مقدمة

تكتسي الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتبارها الخلية الأساسية لتكوين المجتمعات قديما وحديثا ، وإذا كانت الأسرة تمثل لبنة في بناء المجتمع,فإن هذا البناء يتكون من مجموع الأسر في النهاية، وبالتالي فمن الطبيعي أن البناء المكون من لبنات يأخذ ما لهذه اللبنات من قوة أو ضعف, كما أن الأسرة هي الحاضنة التربوية الأولى في حياة الإنسان ,ولها تأثير كبير على نموه وعلى خياراته في الحياة طوال عمره ,وهي اللبنة الأولى التي يتكون منها المجتمع ,ونمط بناء الأسرة له تأثير مباشر على نمط بناء المجتمع ,ولأهمية هذه المؤسسة وتأثيرها كان لا بد من سن قواعد لتحكم وتنظم سلوكات أفرادها أي أفرادالأسرة الواحدة حتى يتحقق الانسجام والاستقرار والسكينة .

ولأجل ذلك عمد المشرع إلى تنظيمها من خلال تقنين الأسرة معتمدا في ذلك على الأحكام الشرعية المستمدة من الكتاب والسنة اللذان لا يأتيهما الباطل ,حيث نظم المشرع ,في هذا القانون مجموعة من المواضيع أولها الزواج والطلاق ،ونتعرض لمقياس قانون الأسرة من خلال العناصر التالية :

المحور الاول : مفهوم قانون الأسرة

المحور الثاني : الخطبة

المحور الثالث: الزواج

المحور الرابع :انحلال عقد الزواج

المحور الاول :مفهوم قانون الأسرة:

وهو ما يتضح من خلال تعريف قانون الأسرة وبيان مصادره وتطوره ومميزاته:

- تعريف قانون الأسرة:

المقصود به هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم أفراد الأسرة الذين تجمعهم علاقات النسب والمصاهرة، وينظم مسائل الزواج والطلاق وأثارهما والأهلية والنيابة الشرعية والميراث والوصية والوقف والهبة، وقانون الأسرة له مصطلح آخر وهو قانون الأحوال الشخصية وقد اختار المشرع الجزائري مصطلح "قانون الأسرة"

وصدر هذا القانون بموجب القانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 جوان المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

مصادر قانون الأسرة الجزائري:

المتتبع لأحكام ونصوص قانون الأسرة الجزائري يلاحظ أن المشرع اعتمد بشكل كبير على مذهب المالكية باعتباره مذهب أهل المغرب العربي، كما أخذ من المذاهب الأخرى الشافعية والحنابلة والحنفية، بالإضافةإلى ذلك قنن بعض الأعراف والعادات الاجتماعية التي لا تتعارض مع الشرع الإسلامي لما لها من

أهمية وقيمة في المجتمع، فضلا على أنه انفتح على بعض القوانين العربية مراعيا في مصلحة ومتطلبات المجتمع الجزائري.

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأصلي والرسمي لمسائل الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة (222) من قانون الأسرة على انه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما نصت المادة 223 على انه "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

موضوعات قانون الأسرة:

يحتوي قانون الأسرة على 224 مادة مقسمة على أحكام عامة وأربعة كتب كما يأتي:

الأحكام العامة:

(من المادة 1 إلى غاية المادة 3 مكرر)

الكتاب الأول:

الزواج وانحلاله (من المادة 4 إلى غاية المادة 80)، ويشمل مسائل الزواج وما يتعلق به من آثار من حقوق وواجبات الزوجين والنسب، ومسائل الطلاق وآثاره من عدة وحضانة ونفقة.

الكتاب الثاني:

النيابة الشرعية (من المادة 81 إلى غاية المادة 125)، ويشمل مسائل الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة.

الكتاب الثالث:

الميراث (من المادة 126 إلى غاية المادة 183)، ويشمل أحكام عامة وأصناف الورثة والعصبة أحوال الجد، الحجب التنزيل، الميراث بالتقدير، المسائل الخاصة ...

الكتاب الرابع:

التبرعات (من المادة 184 إلى غاية المادة 224)، ويشمل الهبة والوصية والوقف، بالإضافة إلى الأحكام الختامية.

ونلاحظ أنه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005م، قام المشرع بإلغاء مواد وإضافة مواد وتعديل أخرى من ذلك:

بالنسبة للمواد الملغاة، مثل المادة 12 التي كانت تجيز للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة، المادة 20 المتعلقة بالوكالة، المادة 63 المتعلقة بالحضانة، المادتان 38 و39 المتعلقان ببعض الحقوق الزوجية.

أمثلة المواد المعدلة 4، 5، 6، المتعلقةبالزواج والخطبة، والمادة 7 المتعلقة والمادة 8 المتعلقة بتعدد الزوجات وغيرها...

ومن أمثلة المواد المضافة، المادة 7 مكرر المتعلقة بالوثيقة الطبية الزواج، المادة 9 بشروط الزواج، المادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، والمادة 53 مكرر المتعلقة بالتعويض في حالة التطبيق وفي إطار تعديل قانون الأسرة الجزائري أضاف المشرع مادة جديدة وهي المادة 3 مكرر ضمن الأمر رقم 02/05 جاء فيها تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، مع أن الأصل في النيابة العامة أنها طرف أساسي في القضايا الجزائية،أما بالنسبة لقضايا الأسرة فقبل تعديل القانون كان المشرع يمنح النيابة صلاحيات التدخل في عدد من القضايا، ويعطيها دورا في إجراءات الدعوى.

وبعد التعديل نقلت النيابة العامة من مركز الطرف الاحتياطي إلى مركز الطرف الأصلي، ممثلة للمصلحة العامة وتبدي رأيها بما يتلاءم وتطبيق القانون دون أن تنضم إلى أحد الخصوم وهذا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، بما في ذلك دعاوى الطلاق والرجوع والنفقة والحضانة والخلع وغيرها، وسبب إضافة هذه المادة هو أن قضايا الأسرة من النظام العام وهو ما يتعين معه حماية الأسرة.

نشأة وتطور قانون الأسرة الجزائري: مر قانون الأسرة الجزائري في نشأته على ثلاثة مراحل أساسية، وهي مرحلة ما قبل والمرحلة الاستعمارية، ومرحلة ما بعد الاستقلال

-**مرحلة ما قبل الاستعمار:** كان القضاء في الجزائر كما في البلاد العربية والإسلامية يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي في معالجة المسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة، فكان مصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة وفتاوي الصحابة، واجتهاد القضاة، والرجوع إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي، وكان المذهب الملكي وهو المطبق فيها كما في بلاد المغرب الإسلامي، وكذلك المذهب الإباضي في بعض المناطق المذهب الحنفي مذهب الدولة العثمانية، بالإضافةإلى المعاملات والأعراف المحلية، التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والتي كانت متعارف عليها ومعتمدة قبل الفتوحات الإسلامية.

- **المرحلة الاستعمارية:** إبتداءًا من سنة 1830م عمد المستعمر الفرنسي إلى محاولة يائسة هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في منظومة القانون الفرنسي، وطمس كل مقومات الهوية الجزائرية، ومن أجل ذلك حارب فقهاء النزعة الاستعمارية الفقه الإسلامي مدعين بأنه نظام ديني لا يصلح إلا للعبادة فقط وليس نظام حياة، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية قام المشرع الفرنسي بسن مجموعة من

التشريعات، التي تهدف إل التدخل في أحكام ونظام الأسرة الجزائري والتي نذكر منها:

القانون الصادر في 2 ماي 1930م المتعلق بالخطبة وسن الزواج، والمرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية،(اعتمد فيه على الأعراف المحلية على حساب الأحكام الشرعية)، وكذا الأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، بالإضافة إلى القوانين الصادرة في 11 جويلية 1957م المتعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج، والأمر الصادر في 4 فبراير 1959م المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائروكذا المرسوم المؤرخ في 17 سبتمبر 1959م المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر، والذي يحدد شروط تطبيق الأمر السابق.

وبالرغم من كل المحاولات السابقة من قبل المشرع الفرنسي إلا أنها لا تجد نفعا، بسبب مقاومة الشعب الجزائري لها، الذي يعتبر الأحوال الشخصية أمرا مقدسا وجزءا من عقيدته وهويته وثقافته وحضارته الإسلامية، مما أدى إلى بقاء نظام الأسرة الجزائري بعيدا عن التدخل الفرنسي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامي

- **مرحلة ما بعد الاستقلال:** بعد الاستقلال استمر القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي، وذلك سدا للفراغ التشريعي والقانوني تطبيقا للقانون 157/62، الذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي عدا مواده الاستعمارية والعنصرية، أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي مجال الأسرة صدرت سلسلة من القوانين بين سنة 1963م وسنة 1984م، والمتمثلة في القانون 29 جوان 1963م المتعلق بتنظيم سن الزواج(16 سنة بالنسبة للمرأة و 18 سنة بالنسبة للرجل) وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966م، و 2 سبتمبر 1971م الخاص بكيفية إثبات الزواج، إلى أن ألغى الأمر 29/73 الصادر في 5 جويلية 1975م القانون 157/62 وكذلك القوانين الفرنسية الداخلية.

وقد تأخر قانون الأسرة الجزائري عن الصدور بالقوانين الأخرى، حيث استغرق أكثر من عشرين سنة بعد الاستقلال بعد طول نقاش وحوار، حيث صدر بالقانون رقم 11/84 بتاريخ 9 جوان 1984م، الذي عدل وتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

مميزات قانون الأسرة الجزائري:

يتميز قانون الأسرة الجزائري عن غيره من القوانين بعدة خصائص

خصائص تتمثل فيما يأتي:

01- هو القانون الوحيد الذي استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، ومن الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، وإن كانت أغلب أحكامه مستمدة من الفقه المالكي كما سبق ذكره، وما يدل على ذلك نص المادة 222 منه، فنص المادة يسمح للقاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون تحديد لمذهب فقهي معين إذا عرضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نص قانوني.

02- يتميز بالشمول من حيث المواضيع التي نظمها، فهو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام قانون واحد يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية، والمتمثلة في مسائل الزواج وانحلاله والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات (القانون الليبي قصره على أحكام الزواج والطلاق، هناك دول تفرد للوقف قانونا خاصا به، وهناك من ينظم مسائل النيابة الشرعية ضمن القانون المدني.

03- الاستقلالية: فهو قانون مستقل عن القانون المدني خلافا لما هو موجود في الدول الغربية، التي جرى العمل فيها على أن يشتمل القانون المدني على نوعين من الأحكام، قواعد الأحوال الشخصية وقواعد الأحوال المدنية.

04- هو قانون يجمع بين الثبات والمرونة، فلم يتم تعديله إلا مرة واحدة سنة 2005م، وهذا من جهة الاستقرار فقد حافظ على الثوابت، أما من جهة المرونة فقد تم تعديل واستحداث بعض المواد استجابة لمتطلبات المجتمع الجزائري، من

ذلك سكن الحاضنة، التلقيح الاصطناعي، إثبات النسب بالطرق العلمية، تعديل سن الزواج ، وغيرها من المواد.

05- موافقته لعرف المجتمع الجزائري، ولم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام كاستعماله لكلمة الفاتحة في المادة 6 إذا عرفنا أن المواد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي سيتم طبقا لتعاليم الشريعة الإسلامية إذ ألف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي تبركا بها، ثم أصبح يعبر بالفاتحة.

المحور الثاني :الخــطبـــــــــــــــــــــــــــــــة

تعارف الناس منذ القديم على أنه قبل إبرام عقد الزواج والاحتفال بتلك المناسبة السعيدة، أن يسبق ذلك مرحلة تمهيدية تسمى بالخطبة، وسنتطرق إلى التعريف بالخطبة وبيان طبيعتها، وأخيرا آثار العدول عنها.

أولا: التعريف بالخطبة

إذا كانت الخطبة معروفة منذ القديم وعند الأمم جميعا، فان أحكامها مختلفة من شريعة إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر، والذي يهمنا في هذا الموضوع هو التشريع وقانون الأسرة الجزائري، حيث سنبين من خلالهما أنواع الخطبة، وشروطها وهذا بعد التطرق إلى تعريفها في اللغة والاصطلاح.

1) تعريف الخطبة:

الخطبة: لغة: مصدر خطب، يقال خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بكسر الخاء أي للزواج، وقيل مأخوذة من الخطب أي شأن من الشؤون، وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل وجانب المرأة.

أما من الناحية الاصطلاحية فقد عرفت الخطبة بعدة تعريفات سواء عند الفقهاء قديما أو عند المعاصرين، نذكر منها على سبيل المثال تعريف الإمام أبو زهرة حيث يعرفها بأنها " طلب الرجل يد امراءة معينة للتزوج بها، والتقدم إلى ذويها، ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"، ويعرفها

الدكتور بلحاج العربي على أنها " التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها وإلى وليها، أو هي طلب الرجل التزوج بامراءة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة والى أهلها أو عن طريق أجانب، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما" فهي بهذا تطلق على أمرين الطلب أو الالتماس، وتطلق كذلك في حالة الموافقة عليهما.

وقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 ق.أ بأنها وعد بالزواج، أي عرفها بتبيان طبيعتها القانونية وليس ببيان ماهيتها أو حقيقتها.

2) أنواع الخطبة:

لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري ما ينص على وجود أنواع الخطبة، لكن بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فإن الفقهاء ميزوا بين نوعين من الخطبة صريحة (أولا) وتعريضية (ثانيا).

أولا :الخطبة الصريحة:

هي طلب التزوج بإمراءة وإظهار الرغبة في ذلك بطريقة مباشرة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها "إني أريد أن أتزوجك، أو أرغب بالزواج بك"، أو يقول لوليها "أطلب يد ابنتك للزواج"، وغيرها من الجمل الصريحة التي إذا قيلت لا يراد منها غير طلب المرأة للزواج.

ثانيا: الخطبة التعريضية:

التعريض خلاف التصريح، والتعريض بالخطبة معناه طلب الزواج بلفظ أو ألفاظ لم توضع له حقيقة ولا مجازا، ولكن هذه الألفاظ تحتمل الخطبة وتحتمل غيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الغربة في الخطبة، كقوله " وددت لو أن الله ييسر لي امراءة صالحة، أو إذا انقضت عدتك فأعلميني"، وغيرها من العبارات.

* وتكمن **الفائدة من التفرقة بين التصريح بالخطبة والتعريض بها** من حيث مدى جواز خطبة المعتدة.

3) شروط الخطبة:

ونقسمها إلى شروط لازمة (أولا) بمعنى أنها واجبة، وشروط مستحسنة (ثانيا).

أولا: الشروط اللازم توفرها في من يراد خطبتها:

وهي التي لابد من تحققها و لا تصح الخطبة من دونها وهي أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (01)، وأن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير (02).

01: أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (أن تكون صالحة للزواج)

فيشترط في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأن الخطبة وعد ومقدمة وتمهيد للزواج، ومن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، وعليه يشترط لجواز الخطبة أن لا تكون من المحرمات عن الرجل حرمة مؤدبة كالبنت وبنت

الابن والعمة والخالة (المادة 24 ق.أ) أو مؤقتة كمن هي في عصمة رجل آخر أو معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن (المادة 30 ق. أ)، أما المعتدة من وفاة فيجوز التعريض بخطبتها دون التصريح كما سبق ذكره، والحكمة من ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة على الحرام حرام أيضا.

وينبغي على المشرع الجزائري في التعديلات المقبلة أن يراعي هذه المسألة حيث يدرج فقرة في المادة 5 المعدلة أو يضيف مادة مستقلة توضح شروط صحة الخطبة، تكون صيغتها كالآتي: "يمنع خطبة المحرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا، غير أنه يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة".

02: أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير:

من شروط صحة الخطبة أن لا يخطب رجل على خطبة أخيه، وذلك إذا تم الركون والموافقة، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" وقوله أيضا "... ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك".

والعلة من هذا النهي هو أن في خطبة الثاني اعتداء على الأول وإيذاء له، ووقوع العداوة والبغضاء بين الخاطبين، والنهي يتحقق في حالة الموافقة والركون.

أما إذا كانت المخطوبة في حالة تردد وترو ونظر فقد وجد خلاف بين الفقهاء من حيث الجواز وعدمه، والراجح هو عدم جواز ذلك، لأن تقدم الخاطب

الثاني قد يؤدي إلى رفض الخاطب الأول مما يولد الأحقاد والضغائن المنهي عنها شرعا، وهو علة تحريم الخطبة على الخطبة.

ثانيا: الشروط المستحسن توفرها في من يراد خطبتها:

يندب لمن يريد الزواج مراعاتها، وهي عبارة عن صفات للزوجة الصالحة التي يمكن أن يجد معها الإنسان الراحة والاطمئنان والسكينة والأنس والسعادة، ويتحقق معها نجاح الزواج، ولكن إن أهملها لا يؤثر على صحة الخطبة، ومن هذه الشروط:

01: أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب:

وهذا حتى لا ينكح عن ذلك نسلا ضعيفا، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا"، وقد أثبتت التجارب قديما أن الزواج بالأقارب غالبا ما ينتج عنه نسلا ضعيفا، وهذا ما أكده الطب الحديث.

02: أن تكون المخطوبة بكرا ولودا:

لقوله عليه الصلاة والسلام لجابر بن عبد الله " ... هلا جارية تلاعبها وتلاعبك..."، وقوله أيضا " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة".

03: أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق:

لقوله عليه الصلاة والسلام " تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك"، كما يستحسن أن تكون من عائلة ذات أخلاق وشرف، وذلك لما للأسرة من تأثير على المرأة وعلى أبنائها.

ثانيا: الطبيعة القانونية والشرعية للخطبة:

اختلف الفقهاء حول طبيعة الخطبة بين كونها وعد أم عقد، وما يترتب عن ذلك من مدى حق كل طرف في العدول عن مشروع الزواج، لذلك سنتناول الطبيعة القانونية للخطبة وكذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، لنخلص إلى مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة هل يغير من طبيعتها أم لا؟

1: الطبيعة القانونية للخطبة:

تعتبر الخطبة من الناحية القانونية سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في قوانين الأسرة العربية وعد بالزواج، وليست عقدا وإن تمت باتفاق ورضا الطرفين، ولا يترتب عنها ما يترتب على عقد الزواج من حقوق وواجبات، ولا تتمتع بأية قوة إلزامية مهما طال أمدها، ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها (المادة 5 ف 2 ق.أ)، وذلك أخذا بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، ثم إن الوعد في العقود عامة ليست له قوة العقد ذاته، ولا يترتب عليه أثر ما، فإذا وقع العدول فلا يجوز للطرف الذي لم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بإتمام إجراءات

الزواج دون رغبته ودون رضاه، لأن الزواج في حقيقته عقد رضائي، وليس عقد إذعان.

2: الطبيعة الشرعية للخطبة:

الحكم الشرعي للخطبة هو أنها مستحبة قبل انعقاد الزواج وليست واجبة، ويمكن القول أنها مشروعة، لقوله تعالى في محكم تنزيله " **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء**"، لأنها سبيل التعارف بين الخاطبين والعائلتين ومن ثم يكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة، وهذا يزيد من حظوظ النجاح في الزواج.

أما عن طبيعتها الشرعية فهي كذلك وعد بالزواج وليس لها صبغة عقدية، وهذا لأن المشرع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، فلا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية، كما لا يثبت بها النسب ولا التوارث بين الزوجين، لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد، و أن إباحة النظر في مرحلة الخطبة ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام المحرم للنظر، وهذا لتحقيق مقصد شرعي والمتمثل في تمام الألفة والمودة بالعقد.

3: مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة:

هناك مسألة في غاية الأهمية وتطرح إشكالا وهي اقتران الخطبة بالفاتحة، هل يغير من الطبيعة القانونية للخطبة أم لا؟ وقد أجاب المشرع في المادة 6 ف 1

من ق.أ على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجا، ما لم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر في مجلس العقد (المادة 6 ف 2)، وهو تكريس للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

فإذا كان المقصود بالفاتحة هو قراءة سورة الفاتحة بعد الموافقة على الخطبة من باب التبرك بها، وعلى سبيل الدعاء، فإن الفاتحة هنا ليست بعقد شرعي ولا يترتب عنها أي أثر ما، فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد.

وإن كان المقصود بالفاتحة هو المجلس الذي يعلن فيه الخطبة وتقرأ فيها الفاتحة ويصاحب ذلك إيجاب وقبول في حضرة شاهدين عدلين، وذكر الصداق بحضور الولي كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي في كثير من مناطق الجزائر، فهو عقد نافذ شرعا، ويرتب آثاره الشرعية، وإن كان ينقصه التوثيق من الناحية القانونية (المادة 18 من ق.أ)، مع ما قد يترتب عنه من ضياع حقوق المرأة والأولاد، كما أنه يخالف النظام العام الذي وضعته الدولة بضرورة تسجيل هذا لعقد (المادة 18 من ق.أ)، وأن إثبات الزواج يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية (م 22 من ق.أ و م 39 من ق.أ)، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به أمام السلطات الإدارية والقضائية إلا إذا تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في القانون.

ثالثا: آثار العدول عن الخطبة:

في حالة حصول العدول عن الخطبة الذي هو حق لكل طرف، يترتب عن ذلك آثار سواء بالنسبة للصداق الذي يكون الخاطب قد قدمه، أو الهدايا المقدمة من الطرفين، وكذلك الأمر بالنسبة للأضرار الناشئة عن العدول.

1) حكم الصداق في حالة العدول:

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة وحتى القانون المغربي والتونسي لم يتطرقا إليه بخلاف القانون السوري الذي نص عليه، وبالعودة إلى الفقه الإسلامي فإن الفقهاء اتفقوا على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر، سواء تم العدول منه أو من المخطوبة،لأن المراءة لا تستحق المهر إلا بالعقد عليها، وبما أن العقد لم يتم بعد، والخطبة هي مقدمة للزواج لا غير، فلا حق للمراءة في الصداق، وتطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع، وجب على المراءة رده.

وما يمكن التنبيه إليه في هذه المسألة هو حالة ما إذا تصرفت المراءة في المهر بأن حولته إلى جهاز مثلا، ففي مثل هذه الحالة الخسارة الناتجة عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يتحملها من عدل عن الخطبة، فيرى الدكتور محمد حمدة – رحمه الله– أن للمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو تسليم الجهاز، حيث يتحمل الخاطب تبعات المهر، وذلك بتسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق،

فإذا كان أحد الدائنين لم يستوف حقه كالخياط، أدى له حقه، ولا تجبر المخطوبة على تملك الأشياء التي اشترتها بسبب العزم على الزواج، وكان الخاطب هو السبب في هذه التصرفات.

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تعيد الصداق كما هو ولا يرغم الخاطب على قبول اللباس أو الفراش عوض المهر، لأنه إذا لم يجد من يشتريه قد يبيعه بأبخس الأثمان فنجمع عليه ضررين، ضرر العدول وضرر إنقاص قيمة المهر.

2) حكم الهدايا في حالة العدول:

نتناول المسألة في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا).

أولا: حكم الهدايا في حالة العدول في الفقه الإسلامي:

يرغب أهل الفقهاء بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة يجب رد مثلها إن كانت من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات.

فيرى الحنيفة أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب له حق الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها، فبالتالي يرد من الهدايا ما كان قائما.

والشافعية والحنابلة يرون أنها ترد مطلقا مثل المهر سواء أكانت هالكة أم قائمة وسواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأن الباعث على تقديمها هو إتمام عقد الزواج، وما دام الباعث لم يتحقق وجب ردها.

أما المالكية فعندهم تفصيل في المسألة، فإذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد شيئا، وإذا كان من المخطوبة ترد له ما كان قائما، وقيمة ما لم يستهلك إلا إذا كان هناك عرف أو شرط ينافي ذلك.

ثانيا: حكم الهدايا في قانون الأسرة الجزائري:

بينت حكم الهدايا المادة 5 ف 4 و 5 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

فالمشرع قد فرق بين حالتين، حالة ما إذا كان العدول من الخاطب وحالة ما إذا كان العدول من المخطوبة.

- فإذا كان العدول من الخاطب، وكان قبل ذلك قد أهدى مخطوبته بعض الهدايا، فإنه لا حق له في إرجاع ما قدم لها من هدايا، وإذا كانت المخطوبة قد أهدته أثناء الخطبة بعض الهدايا فعليه أن يردها لها، إذا كانت

من الأشياء غير المستهلكة، أما إذا استهلكت فعليه أن يرد إليها قيمتها (يعني يرد ولا يسترد).

- أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها فقط أن ترد للخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها، وإن استهلك فعليها أن ترد له قيمته، فالمشرع قرر رد الهدايا التي لا تستهلك بطبيعتها، أما التي تستهلك كالطعام فلا يرد.

- وما يلاحظ أن المشرع لم ينص على حالة ما إذا كان العدول من المخطوبة وقد أهدت إلى الخاطب هدايا فما الحكم في هذه الحالة؟ هل نطبق ونقيس على الحالة الأولى للتشابه بين الحالتين؟

- المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من الأهالي أم من الخاطب والمخطوبة، هل نطبق الحكم السابق الوارد في المادة السابقة والمتعلق بالخاطبين، باعتبار أن المقصد منها واحد وهو إتمام عقد الزواج، أم أنها تأخذ حكم الهبة.

- أقر المشرع المبدأ السابق بناء على من وقع عليه العدول، وكان الأحرى به أن يؤسس لهذا المبدأ على من كان السبب في العدول، ذلك لأن هذا الأخير قد يكون اضطراريا، فقد يرغب طرف في العدول ثم يقوم بتصرفات تستفز الطرف الآخر فتدفعه إلى العدول، كان تشترط المرأة على خطيبها شروطا ليست في مقدوره تلبيتها مما يدفعه إلى صرف النظر عن

إتمام إجراءات الزواج، أو أن يؤجل الخاطب زواجه لفترة طويلة دون سبب مقبول مع رفض مخطوبته لهذا الأخير، فتضطر إلى العدول عن الزواج.

- ما يلاحظ كذلك على هذه الفقرة هو أنها أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل، إذ أن فقهاء المالكية يقرون بالرد في حالة الاستهلاك (المثل أو القيمة)، بينما بدأ النص القانوني مطابقا لهذا الرأي في البداية ثم خالفه حين لم يقر بالرد في حالة الاستهلاك.

- وعبارة الاستهلاك تثير غموضا إذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية، أو تصرفت فيها فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود مادي، وبالتالي فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها، بالإضافة إلى أن لفظ الاستهلاك هو مصطلح اقتصادي ولا يتشرط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة كالحلي مثلا.

- أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية، في حالة ما إذا قيمة الهدية وقت العدول قد نقصت عن قيمتها وقت الشراء، كالذهب الذي تنقص قيمته بمجرد شرائه بل حتى قبل استعماله.
- كما أن هذا النص قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة أن تقدم لها هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري، أو أنها قد تتصرف في الهدايا بحس نية، كأن تكون بحاجة إلى المال فتبيع الهدايا للحصول على الثمن، لشراء أغراض أخرى أو للعلاج أو للدراسة أو غيرهاثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي بأنها استهلكت، وحكم النص أن ترد للخاطب ما لم يستهلك، أي ما كان قائما تحت يدها فقط.

ولهذه الأسباب لا بد من تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه وهذا لسد باب التحايل من الجانبين، ويكون كل طرف على علم مسبق بأنه يقع على عاتقه رد الهدايا في جميع الأحوال سواء كانت قائمة أو مستهلكة في حالة العدول.

وينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الهدايا محل النصوص التشريعية هي التي تقدم قبل العقد أي في فترة الخطوبة، أما إذا تم العقد فلا مجال للحديث عنها.

3): حكم التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في حال العدول:

تنص المادة 5 فقرة 2 على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، " فالمشرع من جهة يعطي للخاطبين الحق في العدول وبعد ذلك يطالبه بالتعويض عما ترتب من نتائج العدول، فما دام أن هذا الأخير في حد ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوبة شرعا وقانونا – كما سبق ذكره –يجوز لكل منهما استعماله متى شاء، فإن من يستعمل حقه من غير تعسف لا تجوز مقاضاته ولا مطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكونقد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استنادا إلى قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان"، والعدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرا للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، فعدم إتمام إجراءات عقد الزواج الموعود به لا يرتب في حد ذاته أية مطالبة بالتعويض باعتبار أن الضمان يؤثر في حرية التعاقد، ويناقض ركن الرضا في عقد الزواج.

غير أنه إذا كان العدول قد رافقته ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر فإن طلب الحكم بالتعويض سيكون مشروعا، وهذا يعني أن سبب المسؤولية هنا ليس هو فعل العدول عن الخطبة وإنما يمكن أن يكون

ظروفا طارئة لاحقة لزمن العدول، نتج عنها ضرر، ويمكن وصف هذه الظروف بأنها تغرير بالطرف الأخر.

ومن الأضرار المادية المصاحبة للعدول، كما لو طالب الخاطب المخطوبة بالاستقالة من وظيفتها أو إعداد جهاز مهم أو شراء أثاث معين، أو تطالبه بإعداد مسكن في مكان معين أو بصورة معينة، فهذه تكاليف صاحبت الخطبة، وهي لا تمنع الحق في العدول عنها، غير أن العدول التعسفي يوجب إلزام العادل بالتعويض عنها، وكأمثلة عن الأضرار المعنوية، خيبة الأمل لدى الطرف الآخر أو تأخير زواج المخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة معه، وتفويت فرصة خاطب أفضل، دون نسيان ما يمس كرامة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتشهير والتجريح.

ومسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول لم يتم التعرض لها في الفقه الإسلامي القديم، بسبب اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف والعادات، وكذا لاعتبارهم أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل وأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بالعقد مثلا الخطبة ليست عقدا، بالإضافة إلى أن هذه المسألة مستحدثة، إذ الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثنائها لا يترتب على فسخها ضرر، وباعتبار المسألة حديثة فقد ناقشها الفقهاء المعاصرون واختلفوا بشأنها، والذي عليه أغلبهم هو التعويض

عن الضرر المادي والمعنوي بشرط أن يكون لمن عدل دخل في وقوع الضرر تطبيقا للقواعد الفقهية " لا ضرر ولا ضرار" و"أن الضرر يزال".

المحور الثالث

الـــزواج:

يعتبر عقد الزواج أساس تكوين الأسرة لذلك ينبغي التعريف بهذا العقد (أولا) ثم تكوينه (ثانيا)، وأخيرا آثاره (ثالثا).

أولا: التعريف بالزواج

الزواج سنة من السنن الكونية والاجتماعية والدينية، فالتزاوج موجود منذ بداية الخليقة، لكنه يختلف من مجتمع لآخر ومن تنظيم إلى آخر، وتتميز الشريعة الإسلامية عن باقي الشرائع والقوانين الوضعية من حيث تنظيمها لهذا العقد، وقبل الخوض في الأحكام المتعلقة بتكوين عقد الزواج وبيان آثاره لابد من التطرق إلى تعريف الزواج، وإبراز خصائصه، وبيان حكمه الشرعي، والحكمة من تشريعه.

1)- تعريف الزواج:

الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب زوج فلان إبله أي قرن بعضها ببعض، ومنه قوله تعالى : " **وإذا النفوس زوجت**" أي قرنت

بأبدانها وأعمالها، وقوله تعالى : " **وزوجناهم بحور عين**"، أي قرناهم بهن، منه شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمراءة على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين الأسرة.

أما في الاصطلاح الشرعي والقانوني فقد وردت عدة تعاريف للفقهاء نذكر منها على سبيل المثال:

- "هو عقد يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا".
- " هو عقد الرجل على امرأة تحل له شرعا، بحيث يفيد استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر".
- " عقد بين رجل و امرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالا شرعيا وتكوين أسرة وتعاون في الحياة وإنجاب الولد".
- " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات".

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فقد عرفه في المادة 4 المعدلة عام 2005م بكونه " عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من

أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

ومن خلال نص المادة 4 يمكن تسجيل عدة ملاحظات والمتمثلة فيما يأتي:

- أن المشرع صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، وهما محل هذا العقد، وهو ما يعني استبعاد زواج المثليين وعدم صحة انعقاده لا شرعا ولا قانونا،(شرعته هولندا).
- نص المشرع على ضرورة احترام الضوابط الشرعية (... على الوجه الشرعي ...)بمعنى أن يكون العقد وفق أحكام الشريعة الإسلامية من حيث أركانه وشروطه، وهو يختلف عن العقود المدنية.
- ركز المشرع في التعريف على الغاية من عقد الزواج والمتمثلة في تكوين أسرة، وتحقيق المودة والرحمة والسكينة بين الزوجين، وإحصائهما، والمحافظة على الأنساب، ولم يتعرض لموضوعه وآثاره القانونية حتى لا يظن البعض أن الزواج في الإسلام وضع وفقط من أجل الاستمتاع واللذة، خاصة وأن المتقدمين كانوا يركزون في تعريفهم للزواج على الاستمتاع، لذلك عدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه.

وقد اضاف المشرع الى المادة 4 بالتعديل 02/05 عبارة "عقد رضائي" تقييدا وتحديد لعمومالمادة 4 من القانون القديم رقم 11/84، وذلك لكون الزواج

عقد رضائي بالأساس يقوم على تقابل إرادتين، إرادة الرجل من جهة وإرادة المرأة من جهة أخرى، ومن غير هذا الركن فالعقد باطل ولا أساس له.

2)- خصائص عقد الزواج:

الزواج هو عقد رضائي يسمو عن مجرد عقد يحصل منه كل طرف على حقوق ومصالح مادية، بل هو ترابط معنوي بين رجل و امرأة على وجه الدوام مبني على المكارمة، ويهدف إلى بناء الأسرة وتحمل أعبائها.

أما خصائصه المستنتجة من نص المادة 04 فهي:

- الزواج عقد من العقود يقوم على أركان وشروط، تترتب عنه آثار قانونية معينة.
- الزواج لا يتم إلا بين رجل و امرأة (منع اللواط والسحاق والزنا والعلاقات الجنسية الحرة والشاذة).
- أن يكون الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة ما لم ينحل بالوفاة أو الطلاق (تحريم الزواج المؤقت، وزواج المتعة وزواج التحليل...).
- هو عقد قائم على المودة والرحمة والتعاون والسلام والاحترام وليس على القهر والظلم والاستبداد.

- إن الغاية من عقد الزواج الإحصان والعفاف وإبتغاء الولد لحفظ النوع الإنساني.
- إن الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا، وتعد القواعد المنظمة للزواج قواعد آمرة، بحيث يعتبر أي إتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة خارج نطاق الزواج باطلا لمخالفة الشرع والقانون والآداب العامة.

3)- الحكم الشرعي للزواج (الوصف الشرعي للزواج):

بين فقهاء الشريعة الاسلامية بأن للزواج حكمين أحدهما عاما (أولا) وهو الأصل في الزواج وثانيهما خاصا (ثانيا) يختلف باختلاف حالة الشخص، حيث تعتريه الأحكام الخمسة.

أولا: الحكم العام للزواج:

لقد رغبت الشريعة الإسلامية في النكاح ودعت إليه بالنسبة للشخص الذي يملك القدرة المادية والجسدية، مبرزة استحبابه والندب إليه في حقه وهذا ما يتضح لنا من خلال عموم نصوص القرآن والسنة .

ثانيا: الحكم الخاص للزواج:

يعني وصفه الشرعي حسب حالة الشخص، فالناس يختلفون من حيث القدرة المادية والجسدية، ومن حيث الرغبة في الزواج والنفور منه، لذلك تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة، الوجوب (01)، الحرمة (02)، الكراهة(03)، الاستحباب(04)، والإباحة (05).

01: حالة كون الزواج واجبا:

يكون الزواج واجبا في حق التائق إليه والقادر على مؤنه والمتأكد من الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، تطبيقا للقاعدة الأصولية " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، والحرص على عدم الوقوع في الفاحشة واجب على كل مسلم، وإذا كان ذلك لا يتم إلا بالزواج، فيصبح الزواج هنا واجب.

02: حالة كون الزواج حراما:

يكون الزواج حراما بالنسبة للشخص الذي لا يخشى من الزنا، ويتأكد من الوقوع في الحرام إن هو تزوج، وذلك بظلمه لزوجته بسبب عدم مقدرته عليه سواء ماديا أو جسديا، أو لكونه مريضا مرضا معديا يخشى انتقاله إلى زوجته وأولاده، ومعلوم أنه لا يجوز الإضرار بالغير، وكل ما أدى إلى الحرام فهو حرام.

03: حالة كون الزواج مكروها:

يكون الزواج مكروها إذا غلب على ظن الشخص أنه سيقع في ظلم زوجته ولم يصل هذا الظن إلى اليقين، وكذلك بالنسبة للشخص الذي لا يشتهيه وينقطع به عن العبادة أو طلب العلم.

04: حالة كون الزواج مستحبا:

يكون الزواج مستحبا لمن يرجو نسلا أو فعل خير كالنفقة على فقيرة أو على أم و أولادها الأيتام.

05: حالة كون الزواج مباحا:

يكون الزواج مباحا بالنسبة للشخص الذي انتفت عنه دواعي النكاح وموانعه، مثل الشخص الذي لا حاجة له في النساء ولا يرجو نسلا.

رابعا الحكمة من الزواج:

شرع الزواج لمقاصد عظيمة ولحكم جليلة يمكن ذكر بعض منها:

01- الإقتداء بالأنبياء والمرسلين والشعور بإقامة سنة من سننهم التي رغبوا فيها، قال سبحانه تعالى:" **ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية**"، وكفى به أنه يعتبر نصف الدين.

02- تلبية نداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها لأن الزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات، قال تعالى :" **ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون**".

02- تلبية نداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها لأن الزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات، قال تعالى : " **ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون**".

03- وقاية النفس من الوقوع فيما حرم الله عز وجل من الزنا وكل ما يقرب إليه، قال عليه الصلاة والسلام: "فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج".

04- تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والشفقة والأنس بين الزوجين، والتعاون على متاعب الحياة الدنيا، قال تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"، وهذه الحكم نصت عليها المادة 4 من ق.أ.

05- التكاثر والتناسل وحماية النوع الإنساني، وتحقيق مباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم، والمحافظة على الأنساب من الاختلاط، لقوله عليه الصلاة والسلام: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم"، وبالزواج يتحقق الشعور بنعمة الأبوة الأمومة.

06- تكوين علاقة بين أسرتين كانتا وذلك عن طريق المصاهرة، فمن مقاصد التغريب في النكاح توسيع دائرة التعارف بين المسلمين، ومن ثم تحققوحدة الأمة الإسلامية، يقول سبحانه وتعالى " وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكركم عند الله أتقاكم".

07- شعور لكلا من الزوجين بالمسؤولية الزوجية، ما يروضهما على تحمل أعباء الحياة، وأداء الواجبات، ويبعث فيهما النشاط وتفجير الطاقات من أجل توفير حياة كريمة لأبنائهما، (المساهمة في زيادة الإنتاج ومن ثم تنمية الاقتصاد الوطني).

تكوين عقد الزواج:

صرح المشرع في نص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد، ومن ثم ينبغي لتكوينه أن يقوم على ركن الرضا، وشروط موضوعية، بالإضافة إلى الشروط الشكلية، فإذا استوفى هذا العقد ركنه وشروطه الموضوعية يعتبر صحيحا ويرتب آثاره القانونية، وإذا اختلفت ترتب عنه البطلان أو الفساد حسب ما نص عليه المشرع.

1) ركن الرضا في عقد الزواج:

الرضا هو ركن أساسي في عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 09 المعدلة من ق.أ " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري جعل المشرع عقد الزواج قائما على ركن وحيد فقط، أما الأركان الأخرى المتمثلة في الولي والصداق والإشهاد فقد ألحقها بالشروط من خلال نص المادة 9 مكرر.

بما أن عقد الزواج ذو طبيعة خاصة ومتميز عن غيره من العقود فقد جعل الفقهاء للصيغة شروطا حتى يكون الرضا صحيحا تتمثل فيما يأتي:

- أن تكون بألفاظ مخصوصة.
- أن تكون شفوية متلفظ بها:

أي أنه بالنسبة للشخص القادر على النطق لابد أن يتلفظ شفاهة وفي مجلس العقد بألفاظ تفيد معنى النكاح سواء أكان إيجابا أو قبولا اعتبارا للبادئ "بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر" دون تحديد.

أما من كان عاجزا عن النطق فقد أفادت الفقرة الثانية من المادة 10 صحة إيجابه وقبوله بالكتابة أو الإشارة " ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة"، ولم يفرق المشرع هنا بين الإشارة والكتابة في المرتبة، وذلك باستعماله لحرف (أو) التي تدل على التخيير، مع أن الكتابة أقوى دلالة من الإشارة.

03: أن تدل على الدوام والتنجيز:

لا يجوز أن تكون عبارة الصيغة مؤقتة، لأنها تتحول إلى صيغة نكاح المتعة ونكاح التحليل.

04: الفورية:

أي أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفاصل زمني كبير يفهم منه الإعراض، أما إذا كان الفاصل يسيرا للخطبة والتذكير بالمقاصد العظيمة للزواج، أو لإيصاء الزوج فلا بأس بذلك.

بمعنى آخر أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، أي اتحاد الزمان، والمكان وهذا حتى يمكن الشهادة عليهما حيث يسمع الشاهدان الصيغة كاملة لا لبس فيها ولا غموض، كما أنه باتحادهما يسهل على الموثق أو ضابط الحالة المدنية تكوين عقد الزواج وهو في مكتبه، إذ لا يعقل أن ينتقل الموثق أو ضابط الحالة المدنية مقتفيا أثر العاقدين لإكمال صيغة زواجهما.

05: موافقة القبول للإيجاب من كل وجه:

بمعنى أن يوافق القبول الإيجاب من حيث محل العقد (الزوج والزوجة)، وكذلك من حيث الصداق، فإذا حدث اختلاف لم يصح النكاح، فإذا قال الولي لرجل زوجتك ابنتي فاطمة على مهر قدره مائة ألف دينار جزائري، فيقول الرجل قبلت زواج ابنتك هبة الله على مهر قدره مائة وخمسين ألف دينار لم يصح الحق.

06: عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول:

فإذا رجع قبل قبول الطرف الآخر صح رجوعه، ولا يصح العقد ولو صدر قبول من الطرف الآخر، لأنه حينئذ سيصبح إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الأول، وكذلك لو فقد الطرف الأول عقله أو جن قبل صدور القبول لم يصح العقد.

07: أن تكون الإرادة خالية من العيوب:

بالإضافة للشروط السابقة في الرضا يشترط أن يصدر الرضا خاليا من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه باعتباره مساسا بقاعدة الحرية في التراضي (تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه 5 سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه وهي مدة طويلة).

أما مسألة الاشتراط في عقد الزواج:

يجوز للزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصالحها التعاقدية، حيث لا يوجد مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده وهذا ما صرحت به المادة 19 من ق.أ.

2)- الشروط الموضوعية في عقد الزواج:

نصت المادة 09 مكرر من ق.أ على أنه:

" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.
- الصداق.
- الولي.
- شاهدان.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

بتعديل قانون الأسرة سنة 2005 م أضاف المشرع المادة 9 مكرر أعلاه، وضمنها شروط عقد الزواج، والمتمثلة في الأهلية (أولا)، الصداق (ثانيا)، الولي (ثالثا)، الشاهدان (رابعا)، وانعدام الموانع الشرعية (خامسا).

أولا: شرط الأهلية في الزواج:

تنص المادة 07 من ق.أ على انه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع اشترط في الزوجين بلوغ سن الأهلية، مع إمكانية الترخيص لمن لم يبلغ هذه السن القانونية.

ثانيا: شرط الصداق في عقد الزواج:

يعد الصداق أو المهر من بين الشروط التي تميز عقد الزواج عن العقود المدنية الأخرى، فهو دليل على صدق نية الرجل في الارتباط بهذه المرأة، وهو برهان على أن هذا العقد مبني على المكارمة عكس العقود المدنية على المشاحة، وابتغاء الربح، وللإحاطة بهذا الشرط ينبغي تعريفه (01)، وبيان حكمه(02)، وشروطه (03)، والتعرف على أوضاعه (04)، ثم حالات استحقاق المرأة لهذا الصداق (05)، وبعدها نتناول مسألة قيام النزاع بشأنه(06).

01: تعريف الصدق:

الصداق لغة اسم مصدر وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج، وورد في نصوص الشريعة بعدة مسميات كالنحلة والمهر والفريضة والطول والأجر ...

أما اصطلاحا فيعرف الصداق بأنه المال الذي أوجبه الشارع على الزوج، وجعله حقا للزوجة في مقابل الاستمتاع بها، في النكاح الصحيح والوطء بشبهة والوطء في النكاح الفاسد، ويعتبر عربونا ورمزا لرغبة الرجل في الاقتران بالمرأة.

وعرفته المادة 14 من ق.أ بأنه " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

02: حكم الصداق:

يستمد الصداق مشروعيته من قوله تعالى : " **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة**"، وقوله تعالى أيضا " **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**" ، وهذه الآية دليل على أن العقد ملزم حتى وإن لم يسم المهر، لكن يصحح بدفع مهر المثل، وقوله أيضا " **فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة**".

وقد اختلف الفقهاء في حكم الفقهاء في حكم الصداق في عقد الزواج، فهناك من اعتبره ركنا من أركانه، وهناك من اعتبره شرط صحة، وهناك من لم يعتبره لا ركنا ولا شرط صحة، بل يجب على الرجل دفعه، ويصح عقد الزواج دون ذكره، والدليل على ذلك قوله تعالى: " **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**" ، فإذا خلا العقد من الصداق فلا يؤثر في صحته، أو حتى لو وقع اتفاق على نفيه، أو وقع الزواج دون تسمية المهر، فإن العقد سيكون ملزما ويجب فيه مهر المثل متى تم الدخول.

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد اعتبره شرطا في عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر المضافة بالقانون 02/05، وهذا بعد أن كان من أركان عقد الزواج، لكنه إذا تخلف في العقد فلا يؤثر في صحته متى تم الدخول، حيث تنص المادة 33 من الفقرة 2 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".

أي إذا لم يتم تحديد الصداق، أو كان فاسدا وأنه سمي تسمية غير شرعية، أو تم نفيه ففي كل هذه الحالات يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، وإذا حصل الدخول بالمرأة فإنه يصحح العقد ويثبت بدفع صداق المثل، وهذا أخذا برأي من يعتبر الصداق أثر من آثار عقد الزواج، وليس بركن ولا شرط صحة، مع أن المشرع اعتبره من شروط عقد الزواج.

03: شروط الصداق:

يشترط في الصداق في الفقه الإسلامي ما يشترط في الثمن وهذه الشروط تتمثل فيما يأتي:

أ – أن يكون مبلغا أو شيئا متقوما، فلا يجوز أن يكون شيئا تافها لأن الصداق منه ما هو حق الله تعالى ومنه ماهو حق للمرأة، والحد الأدنى له هو حق الله، وقد حدده المالكية بربع دينار ذهبي (1.125 غ ذهب) ومن ثم لا يجيزون إسقاطه من العقد، وما زاد عن ذلك فهو بمثابة حق للمرأة ويجوز لها أن تسقطه عن الرجل، ومعلوم أنه ليس للمهر حد أقصى لقوله تعالى: " **وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا**" ، وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط في المادة 14 " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح ..."

ب– أن يكون مباحا، أي طاهرا ويجوز الانتفاع به، لأن الحرام لا قيمة له في نظر الشارع، ولا يجوز تملكها ولا نقل ملكيتها، كالخمر وآلات اللهو، ونص المشرع على هذا الشرط في المادة 14 " ... من كل ما هو مباح شرعا..."

ج– أن لا يكون مغصوبا، لأن الصداق دليل صدق الرجل في استمرار ما توعد به في الخطبة فمن غير المعقول أن يكون هذا الدليل ملا مغصوبا، أشار المشرع أيضا إلى هذا الشرط في المادة 14 " ... من كل ما هو مباح شرعا..."

د –أن يكون خاليا من الغرر كالثمار التي لم يبد صلاحها، ويأخذ الحكم نفسه إذا أجل الصداق لأجل غير محدد أو أمد طويل لا يمكن أن يعيش الزوجان إلى ذلك الوقت، ويشترط فيه أن لا يكون مجهولا، كأن يقول أن مهرك بيتا دون تحديده، أما إن كانت الجهالة يسيرة فلا بأس، كأن يجعل مهرها 50 غراما من الذهب دون أن يعين لها الحلي المقصود، وفي هذه الحالة يؤخذ الزوج بالوسط، وهذا الشرط نص عليه المشرع في المادة 15.

04: أوضاع الصداق:

تنص المادة 15 من ق.أ على أن " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق مثلا".

ومن تحليل هذه المادة فإن أوضاع الصداق في ثلاث حالات هي حالة كونه معجلا، وحالة كونه مؤجلا، وحلة كونه معجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر.

من خلال المادة السابقة 15، والمادة 16 التي تنص على أنه" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، يلاحظ أن استحقاق الزوجة للصداق يتمثل في ثلاث حالات هي حالة استحقاقها للصداق المسمى كاملا، وحالة استحقاقها لنصفه، وحالة استحقاقها لصداق المثل.

أ – حالة استحقاق الزوجة للصداق المسمى كاملا:

تستحق الزوجة الصداق المسمى كاملا في حالة الدخول بها إلي بيت الزوجية أو وفاة زوجها بعد العقد الصحيح، حتى وإن لم يتم الدخول بها، وأضاف المالكية إقامة الزوجة مدة طويلة قدروها بسنة كاملة عند زوجها دون مسيس، حيث اعتبروا ذلك كالدخول الحقيقي.

ب- حالة استحقاق المرأة لنصف الصداق المسمى:

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة نصف الصداق المسمى، وهذا عندما يقع طلاقها من زوجها بعد إنجاز العقد وقبل الدخول بها، فبمجرد العقد الصحيح يثبت نصف الصداق للمرأة وأما النصف الثاني فتستحقه بالدخول بها.

ج –حالة استحقاق المرأة لمهر المثل:

وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل، وذلك عندما يبرم عقد الزواج دون تحديدأو تسمية قيمة الصداق، حيث لا يكون هناك صداق معلوم لا معجلا ولا مؤجلا وهذا المعنى الذي تضمنته الفقرة 2 من م 15 التي تنص على "...في حالة تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل.

كما أضاف الفقهاء حالات أخرى وهي، إذا حصل الزواج على أن لا صداق للمرأة، أو في نكاح الشغار، أو إذا سمي الصداق لكن ليس ذا قيمة مالية في الشريعة الإسلامية كالخمر، وكذلك إذا سمي الصداق وكانت له قيمة مالية، ولكنه مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع.

06: مسألة قيام النزاع بشأن الصداق:

من خلال قراءة المادة 17 من ق.أ وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتها في حالة الوفاة كأن تقول الزوجة لم أقبض المهر ويدعي الزوج عكسها، وليس لأحدهما بنية، فهنا وضع المشرع قاعدة عامة يغطي بها جميع صور النزاع في الصداق من القبض أو المقدار أو الزمن، حيث فرق بين حالتين، حالة وقوع النزاع قبل الدخول وحالة وقوعه بعد الدخول، ففي الأولى يأخذ بقول الزوجة أو ورثتها مع اليمين، وفي الحالة الثانية يأخذ بقول الزوج أو ورثته مع اليمين كذلك.

لأن الأصل أن الزوج لا يدخل بالمرأة إلا إذا قدم لها ولو جزءا من المهر عند المالكية الذين يأخذون بعمل أهل المدينة، وعليه إذا تم الدخول فسيأخذ بقول الزوج، لأنه يفترض أن يكون قد قدم المهر عند الدخول، وحتى لا تقع هكذا نزاعات حول قبض الصداق من عدمه، الأولى أن يتم الإشهاد والتوثيق عند دفعه.

ثالثا: شرط الولي في عقد الزواج:

اعتبر المشرع الجزائري الولي شرطا من شروط عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري، مخالفا بذلك رأي الجمهور الذين يعتبرونه ركنا، ومخالفا كذلك لرأي الحنفية الذين لا يعتبرونه لا ركنا ولا شرطا، ولمعرفة حقيقة هذا الشرط نتطرق إلى تعريف الولاية (01)، ثم شروط الولي (02) وبعدها أنواع الولاية (03)، وأخيرا جزاء تخلف هذا الشرط(04).

01: تعريف الولاية:

الولاية لغة بكسر الواو وفتحها تعني النصرة والقدرة والسلطان.

أما الولاية اصطلاحا فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، وتعني كذلك القدرة على إنشاء العقد نافذا، وولي المرأة في الزواج هو من يتولى عنها إبرام عقد الزواج.

02: شروط الولي:

يشترط الفقهاء في الولي مجموعة من الشروط منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف فيها، فبالنسبة للشروط المتفق عليها فتتمثل في ما يلي:

أ- أن يكون الولي بالغا عاقلا، لأن الصغير والمجنون ليس له ولاية على نفسه فمن باب أولى أن لا يكون وليا على غيره.

ب- كما يشترط فيه الإسلام لقوله تعالى " **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**" ، فغير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم، أما إذا تزوج مسلم كتابية فيجوز أن يكون وليها من أهل ملتها وهذا على رأي أبي حنيفة والشافعي وفي قول للحنابلة، ومن الفقهاء من رأى بأن يزوجها الحاكم المسلم، وقد ورد ذلك في قول للحنابلة، أما الإمام رئيس الدولة حاليا ونوابه ومن يمثله فتثبت ولا يتهم على المسلمين وغير المسلمين لأنه صاحب الولاية العامة في الدولة.

أما بالنسبة للشروط المختلف فيها فتتمثل في: الرشد (عكس السفيه)، عدم اختلال السمع والبصر، الإحرام ، الذكورة، بالإضافة إلى شرط العدالة والتي تعني عكس الفسق.

03: أنواع الولاية:

الولاية إما أن تكون على المال وإما أن تكون على النفس، فالأولى هي سلطة التصرف في المال (ليست موضوع دراستنا)، وأما الثانية فهي سلطة إنشاء

عقد الزواج وهي المقصودة في هذه الدراسة وهي نوعان، ولاية قاصرة (أ)، وولاية متعدية (ب).

أ- الولاية القاصرة على النفس:

وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد ، وهي تثبت للرجل البالغ العاقل فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها كان زواجه صحيحا وليس لأحد الاعتراض على ذلك، أما المرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها إلى رأيين:

- **الرأي الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من العلماء، حيث يرون أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها وإنما يزوجها وليها لقوله تعالى : " **وانكحوا الأيامى منكم**"، وقوله كذلك " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"، فالخطاب في هذه الآيات موجه إلى جماعة الرجال ما يعني أن سلطة التزويج للرجال وليس للنساء، وقوله أيضا " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف"، هذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل (المنع).
- وقوله عليه الصلاة والسلام:" لا نكاح إلا بولي".

وكذلك الخبرة بأحوال الرجال ومن يصلح منهم للحياة الزوجية أمر غير متيسر للمرأة لقلة خبرتها بل هو خاص بالرجال.

- **الرأي الثاني:** وهو لأبي حنيفة وأبو يوسف، ورأيهم أن للمرأة أن تتولى عقد زواجها نفسها متى كان الزوج كفنا كما لها أن تزوج غيرها، لقوله تعالى: "**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**"، وقوله أيضا" **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف** "، فالخطاب في هذه الآيات موجه إلى النساء حيث أضاف الله عز وجل فعل النكاح إليهن ما يعني جواز عقد الزواج بعبارتهن من غير شرط الولي.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: " **الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**"، أي أن المرأة التي ليس لها زوج لها الحق في تولي أمر نفسها، وهذا يخول لها حق عقد زواجها دون ولي سواء أكانت بكرا أو ثيبا.

بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نص قبل التعديل في المادة 12 على أنه " يتولى زواج المرأة وليها"، أما المادة 11 المعدلة فتنص على أنه " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فهذا النص فتح الباب أمام التأويل لأن "أو" الواردة في النص للتخيير وبالتالي

تستطيع المرأة بسهولة الاستغناء عن الولي (الأب) إلى شخص آخر قد يكون من الغير، والمشرع لم يبين سبب حضور الولي في هذا المجلس، هل هو حضور شرفي أم لمباركة زواج ابنته، أم باعتباره شاهدا، لأن عبارة النص واضحة على أن المرأة هي من تتولى عقد زواجها بنفسها.

أما القصر من الجنسين ففي حالة الترخيص بالزواج يتم تزويجهم بواسطة الولي، فهو الأب فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له المادة 11 ف 2. الذي نصل إليه مراعاة لعرف مجتمعنا ولتراثه الفقهي والتاريخي والحضاري، هو أنه لا بدمن موافقة ورضا المرأة ووليها معا، ويتولى الولي مباشرة العقد، لأن هذه المجالس غالبا ما يحضرها الرجال فقط، والمرأة الحيية العفيفة الشريفة يمنعها الحياء من حضور مثل هذه المجالس.

بالإضافة إلى أن تولي زواج المرأة من طرف وليها يعلي من شأنها أمام زوجها وعائلته، ويعد ذلك حصانة ومناعة لها من أن تقع فريسة في يد لئيم مخادع، كما أن حضور الولي يميز النكاح الشرعي عن مختلف الأنكحة المحرمة شرعا، وغيرها من الحكم والمقاصد.

ب – الولاية المتعدية على النفس:

وهي سلطة تزويج الإنسان غيره، وهي نوعان ولاية إجبار وولاية اختيار.