديث النبوي، أما قوله تعالى: " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا"، والمقصود به المال اليسير ولا التحديد في هذه الحالة. ولكن بالرغم من ذلك، فهناك بعض الدول وخاصة منها دول الخليج العربي قد حددت في الوقت الراهن الحد الأقصى للمهر فهاهي الإمارات العربية المتحدة قد قامت بتحديد المهر على أساس 20.000 درهم، وذلك حتى لا يكون المهر عائقاً بالنسبة للرجال ممن يرغبون الزواج بمن.

بينما قد تضاربت آراء الفقهاء بشأن الحد الأدنى للمهر، فحدده المالكية بـ ¼ دينار من الذهب الخالص أو 3 دراهم من الفضة 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. بينما ذهب الحنفية إلى أن أقل المهر 10 دراهم أو ما يساويه، فلو اتفق الطرفان على أقل من ذلك تلزم العشرة في هذه الحالة.

وخلافاً لهذين الرأيين، يرى الشافعية والحنابلة أنه لا حد لأقل المهر، بل يصح كل ما هو مال شرعي قليلاً كان أم كثيراً مستندين بذلك في قوله تعالى: "وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"، فهذه الآية اشترطت أن يكون الزواج بالمال ولكن من غير تحديد، وبالتالي، مهما كانت قيمة المهر فهي جائزة ولو خاتم من حديد كما قال صلى الله عليه وسلم.

وقد سلك المشرع الجزائري مسلك الرأي الأخير، حيث نص في المادة 14 من قانون الأسرة على أن "المهر هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً"، ومن ثم لا مكانة لمات ذهب إليه الفقه المالكي ولا الحنفي في ظل التشريع الجزائري.

خامساً. - تأجيل الصداق وتعجيله:

لقد أباح المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية أن يكون الصداق معجلاً أو مؤجلاً، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من قانون الأسرة المعدلة بقوله "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً". ولتوضيح ذلك، 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. غير أنه من وجهة الفقه الإسلامي يكره عند المالكية أن يكون الصداق كله مؤجلاً حتى ولو كان ذلك إلى أجل معلوم. كما أنه يجوز تجزئة الصداق، فيكون جزء منه مؤجلاً والباقي معجلاً، وإن تأجيل وتعجيل الصداق هو من اختصاص الطرفين أي الزوجين، وفي حالة ما إذا لم يذكر شيء حول التأجيل أو التعجيل في العقد، فيتبع العرف السائد في البلد.

الفرع الثالث

مؤكدات الصداق

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

أولاً. - مؤكداً الصداق بالعقد الصحيح:

آ. - 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، ولكن لا يعني ذلك أنه يجوز للزوج أن يرتبط جنسياً بزوجته وهي حائض أو نفساء أو صائمة ليس صيام التطوع، بل الوطأ في هذه الحالات كلها حرام ولكن

إذا تم فيتأكد لها كل المهر. وكما أنه لا يشترط فيه إزالة بكاراة الزوجة وهذا ما أشار إليه الله تعالى في قوله:
"فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً".

ب. - وفاة أحد الزوجين:

فالوفاة تؤكد للزوجة جميع المهر حتى ولو لم يكن قد تبع الزواج دخول سواء أكان حقيقيا أو حكما، ولكن مع اشتراط عند المالكية أن يكون المهر مهرا مسمى أما إذا لم تتم تسمية المهر، فليس لها الحق فيه، غير أنه عليها العدة ولها الميراث. ومن ثم، فإن تأكيد المهر بالوفاة أساسه العقد الصحيح الذي تم بين الزوجين وبالوفاة لا ينفسخ العقد وإنما ينتهي لانتهاء مدته وبما أن المهر أصبح واجبا بالعقد صار دينا على الزوج والديون لا تسقط بالوفاة. وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/03/09 بقولها: "من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول، وعليه إذا توفي الزوج قبل أن يدخل بزوجه وكان صداقها مؤجلا ففي هذه الحالة تستحق الصداق من تركة زوجها المدين وكذلك تستحق الميراث كزوجة"، وهو ذات الحكم يطبق إذا توفيت الزوجة.

هذا الحكم ينطبق في حالة إذا كانت الوفاة طبيعية، ولكن ما الحكم لو تمت ناتجة عن تصرف إرادي، فهل يتأكد للمرأة الصداق بأكمله؟

في الحقيقة لقد اتفق الفقه الإسلامي على أنه يتأكد المهر للزوجة 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 عمدا، ففي حالة انتحارها وكان ذلك قبل الدخول بما يرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل المهر لأن حق ورثتها تعلق بالمهر فلا يسقط بعملها (الانتحار)، فيما عدا زفر من الأحناف الذي قال بأنها لا تستحق شيئا في هذه الحالة وذلك بسبب فوات حق الزوج عليها.

أما إذا قتلت زوجها عمدا، 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 ولا يدخل في طياتها 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 سببا في النعم بحيث لا يمكن أن تكفأ الزوجة وهي مرتكبة لمعصية تكيف على أنها من الكبائر .

ت. - الخلوّة الصحيحة أو الدخول الحكمي:

المقصود بالخلوة الصحيحة هو غياب الزوجين عن الأنظار في مكان يأمنان فيه عن دخول الغير عليهما واطلاعه عليهما بدون إذن. وفي هذه الحالة لا يتأكد المهر كله إلا بتوافر الشرطين التاليين، أن يكون الزواج صحيحا بحيث إذا كان فاسدا تكون الخلوّة فاسدة ولا صحيحة ولا يتأكد بها كل المهر؛ وأنه، خلافا للدخول الحقيقي، يشترط أن تتم الخلوّة في غياب الموانع الشرعية (النفاس والحيض والصيام، الخ).

ومن زاوية الفقه الإسلامي، ولقد اختلفت آراؤه حول تأكيد كل الصداق بالخلوة الصحيحة، إذ يرى كل من الحنفية والحنابلة بأن الخلوّة 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.

وأن سبب اختلاف الفقهاء مرجعه قوله تعالى " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20)، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا (21)، إذ ذهب أنصار الرأي الأول إلى أن القول أن كلمة أفضى الواردة في هذه الآية يقصد بها الإفتضاء 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 فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل".

وأما من زاوية القانون، فقد نص المشرع في المادة 16 من قانون الأسرة على أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بالدخول ولكن بدون التفرقة بين الدخول الحكمي والدخول الحقيقي، وتفسيرا لهذا النص التشريعي، قضى المجلس الأعلى في قرارها الصادر في 1989/10/02 بأنه: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه وهو الذي يعبر عنه شرعا بإرخاء الستور أو خلوّة الاهتداء يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها"، وهذا ما جاء

ليؤكد ما قال به نفس المجلس في 1984/11/19 حيث قضى بأنه: "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى".

- ومن جانب آخر، 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؛
- يجرم على الزوج الزواج بمحرم للزوجة حتى تنتهي عدتها، أي حالة الجمع بين البنت وعمتها أو خالتها أو أختها؛
- 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 احتل الزوج الثاني بالمطلقة طلاقا ثلاثا فللمانع 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 شرعا بمائة جلدة، بينما من زنا بعد الدخول الحقيقي فعقوبته الرجم لأنه محصن.

ثانيا. - مؤكدات المهر في العقد الفاسد:

إذا قضى بفساد العقد بحكم قضائي، فالمرأة لا تستحق شيئا من مهرها إذا لم يكن قد أتبع ذلك دخول. أما بعد الدخول فلها الحق في المهر.

ثالثا. - سقوط نصف المهر وبكامله ونكاح الشغار:

آ. - حالات سقوط نصف المهر:

- يسقط نصف المهر على النحو التالي بحكم المادة 16 من قانون الأسرة في الحالات التالية:
- أن يكون عقد الزواج عقدا صحيحا؛
- أن يكون الطلاق هو سبب فك الرابطة الزوجية؛
- أن يتم الطلاق قبل الدخول بنوعيه.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة فالمرأة تستحق نصف المهر، وذلك استنادا لقوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ".

- الزواج عن طريق الفاتحة أو العرفي، ففي هذه الحالة إذا لم تؤد هذه العلاقة إلى الزفاف وتم حلها، فالمرأة تستحق نصف المهر ونحن هنا لسنا بما يسمى العدول عن الخطبة بل طلاق. والجدير بالملاحظة أن بعض المحاكم الجزائرية قد كيفت فك الرابطة الزوجية قبل الدخول على أنه فسخا ولا طلاقا، بمعنى أنه إذا تم عقد الزواج بتوافر أركانه وشروطه يعتبر صحيحا ولكنه يفسخ قبل الدخول، وللمرأة إرجاع كامل المهر لزوجها. غير أن هذا الموقف قد انتقد من قبل المحكمة العليا في عدة قرارات قضائية، منها خاصة قرارها الصادر في 1993/10/16 حيث قضت بموجبه بأن: "الحكم على الصياغة بإرجاع الصداق كاملا خطأ في تطبيق القانون إذا تم الطلاق قبل البناء"، وكذلك قضت في قرارها الصادر في 1996/09/24 بأن: "الطلاق قبل البناء ليس فسخا ومن ثم يستوجب إرجاع نصف الصداق فقط ولا كاملا".

ب. حالات سقوط الصداق بكامله:

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

- إذا فسخ العقد لسبب من جهة الزوجة وكان هذا السبب غير شرعي كردتها 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 (المادة 54 من قانون الأسرة)؛
- كذلك يسقط المهر بكامله في حالة ما إذا تم الزواج بدون مراعاة شروط صحة عقد الزواج وتم الطلاق بفسخه قبل الدخول.
- إذا تنازلت الزوجة عن حقها في مهرها لزوجها أي وهبت له المهر، فهنا يسقط الصداق سواء دخل بها أو لم يدخل بها.

ت. - نكاح الشغار:

والمقصود به هو أن يتزوج اثنان امرأتين على أن تكون إحداهما في نظير صداق أخرى وقد نهي 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 5.000 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 سمي لها مهرا، أما إذا لم يتم تسمية لها مهر فعقد الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، وإذا تم الدخول فلها مهر المثل مع فسخ العقد.

الفرع الرابع النزاع حول الصداق

تنص المادة 17 من قانون الأسرة 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".

نستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري قد غطى جميع الحالات التي يكون فيها الصداق محل نزاع الزوجين أو ورثتهما بقاعدتين أساسها الدخول من عدمه مع تأدية اليمين من قبل الزوج المعني، بحيث إذا تم النزاع من حيث قيمة الصداق أو زمان أو وقت دفعه، إذا 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.

وبطبيعة الحال إذا كان بحوزة الزوج وسيلة من وسائل الإثبات كالورقة الرسمية أو العرفية أو شهادة الشهود...، إن الزوجة (أو ورثتها) يبغى عليها إثبات عكس ذلك إذا كانت راغبة في الحصول على صداقها كله أم جزء منه. وفي هذا المقام، يقول عليه الصلاة والسلام "أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مَا قَلَّ مِنَ الْمَهْرِ أَوْ كَثُرَ لَيْسَ فِي نَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهَا حَقَّهَا خَدَعَهَا، فَمَاتَ، وَلَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهَا حَقَّهَا لَقِيَ اللَّهَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَهُوَ زَانٍ".

وإذا كان الصداق محل خلاف بين الفقه الإسلامي من حيث طبيعته القانونية، إنهم اتفقوا في الأصل على موانع الزواج.

المطلب الرابع موانع الزواج

استنادا إلى القرآن الكريم والسنة النبوية، فرق المشرع الجزائري بين نوعين من الموانع، الأولى موانع مؤبدة وفيها لا يجوز للشخص أن يتزوج بشخص فيه واحد من هذه الموانع مهما طالت المدة وما دام أنه على قيد الحياة، والثانية موانع مؤقتة فهنا المانع يزول بزوال السبب الذي أدى إلى وجودها. ولكن سواء تعلق الأمر بالصنف الأول أو الصنف الثاني فإذا تم الزواج في هذه الحالة يعتبر باطلا ولا يمكن تصحيحه سواء دخل بها أو لم يدخل بها. وبناء على ذلك، نصت المادة 23 من قانون الأسرة على أنه "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة (الفرع الأول) ومؤقتة (الفرع الثاني).

الفرع الأول الموانع المؤبدة

الأسباب التي أدت إلى إقامة هذا النوع من الموانع هي متعددة في نظر الفقه ونقتصر بالقول إن الزواج بالأجنبيات غير القربيات يعتبر عامل من عوامل تقوية النسل، لأن الزواج بالقربيات ينجم عنه ضعف النسل وإصابته بالأمراض تكون في بعض الحالات فتقه. فالدم بحاجة إلى الاختلاط وفيه يقول صلى الله عليه وسلم: "اغتربوا لا تضووا"، بمعنى تزوجوا في البعاد الأنساب لا في الأقارب لئلا تضووا أولادكم أي حتى لا تصابوا بعدم تقوية النسل.

زيادة على ذلك، من الناحية الأدبية والخلقية فالحياة الأسرية كثيرا ما تجمع بين الأقارب تحت سقف واحد وقد يؤدي توقع إمكان الزواج إلى الفوضى وانتشار النزاع بين الأقارب وأفراد الأسرة، مما ينجم عنه التفكك العائلي المفضي إلى زعزعة الكيان الاجتماعي، ولذلك أقرت الشريعة الإسلامية، وبعدها المشرع الجزائري، تحديد الأشخاص الذين يجوز الزواج بهم، أي حالات موانع الزواج المؤبدة، سواء أكانت مؤبدة وأن هذه الموانع، منها ما يتعلق بقرباة الدم (أولا)، ومنها ما يتعلق بقرباة المصاهرة (ثانيا)، ومنها ما يتعلق بالقرباة المبنية على الرضاع (ثالثا).

أولاً. - قرابة الدم: (المادة 25 من قانون الأسرة)

القرابة الناشئة عن طريق النسب هي الرابطة التي تجمع بين شخصين ينحدران من أصل واحد في حدود معينة أو يتفرع أحدهما عن الآخر، وقرابة الدم قد تكون مباشرة وهي الصلة بين الأصول والفروع، وقد تنشأ من لقاء الطرفين في أصل مشترك من أصولهما وهي ما تسمى بقرابة الحواشي كالأخ والأخت والعم وبنات العامة.

وبالنسبة لقرابة الدم المباشرة فللمانع قائم مهما كانت الدرجة، وبالتالي فإنه لا يجوز للشخص التزوج بأصوله ولو علوا كالأم والجددة وإن علت من الجهتين، الأبوية والأمية، أو بفروعه وإن نزلوا كالبنات وبنات الابن وبنات البنات وإن نزلت. وما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو أن المانع في هذه الحالة يقع حتى ولو كانت العلاقة بين الطرفين علاقة غير شرعية بمعنى إذا زنا شخص مع فتاة وأنجبت طفلة فهذه الطفلة لا تحل لأبيها الطبيعي وليس الشرعي.

أما قرابة الحواشي أي قرابة الدم غير المباشرة، ففيها يحرم التزوج بالأخت مطلقاً وبناتها وبنات ابنتها وبنات الأخ وبنات ابنة وابنته مهما نزلن ومهما كانت نوع الأخوة، وبالعمة مطلقاً سواء كانت شقيقة لأب أو لأم ومهما علت، وبالخالدة مطلقاً ومهما علت م 25 قانون الأسرة مصداقاً لقوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ..."

واستثناء على هذه القاعدة المحددة للمحرمات من النساء بسبب قرابة الحواشي، فإنه يجوز الزواج بين بنات وأبناء الأعمام وبنات وأبناء الأحوال والخالات.

ثانياً. - قرابة المصاهرة (المادة 26 من قانون الأسرة):

تحريم هذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، فالمصاهرة تربط كل من الزوجين بأقارب الدم من الطرف الآخر وهي تعتبر مانعاً من موانع الزواج وتكون الموانع بسبب القرابة على النحو التالي:

آ. - أصول الزوجة بمجرد العقد عليهن: وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية القائلة: "العقد على البنات يحرم الأمهات"، والمقصود بالأمهات هنا هن الأم والجددة وإن علت ومهما كان نوعها سواء أبوية كانت أو أموية مصداقاً لقوله تعالى: "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ..."

ب. - فرع الزوجة إن دخل بها: ويعني بذلك بأنه يحرم على الشخص التزوج بفروع زوجته بالدخول ولا بمجرد العقد، والمقصود بالفروع هن البنات الصلبية (الريبية) وبنات بنتها وبنات ابنتها مهما نزلت، وذلك طبقاً

للقاعدة الفقهية القائلة "الدخول بالأمهات يحرم البنات"، ومصدقا لقوله تعالى: "وَرَبَائِبُكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ..."، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الأسرة.

وأمام هذه التحريم والمناح المقرر في المصدر الرسمي الأول للشريعة الإسلامية، لنا أن نتساءل عما إذا تثبت حرمة المصاهرة بالزنا؟ وقبل الإجابة على السؤال، ينبغي أن نتساءل عما إذا كان اللمس بشهوة كالدخول الحقيقي ويعطي أحكامه في التحريم المشترط على الدخول كتحریم الربیبة؟

للإجابة على السؤال الثاني، وأمام عدم التدقيق في النص التشريعي تضاربت آراء الفقهاء بحيث يرى داوود والمزني: "لا يحرم إلا الدخول الحقيقي"، في حين قال أبو حنيفة ومالك: "إن اللمس بشهوة كالدخول"، مع هذه التفرقة إن أبو حنيفة قد اشترط أن يكون ذلك اللمس في المكان المخصص، وذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وبناتها". والعمل بالرأي الثاني ينال في هذا الإطار منكل التأييد وينبغي العمل به.

بينما للإجابة على السؤال الأول، فقد اختلفت كذلك آراء الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة بطريق الزنا، فقال الشافعي ومالك في القول المعتمد: "إن الزنا لا يثبت به حرمة المصاهرة، فإن زنا بامرأة فلا يحرم عليه الزواج بأمرها ولا بإحدى بناتها كما لا تحرم هذه المرأة لا على أصول الرجل ولا على فروعها فلا يمكن للحرام أن يحرم الحلال". بينما قال الحنفية وأحمد بن حنبل: "إن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها ومن ثم لا يجوز للشخص أن يتزوج بفروع أو أصول من زنا بها".

ولكن أمام هذين الرأيين نرجح ما ذهب إليه الرأي الأول بحيث أن الله عز وجل عندما ذكر في القرآن الكريم المحرمات من النساء بقوله: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ..."، ثم جاء بعد ذلك وقال عز وجل: "وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ"، ويستنتج من ذلك فإنه لم يذكر المرأة التي زنا بها، وبالتالي لا يمكن أن يكون الزنا مانعا من موانع الزواج بسبب المصاهرة. وعليه، فمن زنا بامرأة فيجوز له عندئذ الزواج بابنتها وكذلك بأمرها وإن علت، فلا يمكن أن ترتب أي أثر في هذه الحالة.

ت. - أرامل ومطلقات الأصول **بمجرد العقد عليهن**: أي من كن زوجات للأب أو زوجات للجد مهما علا استنادا لقوله تعالى " وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا"، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 26 من قانون الأسرة.

ث. - أرامل ومطلقات الفروع **بمجرد العقد عليهن**: والمقصود بهن من كن حلائل للفروع أي الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا، وذلك مصداقا لقوله تعالى: " وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ..."، والحليلة هي الزوجة عكس الخلية، والله عز وجل قد استعمل في هذه الآية عبارة صريحة لا تتحمل أكثر من تفسير واحد، وهي "أَصْلَابِكُمْ"، أي الابن الصلب وليس الابن الذي كان محل كفالة، فهو في هذه الحالة يعتبر أجنبي عنها.

والجدير بالذكر أن المرسوم الصادر في 1992/01/13 الذي سمح باستلحاق اللقب بين الكافل والمكفول، ليس له أي أثر في باب الموانع عن طريق المصاهرة، وبمعنى أدق أن الكفالة لا ترتب أي أثر في باب الموانع لأن القرآن الكريم هو صريح ولا اجتهاد مع النص الصريح. وقد ورد هذا المانع في الفقرة الرابعة من المادة 26 من قانون الأسرة.

ويشترط في هذه الموانع القائمة بمجرد العقد أن يكون هذا الأخير عقدا صحيحا وإلا لا يقع المانع، بمعنى من تزوج بامرأة وكان زواجه فاسدا وقضي بذلك، فإنه يجوز لابنه أن يتزوج بهذه المرأة التي سبق لأبيه أن تزوج بها. غير أنه إذا كان العقد فاسدا وتم الدخول فيقع التحريم لا بالعقد وإنما بالدخول.

ثالثا. - الرضاعة كمانع للزواج (المادة 27 من قانون الأسرة)

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المانع القائم على الرضاعة، ونص عليه في المواد 24، و27 إلى 29 من قانون الأسرة. غير أنه قد علق صحة هذا المانع على عدد من الشروط (أ.-) ومن الحالات المانعة للزواج (ب.-) وغير المانعة له (ث.-).

آ.- شروط الرضاعة المانع للزواج:

اشتراط المشرع الجزائري، على منوال الشريعة الإسلامية، عدد من الشروط الواجب توافرها في الرضاعة كي يقع به التحريم وهي على النحو التالي:

1.- يشترط أن تكون المرضعة امرأة، فلبن الحيوان لا يقع به التحريم، وذلك خلاف للبن الخنثى الذي ينجم عنه التحريم؛

2- أمام الاختلاف الفقهي حول مدة الرضاعة من حيث متى يقع التحريم، فأخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الفقه الراجح ولكن مع هذه التفرقة أنه نص في المادة 29 من قانون الأسرة على أنه: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين"، ومع العلم كان عليه أن يستبدل عبارة أو بأداة وصل "و"، ومن ثم تصبح المادة كالتالي: "قبل الفطام وفي الحولين" وذلك استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا رضاع إلا ما كان في الحولين"، بمعنى، وبمفهوم المخالفة، إذا تم الرضاع بعد الحولين لا يقع التحريم.

3- إزاء التضارب في الآراء الفقهية بشأن مقدار الرضاعة المحرمة، جاء التنصيص في المادة 29 من قانون الأسرة على أن التحريم يقع "... سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا"، بمعنى ولو مصصة واحدة يقع بها التحريم، وهو ما تبناه المذهب المالكي.

وللإشارة يشترط أن تكون هذه الشروط مجتمعة حتى يقع التحريم، فإن انتفى شرط منها فلا يقع التحريم.

ب- حالات التحريم القائم على الرضاع:

هناك حالات قائمة على النسب وهناك حالات قائمة على المصاهرة، بحيث نص المشرع في المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب"، ولكن عملا بالمادة 222 من القانون ذاته، فإن التحريم يقع بسبب الرضاع حتى ولو كان الأمر متعلقا بالمصاهرة، وهذه الحالات هي كالتالي:

1- أصول الشخص من الرضاعة: وهن أمه رضاعا وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا وأمها وإن علت.
2- فروع الشخص من الرضاعة: وهن بنته رضاعا وابنتها وإن نزلت وابنة ابنه رضاعا وابنتها وإن نزلت.
3- الإخوة من الرضاعة: وهن الأخوات رضاعا وبنات إخوته وأخواته رضاعا مهما نزلن سواء اتحد زمان الرضاعة أو لم يتحد زمان الرضاعة. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 28 من قانون الأسرة بقوله "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعها".

4- فروع الجد والجدة من الرضاعة: وهن عمته وخالته رضاعا.

5- أصول الزوجة من الرضاعة بمجرد العقد: وهي أم الزوجة رضاعا وأم أمها وإن علت وأم أبيها وإن علت فهذه يقع عليها التحريم بمجرد إتمام العقد على الفتاة التي أرضعتها.

6- بنت الزوجة من الرضاعة بالدخول: وهي الربيبة بشرط الدخول بأمرها، ويقصد بها الطفلة التي تكون الزوجة قد أرضعتها قبل أن تتزوج الرجل وكذلك بنات بناتها وبنات أبنائها وإن بعدت درجاتهن، فإذا دخل

بأمها يحرم عليه التزوج بها وبيناتها ومهما نزلن. أما إذا لم يكن قد دخل بها فلا تحرم عليه إن طلق أمها (مثال: تزوج علي من فاطمة التي أرضعت عائشة، بنت جارتها، أثناء زواجها بعلي الذي طلقها بعد ذلك أو توفي عنها، ثم فاطمة تزوجت مع محمود، فعائشة بالنسبة لمحمود الربيبة رضاعاً، إذا دخل بأمها تحرم عليه عائشة في هذه الحالة، أما إذا طلقها قبل الدخول يمكن له أن يتزوج بعائشة).

7.- زوجات الأب والجد من الرضاع بمجرد العقد: فلا يجوز للشخص أن يتزوج بزوجة أبيه رضاعاً أو جده وإن علا، وذلك بمجرد أن يكون الأب أو الجد قد عقد عليها، وهنا المرأة التي تزوج بها الأب أو الجد هي ليست المرضعة وإلا كانت أمه رضاعاً بل هي الزوجة الثانية أو بالأحرى التي لم تقم بالإرضاع (مثال: علي تزوج بمریم، مریم قامت بإرضاع زكريا، ثم تزوج عليها بنورة، بمجرد العقد على نورة تحرم هذه الأخيرة على زكريا، فهي زوجة أبيه رضاعاً).

8.- زوجات أحد فروع الشخص من الرضاعة بمجرد العقد: لا يجوز للشخص الذي كان سبباً في إدرار لبن المرأة المرضعة أن يتزوج بالمرأة التي تزوج بها ابنه رضاعاً وذلك بمجرد العقد عليها.

ث- الاستثناءات الواردة على موانع الرضاعة:

هناك بعض الحالات أين يمكن أن يتم الزواج ودون أثر للرضاع على الرابطة الزوجية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 28 أعلاه، وهذه الاستثناءات تتمثل فيما يلي:

- 1.- أم الأخ أو الأخت رضاعاً، يجوز لأخ الرضيع من النسب أن يتزوج بالمرأة التي أرضعته وبأمها وإن علت. إذا أرضعت فاطمة محمود، فإنها لا تحرم على أخيه علي من النسب.
- 2.- أخت الابن أو البنت من الرضاع، أخوة الرضيع من النسب يجوز لهم الزواج بواحدة من أخواته رضاعاً، بمعنى إذا أصبح علي أختاً لجميلة رضاعاً، فإنه لا يحرم على فريد، أخوه نسباً، الزواج بجميلة.
- 3.- أم الطفل نسباً وإن علت، يجوز للأب رضاعاً أن يتزوج بأم الطفل نسباً، بحيث إذا كان علي المتسبب في إدرار اللبن لزوجته التي أرضعت عمار، فإن علي يجوز له الزواج بالمرأة التي أنجبت عمار أي بأم عمار.

الفرع الثاني

الموانع المؤقتة

ويقصد بها أنها على خلاف النوع الأول فهي تزول بزوال السبب الذي أدى إلى إقامتها أي فهي مؤقتة ولكن بالرغم من أنها كذلك، فإنه لا يجوز للشخص أن يتزوج بامرأة و بها مانع من هذه الموانع وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً (المادتان 32 و 34 من قانون الأسرة)، وأن حالات هذه الموانع هي على النحو التالي:

أولاً. - المحصنة :

وهي زوجة الغير، فإن المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية قد حرم تعدد الأزواج ومن ثم فإنه لا يجوز للمرأة أن تتزوج في آن واحد بشخصين، فالزواج بها مع إقامة المانع الأول يعد باطلاً.

وتطبيقاً لذلك، قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 13/05/1986 على أنه: "من المقرر قانوناً أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم عدم صدور الحكم بالطلاق"، وفي قرار آخر صادر في 06/06/1989 قضى بأن: "اقتران الزوجة بزواج ثان رغم وجود الروابط الشرعية مع زوجها الأول فإنها قامت باقتراف جريمة الزنا بكل إرادة ولا مجال لتفسير آخر".

ثانياً. - المعتدة:

وما يقال في هذه الحالة أن العدة أثر من آثار الطلاق، ففي الحقيقة أن أهم سبب لوجود العدة يكمن في عدم الاختلاط للأنساب، وكذلك من بين هذه الأسباب يتجلى ذلك بأنها تعتبر فترة حداد في حالة وفاة زوجها. وأن ما جاء به المشرع الجزائري من حيث تحديد أحكام العدة فقد استنبطها كلها من أحكام الشريعة الإسلامية وأن عدة المرأة تختلف باختلاف نوعية فك الرابطة الزوجية وكذلك باختلاف حالتها الفيزيولوجية وهي على النحو التالي:

آ. - **المرأة الحامل:** فإن عدتها تنتهي بوضع حملها بعد البطلان أو الطلاق أو وفاة الزوج، وقد حددت المادة 60 من قانون الأسرة (كذلك المادتين 42 و 43 قانون الأسرة) المدة اللازمة للحمل بـ 10 أشهر من تاريخ انقضاء الزوجية بالوفاة أو بالطلاق أو بالبطلان، وذلك كله مصداقاً لقوله تعالى: "وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ".

ب. - **عدة المطلقة التي تحيض:** فعدتها ثلاث قروء، وذلك لقوله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"، والجدير بالملاحظة هو أن الفقه الإسلامي قد اختلف من حيث المقصود بالقرء، فمنه من ذهب إلى اعتباره الحيض كالحنفية، ومنه من اعتبره الطهر كالمالكية، وأن الاختلاف بين المدتين يحدد مدة انتهاء العدة. فإذا قلنا بأن القرء هو الطهر تنتهي العدة على النحو التالي: فإذا طلقت المرأة في طهر ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت ثم طهرت فإذا حاضت انتهت عدتها وهذا رأي جمهور الفقهاء. بينما الذي أخذ بالقرء على أنه الحيضة، فإنها تنقضي عدتها بالدخول في الإطهار الرابع مع الملاحظة أنها إذا طلقت في

حيض لا يعتبر لها حيضة تعتد بها. وقد سلك المشرع الجزائري مسلك جمهور الفقهاء استنادا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة.

ت. - **عدة المطلقة التي لا تحيض:** وذلك لكبر سنهما فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية (المادة 58 من قانون الأسرة)، وذلك استنادا لقوله عز وجل "وَاللَّائِي يَمْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ..."

ث. - **عدة من غاب عنها زوجها أو فقدته:** تنص المادة 59 من قانون الأسرة على أنه "تعتد زوجة المفقود بمضي 04 أشهر و 10 أيام من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وهذا في حالة ما إذا صدر الحكم بوفاة المفقود طبقا للم 113 من قانون الأسرة. أما إذا طلبت التطليق طبقا للمادة 112 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى المادة 5/53 منه، فإن عدتها تكون عدة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها.

ج. - **عدة من مات عنها زوجها:** وهي أربعة أشهر وعشرة أيام (المادة 59 من قانون الأسرة)، وهي محددة على النحو التالي: ثلاثة أشهر مقرررة لعدم اختلاط الأنساب وشهر وعشرة أيام، أي أربعين يوم للحداد.

وما ينبغي الإشارة إليه أنه بالرغم من أن المشرع قد حدد هذه الحالات الخاصة بالعدة والتي استنبطها من أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه قد تعافل حالات تداخل العدد والتي يمكن أن تقع في الواقع التطبيقي، وما على القاضي في هذه الحالة إلا تطبيق ما جاء في الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

ح. - تداخل العدد

*. - مطلقة اعتدت بالحيض فحاضت حيضة أو حيضتين ثم يمست من الحيض، فإنها تنتقل إلى الاعتداد بالأشهر فتعتد 03 أشهر كاملة.

*. - مطلقة من اليائسات انقضى الشهر الأول والثاني من عدتها وبعد ذلك رأت دم الحيض، فإنها تنتقل من الاعتداد بالأشهر إلى الاعتداد بالقرء أي ثلاثة قروء، أما إذا ظهر لها دم الحيض بعد مضي ثلاثة أشهر فإن عدتها تكون قد انقضت.

*. - مطلقة بدأت العدة بالأشهر أو الأقراء وأثناء ذلك ظهر لها الحمل، فإنها تنتقل إلى الاعتداد بوضع الحمل.

*. - المطلقة طلاقا رجعيًا مات مطلقها أثناء عدتها، فإنها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة فتعتد أربعة أشهر وعشرة أيام من يوم وفاة مطلقها.

*. - المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل، فيرى جمهور الفقهاء بأن عدتها تنتهي بوضع حملها في حين يرى البعض الآخر بأن عدتها تنتهي بأبعد الأجلين.

ثالثًا. - المطلقة ثلاثًا:

لقد سمح المشرع الجزائري على منوال الشريعة الإسلامية للزوج الذي طلق زوجته مرتين أن يتزوج بها للمرة الثالثة غير أنه إذا طلقها بعد ذلك فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، والطلاق بهذا المعنى هو مانع من موانع الزواج، وقد نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة بقولها: "يحرم من النساء مؤقتًا... المطلقة ثلاثًا"، وجاء هذا تنفيذًا لنص المادة 51 منه بقولها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، ويستشف من خلال هذا النص أن المرأة في ظل قانون الأسرة لا تعتبر مطلقة ثلاثًا إلا إذا طلقها زوجها بثلاث أحكام قضائية متتالية وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/04/08 بأن: "الطلاق إذا كان بلفظ ثلاث فإنه ينصرف إلى طلقة واحدة بائنة". وعليه، لا يرفع المانع إذا تم الزواج الثاني عن طريق التحليل، كما أنه يبقى قائمًا إذا لم يدخل بها الزوج الثاني دخولًا حقيقيًا وطلقها أو توفي عنها. وبمعنى أدق، يشترط في الزواج الثاني الرفع للمانع أن يكون صحيحًا مستوفيا لأركانه وشروط صحته.

رابعًا. - عدم جواز الزواج بالمشركات وبالمملحات:

بناءً على المادة 222 من قانون الأسرة، فإنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بمن لا تدين بدين سموي كالمملحة أو المشركة، وذلك تطبيقًا لقوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنُوا"، غير أنه يجوز له أن يتزوج بالكتابية سواء أكانت مسيحية أو يهودية وذلك مصداقًا لقوله تعالى: "الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۗ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلَلٌ لَهُمْ ۗ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ".

خامسًا. - زواج المسلمة:

لقد أجمع الفقه الإسلامي، وبعده المشرع الجزائري (المادة 5/29 من قانون الأسرة) على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم سواء كان كتابيًا أو غير ذلك، وثبت هذا التحريم بقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حَلَلٌ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ".

سادسا. - الجمع بين المرأة وأختها أو عمته أو خالتها:

لقد أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات ولكن في حدود الشريعة الإسلامية ومن ثم لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد المرأة وأختها أو المرأة وعمتها أو خالتها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ"، وكما " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجمع بين المرأة وخالتها وبين المرأة وعمتها. والجدير بالملاحظة أنه في حالة ما إذا طلقت الأخت فإنه لا يجوز له أن يتزوج بأختها أو عمته أو خالتها إلا بعد انتهاء عدة المطلقة.

سابعا. - الخامسة فوق الرابعة:

آ. - موقف المشرع من تعدد الزوجات

لقد استقر الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز أن يكون تحت عصمة الرجل أكثر من أربعة نسوة، بحيث إن كان تحت عصمته أربع زوجات فالزواج بالخامسة باطلا بطلانا مطلقا دخل بها أو لم يدخل بها، أي أنه لا يجوز له أن يتزوج بالخامسة إلا بعد وفاة واحدة منهن، أو طلاقها شريطة أن يحترم عدة المطلقة حتى يتسنى له الزواج بالخامسة وإلا كان زواجه باطلا (المادتان 32 و34 من قانون الأسرة). وتماشيا مع الرأي السائد حاليا في الدول الإسلامية، أبح المشرع الأسري الجزائري تعدد الزوجات وعلقه بتوافر عدد من الشروط التي يقدرها القاضي، إذ نصت المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت الشروط ونية العدل، ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ويقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية". ويستخلص من هذا النص أن التعدد لا يتم إلا بتوفر عدد من الشروط.

ب. - الشروط الواجب توافرها في حالة التعدد

يشترط لتطبيق التعدد الشروط التالية:

1. - أن يكون العدد مما حددته الشريعة الإسلامية:

فبالرغم من اختلاف الآراء الفقهية حول العدد المباح لتعدد الزوجات، إلا أن أنصار المذاهب السنية استقروا على أنه لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد بأكثر من أربعة نسوة، وهو العدد المباح في ظل التشريع الجزائري، إن لم نقل أن المشرع أصبح يعترف بالزواج بالثانية بدلا من الثالثة والرابعة إذا ما رعينا النصوص التي أوردها في المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1، إذ اكتفى بالقول من جهة " يجب على

الزوج إخبار الزوجة السابقة والمراد التي يقبل على الزواج بها" بدلا من إخبار الزوجات السابقة، ومن جهة أخرى، نص صراحة "إذا تأكد من موافقتكما" بدلا من موافقتهن.

2. - وجود المبرر الشرعي:

- في الحقيقة فالمبرر الشرعي الذي أشار إليه المشرع في هذه المادة يتجلى في أمرين وهما:
- إذا أصبحت الزوجة مريضة مرضا مزمنًا أقعدها عن الواجبات الزوجية.
- عقم الزوجة.

ويستنتج من ذلك، حتى ولو كانت الزوجتان راضيتان بالتعدد، فإن القاضي لا يمنح له الرخصة إلا إذا وجد المبرر، وهو حل لا يحمده عليه، إذ أن الأخذ بهذا الحل يمكن أن يعيق صفوة الأسرة بل يمكن أن يؤدي بالزوج إلى ارتكاب جريمة الزنا، إذ من المبررات التي يمكن أن تدخل في الاعتبار حالة التيقض الجنسي للزوج والزوجة غير قادرة على ذلك، أو في حالة إذا كان عدد النساء أكثر من عدد الرجال.

3. - توافر الشروط ونية العدل لدى الزوج:

فنية العدل التي أشار إليها المشرع في المادة الثامنة فقرة أولى أعلاه هي النية المطلوبة في المسائل المادية كالمبيت والنفقة وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من ذات المادة بقولها "... وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". أما العدل الروحي أو القلبي فهو غير مشروط في هذه الحالة وكان الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها يقسم بين نسائه فيعدل ويقول "اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ". وهذا جاء مؤكدا لقوله تعالى "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۗ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ".

4. - إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد:

والمقصود من ذلك هو أنه لا يكفي إبلاغ الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد، بل ينبغي الحصول على موافقتهما، أما إذا وقع تدليس في شأن الحالة المدنية للزوج بأنه ادعى العزوبة وهو متزوج، أدرج المشرع هذه الحالة ضمن حالات التطلق في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة بقوله "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلق". كان على المشرع، كما تقدم، القيام بالترقية بين الزوجتين بحيث إذا كان يجوز للزوجة السابقة أن ترفع دعوى بالتطلق بناء على تعدد غير راضية به، فإنه من المقرر قانونا أن الشخص الذي كانت إرادته معيبة بعيب التدليس يجوز له طلب البطلان بدلا من التطلق لأن العقد في الأصل ولد مريضا.

5. - الحصول على الترخيص القضائي:

لقد قيد المشرع تعدد الزوجات بالحصول على الترخيص القضائي لأن مهمة القاضي في هذه الحالة وهو رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة لمكان البيت الزوجية، ويجب عليه أن يتأكد من موافقة الزوجتين وذلك باستدعائهما إلى مكتبه والسماع لهما شخصيا.

وكذلك ينبغي عليه أن يتأكد من وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على إقامة العدل وذلك بتقدير الشروط الضرورية للحياة الزوجية. أما إذا تم الترخيص بدون مراعاة شرط من هذه الشروط فنصت المادة 08/مكرر1 من قانون الأسرة على أنه: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

كما أنه يمكن للقاضي أن يمنح الترخيص عند وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على العدل من حيث تحمل تكاليف الزواج حتى ولو لم تكن الزوجة الأولى راضية بذلك، غير أن عدم موافقتها يسجله القاضي في محضره مما يفتح لها حق المطالبة بالتطبيق.

ونافذة القول أن بتوافر هذه الشروط مجتمعة يتسنى للزوج التعدد ولكن في حدود ما قرره الشريعة الإسلامية، أي يجب احترام المانع الوارد في هذا الصدد في القرآن الكريم في قوله سبحانه وتعالى "وَأِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلِيًّا وَثَلَاثَ وَرُبَاعًا"، ومن ثم فالزواج بالخامسة مع وجود الأربعة تحت عصمة الزوج يعد باطلا بطلانا مطلقا دخل بها أو لم يدخل بها.

وإلى جانب هذه الشروط، أضف المشرع شروط أخرى ولكن ذات صبغة شكلية عند إبرام عقد

الزواج، فما هي هذه الشروط؟

الفهرس

1	مقدمة
1	التطور التاريخي لقانون الأسرة
1	أولا. - العهد الاستعماري
3	ثانيا. - المشرع الجزائري وقانون الأسرة
6	ثالثا. - ملاحظات حول قانون الأسرة والتعديلات المدخلة عليه
6	أ. - مصدرا قانون الأسرة
6	ب. - تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص
8	الباب الأول: الزواج وحالة الزوجين
8	الفصل الأول: تكوين عقد الزواج.
8	المبحث التمهيدي: تعريف الزواج، وحكمته، وحكمه الشرعي
8	أولا. - التعريف اللغوي والاصطلاحي للزواج
9	ثانيا. - حكمة تشريع الزواج
10	ثالثا. - حكم الزواج
11	المبحث الأول: الخطبة، أو مقدمات الزواج
11	المطلب الأول: شروط صحة الخطبة
14	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة
15	المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة
15	الفرع الأول: حكم المهر
16	الفرع الثاني: حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة
17	الفرع الثالث: حكم التعويض في حالة العدول عن الخطبة
18	المبحث الثاني: ركن عقد الزواج
19	المطلب الأول: الاختلاف في الجنس
19	الفرع الأول: الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي
19	أولا. - الشخص الطبيعي من حيث التكوين الجسدي
20	ثانيا. - الخنثى (المختلط الجنس)
21	الفرع الثاني: الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي (حالة التغيير الجنسي)
21	أولا. - موقف القانون المقارن

23	ثانيا. - موقف الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من مسألة تغيير الجنس
23	آ. - موقف الشريعة الإسلامية
23	ب. - موقف القانون الجزائري
24	المطلب الثاني: ركن الرضا
24	الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة والشروط الواجب توافرها فيها
24	أولا. - طرق التعبير عن الإرادة
25	ثانيا. - الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة
26	آ. - الشروط التي يقتضيها عقد الزواج
26	1. - في نطاق حقوق الزوج على النحو التالي
26	2. - الاشتراط في حقوق الزوجة
27	ب. - الشروط التي لا يجوز الاتفاق عليها وتكون مخالفة لأحكام عقد الزواج
27	الفرع الثاني: عيوب الإرادة والزواج الصوري
27	أولا. - الغلط كعيب من عيوب الإرادة
27	آ. - الغلط المانع للإرادة
28	ب. - الغلط المفسد للإرادة
29	ثانيا. - الإكراه كعيب من عيوب الإرادة
30	ثالثا. - التدليس أو التغرير
30	الفرع الثاني: الزواج الصوري
31	المبحث الثالث: شروط صحة عقد الزواج
31	المطلب الأول: أهلية الزواج
31	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج
32	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
32	أولا. - تحديد أهلية الزواج بتوافر سنا معينة
34	ثانيا. - حكم الزواج التام بدون توافر الأهلية المحددة قانونا
35	ثالثا. - عقود الزواج المتوقفة على الإذن غير القضائي
35	آ. - زواج الأجنبي
36	ب. رخصة مصالح الأمن
36	ج. رخصة مصالح الدفاع الوطني

36	رابعاً. - الشهادة الطبية لإبرام عقد الزواج
37	المطلب الثاني: الولاية في الزواج
38	الفرع الأول: شروط الولي ومكانته في الترتيب
38	أولاً. - شروط الولي
38	آ. - الأهلية الكاملة
38	ب. - اتحاد الدين بين الولي و المولى عليه
38	ت. - الذكورة
39	ثانياً. - ترتيب الأولياء
40	الفرع الثالث: زواج البالغة العاقلة
40	أولاً. - آراء الفقه الإسلامي
41	ثانياً. - موقف قانون الأسرة من زواج البالغة العاقلة
42	الفرع الرابع: زواج القصر ومختلي العقل
43	المطلب الثالث: الصداق كشرط صحة في عقد الزواج
43	الفرع الأول: تعريف الصداق، نوعيه، وطبيعته القانونية
43	أولاً. - تعريف الصداق
44	ثانياً. - نوعا الصداق
44	ثالثاً. - الطبيعة القانونية للصداق
45	الفرع الثاني: شروط الصداق
45	أولاً. - أن يكون الممهور مالا متقوما شرعا
45	ثانياً. - أن يكون مقدورا على تسليمه عند العقد
46	ثالثاً. - أن يكون الممهور معلوما
46	رابعاً. - مقدار المهر
47	خامساً. - تأجيل الصداق وتعجيله
47	الفرع الثالث: مؤكدات الصداق
47	أولاً. - مؤكدات الصداق بالعقد الصحيح
47	آ. - الدخول الحقيقي
48	ب. - وفاة أحد الزوجين
49	ت. - الخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي

50	ثانيا. - مؤكدات المهر في العقد الفاسد
50	ثالثا. - سقوط نصف المهر وبكامله ونكاح الشغار
50	آ. - حالات سقوط نصف المهر
51	ت. حالات سقوط الصداق بكامله
51	ت. - نكاح الشغار
52	الفرع الرابع: النزاع حول الصداق
53	المطلب الرابع: موانع الزواج
53	الفرع الأول: الموانع المؤبدة
54	أولا. - قرابة الدم
54	ثانيا. - قرابة المصاهرة
56	ثالثا. - الرضاة كمانع للزواج
56	آ. - شروط الرضاة المانع للزواج
57	ب. - حالات التحريم القائم على الرضاة
58	ث. - الاستثناءات الواردة على موانع الرضاة
58	الفرع الثاني: الموانع المؤقتة
59	أولا. - المحصنة
59	ثانيا. - المعتدة
61	ثالثا. - المطلقة ثلاثا
61	رابعا. - عدم جواز الزواج بالمشركات وبالمملحات
61	خامسا. - زواج المسلمة
62	سادسا. - الجمع بين المرأة وأختها أو عمته أو خالتها
62	سابعا. - الخامسة فوق الرابعة
62	آ. - موقف المشرع من تعدد الزوجات
62	ب. - الشروط الواجب توافرها في حالة التعدد
62	1. - أن يكون العدد مما حددته الشريعة الإسلامية
63	2. - وجود المبرر الشرعي
63	3. - توافر الشروط ونية العدل لدى الزوج
63	4. - إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد

أستاذة
شاهرا
بجبلبي
بي