جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري

- باب الزواج أنموذجا -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب:

- بوعافية محمد الطيب

إشراف الدكتور:

-حمد بوجمعة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ.د/ غرابي أحمد	محمد بوضياف _ المسيلة	رئيسا
أ.د/ حمد بوجمعة	محمد بوضياف _ المسيلة	مشرفا ومقررا
د/ بوقرة سفيان	محمد بوضياف _ المسيلة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023م/2024م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري
- باب الزواج أنموذجا -

إعداد الطلبة:

1- بوعافية محمد الهادي ..... رقم التسجيل: 014770 27

القسم: علوم اسلامية **الشعبة:** **التخصص:** شريعة وقانون

إشراف: الدكتور حمد بوجمعة

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2022-2023 **وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.**

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة): **رئيس فريق الاختصاص**

رئيس القسم

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة - قسم العلوم الإسلامية - كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

د. بشير عثماني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
Faculty of Humanities and Social Sciences
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

الرقم: /2023

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): بوعافية محمد الطيب

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 204251304

الصادرة بتاريخ: 2019/02/19 عن دائرة: المسيلة

المسجل بكلية: العلوم الانسانية والاجتماعية قسم: علوم إسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 0147027

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر' مذكرة ماجستير' اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: المصادر الخاصة لقانون الأسرة الجزائري
- باب الزواج أنموذجا -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2023/09/13

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الإهداء

إلى نعمة ربي عليَّ أمي نعيمة حفظها الله تعالى، التي ربتني صغيرا وكبيرا وكانت بمثابة الأب قبل أن تكون الأم وضحت من أجلي وأخواتي.

إلى أبي المسعود رحمة الله عليه.

إلى زوجتي العزيزة عزيزة، التي شجعتني ومدتني بالقوة وقدمت لي الدعم.

إلى أولادي: ساجدة آلاء عائشة، ساجدة إسراء خدوجة، أروى مسعودة، أنس الجيلالي فلذات كبدي وقرة عيني.

إلى جميع أخواتي: حسينة، سمرة، سمية، صفاء وجميع أولادهن، سندي في هذه الحياة.

إلى رِيْحَة الجَنَّة أَمَّ عَيْشَّة رحمات ربي الواسعة عليها، ولكم اشتقت إليها.

إلى العائلة التي احتوتني واحتضنتني أنا وأخواتي، عائلتي عائلة آل خلفة.

إلى كل أهلي وأحبابي وأصدقائي.

إلى سي الطاهر سلامي المسيلي، شيخي وفقيه بلدتي.

إلى كل مشايخي ومن علمني ولو حرفا.

إلى كل طالب علم يبتغي مرضاة الله عز و وجل.

إلى السيد المراقب الميزانياتي رفيق سالمي مسؤولي المباشر في العمل، الذي صبر عليَّ وتفهم ظروف دراستي.

إلى كل من قدم لي العون والنصيحة في هذا العمل المتواضع.

إلى كل هؤلاء أهدي رسالتي هذه.

شـكر وتقدير

قال الله تعالى:﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عذابي لَشَدِيدٌ﴾.

سورة إبراهيم، الآية 07.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يشكر الله، من لا يشكر الناس".

رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث حسن صحيح.

بسم الله وبتوفيق من الله عز وجل:

بعد العناء المتواصل وسهر الليالي...

وبعد أن من الله عز وجل عليا بإتمام هذه الرسالة، أحمد الله تعالى وأزيده حمدا وشكرا على ما يسره لي ووفقني إلى إنجاز هذا المجهود المتواضع.

فلك اللهم الحمد كثيرا يا ذا الجلال والإكرام، يا من نعمك لا تعد ولا تحصى قال الله تعالى:

﴿ وَإِن تَعُدُّواْ نِعمَةَ ٱللَّهِ لَا تُحصُوهَآ إِنَّ ٱللَّهَ لَغَفُور رَّحِيم﴾ سورة النحل، الآية 18.

كما وأتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى الدكتور الفاضل حمد بوجمعة الذي تفضل بالإشراف على رسالتي ولما بذله من نصح وإرشاد، فجزاه الله عني خير الجزاء وجعل عمله هذا في ميزان حسناته.

والشكر موصول لكل أساتذة وموظفي وعمال قسم العلوم الإسلامية خاصة، وجامعة محمد بوضياف بالمسيلة عامة، كل باسمه ومقامه عل مجهوداتهم للرقي بالبحث العلمي.

كما ولا أنسى الشكر والدعاء للأساتذة الأفاضل الذين تشرفت بقبولهم مناقشة هذه الرسالة وإبداء نصائحهم وتوجيهاتهم.

مقدمة

❖ مـقـدمـــة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد بن عبد الله عليه أفضل صلاة وأزكى تسليم، وعلى أهله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

جاءت الأحكام الشرعية لتغير أوضاع الجاهلية وعاداتها، فتدخلت في حياة الأفراد والجماعات ونظمت الأسرة، بحيث جعلتها تستجيب في كل زمان ومكان لحاجات المجتمع ومتطلبات العصر وتسهم في رقي الشعوب، باعتبار أنه بقدر صلاح الأسرة ودرجة تنظيمها ووعيها بدورها تتحقق تنمية الأوطان وسعادة الناس، فأحكام الشريعة الخاصة بنظام الأسرة متماشية ومتطلبات العصر ومتمكنة من مواجهة المشاكل المستجدة، فقدمت حلولا صحيحة تتحدد خلالها العلاقات المادية والمعنوية والتشريعية بين جميع أفرادها وتتضح حقوق وواجبات والتزامات كل فرد من أفرادها، حيث أن تلك الأحكام قد احتوت على ما يعالج كل الأخطار المحدقة بالأسرة وتمكنها من أداء وظيفتها الكاملة فتساهم في تطوير المجتمع.

والجدير بالذكر أن قانون الأسرة الجزائري المعدل قد جاء في أغلب مواده متماشيا مع النصوص الشرعية، ومن المُسَلَم به أن القانون الذي يتجاهل الواقع يصبح قانونا نظريا منعزلا عن الحياة، لهذا ارتبط قانون الأسرة بالأصول العقدية والحضارية للشعب الجزائري وتمسك بروح الشريعة الإسلامية، فعالج واقع الأسرة اليومي شديد التغير بكل أزماته بمواد ثابتة مستقاة من صلب الشريعة الإسلامية، ومتماشية مع مقتضيات التطور الاجتماعي السريع.

وتتجلى أهمية قانون الأسرة الجزائري، في كون أنه القانون الذي له علاقة وثيقة بالمجتمع من خلال دوره الفعال في بناء هذا الأخير، لذا حرص المشرع الجزائري على أن تكون أحكام نصوص قانون الأسرة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن تكون غير متعارضة مع أعراف وتقاليد الجزائريين، كما راعى المصلحة الشرعية عند أخذه من بعض نصوص القوانين

الوضعية العربية، من أجل المحافظة على وحدة الأسرة الجزائرية، وترسيخا لثوابت الهوية الدينية والوطنية داخل المجتمع.

وللوقوف على مضمون بعض نصوص المواد المتعلقة بالزواج من قانون الأسرة الجزائري، التي جمعها المشرع في منظومة فقهية قانونية وشرعية، وإبراز مصدرها ومعرفة مدى استنباط المشرع لأحكام نصوصها من الفقه الإسلامي، وبدون شك مدى اقتباسه من نصوص القوانين في البلاد العربية وتأثره بها، على غرار قوانين الأحوال الشخصية المصرية والأردنية والسورية والتونسية والمغربية وغيرها، خصوصا التي صدرت متقدمة عنه.

ونظرا للتقيد بعدد محدد من صفحات رسالة الماستر المفروضة من طرف الإدارة من جهة، وكذا لطبيعة موضوع المصادر المادية لقانون الأسرة الذي يتسم بالتوسع والتعقيد من جهة أخرى، فإننا سنتعرض لبعض هذه المواد دون غيرها بالدراسة من خلال موضوعات المادة العلمية التي تضمنتها ثنايا هذه الرسالة، والتي آثرنا تسميتها بـ:

"المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري –باب الزواج أنموذجا–".

♦ أهمية الموضوع:

1–تظهر أهمية موضوع المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري في بيان الأساس الذي بنى عليه المشرع الجزائري الأقوال والأحكام في قانون الأسرة.

2–تتجلى أهمية الدراسة في معرفة مرجعية قانون الأسرة في بلدنا ومصادر استمداده.

3–بيان صلاحية الشريعة الإسلامية بصفة عامة والمذهب المالكي بصفة خاصة للتقنين، ومواكبة العصر ومسايرة تطورات قوانين البلدان العربية.

4–تأتي أهمية موضوع المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري، في كون أن قانون الأسرة هو أقرب القوانين الوضعية للتشريع الإسلامي وأكثرها استمدادا منه، كما تكمن أهميته في مدى تطابقه مع الشريعة الإسلامية وعدم الخروج عنها.

5-إن قانون الأسرة له ارتباط وثيق بالمجتمع إلى درجة شعور معظم أفراده بأنهم معنيون به، ولهذا نجد أن كل شخص إلا وله تطلعات لمعرفة مصدره ومضمونه ومعناه، وخلفياته ومنطلقاته والأهداف التي يراد منه تحقيقها.

6-أنه القانون الذي كثر حوله الجدل بين من ينادي بإلغائه كلية وإلحاقه بالقانون المدني، وبين من يدعو إلى التمسك به والإبقاء عليه كما هو.

7-الأهمية العلمية للموضوع من حيث إعمال الفكر القانوني بالتأصيل والمقاربة قصد معالجة الإشكالات التي تطرحها تكوين رابطة زوجية، كون أن قضايا الزواج وآثاره تشكل أهم القضايا، وتعتبر الأكثر إثارة للإشكالات القانونية والعلمية، ذلك لحساسية هذه القضايا من الناحية الاجتماعية.

♦ أهداف الموضوع:

1-إن البحث في المنظومة القانونية المتعلقة بالأسرة بصفة عامة وبأحكام عقد الزواج بصفة خاصة يهدف إلى تحقيق الحماية القانونية اللازمة لتكوين الرابطة الزوجية، والسير بالأسرة الجزائرية نحو مستقبل أمثل.

2-تأكيد المحافظة على المرجعية الإسلامية لتكون دوما مصدرا للمشرع يستمد منها أحكامه الخاصة بشؤون الأسرة، وهذا لطبيعة وخصوصيات المجتمع الجزائري المتفاعل والمتأثر بالمرجعية المالكية خصوصا وبالشريعة الإسلامية عموما.

♦ أسباب اختيار الموضوع:

هناك مجموعة من الأسباب ألخصها فيما يلي:

- **أسباب ذاتية:**

1-شغفي الخاص بدراسة الأحوال الشخصية وكل ما يتعلق بالزواج وذلك رغبة ومحاولة للتعمق أكثر في مسائله، وهذا منذ أن وقع اختياري على دراسة تخصص شريعة وقانون في مرحلة الليسانس.

2-أردت وضع دراسة تكون أقرب منهاج في معرفة الأحكام الخاصة بالأسرة، لاسيما فيما يتعلق بأحكام عقد الزواج لقلة الاشتغال بعلم فقه الأسرة مع جلالة قدره وأهميته، حتى إن الكثير قد تساهلوا في عقد الزواج وموجبات الطلاق.

3-المساهمة في إثراء المكتبة القانونية في مجال الأسرة، حتى يتسنى ويسهل الرجوع إليها من طرف المعنيين بمثل هذه الأبحاث.

- **أسباب موضوعية:**

1-تمثل الكتابة عن موضوع الزواج ما بين الفقه الإسلامي والقانون ميدانا شيقا للدراسة والبحث من حيث القيمة العلمية، فضلا عن كونه أحد المواضيع الجد مهمة مما يستدعي الإحاطة به وتسليط الضوء عليه.

2-كثيرا ما يقارن الفقهاء ما بين الفقه الإسلامي والقانون، فيرى بعضهم باستمداد قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية عموما ومن الفقه المالكي خصوصا وتأثره به، لذا أردت أن أدرس هذا الاستمداد ومدى تأثر القانون بالشريعة.

3-كشف بعض الفراغات القانونية التي وقع فيها المشرع في صياغته وإصداره لقانون الأسرة الجزائري عموما وحول موضوع عقد الزواج خصوصا.

- **منهج البحث:**

ولأن طبيعة الموضوع هي التي تحدد المنهج فقد تم الاعتماد في هذه الدراسة ومناقشتها على:

1-المنهج الاستقرائي كأساس لتتبع وتقصي وتجميع النصوص القانونية العربية وأيضا الأحكام الفقهية الشرعية المتعلقة بموضوع البحث، وموازنتها بنصوص قانون الأسرة الجزائري لإبراز مدى توافقها أو اختلافها معها، ومعرفة مدى اعتبارها من طرف المشرع الجزائري في هذا القانون.

2-المنهج التاريخي لتناسبه وتطور القواعد القانونية زمانا.

3-المنهج التحليلي نظرا لارتباطه الوثيق بمثل هذه الدراسات القانونية والاجتماعية زمانا ومكانا، وكأساس لدراسة النصوص القانونية سواء الموضوعية أو الإجرائية التي بنيت عليها، بغرض الوصول إلى مقصدها وتبيان مدى مساهمتها في موضوع دراستنا، كما استخدمته في مناقشة المعطيات وفي تحليل المواد القانونية المتعلقة بالزواج.

4-المنهج المقارن تم استعماله لمناسبته لمثل هذه الدراسات لعرض المادة العلمية ومقابلتها، بحيث نبين بعض نصوص القوانين العربية التي استسقى منها المشرع الجزائري نصوص المواد القانونية المتعلقة بالزواج من قانون الأسرة، ثم نوضح رأيه من كل جزئية خاصة بكل مادة، ونتبعه بموقف ورأي المذاهب الأربعة من ذات المادة بغرض المقارنة بينهما، للتوصل إلى إبراز مدى تأثر وأخذ المشرع الجزائري بها، كما أن الدراسة المقارنة توصلنا إلى نتائج تبرز أوجه النقص في بعض الآراء والنصوص.

5-سلكت في هذه الدراسة منهجية تنطلق من:

أ –تجنبت افتتاح المباحث والمطالب والفروع بمقدمات تمهيدية لكون أني تعتمد ذكرها في خطة البحث فأثرت عدم التكرار، خاصة وأن العناوين معبرة عن مضمونها.

ب –شرح بعض المصطلحات اللغوية وذلك بالرجوع إلى معاجم اللغة العربي.

ج –التطرق أولا إلى الجانب الفقهي القانوني ثم إلى الجانب الفقهي الشرعي لكل مادة على حدة بالرجوع إلى المصادر القانونية والمصادر الشرعية.

د –إبراز القانون الوضعي العربي المتبع والمقتبس منه نص المادة المتعلقة بموضوع الزواج من قانون الأسرة الجزائري، وكذا بالنسبة للمذهب الفقهي المتبع.

ك –حصرت مجال الدراسة الفقهية في المذاهب الأربعة، ونقلت الأحكام الفقهية لكل مذهب من مصادرها الأصلية معتمدا على أمهات الكتب، مع بيان الآراء المشهورة والراجحة منها.

هـ –نقد لبعض المواد والتعقيب عليها مع تبيان وجه الصواب أحيانا، خاصة أن المشرع في أغلب الأحيان لم يفصل في مسائل وجب فيها التفصيل أو أنه أغفل النص عليها نهائيا.

و –مراعاة الدقة والأمانة العلمية في نقل الآراء والأقوال والأفكار.

ي –أما عن التهميش فتم إتباع المنهجية التالية:

* كتابة جميع المعلومات عند استعمال المرجع لأول مرة، والاقتصار على ذكر اسم المؤلف والجزء والصفحة إذا كان المرجع استعمل من قبل مع الإشارة إلى أنه مرجع سابق، أو ذكر أنه مرجع نفسه والصفحة فقط.

* كما تم تخريج جميع الأحاديث الشريفة التي استعملت في هذه الدراسة وذلك بالرجوع إلى كتب السنة مع المحاولة قدر الإمكان الاعتماد على الأحاديث الصحيحة والحسنة.

- **الدراسات السابقة:**

لدراسة موضوع المصادر المادية في قانون الأسرة الجزائري فقد تم الاستعانة بمجموعة من أطروحات الدكتوراه، ومذكرات الماجستير و الماستر والمقالات، التي تفاوتت قيمتها العلمية وأهميتها في خدمة الموضوع، وكذا بمجموعة من الكتب القانونية والكتب الشرعية وسأقتصر على ذكر التالي:

1 –مذكرة ماستر بعنوان "الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري الموافقة للمذهب المالكي– باب الزواج نموذجا–"، للطالبتين حطيبة فايزة وسلام حنان من جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، واقتصرت المذكرة على فكرة أساسية وهي بيان مركز الفقه المالكي كمصدر لقانون الأسرة، ولكنها لم تتعرض إلى بقية المذاهب السنية الأخرى أو بالأحرى إلى مركز الشريعة الإسلامية كمصدر لقانون الأسرة الجزائري، وكذا مدى اعتبار المشرع لنصوص القوانين العربية في قانون الأسرة الجزائري، وهذا ما حاولت إضافته في دراستنا هذه.

2 –مقال للدكتورة حليمة آيت حمودي تحت عنوان"مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري"، حيث تطرقت فيه إلى مفهوم المصادر المادية والرسمية للقانون الوضعي الجزائري ونصيب الشريعة الإسلامية في كل منها، غير أنها أغفلت التطرق إلى نصيب قانون الأسرة في دراستها وهذا ما حاولت استدراكه.

♦ الصعوبات:

لا تخلو دراسة أو مجهود من صعوبات وعراقيل تواجه الباحث، ومع عدم تأثيرها الكبير إلا أنني أذكر بعض منها:

1-قلة المصادر والمراجع في موضوع المصادر المادية لقانون الأسرة، ذلك أن الموضوع مطروق من قبل الفقهاء القانونيين ونجده مبثوثا في كتبهم ودراساتهم العلمية والأكاديمية، ولكنه لم يفرد بالبحث المتخصص على حد علمي ولم يلق الدراسة الكافية من قبل الباحثين، فعلى الرغم من العدد الكبير للدراسات التي عالجت قانون الأسرة الجزائري إلا أن الكثير منها ركز على سرد موادها، مع بعض التحليل البسيط وإعطاء نماذج عن اجتهادات المحكمة العليا دون تعليق عميق عليها.

2-خفاء الدلالات القطعية في المواد القانونية مما يجعل استنباط الحكم من المادة القانونية يحتمل أكثر من رأي، ولعل هذا راجع إلى الترجمة الحرفية من الفرنسية إلى العربية، فكما هو معلوم عند الجميع أن النصوص القانونية في بلادنا تدون وتحرر في بادئ الأمر بالفرنسية.

♦ الإشكاليـــة:

للوصول إلى أهداف هذه الدراسة ومعالجة أهم جوانبها وفقا للمنهج العلمي المتبع في الدراسات الأكاديمية توجب تحديد الإشكالية التالية:

إلى أي مدى اعتمد المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القوانين الوضعية للبلاد العربية، في سنه لنصوص المواد القانونية المتعلقة بالزواج من قانون الأسرة؟

♦ خطـة البـحـث:

ولمعالجة هذه الإشكالية المطروحة وتحقيق الأهداف المرجوة، تم دراسة الموضوع والبحث فيه من خلال خطة مناسبة في تقديري، تستجيب لموضوع الدراسة الموسومة بعنوان:

"المـــصادر الماديـــة لقـــانون الأســـرة الجـــزائري -بـــاب الـــزواج أنـــموذجا-".

وقد راعيت في هذه الخطة قدر الإمكان ما ينبغي مراعاته في خطة أي رسالة أكاديمية، انطلاقا من مبدأ نسبية الخطة باعتبارها وسيلة تخدم الموضوع وليست غاية في حد ذاتها، فبعد المقدمة عقدت مبحثا تمهيديا قدمت في مستهله من الأفكار والمسائل ما بدا لي خادما لموضوع الدراسة وممهدا لها، فقسمت هذا المبحث إلى مطلبين.

حيث بدأت في المطلب الأول بتناول مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري واحتوى على ثلاثة فروع وهي: الفرع الأول "مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي (مرحلة الحكم العثماني)"، الفرع الثاني "مرحلة الاستعمار الفرنسي ما بين 1830م_1962م"، الفرع الثالث "مرحلة ما بعد الاستقلال ما بين 1984م إلى ما بعد 2005م".

أما المطلب الثاني فتطرقت فيه إلى المصادر المادية للقانون وضم فرعين وهما كالآتي: الفرع الأول "المصادر المادية للقانون الجزائري"، الفرع الثاني "المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري".

وبالنسبة لصلب الموضوع وجوهره فقسمته إلى فصلين وكل فصل إلى مبحثين، الفصل الأول حددته للبحث في مقدمات الزواج، وحصرت المواد المتعلقة بهذا المجال في (المادة 04 المعدلة، المادة 05 المعدلة، المادة 06 المعدلة، المادة 08 المعدلة، المادة 08 مكرر، المادة 08 مكرر 01).

وبناءا على هذا الحصر لموضوع الفصل الأول ومجاله خصصت المبحث الأول منه لدراسة الخطبة، وتضمن ثلاثة مطالب وهي كالتالي: المطلب الأول "الزواج عقد رضائي (المادة 04 المعدلة)"، المطلب الثاني "الخطبة وعد بالزواج(المادة 05 المعدلة)"، أما المطلب الثالث فهو "الفاتحة واقترانها بالخطبة (المادة 06 المعدلة)".

وفي المبحث الثاني تعرضت فيه لدراسة موضوع تعدد الزوجات متضمنا ثلاثة مطالب وهي كالآتي: المطلب الأول "التعدد في الزواج (المادة 08 المعدلة)"، المطلب الثاني "في حالة التدليس (المادة 08 مكرر)"، المطلب الثالث "فسخ الزواج الجديد (المادة 08 مكرر 01)".

أما الفصل الثاني من هذه الدراسة فخصصته للزواج، وحصرت المواد المتعلقة بمجال البحث في (المادة 07 المعدلة، المادة 07 مكرر، المادة 09 المعدلة، المادة 09 مكرر، المادة 10)، على أن هذا الفصل مقسم إلى مبحثين.

حيث بدأت المبحث الأول في دراسة ركن الرضا والوثيقة الطبية وهما عنصران مترابطان كما سنوضحه في حينه، وقد ضم هذا المبحث ثلاثة مطالب وهي كالتالي: المطلب الأول "رضا الزوجين (المادة 09 المعدلة)"، المطلب الثاني " صيغة العقد (المادة 10)"، المطلب الثالث "الوثيقة الطبية (المادة 07 مكرر)".

وفي المبحث الثاني تناولت فيه دراسة بعض شروط عقد الزواج واحتوى على ثلاثة مطالب وهي: المطلب الأول "الإشهاد (المادة 09 مكرر)"، المطلب الثاني " انتفاء موانع الزواج(المادة09 مكرر)"، المطلب الثالث "أهلية الزوجين (المادة 07 معدلة) و (المادة 09 مكرر)".

وفي الأخير قدمت خلاصة بأهم النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة، وعززتها بجملة من الاقتراحات الكفيلة بتحقيق الأهداف المرجوة.

مخطط لخطة البحث:

❖مقدمـــــة:

- التعريف بالموضوع.
- أهمية الموضوع.
- أهداف الموضوع.
- أسباب اختيار الموضوع.
- منهج البحث.
- الدراسات السابقة.
- الصعوبات.
- الإشكالية.
- خطة البحث.

❖المبحث التمهـــيدي:

- المطلب الأول: مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري
- المطلب الثاني:المصادر المادية للقانون.

❖الفصل الأول: في مـــــقـــدمـــات الزواج.

❖المبحث الأول:الخـــــــــطبة.

- المطلب الأول: الزواج عقد رضائي (المادة 04 المعدلة).
- المطلب الثاني: الخطبة وعد بالزواج (المادة 05 المعدلة).
- المطلب الثالث: الفاتحة واقترانها بالخطبة (المادة 06 المعدلة).

❖المبحث الثاني: تعـدد الزوجـات.

- المطلب الأول: التعدد في الزواج (المادة 08 المعدلة).
- المطلب الثاني: في حالة التدليس (المادة 08 مكرر).
- المطلب الثالث: فسخ الزواج الجديد (المادة 08 مكرر01).

❖**الفصل الثاني: فـي الـــــــزواج.**

❖ **المبحث الأول: ركن الرضا والوثيقة الطبية.**

- ♦**المطلب الأول: رضا الزوجين (المادة 09 المعدلة).**
- ♦**المطلب الثاني: صيغة العقد (المادة 10).**
- ♦**المطلب الثالث: الوثيقة الطبية (المادة 07 مكرر).**

❖ **المبحث الثاني: بعض شروط عقد الزواج.**

- ♦**المطلب الأول: الإشهاد (المادة 09 مكرر).**
- ♦ **المطلب الثاني:انتفاء موانع الزواج (المادة 09 مكرر).**
- ♦**المطلب الثالث: أهلية الزوجين (المادة 07 المعدلة، المادة 09 مكرر).**

❖**الخـــــــاتـمـــة.**

المبحث التمهيدي

❖المبحث التمهيدي

♦ المطلب الأول: مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري

الجزائر على غرار دول المشرق العربي تطورت ومرت قوانينها في العصر الحديث بثلاث مراحل وهي:

- مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي.
- مرحلة الاحتلال الفرنسي.
- مرحلة الدولة الجزائرية المستقلة.

▪ الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي (مرحلة الحكم العثماني)

التنظيم القضائي في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي يخضع في معظمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية في أصوله ونظام إجراءاته، فالأسرة الجزائرية في تنظيمها كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية وللمعاملات والأعراف المحلية، والتي ترجع إلى المذهب المالكي وقواعده العامة، وهذا في معظم جهات الوطن مع تمسك جهات أخرى وخاصة الهيئات الرسمية (العثمانية) بالمذهب الحنفي، كما كان يطبق المذهب الإباضي بوادي ميزاب وبقي الحال على ما هو عليه حتى السنوات الأولى من الاحتلال الفرنسي[1].

كان المذهب المالكي هو السائد في البلاد وإليه تحتكم الغالبية من السكان، كما كان للمذهب الحنفي حيزا محدودا بدأ ظهوره بقدوم الأتراك العثمانيين إلى الجزائر والذين عملوا على تقديمه على المذهب المالكي، وقد جرت العادة أن يتم تعيين المفتي الحنفي من طرف السلطان العثماني شخصيا ويُستجلب إلى الجزائر رفقة الباشوات، بينما يختص حاكم الجزائر بتعيين المفتي المالكي[2].

---

[1]– بوبشيش صالح، **محاضرات في مقياس قانون الأسرة المقارن**، ماستر02، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، الموسم الدراسي 2020هـ=2021م، ص 05.

[2]– حمادي عبد الفتاح، **محاضرات قانون الأسرة المقارن، مح01**، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، تخصص شريعة وقانون، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، (د ت)، ص 08.

وكان يتولى توثيق عقود الزواج المبرمة القاضي الشرعي الذي يقيدها في السجلات الشرعية للمحكمة، وتجدر الإشارة إلى أن طبيعة العقد كانت موحدة بين المذهبين المالكي والحنفي[1].

- **الفرع الثاني: مرحلة الاستعمار الفرنسي (1830م-1962م)**

سلطات الاحتلال الفرنسي بعد أن وطئت أقدامها أرض الجزائر لم تتريث في إصدار قوانين ومراسيم تنظيمية من أجل السيطرة على الشعب الجزائري، وطمس هويته الثقافية والحضارية والدينية فبادرت بـ :

- إصدار قرار في 1830/09/09م القاضي بتعطيل المحاكم الشرعية وتوحيد النظام القضائي مع الأوروبيين، لكنها لم تلبث أن تراجعت عنه بتاريخ 1830/10/22م تخوفا من إثارة الحفيظة الدينية للجزائريين، الذين أظهروا تمسكا رهيبا واستماتة منقطعة النظير في تطبيق أحكام الفقه المالكي والشريعة الإسلامية عموما[2].

- إصدار أمر بتاريخ 1834/07/22م يتضمن إسناد سلطة تعيين القضاة في المحاكم الشرعية إلى وزير الدفاع الفرنسي.

- إصدار مرسوم 1870/10/24مخاص باليهود يتضمن منحهم الجنسية الفرنسية ويخضعهم بالتالي إلى القضاء الفرنسي.

- كما أصدرت قرار تنفيذي مؤرخ في 1890/12/29م ينص على أن أهل ميزاب تطبق عليهم أحكام المذهب الإباضي[3].

---

[1]- معاشي جميلة، **الإنكشارية والمجتمع ببايلك قسنطينة في نهاية العهد العثماني**، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، 2008م، ص 152، 153.

[2]- حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، **مح01**، ص 09.

[3]- بوبشيش صالح، مرجع سابق، ص 06.

ومن أجل السيطرة على عموم الشعب الجزائري والتحكم فيه أصدر حاكم الجزائر شارل جونار قرارا في 1905/03/22م، يقضي بتشكيل لجنة تتكون من ستة عشر عضوا فرنسيا وستة علماء جزائريين تحت إشراف "مارسيل موران"، لدراسة وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية فيما تعلق منها بمسائل الأسرة وثم إنجاز مشروع التقنين 1914/05/16م، وخلص إلى إعداد مجلة الأحكام الأسرية الجزائرية التي تضمنت 781 مادة في مسائل الزواج والطلاق والمواريث الوقف والإثبات والعقار...[1].

– إصدار مرسوم مؤرخ في 1922/08/12مينشئ النظام القضائي في منطقة القبائل، وينص على إلزامية تطبيق العادات والتقاليد القبائلية فأعطى لها قوة القانون.

– إصدار المرسوم المؤرخ في 1931/05/19م الذي عمد إلى ترسيخ الأعراف والعادات والتقاليد بصورة استكبارية وانتهازية، فأعطى لها قوة القاعدة القانونية الملزمة، وحرم المرأة القبائلية من حقها في الميراث تكريسا لبعض الأعراف المحلية[2].

ثم توالت المراسيم والتنظيمات منها:

– القانون المؤرخ في 1944/11/23م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، والقانون الصادر بتاريخ 1957/07/11م المتعلق بأحكام المفقود والوصاية والحجر وكيفية إثبات الزواج، وكذلك الأمر الصادر بتاريخ 1959/02/04م، والأمر الصادر بتاريخ 1959/09/17م المتعلقان بتحديد سن الزواج وتسجيله وسنه القانوني وانحلاله، والأمر الصادر بتاريخ 1959/11/21م المتعلق بتحديد الوثائق والمستندات المشترطة في إبرام عقد الزواج[3].

---

[1]– حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، **مح01**، ص 10.

[2]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري–أحكام الزواج–**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط07، 2017م، ج01، ص 18.

[3]– دليلة حمريش، **تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، قسم العلوم الاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، 2013م_2014م، ص 66.

- **الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستقلال**

- **أولا: (مرحلة 1962م– 1984م)**

تعتبر سنوات الاستقلال الأولى هي سنوات التحدي بالنسبة للدولة الجزائرية على جميع الأصعدة الاقتصادية والثقافية والتربوية والاجتماعية...،ففي المجال التشريعي والقانوني وجدت الجزائر نفسها أمام فراغ كبير، ولذلك قامت بعدة إجراءات استعجاليه منها:

– إصدار المرسوم رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31م، المتضمن استمرار العمل بمرسوم 1959م ما لم يتناف والسيادة الوطنية.

– إصدار القانون 218/63 المؤرخ في 1963/05/18م، ليلغي بموجبه ولاية محكمة النقض الفرنسية على محاكم الاستئناف الشرعية، ولينشئ مكانه المجلس القضائي الأعلى.

– إصدار المرسوم 261/63 بتاريخ 1963/05/22م، الذي ألغى المحاكم الشرعية ونقل اختصاصها إلى المحاكم المدنية العادية[1].

– إصدار الأمر 224/63 المؤرخ في 1963/06/29م، المتعلق بتنظيم سن الزواج والذي عمل على توحيد التشريع في مجال تنظيم الأسرة على مستوى الوطن، حيث ألغى المادة 10 من الأمر المؤرخ في 1959م، الذي ينص على تطبيق المذهب الإباضي بوادي ميزاب[2].

– صدور الأمر 195/66 الصادر بتاريخ 1966/06/23م، المتضمن تمديد آجال تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور القانون 244/63، وكذلك صدور الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 1971/09/22م، المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية[3].

---

[1]– بوبشيش صالح، مرجع سابق، ص 07.

[2]– إبراهيم بن العمراوي بودوخة، **خصائص التشريع الإسلامي في أحكام نظام الأسرة، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري ونماذج من قوانين الدول العربية**، أطروحة دكتوراه علوم، قسم الفقه وأصوله، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، (د ت)، ص 139.

[3]– حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، **مح01**، ص 11.

– ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 1973/07/05م، القوانين الفرنسية الداخلية ابتداءً من 1975/07/01م، بعد أن قام بحركة تشريعية شاملة بهدف القضاء على التبعية القانونية وظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية، حيث برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف[1].

وتوجهت المساعي الجزائرية في مجال التشريع بصدور الأمر رقم 58/75 الصادر بتاريخ 1975/09/26م، المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20م المتضمن القانون المدني الجزائري، والذي نصت مادته الأولى في فقرتها الثانية بأنه في حالة عدم وجود نص في هذا القانون تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية[2]، دون التقيد بمذهب معين غير أنه من الناحية العملية كان القضاء يأخذ بشكل كبير بأحكام الفقه المالكي[3].

- **ثانيا: مرحلة ما بين (1984م–2005م)**

استمر العمل بقانون 58/75 الصادر في 1975/09/26م، الذي كانت فيه قضايا الأسرة مجزأة إلى أن صدر القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09م المتعلق بقانون الأسرة، وهذا بعد معاينة واقعية وتطبيقية لقانون 58/75، فكان هذا أول تشريع كامل متكامل لقضايا الأسرة وإدارة شؤونها وفق المبادئ الإسلامية.

ومما يلاحظ عليه أنه أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد، يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وأهلية وميراث وبدون نسيان قواعد الوصية والهبة والوقف، كما اعتمد هذا القانون على الفقه المقارن دون التقيد بمذهب معين وهذا ما نصت عليه المادة 222 منه، على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع

[1]– دليلة حمريش، مرجع سابق، ص 72.

[2]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 19.

[3]– بوبشيش صالح، مرجع سابق، ص 08.

فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1]، ويشتمل قانون الأسرة الجزائري على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب.

- **ثالثا: مرحلة ما بعد الإصلاح (بعد 2005م)**

جاء الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27م ليجسد خيار المراجعة والتعديل والتغيير في قانون الأسرة، إذ طال ما يقارب 42 نصا منه بين الإلغاء والتغيير والإضافة.

فألغى خمس مواد وهي المواد: 12، 20، 38، 39، 63، وأضاف ثمان مواد وهي المواد: 03 مكرر، 07 مكرر، 08 مكرر، 08 مكرر01، 09 مكرر، 45 مكرر، 53 مكرر، 57 مكرر، وعدل تسعا وعشرين مادة وهي المواد: 04، 05، 06، 07، 08، 09، 11، 13، 15، 18، 19، 22، 30، 31، 32، 33، 36، 37، 40، 48، 49، 52، 53، 54، 47، 64، 67، 72، 87[2].

♦ المطلب الثاني: المصادر المادية للقانون

▪ الفرع الأول: المصادر المادية للقانون الجزائري

تتكون المجتمعات من أفراد يتعاونون فيما بينهم، لضرورة نفسية اجتماعية وكذلك مادية اقتصادية تتطور هذه العلاقات عبر الزمن، فتظهر الخلافات وتتعارض مصالح الناس ويشتد التنافس والتنازع، كلما ازدادت هذه العلاقات توسعا وامتدادا مما يضطر المجتمعات إلى أن تضع اتفاقيات فيما بين أفرادها، حفاظا على بقائها وضمان مصالحها وهو ما يعرف ويصطلح عليه بالمصدر المادي للقانون.

فالمصدر المادي للقانون هو كل العوامل والأسباب المختلفة التي أدت إلى وجود القاعدة القانونية، سواء أكانت طبيعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية أو اجتماعية[3].

---

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 21.

[2]– مرجع نفسه، ص 25.

[3]– ميرة وليد، **محاضرات مقياس مصادر قانون الأسرة**، السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021م _2022م، ص 03.

كما يلعب تاريخ الأمم الطويل واتصالها ببعضها البعض دورا في انتقال بعض العادات والقوانين بين الشعوب، لما ترى فيه من الملائمة لتنظيم أمورها وتحقيق صلاحها[1]، وأختلف في تحديد فكرة المصدر المادي للقانون على مذهبين هما:

1-**مذهب القانون الطبيعي:** يرون أن القانون يستمد مادته الأولية من مبادئ مثالية ثابتة، لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، وأن مصدرها هو الله أو الطبيعة أو العقل البشري.

2-مذهب القانون الوضعي: قام على مناقضة المذهب الطبيعي، ويرون بأن القوانين هي مجرد تعبير عن إرادة الحاكم أو إرادة الدولة أو إرادة الشعب مما تكون في ذهنه وضميره من مبادئ عبر تاريخه الطويل، لذلك نجد القوانين تختلف من مجتمع لآخر[2].

- **الفرع الثاني: المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري**

تستمد الأمم قوانينها من قيمها الدينية ومقوماتها الروحية والحضارية بما يحافظ على سلامة كيانها ويضمن لها البقاء ويمنحها الراحة والاستقرار.

والجزائر كباقي دول العالم استمدت قوانينها من تراثها الروحي والحضاري وقيمها الدينية الراسخة في الوجدان مع تفتح على العالم بما يؤمن التعامل والتفاعل معه ونلخص ذلك في الآتي:

1 -المرجعية الدينية: اعتمد المشرع الجزائري على الشريعة الإسلامية وهذا ما تؤكده ديباجة المشروع التمهيدية، حيث ورد فيها ما اعتمدته اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، السنة النبوية، الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث والإجماع والقياس والاجتهاد والفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها من المسائل[3].

---

[1]- ليلى جبريل، **مصادر القانون وخصائصه**، HTTPS://MQALL.ORG/SOURCES-CHARACTERISTICS-LAW تاريخ الاطلاع: 2023/09/10م.

[2]- ميرة وليد، مرجع سابق، ص 03.

[3]- عبد الرزاق لعمارة، **محاضرات مقياس الأسرة لطلبة سنة ثانية ليسانس**، حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف-المسيلة، 2022م_2023م، ص 09.

ومن أجل أن تبني الجزائر مجتمعا سليما، فلا بد من الاعتماد على قواعد سليمة أصلية مستوحاة من الشريعة الإسلامية حتى تتلاءم وطبيعة المجتمع الجزائري.

والمشرع الجزائري لم يأخذ بمذهب معين في أحكامه وإنما تفتح على المذاهب كلها تحقيقا للمصلحة العامة ومواكبة للتغيرات الحاصلة في المجتمع، وإن كان للمذهب المالكي النصيب الأكبر[1]، وحاول أيضا الجمع بين مذهبين في قضية واحدة وهو ما يصطلح عليه بالتلفيق، ومن أمثلة تفتحه على المذاهب الأخرى أخذه في التوريث بما يعرف بالوصية الواجبة على الحنفية، وهو ما أصطلح عليه قانونا بالتنزيل في المواد: من 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري[2]، ومن أمثلة الجمع بين المذاهب في القضية الواحدة (التلفيق)، ما ورد في الفقرة 01 من المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالولاية على الزوجة والتي جاء فيها: "تباشر المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فنجد أن الحنفية يجيزون عقد المرأة الراشدة زواجها بنفسها.

2 –العرف: المشرع الجزائري اعتمد على العرف في وضع نصوص من قانون الأسرة الجزائري، ومن ذلك أنه أعتبر الفاتحة عقد زواج على طبيعة المجتمع الجزائري[3]، وأخذ من العرف صراحة في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبره من الضروريات في العرف".

3 –الاتفاقيات الدولية: استمد قانون الأسرة بعض أحكامه من الاتفاقيات الدولية وهذا ما يؤكده الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا بقوله: "وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة عرف تعديلا وتتميما بموجب الأمر الرئاسي تحت رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27م، والذي جاء من

---

[1]– عبد الحكيم بونور، **مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري**، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2019م_2020م، ص44.

[2]– ميرة وليد، مرجع سابق، ص 14.

[3]– بوفنارة سوسن، **محاضرات في مقياس قانون الأسرة لطلبة السنة الثانية حقوق**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة01، السنة الجامعية 2020م_2021م، ص 07.

أجل تحسين وضعية الطفل والمرأة وهذا بغية التماشي مع الاتفاقيات الدولية التي وافقت عليها الجزائر"، ومن أمثلة ذلك إسقاط ولاية الإجبار والتضييق في تعدد الزوجات، وجدير بالذكر أن نصوص الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لم تراع خصوصية البلدان الإسلامية[1].

[1]– عبد الكريم بونور، مرجع سابق، ص 49.

الفصل الأول

في مقدمات الزواج

❖المبحث الأول: في الخطبة

♦ المطلب الأول: الزواج عقد رضائي

➢ المادة 04: المعدلة بـ [الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]

- الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

➢ المادة 04: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]

- الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

- **وجه الاختلاف بين المادتين:** في كلمة رضائي التي أضافها المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 02/05، الكلمة تحمل دلالة كبيرة يؤكد بها المشرع على أمر جوهري يقوم على أساسه عقد الزواج وهو عنصر الرضا بين الزوجين، فيكون بذلك المشرع قد نفى صفة الإكراه.

وبعد التقصي والتحقيق لاحظنا أن المشرع ذهب في تعريفه لعقد الزواج إلى ما ذهبت إليه بعض قوانين الأسرة العربية ومنها ما يلي:

ونشير قبل ذلك إلى أن هذه القوانين مذكورة بالترتيب التصاعدي الذي يوافق تاريخ إصدارها وهي كالآتي:

- جاء في نص المادة 05 الباب الأول الزواج ومقدماته الفصل الثاني الزواج وشروطه من قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] قانون رقم 15 سنة 2019م التالي: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل".

[1]- قانون حقوق العائلة لسنة 1927م المتعلق بالنكاح والافتراق رقم 154،المعدل في عام 1947م بالقانون حقوق العائلة المؤقت والمعدل بالقانون رقم 92 في 1951/08/16م،المعدل بقانون الأحوال الشخصية رقم 61 في 1976م والمعدل بقانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1976م،المعدل بقانون=

– كما عرفه القانون السوري[1] في المادة 01 من الباب الأول الخطابة والزواج من الكتاب الأول الزواج بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

– وعرفته المادة 04 القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من مدونة الأسرة المغربية[2] رقم 03–70 بتاريخ 2004/04/05م على أنه: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

– أما القانون العراقي[3] فنص في الفقرة 01 من المادة 03 الفصل الأول الزواج والخطبة الباب الأول الزواج على أنه:"الزواج عقد بين رجل وامرأة تحمل له شرعا غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل".

– أورد القانون الإماراتي[4] في المادة 19 الباب الثاني الأحكام العامة للزواج الكتاب الأول الزواج في تعريف الزواج ما يلي: "الزواج عقد يفيد حل استمتاع أحد الزوجين بالآخر شرعا، غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة".

– والقانون الكويتي[5] رقم 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية حرر في المادة 01 من الباب الأول مقدمات الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج التالي: "الزواج عقد بين رجل وامرأة، تحل له شرعا غايته السكن والإحصان وقوة الأمة".

=الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1977م، والمعدل بالقانون رقم 82 في 2001/12/31م، المعدل بالقانون رقم 36 لسنة 2010م، والمعدل بالقانون رقم 15 لسنة 2019م.

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري المرسوم رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17م، والمعدل سنة 1975م.

[2]– مدونة الأحوال الشخصية المغربية رقم 190–57–1 بتاريخ 1957/08/19م المنشور في 1957/12/06م المعدل للقانون رقم 03–70 المؤرخ في 2004/04/05م الصادر في 2004/12/31م بمثابة مدونة الأسرة المغربية "عدل سنة 1993م".

[3]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م المنشور في 1959/01/01م وتعديلاته، آخر تعديل له سنة 1988م.

[4]– قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 05 لسنة 1978م، المعدل بالقرار رقم 669 لسنة 2002م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005م.

[5]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 سنة 1984م، المعدل بالقانون رقم 61 سنة 1966م، والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2004م، والمعدل بالقانون رقم 66 لسنة 2007م.

– كما عرفه القانون الليبي[1] في المادة 02 الفصل الثاني الأحكام العامة تعريف الزواج الباب الأول الزواج بأنه:"الزواج ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرما على الآخر".

- **الفرع الأول: عقد الزواج من الجانب القانوني**

جاء قانون الأسرة الجزائري بتعريف معقول للزواج[2]، وكان أكثر توفيقا في الكشف عن حقيقة الزواج والمقصود منه شرعا[3]، حين نص في المادة 04 منه على تعريف الزواج بأنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فهو بذلك يكون قد أبرز الجانب الذي أمتن الله به على عباده في علاقة الزواج بقوله تعالى:﴿وَمنْ آياته أَنْ خَلَقَ لَكُمْ منْ أَنْفُسكُمْ أَزْواجًا لتَسْكُنُوا إلَيْها وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[4]، فالتعريف ركز على أن الزواج هو الإحصان وعمارة الأرض، والتناسل وحفظ الأنساب في ضوء أسرة أساسها السكن والمودة والرحمة، وتربية الأطفال والتعاون بين الزوجين على مواجهة مصاعب الحياة.

كما لم يهمل قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل الجانب الذي يجعل منه عقد يدخل في دائرة العلاقات التعاقدية، ويتم كالعقود بما يتطلب ذلك دور الإرادة والرضا وما يترتب عليه من حقوق والتزامات منها ما هي موضوعية ومنها ما هي شكلية[5].

---

[1]– قانون رقم 10 لسنة 1984م، المنشور في 1984/06/03م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما، والمعدل بالقانون رقم 22 لسنة 1991م المنشور في 1991/11/09م.

[2]– الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط02، (د ت).

[3]– سعيد محمد الجليدي، **أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة**، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، ط01، 1396هـ=1986م، ص 23.

[4]– سورة الروم، الآية 20.

[5]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 28.

وقيده بالوجه الشرعي لإخراج كل العلاقات غير المشروعة بين الجنسين ولو حصل رضا منهما كالزنا، كما خرج نكاح المحرمات تأبيدا أو توقيتا[1]، وما يلاحظ أيضا في هذا التعريف القانوني أن المشرع لم يتعرض لموضوع عقد الزواج وأثاره القانونية، كجانب كونه عقد يفيد حل الاستمتاع والمتعة بين الزوجين.

ولعل عذر المشرع في هذا التغافل هو تجنب أن يحاد وينأى به عن جليل غاياته، فلا شك أن الناحية الجنسية من أغراضه لكنها ليست غاية في ذاتها[2].

- **الفرع الثاني: عقد الزواج من الجانب الشرعي**

لفظ الزواج ولفظ النكاح لهما نفس المدلول بل أن هذا اللفظ الأخير هو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقه[3]، ومنه قوله تعالى:﴿ولا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكاحِ حَتّى يَبْلُغَ الكِتابُ أجَلَهُ﴾[4].

النكاح في التشريع الإسلامي تصرف شرعي له حقيقة واضحة وله حكم أصلي وأحكام أخرى حسب ما يعرض له من أوصاف[5].

وعليه تعددت تعريفات الفقهاء للنكاح وتنوعت تبعا لاختلافهم في تصور حقيقته وإدخال بعض الشروط فيه أو إخراجها[6]، وللنكاح معان ثلاثة الأولى المعنى اللغوي، الثاني المعنى الأصولي ويقال له الشرعي والثالث فهو المعنى الفقهي[7]، هذا وإن اختلفت فيها المذاهب من حيث الألفاظ إلا أن جميعها يدور في معنى واحد متقارب، ينتهي إلى أن القصد من عقد النكاح هو ملك المتعة أو حلها، وسنأتي إلى تفصيل كل هذا بنوع من الإيجاز كما يلي:

---

[1]– عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دراسة شرعية قانونية مقارنة، البصائر الجديدة للنشر التوزيع، الجزائر، ط03، 2016م، ص 26.

[2]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 57

[3]– مرجع نفسه، ص 55.

[4]– سورة البقرة، الآية 235.

[5]– عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط01، 1428هـ=2007م، ص 24.

[6]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 22.

[7]– عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1431هـ=2010م، ص 813.

- **النكاح في المعنى اللغوي:**

نكح النون والكاف والحاء أصل واحد وهو البِضاع، ونكح ينكح، وامرأة ناكح في بني فلان أي ذات زوج منهم، والنكاح يكون العقد دون الوطء، يقال نكحت تزوجت أنكحت غيري[1].

- **في المعنى الأصولي (الشرعي):**

هو عقد بين الزوجين يحل به الوطء وقد اختلف العلماء فيه على ثلاثة أقوال:

- **القول الأول:** أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء وهو الصحيح لقوله تعالى:﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[2]، والوطء لا يجوز بالإذن[3]، وهذا عكس المعنى اللغوي وذلك هو الأرجح عند الشافعية والمالكية.

- **القول الثاني:** أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد كالمعنى اللغوي وهذا هو رأي الحنفية لقوله صلى الله عليه وسلم: "انكحوا فإني مكاثر بكم"[4]، فإن معنى النكاح في الحديث الوطء إذ التكاثر إنما يتصور عنه لا عن العقد في ذاته.

- **القول الثالث:** أنه مشترك لفظي بين العقد والوطء وقد يكون هذا أظهر للأقوال الثلاثة، لأن الشرع تارة يستعمله في العقد وتارة يستعمله في الوطء[5].

- **في المعنى الفقهي:**

اتفقت المذاهب على القصد منه واختلفت عباراتهم في نص التعريف كما يلي:

أ -**الحنفية:** عقد يرد على تملك المتعة قصدا[6].

---

[1]- أحمد بن فارس ابن زكريا الرازي، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط02، 1429هـ=2008م، مج02، ص 581.

[2]- سورة النساء، الآية 25.

[3]- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار عن أحاديث سيد الأخيار**، اعتنى به أبو عبد الرحمان عادل بن سعد، الناشر مكتبة الثقافة الدينية، الشركة الدولية للطباعة، القاهرة، مصر، ط01، 1424هـ=2003م، ج03، ص 544.

[4]- الحافظ بلال الدين السيوطي، الشيخ يوسف النبهاني العلامة محمد ناصر الدين الألباني، **ترتيب أحاديث صحيح الجامع الصغير وزيادته على الأبواب الفقهية**، ترتيب عوفي نعيم الشريف مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط02، 1428هـ=2007م، ج02، ص 328.

[5]- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ص 813.

[6]- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي وبهامشه حاشية الشيخ الإمام أحمد الشلبي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية، ط01، 1313هـ=1892م، ج02، ص94.

ب –المالكية: عرفوا النكاح بأنه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر[1]، أي النكاح هو ارتباط ناشئ عن إيجاب وقبول قصد بهما إباحة المتعة المجردة بالمرأة على أن يسبق ذلك ببينة "إعلام وإشهار"[2].

د –الشافعية:هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته[3].

ج –الحنابلة: هو عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل[4] .

وإذا كانت كل هذه التعريفات تركز على بيان حقيقة العقد لا غايته، لأنها تتجه في معناها إلى أن القصد من الزواج هو ملك المتعة أو حلها وهو المقصود منه عند الشارع الإسلامي، وأيضا عند معظم الناس إلا أنها ليست هي كل مقاصده ولا أسماها، بل إن القصد الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والنظر هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل من العاقدين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف الله تعالى به بينهما وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها.

لذا يجب تعريفه بتعريف كاشف عن حقيقته والمقصود منه عند الشارع الحكيم، ولعل التعريف الموضح لذلك أن نقول: "أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"[5].

وعلى هذا الأساس اختار المشرع الجزائري فكرة التركيز على الغاية من عقد الزواج وكشف حقيقته في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/05، والتي نصت على

---

[1]– أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، تحقيق أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، القاهرة، مصر، ط01، 1429هـ=2008م، ج03، ص468.

[2]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 22.

[3]– شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ=2000م، ج04، ص200.

[4]– موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجَمَّاعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، **المغني**، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط03، 1417هـ=1997م، ج09، ص 339.

[5]– الإمام محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط03، 1377هـ=1957م، ص 17.

أنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

وأصل هذه المادة في الجملة مأخوذ من كلام الله عز وجل في محكم كلامه من سورة الروم: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[1].

وكذلك أصلها من حديث النبي صلى الله عليه وسلم حيث جاء في صحيح مسلم قال صلى الله عليه وسلم: "... ما بال أقوام كذا وكذا؟ لكني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب من سنتي فليس مني"[2].

♦ المطلب الثاني: الخطبة وعد بالزواج

➢ المادة 05: المعدلة بـ [الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]

- الخطبة وعد بالزواج.
- يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.
- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.
- 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.

➢ المادة 05: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]

- الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.
- إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.
- لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه.

---

[1]- سورة الروم، الآية 21.

[2]- الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشري النيسابوري، **صحيح مسلم**، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط01، 1427هـ=2006م، كتاب النكاح باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، رقم 1401، ج02، ص 631.

– وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 05 المعدلة:** الخطبة وعد بالزواج.
- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 05 القديمة:** الخطبة وعد بالزواج.

– **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** لا يوجد أي اختلاف بينهما.

اتجه المشرع الجزائري في الفقرة 01 من المادة 05 من قانون الأسرة المعدل إلى اعتبار أن الخطبة وعد بالزواج، وأصل هذه الفقرة من الناحية القانونية ما ذهبت إليه بعض النصوص العربية التالية:

– ما تبناه المشرع المصري[1] فقد نص في المادة 01 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه من مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد لسنة 2021م على أنه:"الخطبة هي وعد بزواج رجل وامرأة...".

– كما نصت المادة 02 الفصل الأول مقدمات الزواج الباب الأول الزواج ومقدماته من قانون الأحوال الشخصية الأردني[2] على أنه: "الخطبة طلب التزوج أو الوعد به".

[1]– مجموعة من قوانين الأحوال الشخصية المصرية:

– قانون رقم 25 لسنة 1920م بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية.

– المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929م بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية.

– والمعدل بالقانون رقم 77 لسنة 1942م بشأن أحكام المواريث.

– والمعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1944م بشأن بيان القانون الواجب التطبيق في مسائل المواريث والوصايا.

– والمعدل بالقانون رقم 18 لسنة 1952م بتقرير حالات سلب الولاية على النفس.

– والمعدل بالقانون رقم 119 لسنة 1952م بشأن أحكام الولاية على المال.

– والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

– والمعدل بالقانون رقم 01 لسنة 2000م قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المنشور في 2001/01/29م=.

– =والمعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2004م قانون إنشاء محاكم الأسرة.

– والمعدل بالقانون رقم 11 لسنة 2004م قانون إنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة.

– والمعدل بالقانون رقم 04 لسنة 2005م تعديل سنة الحضانة.

[2]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

– ونصت المادة 02 الباب الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية السوري[1] على أنه: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا يكون زواجا".

– أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية[2] فقد نصت في الفقرة 01 من المادة 05 الباب الأول الخطبة القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "الخطبة تواعد رحل وامرأة على الزواج".

– وجاء في الفقرة 01 من المادة 17 الباب الأول الخطبة الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[3] التالي: "الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا".

– وكذلك جاء في المادة 02 الباب الأول مقدمات الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج من القانون الكويتي[4] ما يلي: "الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به وقبض المهر وقبول أو تبادل الهدايا".

– ونصت الفقرة 01 من المادة 04 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج من القانون الليبي[5] على أنه: "الخطبة طلب التزوج والوعد به".

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 05 المعدلة:** يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.
- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 05 القديمة:** ولكل من الطرفين العدول عنها.

– **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** في الصياغة فقط.

في حين أستند المشرع الجزائري على بعض ما تبنته نصوص القوانين العربية بجواز العدول والتي جاءت كالتالي:

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[2]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[3]– قانون اتحادي الإماراتي رقم 28 لسنة 2005م، السالف ذكره.

[4]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

[5]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما، السالف ذكره.

– ورد في نص الفقرة (أ) من المادة 04 الفصل الأول مقدمات الزواج الباب الأول الزواج ومقدماته من القانون الأردني[1]: "لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة".

– كما ورد في الأحوال الشخصية السورية[2] في المادة 03 الباب الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج ما يلي:"أن لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الزواج".

– نصت الفقرة 02 من المادة 06 الباب الأول الخطبة القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من مدونة الأسرة المغربية[3] على أنه: "... لكل من الطرفين حق العدول عنها".

– كما نص المشرع الإماراتي[4] في الجزء 01 من الفقرة 01 من المادة 18 الباب الأول الخطبة الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "لكل من الطرفين العدول عن الخطبة".

– كذلك نص المشرع الكويتي[5] في الفقرة (أ) المادة 03 الباب الأول مقدمات الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج على أنه: "لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها".

– وجاء في القانون الليبي[6] في نص الفقرة (ب) من المادة 01 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج التالي: "يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة".

- **بالنسبة للفقرة 03 من المادة 05 المعدلة:**

– إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

- **بالنسبة للفقرة 03 من المادة 05 القديمة:**

– إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[4]– قانون اتحادي الإماراتي رقم 28 لسنة 2005م، السالف ذكره.

[5]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

[6]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

- **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** في الصياغة فقط.

رتب المشرع الجزائري في الفقرة 03 من نص المادة 05 قانون الأسرة الجزائري الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي سببه عدول أحد الطرفين.

نجد أن أصل هذه الفقرة قد استلهمها المشرع الجزائري من:

- المادة 05 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري[1] الجديد لسنة 2021م حيث جاء فيها: "مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب بذاته تعويضا إلا إذا لزمته أفعال خاطئة مستقلة عنه استقلالا تاما ونتح عنها ضرر مادي أو أدبي".

- نصت المادة 07 الباب الأول الخطبة القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من مدونة الأسرة المغربية[2] : "على أن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

- أما القانون الإماراتي[3] فنص في الجزء 02 من الفقرة 01 من المادة 18 الباب الأول الخطبة الكتاب الأول الزواج على أنه: "... وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل".

- كذلك القانون الليبي[4] جاء في نص الفقرة (د) من المادة 01 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج الآتي: "إذا سبب العدول عن الخطبة ضررا تحمل المتسبب فيه التعويض عنه".

- **بالنسبة للفقرتين 04 و05 من المادة 05 المعدلة:**

- 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.

---

[1]- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، السالف ذكره.

[2]- قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[3]- قانون اتحادي الإماراتي رقم 28 لسنة 2005م، السالف ذكره.

[4]- قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

- **بالنسبة للفقرتين 04 و05 من المادة 05 القديمة:**

– لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه.

– وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.

– **وجه الاختلاف بالنسبة للفقرة 04:** هو أنه بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 05 في القانون القديم فإن المشرع في نص المادة 05 من القانون الجديد ألزم على الخاطب العادل أن يرجع للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

– **وجه الاختلاف بالنسبة للفقرة 05:** هو أن المشرع في النص القديم ألزم المخطوبة التي عدلت عن الخطبة أن ترد ما لم يستهلك بينما أضاف في نص المادة الجديد عبارة ما قيمته أي استرداد الهدايا أو طلب قيمتها إن استهلكت.

اقتبس المشرع الجزائري هاتين الفقرتين من بعض نصوص قوانين الأسرة العربية التالية:

– فنجد أن مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري[1] في نص المادة 03 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه جاء فيها:"إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير سبب فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر وإن كان العدول بسبب من الطرف الآخر، فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم استرداده ويستثنى من ذلك ما جرت العادة على استهلاكه".

– ونصت الفقرة (د) من المادة 04 الفصل الأول مقدمات الزواج الباب الأول الزواج ومقدماته من قانون الأحوال الشخصية الأردني[2] على أنه: "يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض، ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكون أعيانها قائمة".

– كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية[3] في الفصل 02 في المراكنة (نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993م المؤرخ في 12 جويلية 1993م) الكتاب الأول الزواج على أنه: "لكل واحد

[1]– مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[3]– مجلة الأحوال الشخصية الأمر 13 أوت 1956م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 1956/08/17م الأمر عدد02 لسنة 1956م المنشور في 1956/08/13م، نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993م المؤرخ في 1993/07/12م، نقح=

من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

– ونصت مدونة الأسرة المغربية[1] في المادة 08 الباب الأول الخطبة القسم الأول والزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من الهدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال".

– وأيضا نصت الفقرتين 05 و06 من المادة 18 الباب الأول الخطبة الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[2] على أنه: "...

–إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف فإن كان بغير مقتضى فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر وللآخر استرداد ما أهداه.

–إذا كان العدول بمقتضى فعليه أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا وليس للآخر أن يسترد".

– نص القانون الكويتي[3] في مادته 05 الباب الأول مقدمات الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج على أنه: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف:

أ –فإن كان عدوله بغير مقتضى لم يسترد شيئا مما أهداه إلى الآخر.

ب –وإن كان العدول بمقتضى استرد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا".

=بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بقانون رقم 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/04/21م وبالقانون 32 لسنة 2007م المؤرخ في 2007/05/14م، نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958م المؤرخ في 1958/07/04م وأضيفت إليه الفقرات 03 و04 و05 من الفصل 18 بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بالقانون عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/04/21م، نقح بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بالقانون عدد 01 المؤرخ في 1964/04/21م، نقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981م المؤرخ في 1981/02/18م، نقح بالقانون عدد 50 لسنة 2010م المؤرخ في 2010/11/01م، نقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981م المؤرخ في 1981/02/18م، نقح وأضيفت الفقرات 02 و03 و04 و05 و06 و07 من الفصل 56 بالقانون عدد 20 لسنة 2008م المؤرخ في 2008/03/04م، نقح بالقانون عدد 49 لسنة 1966م المؤرخ في 1966/06/03م، نقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981م المؤرخ في 1981/02/18م، نقح وأضيفت الفقرة 02 من الفصل 66 بالقانون عدد 10 لسنة 2006م المؤرخ في 2006/03/06م، نقح بالقانون عدد 48 لسنة 1992م المؤرخ في 1992/05/04م.

[1]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[2]– قانون اتحادي الإماراتي رقم 28 لسنة 2005م، السالف ذكره.

[3]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

وأما الفقرة (أ) من المادة 06 من نفس القانون ونفس الباب ونفس الكتاب والقسم فقد جاءت كما يلي: "إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين فإن كان بسبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة (ب) من المادة السابقة وإلا استرد كل منهما ما أهداه إن كان قائما".

– نص القانون الليبي[1] في الفقرة (ج) من المادة 01 الفصل الأول الخطبة الباب الأول الزواج على أنه: "...فإن كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهداه للآخر عينا أو قيمته يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك".

- **الفرع الأول: الخطبة من الجانب القانوني**

الخطبة هذه لم يستحدثها الإسلام ولا القانون الوضعي بل هي تقليد قديم عام على اختلاف في الآثار، كانت موجودة في المجتمعات البدائية واستمر وجودها عند العرب قبل الإسلام[2].

ومن نظر إلى قانون الأسرة يجد أن المشرع الجزائري قد حرص على الاعتناء بمقدمات الزواج وعلى رأس هذه المقدمات الخطبة وما يتعلق بها من أحكام، فقد كيف المشرع الخطبة بأنها وعد بالزواج حسب نص الفقرة 01 من المادة 05 المعدلة "الخطبة وعد بالزواج"، والواضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها حسب نص الفقرة 02 من المادة 05 المعدلة "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وأول ملاحظة هي استعمال لفظ "الوعد"، من حيث الصياغة القانونية فهذا المصطلح له دلالته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، من خلال نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري[3] ونصها كما يلي: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد"، أي أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواحد، الظاهر أن قانون الأسرة خالف هذه القاعدة في

[1]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[2]– محمد محدة، **سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج**، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، شهاب 2000، ط01، 1994م، ج01، ص 04.

[3]– الأمر 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007م المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 سبتمبر 1975م، العدد 78.

القانون المدني فمن جهة كيف الخطبة وعدا بالزواج[1]، لذا فالخطبة هي وعد من نوع خاص يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار[2].

وعليه يجب التفريق وعدم الخلط بين الخطبة وعقد الزواج، ذلك لأن قضاء المحكمة العليا الجزائرية نقض قرارا[3] لقضاة الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج، ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود، هل هو خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة أم هو مجلس عقد على معنى المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي فإن المخطوبة أجنبية عن الخاطب وتجري عليها أحكام الأجنبيات ولا يجري عليها أي حكم من أحكام الزوجية.

ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة وجعل العدول مؤسسا قانونا، بخلاف العقد الذي يتميز بطابع الإلزام للطرفين لهذا جاز ابتداءً لكلا الطرفين العدول عن إتمام عقد الزواج بعد الخطبة ولو بدون مبرر، أي سواء وجد سبب أم لا يوجد (الفقرة 02 من المادة 05 المعدلة)، ولعل من المصلحة عدم التفتيش عن أسباب العدول ودواعيه لأن كشفها قد يضر بالطرف الآخر[4].

نظمت الفقرة 03 من المادة 05 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري أحكام العدول عن الخطبة من قبل الرجل أو المرأة، وحكمت بتعويض الطرف المتضرر من قبل المتسبب في إلحاق الضرر به سواء كان الضرر ماديا أم معنويا، كالمهر أو الهدايا أو كأن يكلف الخاطب بشراء ألبسة أو إعداد البيت الزوجية أو ترك وظيفة أو تفويت خاطب أو تشويه سمعة.

ومعنى نص الفقرة 03 من المادة 05 المعدلة أنه في حال ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي فإن المتضرر من حقه أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه سواء أكان الضرر ماديا أو معنويا، غير أن الحصول على التعويض عن الضرر يرجع الأمر

---

[1]– بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط01، 1429هـ=2009م، ص 31.

[2]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 21.

[3]– قرار رقم 81129 بتاريخ 1992/03/17م قضية بين (ب ع م) ضد (م ه) المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001م، ص 30.

[4]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 50.

فيه للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في صحة الادعاء بحصول الضرر أولا، ثم نوع الضرر ومقداره ثم تقدير التعويض المناسب لهذا الضرر، وإذا لزم استعان القاضي بخبير قضائي لمعاينة الضرر وتقديره.

والحكم بالتعويض هنا لا يكون على مجرد العدول لأنه حق مقرر شرعا وقانونا لكلا الطرفين، وإنما التعويض يكون عن الضرر الناجم عن أفعال أو نتائج صاحبت العدول أو سبقته[1].

كما أن النص جاء عاما ومطلقا معتبرا التعويض ليس عن العدول وإنما عن الضرر الناجم عن العدول، على أساس المسؤولية التقصيرية (في مجال التعسف في استعمال الحق أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ) لا المسؤولية العقدية، لأن الخطبة ليست بعقد ومن الأضرار المعتبرة قانونا الاستغواء أو الاستهواء للتغرير بالطرف الآخر، والتماطل عن إتمام الزواج بالدخول أو استعمال الخديعة والغش، وكذا العدول التعسفي بدون مبرر شرعي أو قانوني وعدول الخاطب عن الخطبة بعد مضي زمن طويل على الخطبة، ومطالبة الطرف الآخر بمطالب معينة مما ينجر عنه الخسارة الواضحة، كما أن خيبة الأمل والمساس بسمعتها وكرامتها نتيجة مخالطته لها هي من الأضرار المعنوية، دون نسيان مطالبة المخطوبة بترك عملها أو وظيفتها، أو العدول بمجرد التهور أو الطيش وما ينجر عنه من سوء الحظ[2].

وهذا وقد انقسم القضاء الوضعي في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة إلى قسمين:

1-قسم يرى ضرورة التعويض إذا ثبت تعسف الخاطب في استعمال حقه، وهذا الذي أخذ به القانون الجزائري كما هو واضح في النص السابق الذكر.

2-قسم يرى أنه لا يترتب عن العدول عن الخطبة أي تعويض مهما كانت الأضرار الملحقة بالمخطوبة لأن الخطبة لا تعد عقدا، وبالتالي لا يترتب عليها أي أثر قانوني لأنها وعد،

---

[1]- علام ساجي، **المختصر في الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، ط01، أبريل 2021م، ص 89.

[2]- بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 103، 105.

والإخلال بالوعد وإن كان يعد قبيحا من الناحية الأخلاقية إلا أنه لا يترتب عليه أي مسؤولية قانونية.

فالتعويض وفقا لهذا الرأي يكون نتيجة لإخلال بالتزام قانوني، والخطبة لا تعتبر عقدا إلزاميا والعدول عنها لا ينشأ أي ضرر ومن ثمة لا يلزم الخاطب بالتعويض عن العدول، ويضيف الفريق الثاني قائلا إن إلزام الخاطب بالتعويض عن العدول يعني في الحقيقة إلزام ضمني (غير صريح) للخاطب بالزواج بالمخطوبة مهما كانت الظروف، وهذا مخالف للقاعدة المعروفة العقد شريعة المتعاقدين،أي يتم برضا الطرفين معا وهذا بالنسبة لكافة العقود المدنية، فكيف يكون الوضع بالنسبة لأقدس العقود وهو عقد الزواج[1].

أما حكم الهدايا التي يتبادلها الخاطبان خلال فترة الخطوبة فقد تكلم المشرع الجزائري عنها وعن كيفية استرجاعها في الفقرتين 04 و05 من المادة 05 المعدلة، ذلك أنها من النفقات التي تنفق بعد الخطبة وقبل العقد، منها ما قد يكون هاما لأننا كثيرا ما نسمع بأن للخطبة تكاليف مادية باهظة، وعليه رأى المشرع بأنه من الضروري النص عليها لأنها قد تؤدي إلى قيام نزاع بين الأشخاص لإحساسهم بأهمية ما دفعوه[2].

من هنا جاء نص المشرع حاسما مفصلا بقوله: "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 نظر إلى مصدر الضرر وحكم بعدم استرداد الهدايا متى كان العدول من قبل الخاطب المهدي، حتى لا يجمع على المرأة بين ألم العدول وألم رد الهدايا أو تعويض ما استهلك، أما إن كان العدول منها فمن حق الخاطب استرداد الهدايا القائمة أو رد قيمة الهدية، وهي غالبا تكون في المستهلك أو التالف منها[3]، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن ألمت بفسخ خطبته، ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة بل هو هبة مقيدة.

---

[1]– غنية قري، **شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرح والقانون**، دار طليطلة، الجزائر، ط01، 1423هـ=2011م، ص 17.

[2]– عبد الفتاح تقية، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي**، (د ن ط)، 1999م_2000م، ص 08.

[3]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 53.

ولولا الخطبة الموصلة للزواج لما قدم لها شيئا فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدم الهدايا، والعدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله[1]، وهذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك.

والخلاصة أن ما يجري عليه العمل في الجزائر الآن هو أن المشرع الجزائري مزج في الفقرتين 04 و05 من المادة 05 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري بين رأي المالكية ورأي الحنفية، حيث أنه أخذ برأي المالكية في بداية الفقرتين حينما حمل الطرف العادل عن الخطبة مسؤولية إرجاع الهدايا من عدم إرجاعها، أما نهاية الفقرتين فقد وافقتا رأي الحنفية الذين أعطوا الهدايا حكم الهبة أي عدم إرجاع الهدايا في حالة الهلاك والاستهلاك حيث يعد الهلاك والاستهلاك من موانع الرجوع في الهبة.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية على العموم مع بعض التعديل الموافق لرأي الحنفية.

- **الفرع الثاني: الخطبة من الجانب الشرعي**

ولما كان عقد الزواج من العقود ذات الشأن الكبير لزم أن يسبقه مقدمات تمهد له وتضمن بقاءه ودوامه، بل إن الشريعة الإسلامية لم تعن بمقدمات أي عقد من العقود سواه، فقد عنيت بها وجعلت لها أحكاما خاصة ومقدمات عقد الزواج هي ما يعرف بالخطبة[2].

والخطبة هي فترة تمهيدية للزواج من شأنها أن تتيح الفرصة للراغبين فيه للتعارف والتآلف فيما بينهما، فهي فرصة للمرأة وأهلها وأوليائها للسؤال عن الخاطب ومعرفته من خلال تدينه وأخلاقه وسيرته ونحو ذلك، وهي أيضا فرصة للخاطب ليعرف عن المرأة ما لم يعرفه عنها قبل الخطبة، ذلك أن الرجل وإن قام عادة بالسؤال عن المرأة وأهلها فإنه قد يفوته شيء عن المرأة وأخلاقها وطباعها وأخلاق وطباع أهلها، فإذا قام بخطبتها عن طريق إرسال بعض أهله من النساء فقد يعرفون من المرأة وأهلها ما لم يعرفه الخاطب منها ومنهم، وقد يؤدي ذلك كله من

---

[1]– عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 87.

[2]– محمد بن أحمد بن الصالح، **فقه الأسرة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج وآثاره**، مقدمة لنيل درجة العالمية الدكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، أقسام الدراسات العليا، جامعة الأزهر، مصر، 2003م، مج 01، ص 140.

قبله أو من قبل المرأة وأهلها إلى عدم المضي بإجراء عقد النكاح، فيرجع الخاطب عن خطبته أو ترفض المرأة أو أهلها وأولياءها قبول خطبة الخاطب.

أما إذا حصل الرضا والاطمئنان من قبل الطرفين، الخاطب من جهة والمرأة وأهلها وأوليائها من جهة أخرى مضيا في إنشاء عقد النكاح.

كما أن في التمهيد لعقد النكاح بالخطبة إظهارا وإعلانا لأهمية هذا العقد، وإشراك أهل المرأة فيه على نحو ما، مثل إبداء رأيهم بعد التحري عن الخاطب[1].

وتعد الخطبة من الأمور المشروعة المستحبة، وذهب آخرون إلى أن حكمها كالنكاح إذ للوسائل حكم المقاصد وقد دل على مشروعيتها أدلة كثيرة منها:

- **من القرآن الكريم:** قوله تعالى﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء﴾[2].

- **وجه الاستدلال:** هو إذا جاز التعريض بخطبة معتدة الوفاة وهي في العدة، فيفهم ومن باب أولى جواز الخطبة تصريحا لغيرها ممن لا مانع من خطبتها كالعدة.

- **من السنة:** ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"[3].

- **وجه الاستدلال:** هو حرمة خطبة الفتاة التي خطبت من آخر وركنت له إلا إذا أذن الثاني للأول بخطبتها أو أنه ترك خطبتها، مما يدل على مشروعية الخطبة إذ اعتبرت خطبة الأول أمرا مصونا لا يجوز الاعتداء عليه[4].

---

[1]- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط01، 1413هـ=1992م، ج06، ص 58، 59.

[2]- سورة البقرة، الآية 235.

[3]- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، ترقيم وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، تقديم العلامة أحمد محمد شاكر، دار ابن الهيثم، القاهرة، مصر، ط01، 1425هـ=2004م، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، رقم 5142، ص 623.

[4]- حسن البغاَ، وَ مصطفى البغا، **قانون الأحوال الشخصية، زواج وطلاق 01**، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، HTTPS://PEDIASVNONLINE.ORG/ ، تاريخ الاطلاع: 2023/08/03م، ص21، 22.

- **تعريف الخطبة**

1- لغة: خطب الخاء والطاء والباء أصلان أحدهما الكلام بين اثنين يقال خاطبهُ يُخاطِبهُ خطابا والخطبة من ذلك وفي النكاح الطلب أن يزوج قال تعالى: "وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"[1]، والخُطبة الكلام المخطوب به ويقال اختطب القوم فلانا إذا دَعْوه إلى تزويج صاحبتهم[2]، والخِطبة بكسر الخاء عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة، والخُطبة بضم الخاء واحدة الخُطب وهي مشروعة في الخِطبة وفي العقد قال مالك: "ما قَلَّ منها أفضل"، فتحصل من هذا أن الخُطبة بضم الخاء تستحب من الخاطب ومن المجيب له قبل إجابته ومن الزوج ومن المتزوج[3].

2- تعريف الخطبة عند فقهاء المذاهب الأربعة:

أ -الحنفية: بكسرها فهي طلب التزويج[4].

ب -المالكية: بكسر الخاء قالوا هي التماس النكاح[5].

ج -الشافعية: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة[6].

د -الحنابلة: الخِطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها والخُطبةُ بالضم هي حمد الله والتشهد[7].

---

[1]- سورة البقرة، الآية 235.

[2]- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، **معجم مقاييس اللغة**، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ط02، 1428هـ= 2008م، مج 01، ص 368.

[3]- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مرجع سابق، **ج03**، ص474.

[4]- محمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 1423هـ=2003م، ج04، ص 66.

[5]- العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبالهامش حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الحديث الدكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط ت)، ج02، ص 338.

[6]- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المتوفي المصري الأنصاري ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي القاهري حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي رحمه الله**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط02، 1424هـ=2002م، ج06، ص 201.

[7]- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجَمَّاعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، مرجع سابق، **ج09**، ص 567.

- **الحد الراجح:** هي إظهار الرغبة في الزواج بين رجل وامرأة في صورة اتفاق تمهيدي غير ملزم[1].

ويستنتج من هذه التعاريف أن مفهوم الخِطبة مبني من وجهة نظر الفقه على طبيعة الغاية المقصودة منها، باعتبارها ضمانة أكيدة لإقامة عقد النكاح على أس متين من الرضا والحرية التامة، ومنه فالاتفاق حاصل على أن الخطبة ليست عقدا ولا تقع موقع النكاح البتة إلزاما والتزاما[2].

على أن المتقدمين من الفقهاء لم يسعفونا بتكييف نظام الخطبة، مما دفع بالفقهاء المتأخرين إلى بحث المسألة والاتفاق على اعتبارها وعدا بالزواج، وتأسيسا على ذلك يكون لكل من الخاطب والمختطب أن يعدل وينكل في خطبته، وهذا ما سنحاول دراسته والتطرق إليه في الآتي.

- **العدول عن الخطبة**

الخطبة ليست عقدا ولكنها وعد بعقد، والوعد بالعقود غير ملزم بعقدها عند جمهور أهل العلم، ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة للمخطوبة في ذلك، ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب، لأن النكاح عقد عمري يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر إلى حظها، وإن رجعا لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها، ويكره كذلك أن يتركها الخاطب إذا ركنت له المرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها إليه[3].

ولم يجعل الشارع لإخلاف الوعد عقوبة مادية يجازه بمقتضاها المخلف، وإن عد ذلك خلقا ذميما ووصفه بأنه من صفات المنافقين، إلا إذا كانت هناك ضرورة ملزمة تقتضي عدم الوفاء،

---

[1]– حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، **مح02**، ص 08.

[2]– حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، **مح05**، ص 04.

[3]– أبي مالك كمال بن السيد سالم، **صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة**، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، ط12، (د ت)، ج03، ص 125.

أي أن حكم الوفاء بالوعد عند الجمهور واجب ديني لا قضائي[1]، ومن النصوص القوية في الدلالة على وجوب الوفاء وعدم جواز الإخلاف لغير عذر ما يلي:

- **من القرآن:** قوله تعالى﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾[2].

- **من السنة:** نجد في الصحيح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد خلف وإذا أؤتمن خان"[3].

خلافا لمالك في بعض أقواله حيث أن الوعد عند مالك رضي الله عنه فيه أربعة أقوال:

1 –أنه لا إلزام فيه ولا يقضي بمقتضاه بشيء سواء أكان الوعد سببا للدخول في شيء أو ترك شيء ترتب عليه التزامات مغارم أو لم يكن.

2 –أن الوعد ملزم ويقضي به في كل الأحوال وهذا مقابل القول الأول.

3 –أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سببا لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد، كمن يعد شخصا بأن يعطيه مقدارا من المال ليسدد ما عليه من دين فإنه يقضي بالوفاء لأن المدين والدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد.

4 –أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سببا للتصرف ودخل من بذل الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد كمن يقول لشخص اشتر هذه الأرض وأنا أدفع تكاليف البناء، فإنه يجب الوفاء إذا اشترى.

وإن كان في بعض الأقوال المروية عن الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء في بعض الأحوال، فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يفضي إلى أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير[4].

---

[1]– حمادي عبد الفتاح، مرجع سابق، **مح05**، ص 05.

[2]– سور الصف، الآية 03.

[3]– **صحيح البخاري**، مرجع سابق، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق رقم 33، ص 15.

[4]– الإمام محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، مرجع سابق، ص 35.

- **التعويض عن ضرر العدول**

قد يسبب عن العدول عن الخطبة ضررا للطرف الآخر، يثار معه النزاع حول المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية،التي يمكن أن تكون قد لحقت بالطرف الذي تم العدول عن خطبته[1].

إن الاختلاف بين الفقهاء حول مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، مرده إلى أن العدول في حد ذاته حق للطرفين يمارسانه إما اتفاقا أو بالإدارة المنفردة لأحدهما،تأكيدا لحرية الاختيار في الزواج[2].

ولم يتعرض الفقهاء المتقدمين لهذا الموضوع في كتبهم، وبناء عليه نستطيع القول بأنهم لم يروا جواز التعويض، لأن التعويض لا يكون إلا نتيجة الإخلال بعقد أو عمل ضار، والخطبة ليست عقدا وإنما وعد بالزواج، ولم يترتب على الإخلال بهذا الوعد ضرر مادي كإتلاف مال الغير، ولأننا لو ألزمنا العادل عن الخطبة بتعويض مادي لكان في ذلك إلزام ضمني له باستكمال إجراءات عقد الزواج، وفي هذا ضرر أكبر من الضرر الذي يراد دفعه، وقد ذهب بعض العلماء في عصرنا الحاضر إلى تأكيد مبدأ التعويض عن الضرر إذا كان الضرر قد نشأ نتيجة الوعد بالزواج، وذلك كأن يطلب منها ترك العمل أو تطلب منه جهازا معينا، فيفعل أحدهما ما طلب منه ثم يكون العدول، فالضرر نشأ لا عن مجرد العدول بل كان للعادل عن الخطبة دخل فيه وهذا النوع من التغرير يوجب الضمان، كما أن التعويض هنا مبني على قاعدة مسلم بها في الشريعة الإسلامية هي لا ضرر ولا ضرار[3]، ولأن من مبادئ العدالة أن يتم تعويض الطرف المتضرر[4].

---

[1]– فؤاد بن شكرة، **آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة دراسة مقارنة**، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، 2009م_2010م، ص10.

[2]– إدريس الفاخوري، **الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات**، مطبعة دار النشر، الجسور، 2001م، ص 32.

[3]– محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر، عمان، الأردن، ط03، 1431هـ=2010م، ص 23.

[4]– إدريس الفاخوري، **الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات**، مرجع سابق، ص 32.

فإذا وقع الضرر فإن الذي يزيله إنما هو التعويض ويحكم به على أساس أنه قد أساء استعمال الحق في إلحاق الضرر بالغير[1]، ولقد قال الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى في هذا الصدد: "أن العدول عن الخطبة ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عليه التعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب هو نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل عن مجرد الخطبة فيعوض وإن لم يكن كذلك لا يعوض، وعلى ذلك يكون الضرر قسمين ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول كالمثالين السابقين، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول كان فيه تغرير والتغرير يوجب الضمان كما هو مقرر في قواعد المذهب الحنفي وغيره وفي قضايا العقل والمنطق"[2].

أشرنا من قبل أنه من الناحية الأخلاقية لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع عن عزمه[3]، وأن الشارع الحكيم لم يجعل لإخلاف الوعد عقوبة مادية يجازه بمقتضاها المخلف وإن عد ذلك خلقا ذميما ووصفه بأنه من صفات المنافقين، إلا إذا كانت هناك ضرورة ملزمة ومبررات مقبولة تقتضي عدم الوفاء[4]، فإذا ما فسخت الخطبة وعدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الخاطب من هدايا، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار يعرف ذلك بالتفصيل الآتي[5]:

أغلب الفقهاء متفقون في الجملة على وجوب استرداد الهدايا في حالة العدول عن الخطبة بمبرر مقبول وضرورة ملزمة هذا وإن اختلفوا في التفاصيل.

---

[1]- علام ساجي، **المختصر في الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، ط01، 2021م، ص 29.

[2]- الإمام محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط02، 1971م، ص 74.

[3]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 40.

[4]- الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، **شرح كتاب النكاح**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1426هـ=2005م، ص 38.

[5]- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقد المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط04، 1403هـ=1983م، ص 82.

أ –**الحنفية:** يرون أن هدايا الخطبة هبة وللواهب أن يرجع في هبته، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب موجودا فله استرداده، وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير كأن ضاع الخاتم وأكل الطعام وصنع القماش ثوبا فلا يحق للخاطب استرداد بدله[1].

ب –المالكية: في أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها، ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم، هو الأوفق كما يقولون يفصلونه على الوجه الآتي: إن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه يعمل به، وإن لم يكن شرطا ولا عرفا فإن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هداياه، لأنه آلمها بعدوله عن خطبتها فلا يجمع عليها من هذا الإيلام إيلاما آخر، وإن كان العدول منها وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائما أو مثله أو قيمته إن كان هالكا، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن آلمته بفسخ خطبته، ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة، بل هو هبة مقيدة فإنه لولا الخطبة الموصلة للزواج ما قدم لها شيئا، فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدم الهدايا والعدل يقضي أن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله[2].

قال الدردير في الشرح الكبير: (و) جاز (الإهداء) في العدة عليها فإن أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليه بشيء ومثل المعتدة غيرها، ولو كان الرجوع من جهتها والأوجه الرجوع عليها، إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط[3].

وشرح الدسوقي قول الدردير كالأتي: قوله (لم يرجع عليه بشيء) أي سواء كان الرجوع عن زواجها من جهته أو من جهتها وهذا هو أصل المذهب، وقوله (والأوجه... إلخ) هذا التفصيل ذكره الشمس الليقاني عن البيان، وأجاب به صاحب المعيار لما سئل عن المسألة وصححه ابن

---

[1]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية**، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، ط02، 1405هـ=1985م، ج07، ص 26.

[2]– محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 83، 84.

[3]– العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي أحمد الدردير،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش شيخ السادة المالكية رحمه الله، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي وشركاؤه، (د ط ت)، ج02، ص 219، 220.

غازي في تكميل التقييد، وقوله (إذا كان الامتناع من وجهتها) أي لأن الذي أعطى لأجله لم يتم، أما إن كان الرجوع من جهته فلا رجوع له قولا واحدا[1].

ج –**الشافعية:** ترد الهدايا سواء أكانت قائمة أو هالكة فإذا كانت قائمة ردت هي ذاتها وإلا ردت قيمتها[2]، بشرط أن تكون الهدية مقدمة لأجل التزوج بها أو به[3]، أي وجوب الرد مطلقا باقية أو غير باقية وسواء كان العدول من قبله أو من قبل المخطوبة أو منهما معا[4].

قال ابن حجر الهيثمي: "وسُئل" عمن خطب امرأة وأجابوه فأعطاهم شيئا من المال يسمى الجهاز هل تملكه المخطوبة أو لا؟ بينوا لما ذلك:

(فأجاب): بأن العبرة بنية الخاطب الدافع، فإن دفع بنية الهدية ملكته المخطوبة أو بنية حسبانه من المهر حُسِبت منه، وإن كان من غير جنسه أو بنية الرجوع به عليها إذا لم يحصل زواج أو لم يكن له نية، لم تملكه ويرجع به عليها[5].

د –**الحنابلة:** ذهبوا إلى أن الرجل إذا حصل على وعد بالزواج فقدم هدايا أو قام بالاتفاق ثم ردوه أو زوجوا غيره، فإن له استرداد كل ما قدم لهم ولو كان الرجوع عن الزواج من قبله لم يملك حق الرجوع[6]، وأجاب العلامة ابن تيمية رحمه الله فيما بذله الخاطب من الهدايا والنفقة فأجاب قائلا: "إن الخاطب إذا أهدى مخطوبته قبل العقد شيئا وقد وعدوه بالزواج ثم لم يفوا بوعدهم وزوجوا غيره، فإن هؤلاء فعلوا محرما يستحقون العقوبة عليه بلا ريب، ويرد إلى الأول جميع ما أخذ منه"[7]، وعلل ذلك بأن الخاطب بذل الهدية في نظير الزواج ولم يسلم له، وهذا

---

[1]– العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي أحمد الدردير، مرجع سابق، **ج02**، ص 220.

[2]– الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، مرجع سابق، ص 40.

[3]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 41.

[4]– محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 83.

[5]– العلامة ابن حجر الملكي الهيثمي، **الفتاوى الكبرى الفقهية**، وبهامشه باقي فتاوى العلامة شمس الدين محمد بن العلامة شهاب الدين أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، طباعة ونشر عبد الحميد أحمد حنفي، مصر، (د ط ت)، ج04، ص 111.

[6]– محمد بن أحمد بن الصالح، مرجع سابق، **مج 01**، ص 166.

[7]– شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، **مجموعة الفتاوى اعتنى بها وخرج أحاديثها عامر الجزار وأنور الباز**، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط02، 1429هـ=2001م، فتوى رقم 32/10، مج 32، ص10، 11.

ظاهر في ثبوت حق الرجوع للخاطب إذا كان العدول من جانب المخطوبة أو أهلها، ويفهم من ذلك أنه إذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يجوز له الرجوع[1].

♦ المطلب الثالث: الفاتحة واقترانها بالخطبة

➢ المادة 06: المعدلة بـ [الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]

- إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

- غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا، وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون.

➢ المادة 06: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]

- يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.

- تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 06 المعدلة:**

- إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 06 القديمة:**

- يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة.

- **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** هو أن الصياغة الجديدة زادت الغموض الذي يسود النص وأصبحت الأمور غير واضحة بين ما يعتبر زواجا وما يعد مجرد خطبة، فإن كان المشرع يقصد بالفاتحة بقراءة سورة الفاتحة فتعتبر قراءة الفاتحة من الصور المعبرة عن الخطبة ولا تعتبر زواجا، أما إذا كان يقصد بالفاتحة بما هو متعارف عليه في المجتمع الجزائري بأنها إبرام العقد الشرعي أي جلوس الخطيبين و/أو وليهما و/أو وكيليهما بمجلس العقد برضا الطرفين، وبشروط الزواج التي نصت عليها المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، فهذا يعتبر زواجا صحيحا كامل الأركان والشروط.

[1]- محمد بن أحمد الصالح، مرجع سابق، **مج 01**، ص 158.

ولعل المشرع بذكره في الفقرة 02 من المادة 06 المعدلة كل من مصطلح الفاتحة والخطبة ومجلس العقد، كما هو مدون في نص المادة أعلاه، فهو يشير إلى أن مقصده بالفاتحة قراءة سورة الفاتحة لأنه ذكر وفرق بين هته المصطلحات الثلاثة بقوله: "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد..."، وهو ما يفهم من سياق النص.

والملاحظ أن نص الفقرة 01 من المادة 06 المعدلة قد استوحاه من نصوص بعض قوانين الأسرة العربية التالية:

– نصت المادة 03 الفصل الأول مقدمات الزواج الباب الأول الزواج ومقدماته من قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] على أنه: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية".

– كما جاء في المادة 02 الباب الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية السوري[2] التالي: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

– وأما القانون المغربي[3] فنص في المادة 05 الباب الأول الخطبة القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من مدونة الأسرة المغربية على أنه:

" –الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

–تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد عل الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا".

– وكذلك أورد القانون العراقي[4] في الفقرة 03 من المادة 03 الفصل الأول الزواج والخطبة الباب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية ما يلي: "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا".

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[4]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 180 لسنة 1959م، السالف ذكره.

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 06 المعدلة:**

– غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا، وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون.

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 06 القديمة:**

– تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه.

– **وجه الاختلافبين الفقرتين:** يكمن في أن الصياغة القانونية والمضمون زادا من اللبس في تحديد الأحكام، التي تسري في حالة اقتران الفاتحة مع الخطبة أو اقترانها مع عقد الزواج.

أما بخصوص النصوص التي يحتمل أن يكون المشرع الجزائري قد أخذها منها نص الفقرة 02 من المادة 06 المعدلة، فلم أقف على أي نص من نصوص قوانين الأسرة العربية التي تشبهها أو حتى القريبة منها.

- **الفرع الأول: اقتران الفاتحة بالخطبة من الجانب القانوني**

تختلف الفاتحة عن الخطبة في المفهوم الشعبي من حيث أن الفاتحة خطوة من خطوات الزواج عادة ما تتم في المسجد وقد تكون في بيت العروس أو مكان فعل الزفاف[1]، فهي في عرفنا عبارة عن اجتماع مجلس الرجال يحضره عادة ولي الزوجة والزوج أو وكلاؤهما بإيجاب وقبول وحضور جمع من أقارب وأصدقاء الطرفين.

يتم فيه تحديد الصداق تليه قراءة الفاتحة قراءة متبوعة ببعض الدعوات للزوجين وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحيانا، وأحيانا يقدم بعد انفضاض المجلس، وذلك يختلف باختلاف الأعراف، والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية فيه رضا المتعاقدين يمثلهما ولي الزوجة والزوج أو وليه أو وكيله[2].

[1]– خلف بوبكر، **أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، مطبعة منصور، الوادي، طبعة 1443هـ=2022م، ص 08.

[2]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 36، 37.

فصار يطلق على هذا العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة تسمية الفاتحة من باب تسمية الجزء بالكل، وهو المقصود بالفاتحة عندما يقال فلانة قرئت عليها الفاتحة، وليس المقصود من الفاتحة هو ما يقرأ للدعاء فإن ذلك مندوب إليه فقط[1].

وعليه فالمجتمع الجزائري يعتبر أن الفاتحة هي العقد الحقيقي للزواج وما العقد الرسمي المدني إلا كاشف لذلك العقد الشرعي والمفضي للرسمية عليه، فالزواج بالفاتحة عقد شرعي صحيح شرعا لأنه مستوفي لجميع الشروط والأركان المنصوص عليها شرعا وقانونا وهو ما نصت عليه المادة 09 المعدلة والمادة 09 مكرر أيضا، إن الفاتحة من هذه الناحية هي عقد صحيح تنقصها شكلية التوثيق وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 06 المعدلة[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يحدد في نص الفقرة 01 من المادة 06 المعدلة المقصود بالفاتحة، هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج؟

وبالتالي فإن الأحكام المترتبة عنهما ستختلف بالضرورة[3]، فإن كان المقصود من الفاتحة عندما تقترن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة فإنها لا تغير الطبيعة القانونية للخطبة، باعتبارها وعدا غير ملزم باتفاق فقهاء الشريعة والقانون، كما أنها لا تضفي على الزواج صبغة دينية ولا يتطلب القانون لقيامها شكلا معينا[4]، إلا حسب العرف وهذا ليس بشرط كما يعتقد البعض[5]، وإذا كان المقصود من الفاتحة عند اقترانها بالخطبة هو إبرام عقد الزواج الشرعي بإيجاب وقبول، وتوفر شروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر حسب نص الفقرة 02 من المادة 06 المعدلة، ففي هذه الحالة تعتبر الخطبة زواجا صحيحا من الناحية الشرعية، لكنه

---

[1]– بلقاسم شتوان، **الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري**، دار الفجر للطباعة والنشر، (د ط ت)، ص 48.

[2]– خلف بوبكر، مرجع سابق، ص 09.

[3]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 50.

[4]– العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 89.

[5]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 21.

غير مسجل من الناحية القانونية، ومن ثم أمكن اعتبارها عقدا شرعيا يستحق بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانونا بموجب حكم قضائي وفقا لأحكام المادة 22 المعدلة[1].

لكن نتيجة الواقع المرير وما فيه من نقص الوفاء الاجتماعي وتلاعب أصحاب الضمائر الميتة بالزواج، جعل الطرف الضعيف ضحية هذه التصرفات وهم النساء والأولاد، لهذا منعت وزارة الشؤون الدينية الزواج بالفاتحة، وإن كان هذا المسلك مازال ملجأ الذين يقصدون التعددية الزوجية في إبرام عقد الزواج العرفي، تهربا من القوانين والرسمية ثم يتم توثيقه لاحقا عن طريق حكم قضائي[2].

وعلى غرار المشرع الجزائري فالقوانين العربية اعتبرت الفاتحة مجرد تبرك وكثير من القوانين العربية الأخرى لم تتطرق لذكر الفاتحة.

- **الفرع الثاني: اقتران الفاتحة بالخطبة من الجانب الشرعي**

إذا المقصود من الفاتحة هو ما يقرأ فإن ذلك مندوب لأنها سورة من القرآن الكريم، وهي سورة الحمد وفاتحة كل شيء أوله ومبتدؤه، والجمع فواتح[3].

وقد اعتاد بعض الناس تقديم قراءة سورة الفاتحة على عقد الزواج للدلالة على التراضي وحصول الوعدية من الجانبين، وقبول كل منهما هدايا الآخر وقبول الزوجة أو وليها المهر كله أو بعضه، وهذه المقدمات من الخطبة أو قراءة الفاتحة أو التواعد أو التهادي أو قبول المهر أو بعضه، لا تعتبر زواجا شرعيا ولا تربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية، فللخاطب أن يعدل عن خطبته و للمخطوبة أو وليها العدول عن قبوله ولكل طرف منهما أن ينقض وعده[4].

وكذلك لا تعد قراءة الفاتحة التي اصطلح الناس على قراءتها بعد الخطبة عقدا، وليس لها قوته ولا يكون نقضها نقضا للعقد ولا فسخا له، إنما هو خلف وعد ويترتب عليه معصية نقض

---

[1]- العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 88، 89.

[2]- خلف بوبكر، مرجع سابق، ص 09.

[3]- مرجع نفسه، ص 08.

[4]- عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم**، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط02، 1410هـ=1990م، ص 21.

العهد[1]، وأن ما يشيع بين الناس من أن قراءة الفاتحة تبيح كل شيء هو غلط محض ومنكر قبيح وجهل بأحكام الدين، فذلك كله مجرد وعد لا عقد والعقد وحده هو الذي يبيح ما كان محرما قبله[2].

فالوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي بإيجاب وقبول لا يكون كل منها نكاحا، هذه المسألة متفق عليها وذلك مفهوم من كون الخطبة ليست عقد الزواج المبيح للوطء، وغيره من أمور الزوجية بل الخطبة هي التماس إتمام هذا العقد كما نص على ذلك عامة الفقهاء كما وضحنا ذلك سابقا، فإذا وعد الخاطب بتزويجها له في المستقبل ولو مع قراءة الفاتحة ولم يحصل العقد الشرعي وهو الإيجاب والقبول مستوفيا شرائطه، فهذا الوعد لا يكون زواجا شرعيا[3].

أما إذا كان القصد من الفاتحة هو تلك الصيغة التي تتم بها وهي زوجني ابنتك فلانة على مهر قدره كذا، وزوجتك إياها أو زوجت موكلك ابنتي أو موكلتي فلانة، إن كانت هناك وكالة على مهر قدره كذا فهذا هو العقد الشرعي، ولكن من باب تسمية الأصل بالفرع أو الكل بالجزء صار يطلق على العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة بالفاتحة.

وهو الرأي الذي يقول به المجلس الأعلى، ووضحه محمد تقية عندما سئل عن الزواج الشرعي الكامل الأركان والذي لم يسجل أيعد صحيحا؟ فقال: "المجلس الأعلى حطم جميع القيود وما دامت الزوجة تدعي بالزوجية وقد تم أمام جماعة وهناك أبناء، فالزواج قائم وصحيح والهدف من ذلك هو تفادي مشكل اجتماعي"، وليضيف الدكتور محمد محدة القول: "أنه ومع هذا نحث ولي أمر الزوجة والزوجة نفسها إذا قرأت فاتحتها أن تقوم بتسجيل عقدها، حتى لا

---

[1]– بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة**، مطبعة دار التأليف، مصر، ط02، 1961م، ص 38، 39.

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، **ج07**، ص 10.

[3]– محمد قدري باشا، **الحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية**، شرحه محمد زيد الأبياني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ط02، 1430هـ=2009م، مج01، ص 33، 34.

تبقى بعد ذلك تحت رحمة الزوج الذي ربما قد يكون ضعيف الإيمان أو قليل المروءة، أو تقوم بممانعته من شيء قد أجيز شرعا فحتى لا يحدث هذا أو ذلك عليها بالتسجيل"[1].

هذه هي أحكام مقدمات الزواج أو ما تعرف بالخِطبة وما يترتب عليها من آثار، وقد أطلنا فيها الكلام نوعا ما، نظرا لما لها من الخطورة والأهمية على مستقبل الحياة الزوجية.

❖المبحث الثاني: تعـــدد الزوجـــات

♦ المطلب الأول: التـعدد في الـزواج

➢ المادة 08: المعدلة بـ [أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]

- يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

- يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

➢ المادة 08: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]

- يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزواج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا.

[1]- محمد محدة، مرجع سابق، **ج01**، ص 50.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 08 المعدلة:**

– يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 08 القديمة:**

– يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

– **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** لا يوجد اختلاف أو تغيير بين النص القديم للفقرة الأولى من المادة 08 وبين النص الجديد لنفس الفقرة.

وقد وقفنا على بعض النصوص العربية التي عالجت مسألة التعدد في الزواج والتي استسقى منها المشرع الجزائري نص الفقرة 01 من المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري وهي كالتالي:

– نص قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] في العنصرين 01 و02 من الفقرة (أ) من المادة 13 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته على أنه: "يجب على القاضي قبل إجراء عقد زواج المتزوج التحقق مما يلي:

–قدرة الزوج المالية على المهر.

–قدرة الزوج على الإنفاق عل من تجب عليه نفقته".

– القانون السوري[2] في المادة 17 الأهلية الباب الأول الزواج والخطبة الكتاب الأول الزواج نص على أنه: "للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتها".

[1]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

– أما القانون المغربي[1] فإنه أورد في الجزء 01 من المادة 40 الباب الثاني الموانع المؤقتة القسم الثالث موانع الزواج الكتاب الأول الزواج التالي: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات...".

وأيضا جاء في المادة 41 من نفس الباب ونفس القسم والكتاب ما يلي: "لا تأذن المحكمة بالتعدد:

–إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.

–إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع حقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة".

– وجاء في الفقرة 05 من المادة 03 من الفصل الأول الزواج والخطبة الباب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية العراقي[2] الآتي: "إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي".

– أما القانون الليبي[3] ففي الشرط 01 من المادة 13 الفصل الثالث أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج نص على أنه: "يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وجدت أسباب جدية وبتوافر أحد الشرطين الآتيين: .... موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة الجزائية المختصة".

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 08 المعدلة:**

– يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزوج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 08 القديمة:**

– ... ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة.

[1]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م وتعديلاته، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

– **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** هو أن المشرع لم يكتفي بإلزام الزوج بأن يعلم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، بل أوجب عليه استخراج ترخيص بالزواج من المحكمة ذات الاختصاص الإقليمي التابعة لمسكن الزوجية.

واستمد المشرع هذه الفقرة من بعض النصوص القانونية للبلدان العربية الآتية:

– نص القانون المصري[1] في المادة 11 مكرر على أنه: "على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحل إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب محل مقرون بعلم الوصول".

– نص القانون الأردني[2] في العنصر03 من الفقرة (أ) من المادة 13 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته على أنه: "يجب على القاضي قبل إجراء عقد زواج المتزوج التحقق مما يلي:

–إفهام المخطوبة بأن خاطبها متزوج بأخرى".

– كما نص القانون المغربي[3] في الفقرة 01 من المادة 46 منه الباب الثاني الموانع المؤقتة القسم الثالث موانع الزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "في حالة الإذن بالتعدد لا يتم العقد مع المراد التزوج بها، إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك".

- **بالنسبة للفقرة 03 من المادة 08 المعدلة:**

– يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

نص هذه الفقرة مستحدث بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري وأصله ما ورد في:

[1]– قانون 25 لسنة 1929م المعدل بالقانون 100 لسنة 1985م خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

– القانون السوري[1] في المادة 17 الأهلية الباب الأول الزواج والخطبة الكتاب الأول الزواج نص على أنه: "للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتها".

– وأيضا أصدر القانون المغربي[2] في مدونته في المادة 42 الباب الثاني الموانع المؤقتة القسم الثالث موانع الزواج الكتاب الأول الزواج، والتي نصت على أنه: "في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة، يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المادية".

– أما قانون الأحوال الشخصية العراقي[3] فقد جاء في الفقرة 04 من المادة 03 من الفصل الأول الزواج والخطبة الباب الأول الزواج الآتي: "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

–أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

–أن تكون هناك مصلحة مشروعة".

– كما جاء في الشرط 01 من المادة 13 الفصل الثالث أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج من القانون الليبي[4] التالي: "يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة أخرى إذا وجدت أسباب جدية وبتوافر أحد الشرطين الآتيين: .... موافقة الزوجة التي في عصمته أمام المحكمة الجزائية المختصة".

- **الفرع الأول: التعدد في الزواج من الجانب القانوني**

إن القانون الجزائري كما هو واضح في المادة 8 المعدلة بالأمر 02/05 أباح تعدد الزوجات مصداقا لقوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَت أَيْمَٰنُكُم ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾[5]،

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[2]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[3]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م وتعديلاته، السالف ذكره.

[4]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[5]– سورة النساء، الآية 03.

على أنه حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي والقدرة على الإنفاق والمساواة بين الزوجات "نية العدل"، أي أن موقف المشرع الجزائري هو إباحة تعدد الزوجات في حدود أربع نساء، طبقا للنص القرآني لكن يجب على الزوج أن يتحصل على ترخيص صادر عن رئيس محكمة مكان مسكن الزوجية، ولا يمنح هذا الأخير الترخيص إلا إذا تأكد من توافر ثلاث شروط:

1 –موافقة الزوجة السابقة (التي مازالت في عصمة الزوج) والزوجة المستقبلية (التي لم يتم العقد عليها بعد) على التعدد، وتكون تلك الموافقة إما بواسطة إفراغها أمام الموثق في سند رسمي، أو بإحضار المرأتين أمام رئيس المحكمة والذي يستجوبها للتأكد من موافقتها.

2 –أن يثبت الزوج المبرر الشرعي لإعادة الزواج، والذي إما أن يكون بسبب مرض الزوجة الأولى أو عجزها عن الإنجاب بعد العلاج، أو أي سبب جدي آخر.

3 –أن يثبت قدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية ولا يقصد بذلك العدل المطلق لأنه مستحيل، بل العدل في الإنفاق والقدرة على ذلك بمعنى أن تسمح مداخيله المالية بذلك، وكذا توفير سكن مستقل لكل زوجة إذا لم تقبل إحداهما العيش مع الأخرى في بيت واحد[1].

وننبه إلى أن المشرع الجزائري ورغم التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة، إلا أنه لم يحدد المقصود بالمبرر الشرعي بشكل واضح مما ترك الأمر لتقرير المحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي، وما يُقدم أمامه من وثائق يحتويها ملف الدراسة.

وأيضا يجوز للزوجة طلب التطليق عند مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، وهذا حسب الفقرة 06 من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإن نص المادة 08 المعدلة يفرض رقابة قضائية قبلية تسمح للقاضي منح الترخيص أو عدم منحه، انطلاقا من مدى إمكانية الزوج أو عدم إمكانيته العدل بين الزوجات، واعتمادا على المؤهلات البدنية والاقتصادية والاجتماعية، أي أن الترخيص القضائي مقيد بشروط قانونية

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل**، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م، ص 39، 40.

تستوجب الوقوف على مدى عدل الرجل بين زوجاته، والمساواة في النفقة وتوفير المسكن اللازم لكل زوجة مع أولادها، ذلك أن لكل زوجة الحق في مسكن مستقل بها ولأبنائها.

وبالتالي فإن النص الجديد هو خطوة إلى الأمام نحو الحد من ظاهرة التعدد بما فيها القيود والشروط حسب الفقرة 01 من المادة 08 المعدلة والمادة 03 من قانون الأسرة الجزائري، والترخيص القضائي بالزواج حسب الفقرة 02 من المادة08 المعدلة من نفس القانون.

وفي هذا الصدد يجوز للقاضي المختص الاستعانة بالتحريات الضرورية للتأكد من القدرة المالية للراغب في التعدد على الإنفاق (كشهادة الأجر أو بيان الوضع الضريبي وغيرها...)، ومقدرته أن يوفر لكل زوجة مسكنا مع أولادها، وكذا التأكد من الإمكانيات اللازمة لتحقيق العدل والإنصاف بين الزوجات والمساواة والعدل بينهن في النفقة وفي البيت[1].

إن الزواج الذي لا يتقيد فيه الزوج بالترخيص المذكور في الفقرة 02 من المادة 08 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، لا يعتبر زواجا فاسدا وإنما زواجا صحيحا.

كما يمكن لهذا الترخيص أن يكون حبرا على ورق لأن الراغب في الزواج يمكنه أن يلجأ إلى الزواج العرفي، والذي يعتبر زواج شرعي لكن تنقصه الشكلية الرسمية[2] المنصوص عليها قانونا بموجب الفقرة 02 من المادة 06 المعدلة، ثم في مرحلة لاحقة يتم تثبيته بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله ليصبح أمرا واقعا[3]، وهو أمر أدى إلى بعض الأفراد في مجتمعنا إلى تحكيم الأهواء خلافا للنص وإساءة استعمال حق التعدد، وبالتالي إهمال أو تضييع الحقوق القانونية والشرعية للمرأة والأولاد[4].

يريد المشرع الجزائري من خلال تشريعه هذا احترام نظام تعدد الزوجات شكلا ومنعه ممارسة، لما وضع له من شروط تعجيزية التي خالف بها الشريعة الإسلامية ومقاصدها والمتمثل في:

1 –موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يريد الزواج بها.

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 192.

[2]– مرجع نفسه، ص 193.

[3]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 113.

[4]– العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 194.

2 –الحصول على الترخيص بالزواج الجديد من رئيس المحكمة أو من ينوب عنه.

3 –المتابعة القضائي في حالة التدليس.

4 –فسخ زواجه الجديد قبل الدخول إذا لم يحصل على ترخيص من القاضي وفقا لما ذكر من الشروط، فبهذه الشروط التعجيزية لم ولن يتحقق الزواج الثاني تحت مراقبة القانون إلا نادرا، وبهذا يكون هذا القانون قد منع نظام التعدد، كما منعته بعض الدول العربية صراحة ولكن المشرع الجزائري استعمل الحيلة القانونية في منعه.

إن هذا القانون لم يطبق ولم يحترم وقد ساعد على تشجيع تعدد الزوجات عرفا، وأن المقصد الذي جاء به المشرع في المادتين 08 و08 مكرر، كمن يضرب على حديدة باردة لم يحل المشكلة القائمة (حسب رأيه ورأي مع يرون أن التعدد مشكلة ويجب حلها)، وإنما ضرب به موقف الشريعة من طرف خفي وبهذا خالف التشريع الإسلامي الذي لم يدع لنظام تعدد الزوجات ولم يشجع عليه، بل شرعه لحاجة الإنسان إليه فطريا لأنه وجد الإنسانية قد ابتعدت عن المنهاج الرباني ففرطت وأفرطت فيه ولم تصب الحق، فأعادها إلى فطرتها و وسطيتها التي جبلت عليها، ولم يجعل من تعدد الزوجات مشكلا بل شرعه ليكون حلا لمشاكل تتخبط فيها الأسرة والمجتمع.

لأنه أباح التعدد وقيده بقيدي القدرة على العدل والعدد وذلك لحكمة وهي تحرير الظلم، وقضاء الشهوة في إطارها الشرعي الذي يرضي الله تعالى، وتكثير النسل وغيره من الحكم[1].

- **الفرع الثاني: التعدد في الزواج من الجانب الشرعي**

لو أن المشرع الجزائري تناول موضوع تعدد الزوجات بقصد تقييده وتنظيمه بما يمنع من الانحراف به عن غايته، ويعين في تلافي ما يحيط به من مخاطر قد تصيب العلاقات السرية والاجتماعية، فهذا لا ضير فيه وله أصل في الكتاب والسنة استنبط منه الفقهاء شروطا لإباحة التعدد[2].

[1]– بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 149،150.

[2]– سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 201.

- **من القرآن الكريم:** قال الله تعالى﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾[1].

فإن الله سبحانه وتعالى يخاطب أولياء اليتامى فيقول إذا كانت اليتيمة في حجر أحدكم تحت ولايته وخاف ألا يعطيها مهر مثلها فليعدل عنها إلى غيرها من النساء، فإنهن كثيرات ولم يضيق الله عليه فأحل له من واحدة إلى أربع، فإن خاف أن يجور إذا تزوج أكثر من واحدة فوجب عليه أن يقتصر على واحدة أو ما ملكت يمينه من الإماء[2]، كما أن الآية الكريمة دالة على منع الزيادة فوق أربع نسوة كحد أقصى.

- **من السنة الشريفة:** جاءت السنة النبوية موافقة لهذا النص فقد روي: "أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية وأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا"[3].

ولم نجد في حياة النبي ولا بعدها إلى يومنا هذا أحد قد جمع بين أكثر من أربع زوجات في زواج صحيح، فكان هذا بمثابة إجماع عملي على عدم جواز الزيادة فوق أربع زوجات[4]، وهو أمر مشهور ومعروف لا يحتاج إلى تكلف إثبات[5].

- **شروط إباحة التعدد**

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره من تقييد التعدد وتحريم ما زاد على أربع فقد اشترط الإسلام لإباحة التعدد شروطا لابد من مراعاتها عند إرادة تعدد الزوجات، وهذه الشروط تنحصر في شرطين:

---

[1]– سورة النساء، الآية 03.

[2]– أبي مالك كمال بن السيد سالم، مرجع سابق، **ج03**، ص 216.

[3]– رواه أحمد وابن ماجة والترمذي، أنظر **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخبار**، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، تخريج وتعليق عصام الدين الصباطي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1413هـ=1993م، ط01، ج06، ص190.

[4]– بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 107.

[5]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 201.

- **الشرط الأول: القدرة على النفقة**

لا يحل شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة أو من أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج، لقوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج..."[1] والباءة هي مؤنة النكاح[2]، فمن كان عنده زوجة واحدة ولا قدرة له على الإنفاق على زوجة أخرى معها حرم عليه تزوج ثانية، وقد فهم الفقهاء هذا الشرط من تذيل الآية بقوله تعالى:﴿ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾[3].

فقد فسر الإمام الشافعي رضي الله عنه كلمة "ألا تعولوا" بألا تكثر عيالكم ويؤيده فيما ذهب إليه العرب، تقول عال يعول وأعال يعيل أي كثر عياله، وبناءً على هذا التفسير تكون إباحة التعدد مقيدة، بألا يكون فيه مظنة الإكثار من العيال من غير أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق عليهم وسد حاجياتهم والقيام بواجبهم[4].

- **الشرط الثاني: العدل بين الزوجات**

العدل بين الزوجات وذلك أخذا من قوله تعالى:﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تُقۡسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾"[5]، فالله سبحانه وتعالى أمر بالاقتصار على زوجة واحدة إذا علم الإنسان من نفسه عدم العدل أو خاف الوقوف في الظلم، والخوف من عدم العدل والوقوع في الظلم يصدق بالظن والشك، بل يصدق بالتوهم كما يقول بعض الفقهاء[6].

والمراد بالعدل القسم بين الزوجات لمن في عصمته أكثر من زوجة واحدة، فيجب عليه أن يساوي بينهن ويحرم عليه تفضيل واحدة على أخرى، فمن خاف ذلك وظن عدم العدل حرم عليه التعدد.

---

[1]– متفق عليه، **صحيح البخاري**، مرجع سابق، كتاب الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة، رقم 1905، ص 459. **صحيح مسلم**، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصون، رقم 1400، ص 630.

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، **ج07**، ص 168.

[3]– سورة النساء، الآية 03.

[4]– سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 205.

[5]– سورة النساء، الآية 03.

[6]– سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 203.

والعدل هنا هو العدل الممكن والمقدور عليه الذي يملكه المكلف ويكون في المبيت وفي النفقة والمعاملة، وهذا هو العدل المستطاع أما العدل غير المستطاع فلم يكلف به الإنسان، لقوله تعالى:﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[1]، والمراد به الميل القلبي الوارد في قوله جل جلاله: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾[2].

وهذا ما بينه حديث عائشة رضي الله عنها[3] حيث قالت: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لنسائه فيعدل ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"[4]، أي أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقصد لما يملكه الله تعالى وما أودع في القلب من الحب والميل العاطفي إلى زوجة أكثر من أخرى.

وهو الميل التام المنهي عنه الذي يتعدى إلى الأمور الظاهرة ويترتب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالا تاما، فقد حذر منه رسول الله وبين عاقبته في الآخرة، فيما رواه أصحاب السنن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل"[5].

وبهذا يتبين أن العدل بين الزوجات على نوعين عدل غير مستطاع ولا يقدر الإنسان عليه وهذا لا يشترط تحققه، ولكن يجب ألا يتعدى أثره إلى عدم المساواة في الأمور التي يمكن تحقيق المساواة فيها.

---

[1]– سورة البقرة، الآية 286.

[2]– سورة النساء، الآية 128.

[3]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 202، 203.

[4]– رواه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء، 242/02، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، 464/03، ورجح إرساله/ والنسائي في النكاح، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، 64/07، وابن ماجة في النكاح، باب القسمة بين النساء، 634/01، وصححه ابن حيان 05/10 رقم 4205، والحاكم في المستدرك 204/02.

[5]– رواه أبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء 242/02، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في التسوية الغرائز، 447/03، والنسائي في النكاح، باب ميل الرجل عل بعض نسائه من دون عوض، 63/07، وابن ماجة في النكاح، باب القسمة بين النساء، 633/01.

وعدل يستطيعه الإنسان ويقدر عليه، وهذا جعله الشارع شرطا لإباحة التعدد وهو شرط تبناه المشرع وأخذ به في نص المادة 08 المعدلة بالأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

ويكون العدل في الجانب المادي بين الزوجات في النفقة والمأكل والمشرب والمسكن والمبيت، وهو ما يعرف في مباحث المذاهب الفقهية بالقسم بين الزوجات في المبيت والنفقة ونحوهما، وفيه تفصيل (للاطلاع على هذا التفصيل يحسن الرجوع إلى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري)[1].

♦ المطلب الثاني: في حالة التدليس

➢ المادة 08 مكرر: الجديدة بـ [أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م].

- في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

والملاحظ أن مضمون نص المادة 08 مكرر ذُكر في القانون القديم في الفقرة الثالثة من المادة 08 للأمر 11/84 والتي نصت على أنه:

- ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا.

استمد المشرع الجزائري نص المادة 08 مكرر من:

- القانون المغربي[2] حيث نص في الفقرة 03 من المادة 43 الباب الثاني الموانع المؤقتة القسم الثالث موانع الزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "إذا كان بسبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة".

[1]- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ص 490 وما يليها.

[2]- قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

- **الفرع الأول: التدليس من الجانب القانوني**

المشرع الجزائري لم يعرف التدليس وإنما اقتصر على بيان شروطه وآثاره على العقد، كما جاء في المادة 86 من القانون المدني الجزائري[1]: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

والمادة 87 من نفس القانون: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"[2].

التدليس وفقا للمادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري هو تضليل أو تمويه للحقيقة باستعمال الطرق الاحتيالية للوصول إلى غرض غير مشروع، كاستخدام الخديعة والغش أو مجرد السكوت لإخفاء الحقيقة لدفع الطرف الآخر للتعاقد[3].

والتدليس المقصود في المادة 08 مكرر 01 من قانون الأسرة الجزائري هو الغش والكذب، بأن لا يُعْلِم الزوج الزوجتين معا أو أحدهما بأنه متزوج أو بأنه أعاد الزواج من أخرى، ويعد هذا خطأ منه، لأنه أخل بالتزام فرضه القانون في المادة 08 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري.

وعلى ذلك إما أن تقبل الزوجتين أو إحداهما تلك الوضعية، وإما في حالة عدم القبول أن تطلب التطليق، ولكونها أصيبت بضرر مادي أو معنوي فإن من حقها المطالبة بالتعويض، إضافة إلى طلب التطليق وهذا طبقا للمادة 53 مكرر من هذا القانون[4].

إخفاء الزوج زواجه السابق على المرأة خشية عدم قبولها، ووضعها أمام أمر واقع يعد من التدليس في التشريع لأن رضاها به شابه عيب من عيوب الإرادة، ربما لولاه ما أقدمت الزوجة

---

[1]– الأمر 05/07 المؤرخ في 2007/05/13م المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26م المتضمن القانون المدني.

[2]– عدلان مطروح، **التدليس وأثره على الرابطة الزوجية**، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2021م، مج 35، ع 03، ص 355.

[3]– العربي بن بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 161.

[4]– لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 41.

على القبول بضرة في حياتها وهو الغالب في طبيعة النساء، فلابد من إعلام المرأة حتى تكون على بينة من أمرها، وأما في الشريعة فليس شرطا ما دام الزوج قائما بواجباته الزوجية[1].

وفي حالة عدم رضاها يجوز لهذه الزوجة المدلس عليها أي الجديدة إبطال العقد للغش أو الخديعة أو التدليس، وكذا طلب التعويضات الناجمة عن الضرر، دون نسيان حقها في طلب التطليق للضرر حسب المادة 08 مكرر والفقرة 06 من المادة 53 المعدلة بالأمر 02/05 من قانون الأسرة الجزائري.

وإذا غش الزوج ودلس على زوجته السابقة وتزوج دون علمها وموافقتها، فهنا الزوجة السابقة هي الأخرى لها الحق في طلب التطليق عن طريق رفع دعوى قضائية بناء على نص المادة 08 مكرر والفقرة 06 من المادة 53 المعدلة[2].

يعني في حالة التدليس من الزوج بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، وكان من المفروض أن ينص المشرع أيضا على حقها في المطالبة بالتعويض في حالة حصول الضرر، لأن التدليس فعل عمدي وبالتالي أمكن التعويض[3].

ونلاحظ أخيرا أن التدليس لا يتحقق إلا حيث يكون الغلط قائما، ومن ثم كان يستوجب على قانون الأسرة الجزائري المعدل ب (الأمر 02/05) تدارك هذا النقص التشريعي الواضح القائم أصلا منذ القانون القديم، خاصة مع كثرة انتشار الحيل والخديعة والكذب والتضليل وإخفاء الحقيقة من جراء ضعف الوازع الأخلاقي لدى الأشخاص في وقتنا الحاضر[4].

---

[1]- عدلان مطروح، مرجع سابق، ص 356.

[2]- العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 163.

[3]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 113.

[4]- العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 163.

- **الفرع الثاني: التدليس من الجانب الشرعي**

- **تعريف التدليس**

1 –لغة: يقال ومالي دَلَسْ خديعة، والتدليس كتمان عيب السلعة عن المشتري، ومنه التدليس في الإسناد وهو أن يحدث عن الشيخ الأكبر، ولعله ما رآه وإنما سَمِعَهُ ممن هو دونه أو ممن سَمِعَهُ منه ونحو ذلك وفعله جماعة من الثقات، والتَدْلِيسُ التَكتُمُ ولا يُدالِسُ ولا يُوَالِسُ لا يظلِمُ ولا يَخُونُ[1]، ودلس: الدال واللام والسين أصل يدل على سَتْرٍ وظُلمة، فالدلس دَلسُ الظلامِ ومنه قولهم لا يدالِسَ أي لا يُخادع، ومنه التدليس في البيع وهو أن يبيعه من غير إبانة عن عيبه فكأنه خادعه وأتاه به في ظلامٍ[2].

2 –التدليس عند الفقهاء:

أ–المالكية: قوله (مدلس المرابحة... إلخ) المراد بمدلس المرابحة من بسلعته عيب سواء علم به وكتمه كما هو حقيقة المدلس أو لم يعلم به، وهذا على الاحتمال الأول أما الثاني فالمراد به من علم بسلعته عيبا وكتمه[3]، أي أن التدليس هو كتمان عيب السلعة.

ب–الشافعية: قالوا والتدليس المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة، قال الأزهري: "التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب ويكتمه إياه، فإذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أي لا يخادع، وما في فلان دلس ولا وكس أي ما فيه خبث ولا نكر ولا خيانة"، هذا من كلام الأزهري رحمه الله[4].

---

[1]– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط06، (د ت)، ص 546.

[2]– أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، مرجع سابق، **مج 02**، ص 417.

[3]– العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي أحمد الدردير، مرجع سابق، **ج02**، ص 170.

[4]– الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، **كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي**، حققه وعلق عليه محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، الطبعة الوحيدة الكاملة، (د ت)، ج11، ص 304.

ج-الحنابلة: جاء في مجلة الأحكام الشرعية تعريف بعض الفقهاء للتدليس على أنه: "التدليس فعل ما يتوهم به المشتري أن في المبيع صفة توجب زيادة الثمن أو كتمان العيب"[1]، أي هو كتمان العيب أو فعل يزيد من الثمن.

-**عرف الزرقا التدليس:** بقوله "هو كتمان أحد المتعاقدين عيبا خفيا يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة"[2].

وقد جاءت جميع التعاريف متفقة مع بعضها البعض في كون التدليس كتمان للعيب في محل العقد وعدم إظهاره للمتعاقد الآخر.

الإسلام يقف دائما في جانب من يلحقه الضرر بقصد دفع هذا الضرر، فنراه يجعل للمرأة حق طلب التطليق في أمور كثيرة، ويلزم القاضي أن يجيبها إلى طلبها متى توافرت الأسباب المؤدية إليه، وهي كثيرة ومنها[3] (التفريق لعدم النفقة، التفريق للعيب، التفريق للضرر وسوء العشرة، التفريق للغيبة، التفريق لحبس الزوج، التفريق بسبب امتناع الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها).

وهذه الأسباب مشروعة إما بنص القرآن الكريم أو بالسنة النبوية، ولقد اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على أصلها وإن اختلفوا في بعض تفاصيلها.

أما التفريق بسبب التعدد فهو مخالفة صريحة للنصوص الشرعية التي أباحت تعدد الزوجات، وجعلت الإباحة فيه أصلا وحقا لمن يلجأ إليه وتقتضيه ظروفه، ولكنها قيدت إباحته بقيود تنظيم استعماله، وتجعل منه وسيلة للإصلاح وطريقا لتحقيق المصالح الهامة والأغراض السامية التي قصد الشارع الحكيم تحقيقها والوصول إليها بتشريع هذا الحكم.

ومن المسلم به أن ما كان ثابتا بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبديل لها وإن العمل على خلافها ليس إلا تعديا لحدود الله، والمصلحة التي تعارض النصوص القرآنية ليست مصلحة معتبرة فلا يجوز تحكيمها.

---

[1]- أحمد بن عبد الله القاري، **مجلة الأحكام الشرعية**، دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم محمد علي، مطبوعات تهامة، جدة، السعودية، ط03، 1426هـ=2005م، ص 113.

[2]- مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، سوريا، ط02، 1425هـ=2004م، ج01، ص 466.

[3]- أحمد نصر الجنيدي، **الأحوال الشخصية في الإسلام**، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط ت)، ص 47.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة إذا لحقها ضرر من جراء التعدد نفسه أو من إهمال الزوج لحقوقها يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها، ولا يجوز التسامح فيه بالمقاييس الشرعية، أن تلجأ إلى القضاء ليعمل على وقايتها من هذا الضرر أو يطلقها.

أما مجرد اقتران الزوج بزوجة أخرى في حد ذاته فلا يعتبر ضررا موجبا للتطليق لأن الضرر فعل ما لا يجوز شرعا، والزواج بزوجة أخرى جائز شرعا بنص القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة وعليه أجمع المسلمون قولا وعملا.

وبالتالي فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لأنه تزوج عليها، ولو خالطتها مشاعر نفسية تجاه ضرتها ذلك أن ما قد يقع بينهما من تباغض يمتد إلى أولادهما، مرده تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ولا يخلص هو لإحداهما، وهي تعد غيره لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التي تربو عليها، وبالتالي لا يكون الزواج اللاحق في ذاته منشئا لضرر يخول الزوجة الأولى حق طلب التفريق بينها وبين زوجها، وإنما يجب عليها أن تقدم الدليل على أن ضررا منهيا عنه شرعا قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها على أن يكون الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتبا عليها، مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعا، منافيا لحسن العشرة بين أمثالها بما يخل بمقوماتها ويعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية وكانت هي باعثها، فإن لم تكن هذه الزيجة هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطا بها فإن من حق الزوجة طلب التفريق طبقا للقاعدة العامة في التطليق للضرر[1]، لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[2].

---

[1]– رمضان علي السيد الشرنباسي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الهدى للمطبوعات، مصر، 2005م_2006م، ص 321 وما يليها، بتصرف.

[2]– أخرجه الإمام أحمد في بني هاشم وباقي مسند الأنصار الرقم 2719، ص 21714، والإمام مالك في الأقضية رقم 1234. أنظر: ابن رجب جامع العلوم والحكم، ج02، ص 207 إلى 2011، قال ابن رجب حديث حسن رواه أحمد والدارقطني وغيرهما مسندا ورواه مالك مرسلا ورواه البيهقي والطبراني في الأوسط، كما في نصب الراية 386/04 ومجمع الزوائد 110/04، وقال الحاكم صحيح الإسناد على شرط مسلم، وقال أبو عمرو بن الصلاح هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه وصححه الألباني، وحسنه النووي.

أما بالنسبة للزوجة الجديدة التي أخفى عنها زوجها أنه متزوج بغيرها ثم ظهر أنه متزوج، فإذا ما لحق الزوجة الجديدة ضرر مادي أو معنوي جراء هذا الإخفاء والتعدد يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها يكون لها الحق في طلب التطليق، كمن تزوج عليها (وأصابها ضرر مادي أو معنوي بسبب التعدد) سواء بسواء، وليس المقصود أن مجرد ظهور أنه متزوج يثبت لها حق طلب التطليق، بل إذا لحقها ضرر منهي عنه شرعا استنادا للقاعدة الفقهية الضرر يزال، ومن ثم يكون معيار الضرر موضوعيا لا شخصيا.

- **عدم إعلام وإخفاء الزوج زواجه في حق المرأتين**

لا تعتبره الشريعة عيبا وتدليسا لأنه تصرف مشروع لا يتقيد بإذن المرأة، وإنما بالعدل لقوله تعالى:﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾[1].

فليس للمرأة أن تطالب بالتطليق لهذا السبب، إلا إذا اشترطت عليه عند الحنابلة أن لا يتزوج عليها فخالف شرطها.

جاء في المغني[2]: (وإذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها فلها شرطها، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"[3]، وإن تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إذا تزوج عليها).

وخالف الجمهور في ذلك فقالوا ليس لها أن تطالب بالتطليق ولو اشترطت عليه في العقد لأنه شرط ليس من مقتضيات العقد، فيكون باطلا كيف وهو يحرم الحلال لقول النبي صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[4].

---

[1]– سورة النساء، الآية 03.

[2]– موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، **ج09**، ص 483.

[3]– متفق عليه، **صحيح البخاري**، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح رقم 5151، ص 1313. **صحيح مسلم**، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، رقم 1418، ص 640، 641.

[4]– أحمد بن الحسين، **سنن البيهقي**، باب الشروط في النكاح، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، السعودية، 1414هـ=1994م، ج07، ص 248.

ويلاحظ أن الفقهاء اتفقوا على أن الإعلام ليس سببا من أسباب التطليق، وإنما أجاز الحنابلة لها طلب التطليق ليس لزواجه وعدم إعلامها وإنما لمخالفته لشرطها في الزواج[1].

♦ المطلب الثالث: فسخ الزواج الجديد

➢ المادة 08 مكرر01: الجديدة بـ [أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م].

- يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

نص المادة 08 مكرر01 مستحدث من طرف المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري وأصله ما جاء في:

- القانون الليبي[2] المتعلق بالأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما حيث جاء في الجزء 02 من الشرط 02 من المادة 13 الفصل الثالث أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج الآتي: "صدور حكم بالموافقة من المحكمة الجزائية المختصة في دعوة تختصم فيها الزوجة ويترتب على عدم مراعاة أحد هذه الشرطين: بطلان الزواج..."، وقد أشرنا لهذين الشرطين من قبل عندما تطرقنا للمادة 08 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري.

▪ الفرع الأول: الفسخ من الجانب القانوني

المشرع الجزائري كعادته لم يعرف خيار الفسخ وترك ذلك لفقهاء القانون حيث عرفوه بأنه: حق المتعاقدين في فسخ العقد بسبب عيب في المعقود عليه لم يكن يعلم به وقت إبرام العقد.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن فقهاء القانون قد وافقوا تعريف الفقهاء القدامى بحيث اعتبروه حق خالص للمتعاقد المدلس عليه يثبت له شرعا بسبب عيب في الطرف الآخر[3].

---

[1]- عدلان مطروح، مرجع سابق، ص 385.

[2]- قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[3]- بوسنة فطيمة، حافظي نجاة، **صور وأحكام التدليس المعاصرة في عقود الزواج**، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 1438/1437هـ=2017/2016م، ص 47.

يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول ويثبت بعد الدخول، ومعنى هذا أنه إذا لم يستصدر الزوج الترخيص المذكور في المادة 08 المعدلة أعلاه ولم يتم الدخول بالزوجة الجديدة فإن عقد الزواج يتم فسخه، بعد أن تطلب إحدى الزوجتين ذلك من القاضي، مع الإشارة بأنه في هذه الحالة باستطاعة الزوجة طلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بها، إضافة إلى طلب الفسخ يكون الزوج ارتكب خطأ عندما كذب على زوجته وخالف التزاما قانونيا يتمثل في وجوب استصدار الرخصة ونتج عن ذلك ضرر يجب تعويضه.

أما إذا تم الدخول فإن المادة 08 مكرر أعلاه هي المطبقة والقاضي يثبت الزواج رعاية لحق المرأة ونسب الأولاد ولا يبقى أمام الزوجة إلا طلب التطليق والتعويض معا[1]، أي أن المشرع لم يقرر الفسخ بعد الدخول لحماية الأسرة بصفة عامة والأطفال الذين يولدون عن هذا الزواج بصفة خاصة، حيث أنه إذا تم الدخول بالزوجة الجديدة ولم يستصدر الزوج ترخيصا بهذا الزواج هنا يعد الزواج صحيحا، ولكن يعد سلوك الزوج هنا خطأ تقصيري موجب للتعويض ومبررا موجبا لطلب الزوجة التطليق من القاضي كأثر من آثار الإخلال بأحكام المادة 08 المعدلة، وهذا ما نصت عليه المادة 53 المعدلة بالأمر 02/05 وذلك في الفقرة 06 منها، والتي نصت على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ".... مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه... "[2].

ومستند المشرع الجزائري أن إخفاء الزواج يعد عيبا من عيوب الإرادة، فالزواج الثاني تم بإرادة غير كاملة بل هي معيبة بعيب التدليس، ولو علمت بذلك قد لا تقبل بضرة وهو الغالب في النساء، فكان لزاما عليه إعلامها مع زوجته السابقة دفعا للنزاع لاحقا، زيادة على الضرر النفسي الذي يلحقها بسبب زواجه بغير علمها ورغبتها، وأعطى المشرع للمرأة الحق في المطالبة بالتطليق بسبب ذلك، كما جاء في الفقرة 10 من المادة 53 المعدلة:" كل ضرر معتبر شرعا".

---

[1]– لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 42.

[2]– مقران طارق عزيز، **إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م_2015م، ص 66، 67.

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/09/06م إن المادة 08 من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها، لأن هذا يعتبر ضررا أصابها[1].

هذا وتنص الفقرة 01 من المادة 86 من القانون المدني[2] على أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

ونستنتج من هذه المادة أن للمدلس عليه حق إبطال العقد "أي فسخه" لعيب التدليس إذا تحققت جملة من الشروط:

- استعمال طرق احتيالية.
- أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع للتعاقد.
- صدور التدليس من المدلس أو نائبه[3].

وأخيرا الفرقة بسبب التدليس فسخ وليست طلاقا، الفسخ للتدليس يثبت لمستحقه على التراضي على الرأي الراجح لأنه أمر يحتاج إلى نظر وتأمل، فيعطي العاقدان فرصة لإعادة النظر وفي هذا مصلحة للعقد إذا أسقط من له الحق حقه في الفسخ[4].

- **الفرع الثاني:الفسخ من الجانب الشرعي**

- **تعريف الفسخ**

1 -لغة: فسخ الفاء والسين والخاء كلمة تدل على نقضِ شيء، يقال تَفَسخَ الشيء انتقض، ويقولون أفسختُ الشيء نسيته، ويقولون الفسيخ الرجل لا يَظفَر بحاجته[5]، الفسخ: الضعفُ

[1]- عدلان مطروح، مرجع سابق، ص 384، 385.

[2]- الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26م المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3]- بوسنة فطيمة، حافظي نجاة، مرجع سابق، ص 49، 50.

[4]- مرجع نفسه، ص 59.

[5]- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، مرجع سابق، **مج 02**، ص 354.

والطرحُ وإفساد الرأي، والنقض، والتفريق، والضعيف العقل والبدن كالفسخة ومن لا يظفر بحاجته ولا يصلح لأمرهِ كالفسيخ، وانْفَسَخَ العزمُ والبيع والنكاح انتقَضَ[1].

2 –اصطلاحا: لا يخرج الفسخ عند الفقهاء عن نطاق معناه اللغوي، فهو عندهم حل رابطة العقد المبرم سابقا وهدم لكل الآثار التي كانت قد ترتبت عليه، بحيث لم يعد له وجود اعتباري، وذلك من وجهة نظر الشارع فقط، واختلف الفقهاء في تعريف الفسخ على عدة أقوال:

– القول الأول: مذهب الحنفية والمالكية وقول للشافعية

وذهبوا بأنه: "رفع العقد عن الأصل وجعله كأن لم يكن"[2].

– القول الثاني: قول ابن نجيم من الحنفية

هو أنه: "حل ارتباط العقد"[3]، وهو تعريف قال به السيوطي[4] رحمة الله عليه.

– القول الثالث: جاء تعريف المالكية عند القرافي

بأنه: "قلب كل واحد من العوضين لصاحبه"[5].

– القول الرابع: مذهب الشافعية

قالوا هو: "رفع العقد في حالة لا من أصله"[6].

– القول الخامس: قال الحنابلة

هو "رفع العقد في حينه"[7].

---

[1]– مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي، مرجع سابق، ص 257.

[2]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط02، 1419هـ=1998م، ج04، ص 388.

[3]– زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، **الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن عابدين**، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط01، 1403هـ=1983م، ص 402.

[4]– السيوطي جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر، **الأشباه والنظائر**، دار الفكر للطباعة النشر والتوزيع، (د ت)، ص 313.

[5]– أحمد بن إدريس القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، مصر، ط01، 1344هـ=1923م، ج03، ص 269.

[6]– النووي محي الدين بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، المكتب الإسلامي، ط02، 1405هـ=1984م، ج03، ص 489.

[7]– علاء الدين المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1418هـ=1997م، ج04، ص 469.

خيار الفسخ هو حق التعاقد في إمضاء العقد وفسخه لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي[1].

- **الأساس الفقهي لفسخ عقد الزواج**

يقصد بأساس الفسخ عموما السند الذي اعتمد عليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تبرير قولهم بالفسخ نتيجة سند شرعي أو نتيجة سند عقلي تبرره طبيعة العقد لذلك اختلفت أراء فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن بعض هذه التبريرات ما يلي:

- هلاك المعقود عليه.
- عدم الوفاء بالشروط[2].
- إزالة الضرر.
- فوات المقصود من العقد.
- اختلال ركن الرضا[3].

[1]- بوسنة فطيمة، حافظي نجاة، مرجع سابق، ص 47.

[2]- سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه إسلامي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 1439/1438هـ=2018/2017م، ص 74،73.

[3]- توفيق شندارلي، فسخ عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزاءر01، السنة الدراسية 2010_2012م، ص73.

الفصل الثاني

في الزواج

❖ المبحث الأول: ركن الرضا والوثيقة الطبية

♦ المطلب الأول: رضا الزوجين

➢ **المادة 09: المعدلة بـ [أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]**

- ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين.

➢ **المادة 09: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]**

- يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق.

- **وجه الاختلاف بين المادتين:** هو أن المشرع بعد التعديل بالأمر 02/05 وحسب نص المادة 09 المعدلة حصر أركان الزواج في ركن واحد وهو ركن الرضا أو ما يعرف عند الفقهاء بالصيغة، وهذا على خلاف ما ذهب إليه في القانون القديم لسنة 1984م من نفس المادة والتي كانت تنص على أن أركان الزواج تتمثل في كل من رضا الزوجين والولي والشاهدين والصداق.

وبعد الاستقراء والتقصي نجد أن المشرع الجزائري اقتبس نص هذه المادة من بعض القوانين العربية وهي:

- مشروع القانون المصري[1] في الفقرة (أ) من المادة 06 الفصل الثاني عقد الزواج الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه وجاء فيها ما يلي:"ينعقد الزواج بإيجاب وقبول وشاهدين ويبرم العقد رسميا أمام المأذون أو الجهة المختصة بعيدة نوعا ما".

- كما نص القانون الأردني[2] في المادة 06 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الخاطبين أو وكيله وقبول من الآخر أو وكيله في مجلس العقد".

[1]- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصري، السالف ذكره.

[2]- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 25 لسنة 2019م، السالف ذكره.

– أما قانون الأحوال الشخصية السوري[1] فأورد في المادة 05 الباب الثاني الرضا والعلانية الكتاب الأول الزواج التالي: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر".

– وأيضا جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية[2] في الفصل 03 في الزواج الكتاب الأول الزواج الآتي: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين..."

– ونصت المدونة المغربية[3] في المادة 10 الباب الثاني الزواج القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا".

– أما القانون العراقي[4] فقد نص في المادة 04 الفصل الثاني أركان العقد وشروطه الباب الأول الزواج على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة وعرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

– كما شرع القانون الكويتي[5] في المادة 08 الباب الثاني أركان الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج وجاء فيها: "ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما".

– ونص القانون الليبي[6] في الفقرة (أ) من المادة 11 الفصل الأول أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب وقبول ممن هما أهل ذلك".

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[2]– مجلة الأحوال الشخصية التونسية أمر 13 أوت 1956م، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[4]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م وتعديلاته، السالف ذكره.

[5]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

[6]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

- **الفرع الأول: ركن التراضي من الجانب القانوني**

معلوم أن الركن هو الجزء الذي يدخل في ماهية الشيء أي ما كان من حقيقة الشيء لا يوجد ذلك الشيء إلا بوجوده كالصيغة المعبر عنها بالإيجاب والقبول، والتي كيفها المشرع الجزائري بأنها الركن الوحيد الذي يقوم عليه عقد الزواج، وعبر عنها بركن الرضا حسب المادة 09 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

ولا يترجم تبادل الرضا إلا بالصيغة التي تدل عليه، وهي كل تعبير يدل على إيجاب وقبول العاقدين أصالة أو ولاية أو وكالة، مما يستلزم وجود إرادة تامة صحيحة غير معيبة.

وعليه فتبادل الرضا يتحقق بصيغة يعبر عنها بالإيجاب والقبول الصادران عن إرادة العاقدين على معقود عليه، ولهذا اقتصر المشرع الجزائري على ما قاله أغلب الفقهاء في أن أركان الزواج منحصرة في ركن الرضا، وهو ما أخذ به المشرع بحسب نص المادة 09 المعدلة.

وجدير بالذكر أن ركن الرضا هو الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء، فإذا انعدم أو اختل ركن الرضا فلا ينعقد العقد أصلا ويكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية والشرعية[1].

وما دام عقد الزواج عقدا مدنيا يخضع لتوفر الشروط وانتفاء الموانع، فإن تبادل الرضا بين الزوجين وحده لا يكون كافيا في الانعقاد ولا تترتب عليه الآثار المترتبة عن عقد الزواج الصحيح[2]، وسنأتي لهذه المسألة لاحقا في موضوع الشروط.

- **عقد الزواج بين الرضائية والشكلية**

ذهب البعض إلى اعتبار الزواج بأنه عقد رضائي باعتبار أن أساسه هو رضا، في حين ذهب أغلب الفقهاء إلى اعتباره عقد شكلي لما يشترط فيه من حضور الشهود، واشتراط الولي أثناء إبرام عقد الزواج وغيرهما من الشروط الأخرى وهذين الشرطين يعتبران شرطين شكليين،

[1]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 54، 55.

[2]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 116.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري القديم ويعتبر هذا الرأي الذي يقول بأن عقد الزواج عقد شكلي صائب، لأنه إضافة إلى الشرطين السابقين أضاف المشرع شروط إدارته وتنظيمه لكي يرتب عقد الزواج آثاره[1].

ولم يتردد الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله في تكييف عقد الزواج بوصفه عقدا شكليا مستندا في ذلك إلى اشتراط جمهور الفقهاء الإشهاد عليه قال رحمه الله: "... وعلى ذلك يصح أن نقول بأن عقد الزواج عقد شكلي لأنه لا يكتفي في تكوينه برضا العاقدين، بل لابد مع هذا الرضا من الإعلان والشهرة أو شهادة الشهود، وإن شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب الجمهور الذين لا يفرقون بين العقد الفاسد والباطل من جهة عدم الانعقاد بل هما لفظان مترادفان في نظر الجمهور، فالجمهور من الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا ينعقد من غير الشهود أو من غير الإعلان أو من غيرهما على الخلاف في ذلك بينهم"[2]، إن رأي الشيخ صائب في التنبيه إلى المسحة الشكلية في عقد الزواج والمتمثلة في شرط الإشهاد والإشهار، إلا أن فيه شيئا من المبالغة في التكييف والوصف وخللا في الدقة والضبط فيهما، ويمكن القول أن عقد الزواج هو عقد رضائي في جوهره يتسم بمسحة شكلية تقتضيها أهميته من حيث موضوعه وخطورته من حيث الآثار.

وهذا دليل وحجة على أن مبدأ الرضا في العقود ينطبق انطباقا تاما على عقد الزواج[3].

---

[1]– خرصي صورية، **الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م_2015م، ص 21.

[2]– الإمام محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996م، ص 199.

[3]– سعيد قاضي، **رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، 1431/1432هـ=2010/2011م، ص 19.

- **الفرع الثاني: إقرار مبدأ الرضا من الجانب الشرعي**

أقر الفقه الإسلامي مبدأ الرضائية وجعله أساسا لإبرام جميع العقود وإنتاج آثارها الفقهية المختلفة، والتي تدور أساسا حول فكرة الحقوق والواجبات المتبادلة بين المتعاقدين.

إن مبدأ الرضائية في العقود يفيد انعقاد العقد بمجرد تحقق تراضي طرفيه بغض النظر عن وسيلة التعبير عن هذا التراضي دون الحاجة إلى أي إطار شكلي، أي أن القفه الإسلامي قد قام على مبدأ الرضائية في مجال العقود منذ نشأته بعيدا عن القيود الشكلية[1].

ويرجع هذا كما قال الفقهاء إلى النصوص العامة في كتاب الله تعالى وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم ونذكر منها:

-قول الله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾[2].

-ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: "إنما البيع عن تراضٍ"[3] رواه ابن حبان، وأيضا ما رواه عمرو بن يثربي الضمري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحل لإمرئ من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه"[4].

---

[1]- سعيد قاضي، مرجع سابق، ص 12، 13 بتصرف.

[2]- سورة النساء، الآية 29.

[3]- رواه ابن حبان، ص 307، صحيح أخرجه ابن ماجة 2158، وأبو محمد بن أبي شريح الأنصاري في الأحاديث المائة، ق02/119، والمخلص في الفوائد المنتقاة 02/18/01، وعنه أبو صالح الحرمي في الفوائد الغوالي ق01/176 من طرف عبد العزيز بن محمد عن داود بن صالح المدني عن أبيه قال: سمعت أبا سعيد الخدري قال يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره، ومن هذا الوجه رواه البيهقي 17/06، صححه الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل رقم 1283، ج05، ص 125.

[4]- أخرجه الطحاوي في كتابه الدارقطني ص 299، ص300، والبيهقي 97/06، وأحمد 423/03-113/05، والطبراني في الأوسط 01/148/01، وابنه عبد الله في زوائده أيضا من طريق عبد الرحمان بن أبي سعيد قال سمعت عمارة بن حارثة به قال وقال الطبراني "لا يروى عن عمرو إلا بهذا الإسناد"، أنظر إرواء الغليل للألباني، ج05، ص 281.

- **تعريف الرضا:**

لما كان الطابع الرضائي هو السمة المميزة لسائر العقود بوجه عام، وعقد الزواج بوجه خاص، فسنقوم بتعريف الرضا لغة واصطلاحا على النحو الآتي:

1-لغة: "رضى" الرِضَا مَقْصُورٌ ضد السخط وفي حديث الدعاء" اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك..."، وفي رواية بدأ بالمعافاة ثم الرضا، قال ابن الأثير إنما ابتدأ بالمعافاة من العقوبة لأنها من صفات الأفعال كالإماتة والإحياء، والرضا والسخط من صفات القلب وصفات الأفعال أدنى رتبة من صفات الذات فبدأ بالأدنى مرتقيا إلى الأعلى.

وتثنية الرضا رضوان ورضيان، الأولى على الأصل والأخرى على العاقبة وقوله عز وجل:﴿ رَّضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ﴾[1]، تأويله أن الله تعالى رَضِيَ عن أفعالهم ورضوا عنه ما جازاهم به، وأرضاه: أعطاه ما يرضى به، وتَرَضَّاهُ طلب منه رِضاهُ[2]، الرِّضاء: الاختيار والقبول وعند الصوفية مرور القلب بمر القضاء، قاله السيد وهو اسم من رضي ضد سَخِط[3].

2-اصطلاحا: يحتاج إلى شيء من التفصيل لأنه محل خلاف بين تعريف الفقهاء، وسبب الخلاف كون الحنفية يميزون بين الاختيار والرضا في مجال التعاقد في حين أن الجمهور يعتبرون الاختيار والرضا متلازمين لا يتحقق أحدهما بدون الآخر.

---

[1]- سورة التوبة، الآية 100.

[2]- ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط ت)، ص 1663، 1664.

[3]- المفتي السيد محمد هميم الإحسان المجددي البركتي، **التعريفات الفقهية**، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1424هـ=2002م، ص 105.

- **تعريف الاختيار عند الحنفية**

هو القصد إلى الفعل الذي يستطيعه الشخص سواء أكان ذلك الفعل قولا أم غير قول، فالاختيار في العقود القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها، ما دام في استطاعته النطق بتلك العبارات، قاصدا النطق بها، متعمدا ذلك، ويشمل ذلك القصد ثلاثة أقوال:

1 –حال القصد إلى معاني العقود والرضا بأحكامها، والرغبة في آثارها.

2 –حال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقد غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلا.

3 –حال النطق بعبارات العقد تحت تأثير إكراه أو إرغام.

هذا هو الاختيار عند الحنفية فهو لا يتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه.

- **تعريف الرضا عند الحنفية**

فهو الارتياح إلى العقد، والرغبة فيه، فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارات المنشئة للعقد والرغبة فيه، فالرضا لا يقتضي مجرد قصد كالاختيار بل لا يتحقق إلا بقصد كامل يشيع في جوانح النفس ويكون ملء الرغبة، والرضا عندهم لا يتحقق مع الهزل ولا مع الخطأ، ولا مع الإكراه.

والخلاصة أن الحنيفة يرون أن الاختيار يتحقق مجردا من الرضا وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار، إذ الرضا اختيار كامل قد بلغ نهايته[1].

- **تعريف الرضا والاختيار عند الجمهور**

الاختيار والرضا متلازمان عند الجمهور خلافا للحنفية، فهم يرون أنه لا يتحقق اختيار مجرد عن رضا، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار، إذ الاختيار والرضا عندهم هو: القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون العبارات ترجمة عما في النفس ودليلا على رغباتها وغاياتها، فإذا لم تتوافر في العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار، لأن العبارات حينئذ

[1]– الإمام محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص 192، 193.

لا تدل على القصد النفسي، فلا يكون اختيار في مجرد قصد النطق وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الهزل كما لا يتحقق مع الإكراه والنسيان والخطأ[1].

- **آثار التمييز بين الاختيار والرضا وعدم التمييز:**

* ويترتب عن التمييز بين الاختيار والرضا عند الحنفية آثار مهمة منها:

1 –يعتبرون الاختيار شرط انعقاد أما الرضا فشرط صحة في بعض العقود دون الأخرى.

2 –جزاء تخلف الاختيار هو البطلان وهذا في جميع العقود دون استثناء في حين أن جزاء تخلف الرضا في العقود التي يكون فيها الرضا شرط صحة دون الأخرى فهو الفساد.

3 –التمييز بين نوعين من التصرفات التعاقدية من الآثار المترتبة على تحقق الاختيار وتخلف الرضا هما:

أ –تصرفات تنعقد بمجرد توفر الاختيار غير أنها لا تكون صحيحة منتجة لآثارها إلا بتوافر الرضا، كعقد بيع الهازل والمكره منعقد لكنه فاسد.

ب –تصرفات تنعقد بمجرد توفر الاختيار وتكون صحيحة منتجة لآثارها الفقهية سواء وجد الرضا أو انعدم، كوقوع عقد زواج المكره والهازل وطلاقهما.

* ما يترتب عن عدم التمييز عند الجمهور نوجزها في أثرين أساسيين هما:

1 –قسم الجمهور العقود من حيث آثارها إلى صحيحة وباطلة ولم يجعلوا مرتبة وسطا بينهما تسمى فساد كما فعل الحنفية، أي الفساد والبطلان مترادفان يشكلان وصفا لكل عقد تخلف فيه الرضا.

2 –عدم تصحيح تصرفات المكره والناسي والمخطئ والهازل.

بعد أن عرضنا تعريف الرضا عند كل من الحنفية والجمهور وبينا نتائجه وآثاره في التصرفات التعاقدية، يتبين بأن اتجاه الحنفية قد يفتح الباب واسعا لتصرفات وسلوكات تعود

[1]– الإمام محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، مرجع سابق، ص 193.

على الفرد والأسرة والمجتمع بكامله بوابل من المفاسد والمضار، وكفى بتصحيح عقد زواج المكره وإمضاء طلاقه سببا لزعزعة استقرار العلاقات داخل الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، ولهذا فإن الذي يبدو راجحا لنا هو اتجاه الجمهور لأنه يعتد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ويحمي الفرد والمجتمع ويحفظ للأسرة ومن خلالها وللمجتمع أسباب السكون والاستقرار[1].

وخلاصة ما قلنا أن عقد الزواج كغيره من العقود مبني على إرادة العاقدين على الرضا بموضوع العقد، ولما كانت الإرادة والرضا من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها البشر، لزم أن يصدر عن كل واحد من العاقدين ما يدل على قبوله العقد وموافقته عليه.

وتسمى الألفاظ التي يتم بها العقد وتكون دالة على رضا العاقدين بالمعقود عليه بالإيجاب والقبول، وهما ركنان للعقد باتفاق أهل العلم[2].

وهو ما يصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالصيغة وأقرها المشرع الجزائري بأن نص عليها بتعبير الإيجاب والقبول في المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري.

♦ المطلب الثاني: صيغة العقد

➢ المادة 10: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]

- يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.
- ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة.

أبقى المشرع الجزائري على نفس نص المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل الأخير، ولم يحدث لها أي تغيير سواء في الصياغة أو المضمون.

---

[1]- سعيد قاضي، مرجع سابق، ص 23 وما يليها، بتصرف.

[2]- أبي مالك كمال بن السيد سالم، مرجع سابق، **ج03**، ص 132.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 10:**

– يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

استمدت هذه الفقرة من بعض ما جاء في نصوص قوانين الأسرة العربية التالية:

– نص مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري[1] في الفقرة 01 من المادة 07 الفصل الثاني عقد الزواج الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه على أنه: "يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه بأية لغة يفهمها الطرفان".

– جاء في القانون الأردني[2] في المادة 07 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته الآتي: "يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة –الإنكاح والتزويج–".

– أما قانون الأحوال الشخصية السوري[3] فقد أورد في المادة 06 الباب الثاني الرضا والعلانية الكتاب الأول الزواج التالي: "يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفا".

– كما أوردت مدونة الأسرة المغربية[4] في الفقرة 01 في المادة 10 الباب الثاني الزواج القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج الآتي: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا".

– وأيضا نصت الفقرة (أ) من المادة 09 الباب الثاني أركان الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[5] على أنه: "يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه عرفا أو بأي لغة".

---

[1]– مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 25 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[3]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[4]– قانون رقم 03–70 بمثابة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[5]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

– أما القانون الليبي[1] فقد حرر في الفقرتين (أ) و(ب) من المادة 11 الفصل الثالث أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج التالي:

"–ينعقد الزواج بإيجاب وقبول ممن هنا أهل ذلك.

–يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفا بأية لغة".

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 10:**

– ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة.

أخذ المشرع الجزائري نص هذه الفقرة من بعض نصوص قوانين الأسرة العربية التالية:

– أورد مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري[2] في الفقرة 01 من المادة 07 الفصل الثاني عقد الزواج الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه الآتي: "وفي حال العجز من النطق تقوم الكتابة مقامه فإن تعذرت فالإشارة المفهمة".

– نص قانون الأحوال الشخصية الأردني[3] في المادة 07 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته على أنه: "... وللعاجز عنها بكتابته أو بإشارته المعلومة".

– ونص أيضا القانون السوري[4] في المادة 10 الباب الثاني الرضا والعلانية الكتاب الأول الزواج التالي: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة".

– كما جاء في الفقرة 02 من المادة 10 الباب الثاني الزواج القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج من مدونة الأسرة المغربية[5] التالي: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن المشاهدين".

---

[1]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[2]– مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، السالف ذكره.

[3]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 25 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[4]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[5]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

– أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي[1] فقد حرر في الفقرة (ج) من المادة 09 الباب الثاني أركان الزواج الكتاب الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج ما يلي: " ...وعند العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة فإن تعذرت بالإشارة المفهمة".

– ونصت الفقرة (ج) من المادة 11 الفصل الثالث أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج من القانون الليبي[2] على أنه: "وفي حالة العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة فإن تعذرت فبالإشارة".

- **الفرع الأول: الصيغة من الجانب القانوني**

من بين جوانب ركن الرضا التي تناولها المشرع الجزائري الصيغة والتعبير عن الإرادة من العاجز عن الكلام، وهذا ما سنحاول دراستهما بشيء من التفصيل فيما يلي:

– ينص قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 01 من المادة 10 على ما يلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، من خلال نص هذه الفقرة نستخلص أن المشرع يعتبر أن الرضا بشقيه الإيجاب والقبول هو الركن الأساسي في الزواج.

ومعلوم أن الرضا من الأمور النفسية التي لا يمكن الاطلاع عليها لأن محلها القلب، فكان لابد من التعبير الدال عليها لذلك شرعت صيغة الإيجاب والقبول.

يقول الدكتور بدران أبو العينين في كتابه أحكام الزواج والطلاق في الإسلام[3]: "الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين اللذان يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما والدلالة على الرضا الباطني بما يترتب عليه".

[1]– قانون الأحوال الشخصية رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

[2]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[3]– بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 41.

- **تعريف الصيغة**

هي الألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول بين طرفي العقد أو ما يقوم مقام اللفظ عند تعذره[1]، وهي اللفظ الدال على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبولا[2].

ذهب فقهاء القانون والمذاهب إلى أن الإيجاب والقبول يعبر عنهما بالصيغة اللفظية، كما يعبر عنهما بغير اللفظ[3].

- **أنواع الصيغة**

1 –الصيغة اللفظية في عقد الزواج: تتركب الصيغة من لفظين صادران من كلا طرفي العقد يطلق عليهما الإيجاب والقبول.

2 –الصيغة غير اللفظية في عقد الزواج: وهي استثناء على القاعدة تكون في حالات لا يتيسر فيها لأحد العاقدين حضور مجلس العقد في الوقت المحدد أو لا يستطيع أحدهما أو كلاهما التلفظ بالصيغة.

- **تعريف الإيجاب والقبول**

أ–الإيجاب: هو ما يصدر أولا من أحد المتعاقدين، للدلالة على إرادته في إنشاء عقد الزواج، وهذا الإيجاب يتطلب مواصفات معينة وهي:

* أن يكون باتا بمعنى نهائي وصريح.
* أن يصل إلى علم الطرف الآخر كي يصلح أن يقترن به فيما بعد القبول.

[1]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 110.

[2]– محمد رأفت عثمان، **عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي**، (د ن ط ت)، ص 106.

[3]– بربير محمد، **مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا**، أطروحة دكتوراه علوم قانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، بن يوسف بن خدة، 2020/12/17م، ص 84.

ب-القبول: هو ما يصدر ثانيا مع العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته على ما أوجبه الأول، وينبغي أن تتوفر فيه ما يلي:

* أن يكون باتا وصريحا.
* أن يأتي متطابقا مع الإيجاب حتى ينعقد العقد[1].

فالمشرع لم يجعل الإيجاب من ولي المرأة أو موكلها، والقبول من وكيل الزوج، كما هو مذهب الجمهور والمالكية فقد ذهب المشرع الجزائري إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد الطرفين، سواء كان الزوج أو الولي والقبول هو ما صدر من الطرف الثاني، فالفقرة 01 من المادة 10 تبين أن الإيجاب قد يكون من الزوج أو الزوجة أي المتلفظ وطالب النكاح أولا، والقبول هو للمتلفظ والموافق على النكاح ثانيا، وهذا هو مذهب الحنفية.

كما أن المشرع أخذ بمذهب الحنفية القائل بجواز انعقاد النكاح بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، لأن المطلوب معرفة إرادة المتعاقدين وليس للفظ اعتبار[2].

- **الشروط الواجب توفرها في الصيغة من الناحية القانونية**

1 -يشترط فيها أن تكون دالة على إنشاء العقد، وهذا حسب نص الفقرة 01 من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، وبالتالي فإن كانت الصيغة بما لا يدل على انعقاد الزواج فلا ينعقد، فينعقد بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا ولو كان بالهزل[3].

2 -أن يتطابق الإيجاب مع القبول وفق نص المادة 09 المعدلة والفقرة 01 من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري، كما أن القواعد العامة في القانون المدني نصت على انعقاد الزواج بتطابق الإيجاب والقبول[4]، حيث نصت المادة 59 من القانون المدني على ما يلي: "يتم العقد

[1]- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 57.

[2]- عبد الحكيم بونور، مرجع سابق، ص 72.

[3]- محمد بربير، مرجع سابق، ص 92.

[4]- مرجع نفسه، ص 94.

بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين..."، وهو ما ذهب إليه كذلك القضاء الجزائري[1].

3 –يكون التعبير عن الرضا باقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد، شفويا وعلنيا صادرا عن الزوجين شخصيا وفي حضرة شاهدين بالغين راشدين المادة 10و الفقرة 02 من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، ولابد أن يسمع المتعاقدان الصيغة الخاصة بالعقد والجواب "بنعم"، ويتعين أن يكون التعبير عن الرضا فوريا واضحا جازما لا لبس فيه ولا غموض، ومن ثم اشترط الفقهاء لتحقق الإيجاب والقبول في الزواج أن يكونا بصيغة الماضي أو الأمر أو المضارع، كما إذا قال الزوج للزوجة "تزوجتك، أو زوجيني نفسك أو أتزوجك بصداق قدره 50 ألف دينار" فقالت له "قبلت"، انعقد العقد بصيغة فورية لثبوت المقصود وابتعاده عن الاحتمال والغموض[2].

4 –أن لا تكون دالة على التأقيت، أي أن تكون بصيغة التأبيد في عقد الزواج لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها، ويعني ذلك أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء عقد الزواج بلفظ يفيد الدوام[3]، لتكوين الأسرة والمحافظة على الأنساب وفقا لنص المادة 04 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، كما نص على التأبيد في نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري التي بينت أن انحلال الرابطة الزوجية لا يكون إلا بالوفاة أو الطلاق[4].

5 –أن لا تكون معلقة على شرط غير محقق كمن يقول "إذا نجحت في المسابقة"، أي يجعل تحقق إنشاء عقد الزواج معلقا على وجود أمر آخر يمكن أن يتحقق ويمكن ألا يتحقق، كالمثال السابق أو "إن توظفت تزوجتك" ففي هذه الحالة لا ينعقد وإن تحقق الشرط، لأن الفورية انتفت منذ البداية علاوة على التعليق[5]، وأن تكون الصيغة منجزة غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل،

---

[1]– المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم 51440، غرفة الأحوال الشخصية، 1987/11/11م، المجلة القضائية 1992م، العدد 01، ص 07.

[2]– العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 145، 146.

[3]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 58.

[4]– بربير محمد، مرجع سابق، ص 97.

[5]– عبد القادر تقية، مرجع سابق، ص 102.

ذلك أن تعليق العقد على شرط أو على أمر قد يوجد أو ربما لا يوجد وكذا إضافة العقد إلى المستقبل هي معطيات لا تنسجم مع طبيعة وحقيقة الزواج القانونية والشرعية[1].

6 –الفورية بأن لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل طويل يقتضي الإعراض، ولا يضر الفاصل اليسير كما إذا فصل بخطبة قصيرة ونحوها[2].

7 –خلو الصيغة من عيوب الإرادة حيث نص المشرع في قواعده العامة على وجوب خلو إرادة المتعاقدين من أي عيوب تشوبها، وحدد هذه العيوب من المادة 81 إلى المادة 91 من القانون المدني، ويترتب عنها إذا وقع أحد المتعاقدين فيها البطلان النسبي للعقد أي قابليته للإبطال، وتتمثل العيوب في الغلط، التدليس، الإكراه[3].

- **انعقاد النكاح بغير الكلام**

قد يكون أحد طرفي العقد شخص لا يمكنه التعبير عن إرادته بالنطق أو شفاهة، كأن يكون عاجزا عن الكلام كالأبكم مثلا وهذه الحالة أخذها المشرع الجزائري بعين الاعتبار.

تنص الفقرة 02 من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري المعدل على ما يلي: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز، بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

وما يلاحظ له أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى انعقاد الزواج عن طريق الرسالة والرسول ولا بالتعاطي ولا بوسائل الاتصال الحديثة[4]، بل اقتصر في النص أعلاه على حالة الشخص العاجز عن الكلام وانعقاد زواجه بالإشارة أو الكتابة فقط.

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 149.

[2]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 52.

[3]– بربير محمد، مرجع سابق، ص 103.

[4]– يوسفي كهينة، ولامي ليلى، **عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012م_2013م، ص 11.

بمعنى ينعقد الزواج بالكتابة أو الإشارة إذا كان المتعاقدين أو أحدهما يعجز عن التعبير كالمريض أو الأخرس.

وكذلك نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا..."، على أنه لا يصح العقد بالإشارة المعهودة المفهمة ممن يحسن الكتابة لأن الكتابة أبين في الدلالة، فإنه من يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى[1].

وأخيرا كان من الأحسن عوض أن يقول المشرع الجزائري "كالكتابة أو الإشارة" أن يكون أكثر دقة، وذلك بأن يسبق الكتابة عن الإشارة لأن الكتابة أكثر دقة وأوضح من الإشارة، فإذا كان العاجز يحسن الكتابة فيجوز له أن يعبر بالكتابة وإلا يعبر بالإشارة، أما إذا كان لا يحسن الكتابة فيجوز له التعبير بالإشارة المفهومة، وعلى أساس ما تقدم فالمفروض أن يقال العاجز عن الكلام عوض العاجز ويقال عن الوسيلة بالكتابة إذا كان يحسن الكتابة وإلا فبالإشارة المفهومة[2].

- **الفرع الثاني: الصيغة من الجانب الشرعي**

- **تعريف الصيغة**

1-لغة: صوغ "الصَوْغُ" مصدر صاغ الشيء يَصُوغُه صوغا وصياغة، وصُغته أصوغُه صياغة وصِيغَةً وصيغوغة، وفي حديث علي: "واعدتُ صواغا من بني قينقاع، هو صواغُ الحلي"، قال ابن جني إنما قال بعضهم صَيَّاغُ لأنهم كرهوا التقاء الواوين[3]، ويقال صِيغَة الأمر كذا وكذا أي هيئته التي بني عليها[4].

---

[1]- العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 144.

[2]- رواق فتيحة، **تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام، دراسة تحليلية ونقدية لقانون الأسرة الجزائري**، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994م_1995م، ص 47.

[3]- ابن منظور، مرجع سابق، ص 2527.

[4]- مرجع نفسه، ص 2537.

صاغ الله فلانا صِيغَةً حسنة أي خلقه، وصاغ الشي هيأه على مثال مستقيم فانْصَاغَ وهو صوّاغ، وصائِغ وصَيَّاغُ والصِّيَاغة بالكسر حِرفَتُهُ[1].

2 –اصطلاحا: تطلق الصيغة في الاستعمال الفقهي على الألفاظ والعبارات التي يتركب منها العقد أي العبارات المتقابلة التي تدل على اتفاق الطرفين وتراضيهما على إنشاء العقد، وهي التي تسمى في لغة الفقهاء الإيجاب والقبول، وعلى ذلك عرفها بعضهم بقوله: "هي ما يكون به العقد، من قول أو إشارة أو كتابة تبيينا لإرادة العاقد، كشفا عن كلامه النفسي"[2].

– قال الله تعالى: على لسان شعيب عليه السلام﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ﴾[3].

– وقال صلى الله عليه وسلم للرجل الذي رغب في نكاح المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم: "اذهب، فقد أنكحتكها بما معك من القرآن"[4].

- **مكونات الصيغة**

تتركب الصيغة من لفظين صادرين من كلا طرفي العقد، يطلق عليهما الإيجاب والقبول.

1–الإيجاب: اختلف الفقهاء في استعمال لفظ الإيجاب على فريقين:

أ–الحنفية: الإيجاب هو اللفظ الصادر أولا من أحد المتخاطبين مع صلاحية اللفظ لذلك رجلا كان أو امرأة.

ب–الجمهور: الإيجاب هو ما صدر من البائع والمؤجر والزوجة أو وليها، سواء صدر أولا أو آخرا، لأنهم هم الذين سيملكون (المشتري السلعة المباعة، والمستأجر منفعة العين، والزوج العصمة وهكذا).

2–القبول: اختلف الفقهاء في استعمال لفظ القبول، كما اختلفوا سابقا على فريقين:

---

[1]– الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص 957.

[2]– نور الدين أبو لحية، **عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية**، دار الأنوار للنشر والتوزيع، ط02، 1436هـ=2015م، ص 25.

[3]– سورة القصص، الآية 27.

[4]– **صحيح البخاري**، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، حديث رقم 5149، ص 1313.

أ-الحنفية: القبول اللفظ الصادر ثانيا من أحدهما الصالح لذلك مطلقا.

ب-الجمهور: هو ما يصدر ممن تملك المبيع أو القرض أو ممن ينتفع به كالمستأجر والمستعير أو ممن يلتزم بعمل كالمضارب والمودع أو ممن يملك الاستمتاع بالبضع كالزوج وسواء صدر القبول أولا أو آخرا وقد عرفوه بقولهم القبول هو اللفظ الدال على الرضا بذلك الإيجاب كقوله قبلت النكاح[1].

واختلفوا أيضا في حكم تقدم القبول على الإيجاب حيث ذهب الجمهور إلى عدم اشتراط تقدم أحدهما على الآخر.

أما ما يراه الحنفية في أن ما صدر أولا هو الإيجاب وما صدر ثانيا هو القبول لأن تسمية أية صيغة قبولا تشعر بأن شيئا قد تقدمها حتى سميت قبولا وإلا كيف يمكن أن تسمى صيغة قبولا في الوقت الذي لم يتقدم عليها شيء يرد عليه هذا القبول، وليس بلازم تقدم لفظ الولي على لفظ الزوج بل يصح سواء أكان المتقدم هو لفظ الولي أم لفظ الزوج أو العكس صحيح لأن المقصود يحصل أيضا بتقدم لفظ الزوج على لفظ الولي خلافا للحنابلة الذين قالوا بعدم الصحة في ذلك[2].

- **ألفاظ الإيجاب والقبول**

لا خلاف بين الفقهاء في أن الإيجاب والقبول في عقد النكاح يصح أن يكونا بلفظ التزويج أو بلفظ الإنكاح، وينعقد النكاح بهما لورود هذين اللفظين في القرآن الكريم قال تعالى:﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنٰكَهَا﴾[3]، وقوله تعالى:﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ النِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[4].

---

[1]- نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 26، 27.

[2]- محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 107.

[3]- سورة الأحزاب، الآية 37.

[4]- سورة النساء، الآية 22.

وسواء اتفق العاقدان في استعمال واحد من هذين اللفظين أو اختلفا مثل أن يقول ولي الأمر للخاطب: زوجتك ابنتي هذه، فيقول الخاطب: قبلت هذا النكاح، أو قبلت هذا التزويج[1].

- **انعقاد الزواج بغير الكلام**

إذا كان العاقدان في مجلس واحد وكانا قادرين على الكلام فلا ينعقد الزواج بينهما إلا به، فلا ينعقد بالكتابة لأنه يشترط في صحته حضور الشهود وسماعهما كلام العاقدين عند جمهور الفقهاء، وهذا لا يتيسر في الكتابة ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية وبالكتابة يكون سرا.

وإذا لم ينعقد بالكتابة فأولى ألا ينعقد في هذه الحالة بالإشارة لأنها أضعف في بيانها من الكتابة[2].

إذا لم يكن العاقدان في مجلس واحد فقد اختلف الفقهاء في حكم التعاقد عن طريق الكتابة على قولين:

- **القول الأول:** أن ذلك جائز إذا كان بمحضر الشهود وسمع الشهود كلا من الإيجاب والقبول كما لو قالت حين بلغها الكتاب وقرأته على الشهود، إن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أني قد زوجت نفسي منه، فهذا صحيح لأنهم سمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه، وسمعوا كلامهما حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح، أما إذا كتب إليها فلما بلغها الكتاب قالت زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود فإنه لا ينعقد النكاح، كما في حق الحاضر لاشتراط الشهود حين العقد، وكذلك لو قالت بين يدي الشهود زوجت نفسي منه لا ينعقد النكاح أيضا لأن سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط لجواز النكاح وإنما سمعوا كلامها هنا لا كلامه، وقاعدة الحنفية في ذلك أن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر.

[1]- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، **ج06**، ص 81.

[2]- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 104.

– **القول الثاني:** لا ينعقد الزواج في غيبة أو حضور بالكتابة وهو قول الشافعية واختلف قول الحنابلة في ذلك[1].

- **انعقاد الزواج بالإشارة**

يجوز ويصح انعقاد الزواج بالإشارة المفهومة من الأخرس لعجزه عن النطق وبهذا صرح الفقهاء، وفهم الشهود في النكاح لإشارة الأخرس ضرورية أيضا مع فهم العاقد مع الأخرس لصحة عقد النكاح.

أما إذا كانت إشارة الأخرس غير مفهومة أصلا لا للعاقد معه ولا للشهود فلا تصح هذه الإشارة أن تكون إيجابا وقبولا وبالتالي لا ينعقد بها عقد النكاح، وإذا كانت إشارة الأخرس تصلح أن تكون إيجابا وقبولا، فهل يشترط لذلك عجزه عن الكتابة أم أن هذا ليس بشرط فتقبل إشارة الأخرس مطلقا أي سواء كان قادرا على الكتابة أو عاجزا عنها؟

* الحنابلة لا يشترطون لقبول إشارة الأخرس عجزه عن الكتابة، بل يقبلونها كما يقبلون الكتابة منه تعبيرا عن إيجابه وقبوله[2].

* مذهب الحنفية في هذه المسألة قولان:

– **الأول:** أنه ينعقد لأن الأصل في العقد أن يكون بالكلام، فإذا عجز عنه طلب معرفة غرضه بأي وسيلة، ويستوي في ذلك الإشارة والكتابة لأنهما على مراده.

– **الثاني:** أنه لا ينعقد بالإشارة بل لابد من الكتابة، لأنها أقوى بيانا من الإشارة حيث يعرفها كل من يقرأ بخلاف الإشارة، فإنه لا يعرفها إلا القليل وإذا لم يتساويا اعتبر الأقوى[3].

[1]– نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 42، 43.

[2]– عبد الكريم زيدان، مرجع سابق،**ج06**، ص 88، 89.

[3]– محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 105.

وفي الأخير نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بما اتفقت عليه الأمة من ألفاظ النكاح المعروفة، وقد زاد عليها بلفظ يفيد النكاح، أي أنه رجح المذهب الحنفي، حيث اعتبر المذهب كل لفظ يفيد النكاح ينعقد به العقد، جاء في الفقرة 01 من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

أما بالنسبة للفقرة 02 من المادة 10 السابقة الذكر، نجد أنه أجاز انعقاد الزواج بغير اللفظ من الشخص العاجز عنه بالكتابة والإشارة دون تفصيل في ذلك، على النحو الذي فصل فيه فقهاء الشريعة الإسلامية.

♦ المطلب الثالث: الوثيقة الطبية

➢ المادة 07 مكرر: الجديدة بـ [الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]

- يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.
- 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 ويؤشر بذلك في عقد الزواج.
- تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

- **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 07 مكرر:**

- يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

وأصل هذه الفقرة ما وقفنا عليه في بعض نصوص قوانين الأسرة العربية وجاء فيها ما يلي:

– نص الجزء 01 من العنصر (ج) من الفقرة 01 من المادة 40 المعاملات التي تسبق العقد الباب الأول الزواج والخطبة الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية السوري[1] على أنه: "يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية: ...

شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج..."

– أما مدونة الأسرة المغربية[2] ففي العنصر 04 من الفقرة 01 من المادة 65 القسم السادس الإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج الكتاب الأول الزواج نصت على أنه:

"أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية وهي: ....

شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة"، (قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 04-347 صادر في 10 محرم 1425هـ الموافق لـ 2002/03/02م بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425هـ الموافق لـ 2004/03/04م).

– وأيضا نص القانون العراقي[3] في الفقرة 02 من المادة 10 الفصل الرابع تسجيل عقد الزواج وإثباته الباب الأول الزواج على أنه: "يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقا للشروط التالية: ...

يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون".

– كما نص القانون الإماراتي[4] في الفقرة 02 من المادة 27 الباب الثاني الأحكام العامة للزواج الكتاب الأول الزواج على ما يلي: "يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية

[1]– قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[2]– قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية المؤرخ في 2004/04/05م، السالف ذكره.

[3]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م وتعديلاته، السالف ذكره.

[4]– قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية وتعديلاته، السالف ذكره.

مختصة يشكلها وزير الصحة يفيد الخلو من الأمراض التي نص هذا القانون على طلب التفريق بسببها".

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 07 مكرر:**

– 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 ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

ومن النصوص التي استقى منها المشرع الجزائري نص هذه الفقرة ما يلي:

– القانون السوري[1] الذي نص في الجزء 02 من العنصر (ج) من الفقرة 01 من المادة 40 المعاملات التي تسبق العقد الباب الأول الزواج والخطبة الكتاب الأول الزواج على أنه:

"... للقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره".

- **بالنسبة للفقرة 03 من المادة 07 مكرر:**

– تحديد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم[2].

والحقيقة أني لم أقف على أي نص من أي قانون من قوانين الأسرة العربية يمكن أن يكون المشرع الجزائري قد استمد منه نص الفقرة 03 من المادة 07 مكرر ليبقى الأمر للاجتهاد.

- **الفرع الأول: الفحص الطبي من الجانب القانوني**

إضافة لما طرأ في حياة الناس من انحدار في مستوى الأمانة والصدق في العصر الحاضر، ونتيجة للتقدم العلمي في حياة البشر واتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض، فقد دعا هذا العديد من البلدان إلى سن قوانين لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به.

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[2]– أنظر المرسوم التنفيذي رقم 06–154 المؤرخ في 2006/05/11م الذي يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، ص 59.

الفحص الطبي قبل الزواج يشمل الفحوصات التي تعنى بمعرفة الأمراض الوراثية والمعدية والجنسية، والعادات اليومية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين المؤهلين أو على الأطفال عند الإنجاب[1].

والمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة قد ساير هذا التطور بفرضه من خلال المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري تقديم وثيقة طبية، تثبت خضوع طالبي الزواج للفحوصات الطبية وخلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ولا يزيد تاريخها عن 03 أشهر، وأنه يمنع على من تولى إبرام عقد الزواج سواء كان الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يقوم بتحرير العقد إلا إذا تم تقديم الوثيقة الطبية من طرف طالبي الزواج، كما عليه أن يتأكد بأنهما على علم بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع لها كل واحد منهما، وأن يؤشر بذلك في عقد الزواج وهكذا يكون طالبي الزواج على بينة من أمرهما، بحيث يقرر كل طرف منهما إما العدول عن الزواج وإما يتحمل مسؤوليته ويواصل في الزواج رغم خطورة الإصابة والمرض، هذا ولا يجوز لمن يتولى إبرام عقد الزواج سواء كان الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يرفض إبرام عقد الزواج بداعي وجود أمراض أو خطورة العدوى رغم موافقة ورضا المعنيين بالزواج، ولا تخص هذه شهادة العذرية بالنسبة للمرأة، لأن العذرية أو البكارة غير مشروطة في الزواج ولكنها تخص الأمراض التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وتطبيقا لنص المادة 07 مكرر صدر المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11م[2].

يتضح من أحكام القانون الجزائري المنظم للشهادة الطبية قبل الزواج أن دورها وقائي لا غير لحماية القرين والأبناء من الأمراض الوراثية أو المعدية التي تحول بينه وبين القيام بواجباته الزوجية، فإنه رغم التنصيص على إلزاميتها حسب المادة 07 مكرر والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 فإنها ليست شرطا من شروط الانعقاد حسب المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1]– أسامة عمر سليمان الأشقر، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق**، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط02، 1425هـ=2005م، ص 83.

[2]– لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 35.

وعليه فإن الزواج المبرم بدون هذه الشهادة (وإن خالف إجراء أولي لإبرام الزواج) لا يعتبر باطلا وإنما يبقى صحيحا شرعا وقانونا، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب والأمراض حسب المادة 48 المعدلة والفقرة 03 من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري.

كما أنه يجوز له طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص حسب المادة 09 المعدلة والمادة 33 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري والمادة 82 من القانون المدني.

وهذا على اعتبار أن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو المسبب الرئيسي للتعاقد في عقد الزواج، كما أن إخفاء عيوب وتشوهات وأمراض الأجهزة التناسلية كالعجز الجنسي يُخول للزوجة حق التطليق، ويستجاب لطلبها بدون تأجيل حسب المادة 04 المعدلة والفقرة 02 من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري[1].

- **إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج**

تتجلى إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج فيما يلي:

1 –تعتبر الفحوصات الطبية قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة جدا في الحد من الأمراض الوراثية والمعدية والخطرة.

2 –تشكل حماية للمجتمع من انتشار الأمراض والحد منها والتقليل من أي كوارث تحدث هزات مالية وإنسانية، خاصة عند ارتفاع المعاقين في المجتمع وتأثيره المالي والإنساني من كون متطلباتهم أكثر من حاجات الأفراد الآخرين.

3 –تحاول هذه الفحوصات أن تضمن إنجاب أطفال أصحاء سليمين عقليا وجسميا، وعدم انتقال الأمراض الوراثية التي يحملها أو يظهرها أحد الخاطبين أو كلاهما[2].

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 137.

[2]– أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 84.

4 –يجعل كل واحد من المقبلين على الزواج على بينة من الأمراض التي عند صاحبه إن وجدت، حيث يكون له الخيار بالاستمرار أو الفسخ قبل أن يحصل الزواج، وقبل أن تترتب عليه تبعات يصعب الخروج منها بعد الزواج[1].

5 –يساعد الفحص الطبي قبل الزواج في التخفيف من معاناة الأبوين بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة، وذلك بتقليل انتشار الأمراض الوراثية والتخلف العقلي عند الأطفال والتخفيف من حدة التشوهات الخلقية والإعاقة[2].

6 –الفحص الطبي قبل الزواج يمثل سبيلا لوقاية المجتمع من انتشار الأمراض والحد منها، وهو بدوره يمثل وقاية للمجتمع من الهزات المالية التي تصيب الأفراد والمجتمعات فعلاج الأمراض يحمل الأسر والمجتمعات أعباء مالية كبيرة وباهظة، بالإضافة إلى أن الأمراض المعدية والوراثية تؤدي إلى زيادة نسبة المرض والمعاقين في المجتمع، وفي هذا خسارة في الموارد البشرية التي هي عنصر من عناصر النهضة الاقتصادية والتقدم الحضاري[3].

7 –الوقاية من أمراض الدم الوراثية وعلى الأخص مرض الثلاسيميا.

8 –تثقيف الخاطبين صحيا بالنواحي التي تؤدي إلى السعادة الزوجية وتحاشي أسباب الاختلاف والطلاق وإزالة شكوكها غير المبررة، ودحض الأفكار والمعتقدات المغلوطة التي قد تتلبسهما، فكم من حالة زواج فشلت ووئدت فكرتها على أسس غير علمية ولا منطقية[4].

- **سلبيات الفحص الطبي قبل الزواج**

1 –قد يؤدي هذا الفحص إلى الإحباط الاجتماعي، فمثلا لو أثبتت الفحوصات أنه هناك احتمالا لإصابة المرأة بالعقم أو سرطان الثدي واطلع الآخرون على ذلك، فإن ذلك يسبب لها

---

[1]– أحمد محمد كنعان، **الكشف الطبي قبل الزواج والفحوصات الطبية المطلوبة**، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، ماي 2002م، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 02، ص 867.

[2]– عبد الحميد القضاة، **الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟**، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، ط01، 1424هـ=2003م، ص 11.

[3]– حسن صلاح الصغير عبد الله، **مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2007م، ص 19، 20.

[4]– المفتي صفوان محمد عضيبات، **الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية**، دار الثقافة، ط01، عمان، الأردن 2009م، ص 91.

ضررا نفسيا واجتماعيا، وفي هذا قضاء على مستقبلها خاصة أن الأمور الطبية تخطئ وتصيب[1].

2 –التكلفة المادية التي يتعذر على كثير من الناس تحملها، ففي حال الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج ستزداد المشاكل حدة، وسيتحمل الشباب أعباء مالية زائدة على الأعباء المالية العادية وهذا سيفضي إلى عزوف الشباب عن الزواج، وقد يحمل بعض ضعاف النفوس على سلوك الطريق غير الشرعي في إشباع غريزتهم الجنسية.

3 –قد يحمل الإلزام على الفحص الكثير من المتخوفين أو المرضى بالفعل على التزوير في نتيجة الفحوص، بالحصول على شهادات تثبت سلامتهم من العيوب الوراثية والصحية بطريق الرشوة أو المجاملات أو غيرها من الطرق غير المشروعية، وهذا يفرغ المسألة من مضمونها ويعدم جدواها[2].

4 –من أوجه القصور للفحوصات الطبية الجينية الحالية أنها لا تستطيع إعطاء إجابات مرضية لكل شخص ممن يحتمل إصابتهم بمرض جيني معين، ففي بعض الأمراض التي تتكرر بين أفرادها الإصابة بمرض معين قد لا يعود هذا المرض إلى أسباب وراثية بقدر حالات الإصابات المتكررة إلا أن هذه الأسر تتعرض لتأثيرات بيئية مشتركة[3].

5 –يجعل هذا الفحص حياة بعض الناس قلقة مكتئبة وبائسة إذا ما تم إخبار الشخص بأنه سيصاب بمرض عضال لا شفاء له، ثم تبقى نتائج التحاليل احتمالية في العديد من الأمراض، وهي ليست دليلا صادقا لاكتشاف الأمراض المستقبلية، وقد تحرم هذه الفحوصات البعض من فرصة الارتباط بزواج نتيجة فحوصات قد لا تكون أكيدة.

---

[1]– أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، 86.

[2]– حسن صلاح الصغير عبد الله، مرجع سابق، ص 22.

[3]– العبيدي إبراهيم بن محمد، **اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي لغرض الزواج**، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط01، 1426هـ=2005م، ص 40.

6 –إن التسرع في إعطاء المشورة الصحية في الفحص يسبب من المشاكل بقدر ما يحلها، هذا وقد يساء للأشخاص المقدمين على الفحص بإفشاء معلومات الفحص واستخدامها استخداما ضارا[1].

ومن خلال ما تطرقنا إليه من إيجابيات وسلبيات متعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج فقد تبينت لنا أهميته البالغة، وأن كونه إجراء لا يتعدى أن يكون حائلا بين رضا الطرفين وأقصى ما قد يحدثه هو إثارة التردد بينهما.

وأخيرا نجد أن المشرع الجزائري فرض الفحص الطبي قبل الزواج حرصا منه على سلامة الصحة العامة للمجتمع، ووقاية للأسرة من الأمراض التناسلية والمعدية ومنعا لانتشارها، وحتى يؤدي هذا الفحص دوره الذي من أجله أدرج في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري فعلى المشرع الجزائري أن يلجأ لإعمال الإيجابيات وتفادي السلبيات قدر الإمكان، وذلك من خلال التوفيق بين الاعتبارات المتعارضة في مسألة الفحص الطبي وهذا المسلك أولى من تغليب اعتبار على آخر[2].

- **الفرع الثاني: الفحص الطبي من الجانب الشرعي**

لم يتطرق العلماء القدامى لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج نظرا لما تميز به المسلمون من صفة الصدق والأمانة في الإخبار عن عيوبهم النفسية والجسدية عموما، ولبساطة الحياة آنذاك، ولعدم وجود الإمكانيات العلمية التي تمكنهم من إجراء الفحص الطبي للتأكد من خلو المقبلين على الزواج من الأمراض، ولهاته الأسباب لم تكن فكرة الفحص الطبي قبل الزواج موجودة.

ويعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من النوازل التي أثارت الجدل بين الفقهاء، فهو قضية مستجدة تحتاج إلى بحث ونقاش من قبل العلماء والباحثين لمعرفة حكم الشرع فيها، كما أنه من

[1]– أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 86.

[2]– حسن صلاح الصغير عبد الله، مرجع سابق، ص 87.

المستجدات التي وجب الاجتهاد فيها بحكم أنه لم يرد فيها نص صريح قطعي يفصل في الحكم فيها.

أما الفقهاء المعاصرون فقد اتفقوا على أن قضية الفحص الطبي قبل الزواج من القضايا المهمة في الزواج، وأجازوه تحت مسمى العلاج والتداوي ولكنهم اختلفوا في قضية حكم إجبار الناس وإلزامهم بالفحص الطبي وجعله كشرط لإتمام العقد قبل الزواج، إذ انقسموا بين مؤيد ومعارض:

- **القول الأول:** يجوز لولي الأمر إصدار قانون يلزم فيه كل المتقدمين للزواج إجراء الفحص الطبي، بحيث لا يتم الزواج إلا بعد إعطاء شهادة طبية يثبت أنه لائق طبيا وممن قال به: محمد شبير وأسامة الأشقر، وعارف علي العارف ومحمد الزحيلي، وناصر الميمان وحماتي ماء العينين شبيهنا وعبد الله إبراهيم موسى.

- **القول الثاني:** لا يجوز إجبار أي شخص لإبرام الفحص الطبي قبل الزواج، ويستحب تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة بأهمية إجراء هذا الفحص قبل الزواج وممن قال به: عبد العزيز بن باز، ومحمد رأفت عثمان، وعبد الكريم زيدان ومحمد عبد الستار الشرين[1].

والحقيقة أن المذاهب الفقهية الأربعة تطرقت إلى موضوع العيوب التي يفسخ بها النكاح وأصلت فيه وبينت أحكامه وما يترتب عليه من آثار، وسنتناول هذا التفصيل بشيء من الايجاز بحيث نذكر اختلاف الفقهاء في العيوب والأمراض التي تجيز الفسخ على النحو التالي:

أ -**الحنفية:** قالوا ليس في النكاح ما يوجب الحق في طلب الفسخ لا بشرط ولا بغير شرط مطلقا إلا في ثلاثة أمور وهي كون الرجل عنينا ومجبوبا أو خصيا، أما ما عدا ذلك فلا يترتب عليه فسخ النكاح، ولو اشتد كالجذام والبرص ونحوهما سواء حدث قبل العقد أو بعده وسواء اشترط السلامة منه أو لا.

ب -**المالكية:** قالوا العيوب التي يفسخ بها النكاح ثلاثة عشر عيبا وتنقسم إلى 03 أقسام:

---

[1]- عبد الدايم بن حديد، **الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة غرداية، 1435/1434هـ=2014/2013م، ص 56.

1 –عيوب مشتركة بين الزوجين: وهي أربعة الجنون والجذام والبرص وعذيطة، ويضاف إليها أيضا أن يكون أحدهما خنثى واضح الخنوثة.

2–الخاصة بالرجل: وهي أربعة الجب، العنة، الخصاء والاعتراض، للمرأة الحق بطلب الفسخ إذا كانت لا تعلم بها قبل العقد.

3–الخاصة بالمرأة: وهي خمسة الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبخر، هذه هي العيوب التي يفسخ بها العقد دون اشتراط.

أما شروط الفسخ بها فهي ثلاثة:

– أن لا يكون طالب الفسخ عالما بالعيب قبل العقد.

– أن لا يرض بالعيب بعد العقد (صراحة أو ضمنا).

– أن لا يتلذذ أحدهما بالآخر بتقبيل أو تفخيض ونحو ذلك.

وهناك عيوب أخرى كالسواد والقراع والعمى والعور والعرج والشلل وكثرة الأكل فإنها لا تعتبر إلا إذا اشترط أحد الزوجين السلامة منها صريحا.

ج –الشافعية: قالوا كما قال المالكية أن الإنسان قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه.

1 –العيوب المشتركة بين الزوجين: هي الجذام والبرص والجنون.

2 –الخاصة بالرجل: فهما الجب والعنة.

3 –الخاصة بالمرأة: فهما الرتق والقرن.

وأما غيرها من العذيطة أو استحاضة أو بهق أو بخر أو نحو ذلك من الأمراض فلا يثبت بها خيار الفسخ، وكذا إذا كان أحد الزوجين خنثى واضح الخنوثة، أما الخنثى المشكل فلا يصح العقد عليه رأسا، ويشترط للفسخ بكل عيب من العيوب زيادة على ما مضى شرطان:

– رفع الأمر للقاضي خلافا للحنفية.

– إقامة البينة على العيب بإقرار عند القاضي أو عند شاهدين بها عند القاضي.

أما السلامة من العيوب الأخرى كالسواد ونحوه فقد مر حكمها في الشروط[1].

[1]– عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، بتصرف، ص 909 وما يليها.

د –**الحنابلة:** قالوا العيوب في النكاح على ثلاثة أقسام وهي:

1–العيوب المختصة بالرجل: وهي الجب والعنة والخصاء، ويشترط في الفسخ شروط:

– أن يرفع للحاكم دون غيره.

– أن يكون الزوج بالغا.

– أن لا ترضى الزوجة بالعنة قبل العقد فلا تأجيل في فسخه وفاقا للحنفية وخلافا للمالكية والشافعية، أما إذا علمت بعد الدخول وسكتت بدون أن تصرح بالرضا فلا يسقط حقها، أما إذا قالت رضيت صريحا فلا خيار لها أبدا.

2–العيوب المختصة بالمرأة: وهي الرتق والقرن والعفل والفتق "الإفضاء" والاستحاضة ويخرج الفرج نتنا يخرج منه بالوطء، أما بخر الفم فهو عيب مشترك فإذا وجد أحد هذه العيوب في المرأة كان للرجل الحق في طلب الفسخ في الحال.

3–**العيوب المشتركة بين الزوجين:** وهي الجنون والجذام والبرص وسلس البول واستطلاق الغائط "الإسهال الدائم" والعذيطة وقروح سيالة من فرج المرأة أو ذكر الرجل "كالسيلان والزهري" والباسور أو الناسور وقراع رأس له رائحة منكرة وبخر فم، وأن يكون أحدهما خنثى واضحا أما المشكل فإن العقد يبطل معه.

أما البرص والجذام والجنون فتجعل لأحدهما حق في طلب الفسخ في الحال سواء كان صغيرا أو كبيرا، ولا فرق في الفسخ بعيب من العيوب المذكورة جميعا بين أن تكون موجودة قبل العقد أو بعده، كما لا فرق فيها بين أن يكون قبل الدخول أو بعده.

ولكن يشترط في ثبوت حق الفسخ بها كلها عدم الرضا (صريحا أو ضمنا)، ولا يشترط أن يكون أحدهما خاليا من العيب كما يقول الشافعية والمالكية خلافا للحنفية[1].

[1]– عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، بتصرف، ص 218، 219.

واستدل الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة) بما ورد من أن النبي صلى الله عليه وسلم "تزوج امرأة من بني غفار فأبصر بكشحها بياضا فقال لها ألبسي ثيابك والحقي بأهلك"[1]، فثبت الرد بالبرص للخبر وقيس عليه سائر العيوب لأنها في منع الاستمتاع كالجذام، وجاء في تعليل خيار العيب في النكاح بسبب العيوب (الجب والعنة) عند الحنفية أنه لدفع الضرر عن المرأة.

وعليه فلا وجه للاقتصار على عيوب معينة دون غيرها في خيار فسخ العقد بل كل عيب يترتب عليه ضرر شديد في الحياة الزوجية، ويؤدي إلى نفور الزوج من زوجته أو الزوجة من زوجها يترتب عليه الخيار، وبالتالي يفحص منه طبيبا قبل الزواج حتى لا يترتب على الزواج خيار الفسخ[2].

الكشف الطبي قبل الزواج يعزز مقصود النكاح من الرحمة والمودة ويوجب الخيار،وبعد استقراء لتفصيل المذاهب الفقهية المتعددة فيما يتعلق في حق التفريق والفسخ للعيوب أي الأمراض التناسلية المعدية أو الوراثية أو غيرها من الأمراض التي تقاس عليها، وعلى هذا الأساس نعتقد أن المشرع الجزائري اقتبس من الشريعة الإسلامية بمذاهبها المتعددة فكرة الكشف الطبي قبل الزواج التي نص عليها في المادة 07 المعدلة بالأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

❖ المبحث الثاني: بعض شروط عقد الزواج

➢ المادة 09 مكرر: الجديدة بـ [أمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]

- يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

---

[1]- رواه البيهقي، **سنن البيهقي الكبرى**، ج07، ص 256، رقم 14266، ورواه الحاكم النيسابوري **المستدرك** على الصحيحين، ج04، ص 36، رقم 6808، وهو حديث مرسل وفيه جميل بن زيد وهو مطروح متروك عن زيد بن كعب وهو مجهول، أنظر ابن حزم، **المحلى**، ج10، ص 115.

[2]- المفتي صفوان محمد عضيبات، مرجع سابق، ص 66، 67.

المادة 09 مكرر هي مادة جديدة بمقتضى الأمر 02/05 حيث أن المشرع جعل ما كان يعتبره أركان من صداق وولي وشهود حسب نص المادة 09 من قانون الأسرة القديم، جعل منهم شروط وأضاف لهم أهلية الزواج وانتفاء الموانع.

استلهم المشرع نص هذه المادة من بعض قوانين الأسرة العربية وهي كالآتي:

– جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري[1] في كل من المادتين 08 و09 الفصل الثاني عقد الزواج الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه ما يلي:

المادة 08: "يشترط في الإشهاد على زواج المسلم حضور شاهدين مسلمين بالغين..."

المادة 09: "يشترط لصحة عقد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا".

– نص قانون الأحوال الشخصية السوري[2] في المادة 12 الرضا والعلانية الباب الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين".

– أما القانون المغربي[3] فقد نص في المادة 13 الباب الثاني الزواج القسم الأول الخطبة والزواج الكتاب الأول الزواج على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، عدم الاتفاق على إسقاط الصداق، ولي الزواج عند الاقتضاء، سماع العدلين، التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه، انتفاء الموانع الشرعية".

– كما نص القانون الليبي[4] في المادة 12 الفصل الثالث أركان الزواج وشروطه الباب الأول الزواج على أنه:

" أ) –يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا.

[1]– مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية السوري، رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

[4]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

ب) –ألا تكون المرأة مشركة.

ج) –ألا يكون الزوج غير مسلم بالنسبة للمرأة المسلمة".

♦ شروط عقد الزواج

سعى المشرع الجزائري من خلال تعديله الأخير بمقتضى الأمر 02/05 والمتضمن قانون الأسرة إلى تحديد ما يعد ركنا في عقد الزواج وما يعد شروطا فيه، حيث اعتبر الرضا ركنا وحيدا للزواج في المادة 09 المعدلة، بينما اعتبر باقي عناصر العقد شروطا له بحسب ما نصت عليه المادة 09 مكرر والتي جاء فيها ما يلي:

"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: الأهلية، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وجدير بالذكر أن المشرع كان يعتبر هذه الشروط قبل التعديل أركانا، حيث كانت تنص عليها المادة 09 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والتي كان مفادها الآتي: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق" تحت عنوان أركان الزواج.

ويرى الدكتور بن شويخ الرشيد أنه يمكن أن نقسم الشروط إلى قسمين أساسيين هما الشروط الموضوعية والشروط الشكلية "الإجرائية" لانعقاد الزواج، وذلك للاختلاف القائم بين الفقهاء حول نظرتهم إلى موضوع الأركان والشروط وفق المذاهب الفقهية، وكذا للتغييرات التي طرأت على قانون الأسرة الجزائري بمقتضى التعديل الأخير وحتى يتسنى التعامل مع هذه المستجدات.

ونعني بالشروط الشكلية أو الإجرائية للانعقاد تقديم الشهادة الطبية قبل الزواج، والرخصة في حالة الزواج دون السن القانونية أو الرخصة في حالات أخرى، والشروط الشكلية في حالة التعدد بالإضافة إلى تحديد الجهات المختصة في إبرام عقد الزواج وكيفية إثباته.

أما الشروط الموضوعية فنعني بذلك العناصر الأساسية التي حددها قانون الأسرة الجزائري كمرتكزات الانعقاد[1]، وهي ركن الرضا حسب المادة 09 المعدلة والشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر وهي كالتالي:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

وحتى يتم إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية استلزم القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة 09 مكرر، بالإضافة إلى ركن الرضا، غير أنه لم يحدد طبيعتها وعلى الأرجح هي شروط صحة[2].

وسنقتصر في هذا المبحث على التطرق لثلاثة شروط فقط وهي: شرط الشهادة وشرط انتفاء الموانع وأخيرا شرط الأهلية.

♦ المطلب الأول: الإشهاد (المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري)

▪ الفرع الأول: شرط الشهادة من الجانب القانوني

اختص عقد الزواج بشرطية الشهادة لما أثقل عليه من مزايا ذات شأن عظيم وما تتميز به من صفات وآثار ذات خطر كبير، كيف وقد ترتب على شرعيته تكوين الأسر، وتوثيق الصلات، كما ارتبط به صلاح المجتمع وتحقيق صلة المصاهرة التي هي لحمة كلحمة النسب، فعقد هذا شأنه وهذا أثره حري بكل تكريم وجدير بكل تقدير، لقد طلب الشارع إعلان الزواج إظهارا لقدره وطلب إشهار بين الناس ليتضح الفرق بين الحلال والحرام، وتنقطع ألسنة السوء وليوصد الباب أمام كل من يحاول جحود الزوجية وإنكار العقد، فبالإشهار يتمكن الشهود من أداء الشهادة على وجهها متى طلبت منهم[3].

---

[1]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 55، 56.

[2]– مرجع نفسه، ص 60.

[3]– عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 109.

وللأهمية البالغة التي يكتسبها شرط الإشهاد في ضمان شرعية عقد الزواج وإثباته عند إنكاره أو جحوده من أحد الزوجين، فقد فرضته غالبية التشريعات المعاصرة من بينها قانون الأسرة الجزائري حيث نص عليه في المادة 09 مكرر والفقرة 02 من المادة 33 المعدلة، أين تعرض في هذه الأخيرة لأثر تخلفه في عقد الزواج.

هذا ولم يخص المشرع الجزائري الشهادة أو الشاهدين أو الإشهاد بأي تعريف محدد ولم يعر أي اهتمام للحكمة من وجوده ولا للشروط الواجب توافرها في الشهود[1]، مما يتطلب الرجوع إلى الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وبالإضافة إلى ذلك فإن الإشهاد على الزواج يمثل وسيلة إثبات هامة يجوز الاعتماد عليها أمام القضاء، للحكم بوجود الرابطة الزوجية في حالة جحود أحد الزوجين للعلاقة الزوجية الصحيحة ولإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره، وذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني والاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين.

باشتراط الإشهاد امتاز عقد الزواج عن سائر العقود المدنية الأخرى وذلك لشرف محله ولخطورة آثاره المتعلقة بالأعراض والأنساب وثبوت النسب والإرث وغيرها[2].

- **أثر تخلف شرط الإشهاد في القانون الجزائري**

لقد كان قانون الأسرة القديم يجعل من حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج وفق المادة 09 منه، وتخلفهما ينتج عنه فسخ الزواج وفقا لنص المادة 32 والمادة 33 من نفس القانون، وفي حالة اقتران تخلف شرط الشهود مع أحد الأركان الأخرى، يتحول الفسخ إلى بطلان، إلا أن المشرع الجزائري وفق التعديل قد عدل عن موقفه هذا وكيف الشهادة في عقد الزواج على أنها شرط صحة فيه طبقا للمادة 09 مكرر، مسايرا بذلك مذهب جمهور الفقهاء وتخلف هذا الشرط يترتب عنه فسخ عقد الزواج قبل الدخول، ولا تستحق الزوجة صداقا ويثبت

[1]– يوسفي كهينة، ولامي ليلى، مرجع سابق، ص 54.

[2]– العربي بلحاج، مرجع سابق، **ج01**، ص 252، 253.

بعد الدخول بصداق المثل طبقا للفقرة 02 من نص المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري[1].

- **الفرع الثاني: شرط الشهادة من الجانب الشرعي**

إن الشريعة الإسلامية أحاطت الميثاق الغليظ بشروط خاصة لأهميته وميزته عن باقي العقود الأخرى، فهو يعتبر أخطر العقود وأن مصير المرأة مرهون بمدى كفاءة الزوج ومدى مناسبته لسمعتها وسمعة أهلها، وعلى هذا الأساس فإنه يتطلب شهادة عند إبرام عقد زواجهما.

- **تعريف الشهادة**

1 –لغة: الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان بحق على آخر، فعلى هذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة، وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور، لأن الشاهد يحضر مجلس القضاء لأداء فسمي الحاضر شاهدا وأداؤه شهادة[2].

2 –اصطلاحا: هي عبارة عن إخبار بتصديق مشروطا فيه مجلس القضاء، وقولهم أشهد بكذا أحلف، وشهد له بكذا شهادة أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد، والجمع شَهْدٌ مثل صَاحِبٍ وصَحْبٍ وجمع الشَهْدِ شهود وأشهاد، وقالوا الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتمانها إذ طالبهم المدعي، لقوله تعالى:﴿... وَلَا يَأْبَى ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ... ﴾[3]، إذ النهي عن الإباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء، وأيضا قوله تعالى:﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾[4]، وفيها وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب، والشهادة صفة من صفات الله تعالى

[1]– يوسفي كهينة، ولامي ليلى، مرجع سابق، ص 59، 60.

[2]– الشيخ قاسم القونوي، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتبادلة بين الفقهاء**، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط01، 1406هـ=1986م، ص 235.

[3]– سورة البقرة، الآية 282.

[4]– سورة البقرة، الآية 283.

الذاتية قال الله تعالى:﴿ثُمَّ اللَّهُ شَهِيدٌ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ﴾[1]، وقال عز وجل أيضا:﴿وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾[2]، ومبنى الشهادة على الصدق وفيها إحياء الحقوق الذاهبة وإبداء الدعاوى الناصبة وهو المقصود[3]، وقال عليه الصلاة والسلام: "أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحي بهم الحقوق"[4]، ويعرف الإشهاد أنه إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة، وصدق الخبر هو مطابقته للواقع و به يخرج الإخبار الكاذب، وهو في عقد الزواج أن يحضر حال إجرائه عدد معين من الأشخاص للتأكد من حصوله[5].

- **الإشهاد أو الإعلان؟**

وبهذا الشرط يتميز النكاح من السفاح، وقد اختلف أهل العلم فيما يشترط في صحة النكاح، الإشهاد أم الإعلان؟ أم كلاهما؟ أو أحدهما؟ أم لا شيء منهما؟ فهذه خمسة أقوال:

1 –الإشهاد شرط والإعلان مستحب هذا مذهب الجمهور أبي حنيفة ومالك والمعتمد عند المتأخرين والشافعي ورواية عن أحمد، و به قال النخعي والثوري والأوزاعي.

2 –الإعلان شرط والإشهاد مستحب وهذا هو الصحيح عند مالك ورواية عن أحمد وبعض الحنفية، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، قالوا فلو زوجها الولي ولم يكن بحضرة شهود ثم أعلن النكاح وشاع بين الناس فقد صح النكاح وحصل المقصود.

3 –يشترط الإعلان والإشهاد وهو الرواية الثالثة عن أحمد.

4 –يشترط أحدهما وهو الرواية الرابعة عن أحمد و به قال ابن حزم.

---

[1]– سورة يونس، الآية 46.

[2]– سورة البروج، الآية 09.

[3]– الشيخ قاسم القونوي، مرجع سابق، ص236، 237.

[4]– أخرجه الخطيب وابن عساكر من حديث عبد الصمد بن علي بن عبد الله بن عباس بن جده ابن عباس ولقد ذكر ابن الجوزي فيما حكاه عن الخطيب تفرد به عبيد الله بن موسى وقد ضعفوه، وقال ابن عساكر قال العقيلي حديث غير محفوظ وفي الميزان عنه حديث منكر وجزم الضغاني بوضعه ولم يستدركه عليه العراقي وحكم المؤلف في المؤلف في الدرر بأنه منكر، أنظر **أنيس الفقهاء**، مرجع سابق، ص 237.

[5]– يوسفي كهينة، ولامي ليلى، مرجع سابق، ص 54.

5 –لا يشترط الإعلان والإشهاد وهو قول شاذ منقول عن ابن أبي ليلي وأبي ثور وغيرهما[1].

- **شروط الشهود عند القائلين به**

يشترط في الشهود الذين يصح بهم عقد النكاح ما يلي:

1 –**العدالة:** وهي عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب لما هو محظور دينا، وتتحقق العدالة باتصاف الشاهد بالإسلام والبلوغ والعقل وعدم الفسق، ولذلك لا تكفي هنا شهادة المعروف بالفسق ولا من لا تعلم عدالته أي مجهول الحال.

2 –**الذكورة:** لا تجزئ شهادة النساء في النكاح وما شابهه من الحقوق البدنية عند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة)، خلافا للحنفية والظاهرية.

3 –**ألا يكون وليا لأحد الطرفين:** أي ألا يكون الشاهد وليا للزوج أو الزوجة دفعا للتهمة أو الشبهة.

4 –**العدد:** بأن يكون اثنين فأكثر، فلو شهد واحد فقط على العقد أو قبل البناء فسخ العقد ولا حدَّ.

5 –**ألا يوصي الزوج الشهود بكتمانه:** أي لا يكون نكاح سر[2].

- **خلاصة الشهود في فقه المذاهب الأربعة**

اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل، وخالف المالكية فقالوا إن وجود الشاهدين ضروري ولكن لا يلزم أن يحضر العقد بل يحضران الدخول، أما حضورهما عند العقد فهو مندوب فقط.

اتفق الشافعية والحنابلة على اعتبار العدالة في الشاهدين وعلى أنه يكفي العدالة ظاهرا، فإذا عرف الشاهد بالعدالة في الظاهر عند الزوجين صحت شهادته على العقد ولا يكلف

[1]– أبي مالك كمال بن السيد سالم، مرجع سابق، **ج03**، ص 149.

[2]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 149، 150.

الزوجان البحث عن حقيقة أمره لأن ذلك فيه مشقة وحرج، وقال المالكية إن وجد العدل فلا يعدل عنه إلى غيره وإن لم يجد فتصح شهادة المستور الذي لم يعرف بالكذب.

واتفق الثلاثة على اشتراط الذكورة في الشاهدين، أما الحنفية فقالوا العدالة غير شرط في صحة العقد ولكنها شرط في إثباته عند الإنكار، ولا تشترط الذكورة فيصح بشهادة رجل وامرأتين، ولكن لا يصح بالمرأتين وحدهما بل لابد من وجود رجل معهما[1].

وفي الأخير وعلى ضوء كل ما تقدم نعتقد بأن المشرع أخذ في التعديل الأخير برأي الجمهور حين اعتبر الشهادة شرط في صحة الزواج.

- **المطلب الثاني: انتفاء الموانع (المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري)**
  - **الفرع الأول: شرط انتفاء الموانع من الجانب القانوني**

يطلق مصطلح الموانع على المحرمات، وهو في الاصطلاح القانوني كل ما يتعلق بالمرأة ويحول بينها وبين الرجل في الزواج[2].

فالأمر يتعلق أساسا بالمرأة من الناحية الإيجابية وبالتالي فالأمر يكون سلبيا في جانب الرجل[3]، حيث يشترط على المرأة أن تكون غير محرمة على الرجل الراغب في الزواج منها تحريما قطعيا لا خلاف فيه، ولا تختفي حرمته على عامة الناس لأن العقد المحرم تحريما أبديا يترتب عليه زواجا باطلا[4].

والمشرع قد استحدث تسمية جديدة لم تجر كثيرا على ألسنة الفقهاء القدامى ولم يتعارفوا عنها كما تعارفوا على المحرمات من النساء وهو في تسميته هذه له جانب من الصواب، ذلك أنه وإن كان قد تجاوز ما سار عليه القدامى وتعارفوا عليه إلا أن له مبرره، فالقول مثلا

---

[1]– عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ص826.

[2]– البشير كوثر، **أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017م_2018م، ص 32.

[3]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 50.

[4]– البشير كوثر، مرجع سابق، ص 32.

بالمحرمات من النساء يوحي بأن التحريم مرتبط بالمرأة سواء ما كان منه مؤبدا أو ما كان مؤقتا، لكن الحقيقة أن هذه الحرمة ليست خاصة بالمرأة دون الرجل بل هي مشتركة في بعض الأحيان، وذلك بتحقيق وصفها فيهما معا وهذا كالمحرمات من النسب أو الرضاع أو المصاهرة، وقد يكون المانع أجنبيا عنها أصلا كتعلق حق الغير بها كمن تكون معتدة من طلاق أو وفاة ولو قبل الدخول، وأحيانا أخرى يكون المانع بسبب الرجل لا بسبب من المرأة المراد الزواج بها، كمن يكون في عصمته أربع نسوة وأراد الزواج بأخرى فيمنع، والمنع في هذه الحالة بعيد كل البعد عن المرأة إذ هي صالحة لأن تكون محلا للعقد ولكن هو شرعا منع من ذلك، أو كانت هي مسلمة وكان هو غير مسلم، فالمانع بسببه هو أيضا إذ هي صالحة لأن تكون زوجة ولكن مانعا اتصف به وهو الكفر منعه من الزواج، من هذه الجوانب رأى المشرع أن إطلاق لفظ الموانع أشمل من لفظ المحرمات فاعتمده لديه[1].

وتنقسم هذه الموانع إلى قسمين الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة، وعندما صدر قانون الأسرة خلال سنة 1984م تبنى كل هذه الموانع وهذه المحرمات وذكرها ضمن مواد من المادة 23 إلى المادة 31 ذِكْرا مرتبا ومفصلا.

ولما صدر الأمر 02/05 خلال سنة 2005م بتعديل قانون الأسرة اشتمل على ما اشتمل عليه هذا القانون، ولم يتناول بالتعديل سوى المادتين 30 و31 حيث أهمل النص تلك التي تزيد على العدد المرخص شرعا[2].

[1]– عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص 43.

[2]– البشير كوثر، مرجع سابق، ص32.

كما أن التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري أضاف شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج إلى شروط إبرام عقد الزواج وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر في فقرتها 05.

والموانع جمع مفردها مانع وهو الحائل ويقصد به هنا الحائل الذي يمنع من تحقيق إرادة شخصين من الزواج والاقتران، ذلك لأن المرأة لا تحل لكل عاقد[1]، وقد تكون محرمة عليه بصفة مؤبدة أو بصفة مؤقتة حسب المادة 23 من قانون الأسرة الجزائري، وأسباب التحريم هي إما مؤبدة وإما مؤقتة وبالتالي فإن المحرمات من النساء نوعان:

- **محرمات تحريما مؤبدا:**

بمعنى أن المرأة لا تحل في أي وقت من الأوقات، لأن السبب في ذلك يتصل بالصفة اللازمة للمرأة وهي غير قابلة للزوال مثل القرابة[2].

ذكرت هذه الموانع من المحرمات في المادة 24 ثم أتى تفصيل ذلك وبيانه في 05 مواد (من المادة 25 إلى المادة 29)، ومن تلك النصوص نتبين بداية أن المشرع لم يأخذ بما أخذ به المالكية في جميع المحرمات، وإنما ساير الجمهور في رأيهم معتمدا على ما أتفق عليه، ذلك أن المالكية زيادة على المحرمات نسبا ورضاعا ومصاهرة قالوا بتحريم المنكوحة حال العدة والملاعنة تحريما مؤبدا[3].

- **محرمات تحريما مؤقتا:**

بمعنى أن المرأة لا تحل على من حرمت عليه، ما دامت الحالة التي وجد فيها سبب التحريم المؤقت قائما، فإذا رفع سبب التحريم صارت المرأة حلالا لمن حرمت عليه لأن السبب

[1]– محمد محدة، مرجع سابق، **ج01**، ص 308.

[2]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 50.

[3]– محمد محدة، مرجع سابق، **ج01**، ص 310.

هو وصف طارئ على المرأة مثل المرأة المعتدة أو زوجة الغير[1]، ولقد نص المشرع على المحرمات حرمة مؤقتة في المادة 30 المعدلة و هن كالتالي:

1 –المحصنة.

2–المعتدة من طلاق أو وفاة.

3 –المطلقة ثلاثا.

4 –الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع.

5–زواج المسلمة من غير المسلم.

وقد وردت حالة قد تخرج عن موانع الزواج لكنها تقيده[2]، بحيث أن المادة 31 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية".

- **أثر الزواج بإحدى المحرمات**

نص المشرع على حكم الزواج بإحدى المحرمات في المادة 34: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

وعليه نستخلص من نص هذه المادة ثلاث نقاط أساسية وهي:

1–فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده: إذا لم يدخل الزوج بزوجته اتفق الفقهاء أنه يجب عليهما الافتراق من تلقاء أنفسهما، وإلا فرق بينهما القاضي لفساد العقد.

أما إذا تم الدخول فيفسخ العقد دون طلاق، وتحكم المحكمة ببطلان الزواج تلقائيا أو بطلب من كل ذي مصلحة، مما يعني أنه متى تبين وجود المانع بسبب الحرمة وجبت الفرقة سواء قبل الدخول أو بعده.

[1]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 50.

[2]– مرجع نفسه، ص 54.

2-ثبوت النسب: فكل عقد أبرم مع إحدى المحرمات وتم فسخه، يترتب عليه إثبات نسب الحمل أو الولد على الزوج، وتسجيله في سجل الحالة المدنية على لقب واسم هذا الزوج باعتباره والده البيولوجي إذا كان قد ولد بين أدنى وأقصى فترة الحمل وخلال فترة ما بعد العقد.

3-وجوب الاستبراء: فإذا دخل الرجل بالمرأة وتم فسخ العقد بينهما لثبوت المانع وجبت عليها العدة من وقت الفرقة للتأكد من براءة رحمها، ويضيف الفقه أنه إذا كان الزوجان سيئا النية (بأن يعلما بأن زواجهما محرم باطل) فإن الحد يطبق عليهما، كما أن نص المادة 32 المعدلة فيها إشارة لأسباب البطلان حيث جاء فيها أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، فإذا اشتمل الزواج على مانع سواء أكان مؤبدا أو مؤقتا فسخ العقد إذا تبين أمره قبل الدخول، ولا تستحق المرأة شيئا من الصداق وفقا للقاعدة القائلة "كل فسخ قبل الدخول لا مهر فيه"[1].

- **الفرع الثاني: شرط انتفاء الموانع من الجانب الشرعي**

اختصت الشريعة الإسلامية في كثير من المواضيع بتشريعات مفصلة تفصيلا دقيقا لا مجال للرأي فيه، لأنها من الأمور الخطيرة التي لو تركت للبشر لعاثوا في الأرض فسادا، ومن ضمن هذه الأمور قضايا الزواج والطلاق والنفقة والميراث وغير ذلك من الأمور المتعددة، وما دمنا بصدد الحديث عن الزواج فإن الشريعة الإسلامية قد حددت في باب موانع الزواج أصناف النساء اللاتي يحرم التزوج بهن، والمحرمات من النساء الأحكام فيها لا تختلف باختلاف الزمان والمكان لأنها من الأمور الثابتة التي لا تقبل التغيير ولا التبديل، وليس فيها مجال الاجتهاد لأنه لا اجتهاد مع وجود نص[2].

[1]- يوسفي كهينة، ولامي ليلى، مرجع سابق، ص 72.

[2]- بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 84

ولقد اقتضت حكمة الله تعالى أن لا يترك للرجل الزواج بكل من شاء من النساء، بل هناك من النساء من تقتضي المصلحة عدم الزواج بهن لارتباطه معهن بعلاقات أخرى، أو لارتباطهن بعلاقات أخرى[1].

- **تعريف المانع**

1 –لغة: منع الميم والنون والعين أصل واحد هو خلاف الإعطاء ومنعته الشيء منعا، وهو مانع ومناع ومكان منيع وهو في عِز ومَنْعَة[2].

والمانِعُ: من صفات الله تعالى له معنيان أحدهما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت"[3]، فكأنه عز وجل يعطي من استحق العطاء ويمنع من لم يستحق إلاَّ المنْعَ، ويعطي من يشاء ويمنع من يشاء وهو العادل في جميع ذلك، والمعنى الثاني من تفسير المانع أنه تبارك وتعالى يمنع أهل دينه أي يَحُوطُهُم وينصُرُهُم، وقيل يمنع من يريد من خلقِهِ ما يُرِيدُ ويعطيه ما يريد، ومن هذا يقال فلان في منعة أي في قوم يحمونه ويمنعونه، وهذا المعنى في صفة الله جل جلاله بالِغٌ إذ لا منعة لمن لم يمنعه الله ولا يَمْتَنِع من لم يكن الله له مانعا[4].

2 –اصطلاحا: عند الأصوليين ما يوجب انعدام الحكم عند وجود السبب[5].

– **المـــانع** عرفـوه بأنــه مــا يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم.

وهو إما أن يكون مانعا للحكم وتعريفه بأنه وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة تقتضي حكم السبب مع بقاء حكم المسبب، أو يكون المانع لسبب الحكم والمانع هنا وصف

---

[1]– نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 78.

[2]– أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، مرجع سابق، **مج02**، ص 490.

[3]– **صحيح البخاري**، مرجع سابق، كتاب القدر، باب لا مانع لما أعطى الله، رقم الحديث 6615، ص 1640.

[4]– ابن منظور، مرجع سابق، ص 4276، 4277.

[5]– المفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، مرجع سابق، ص 191.

يدخل وجوده بحكمة السبب وسمي الأول مانع الحكم لأن سببه مع بقاء حكمته لا يؤثر، والثاني مانع السبب لأن حكمته فقدت مع وجود صورته فقط[1].

وضع الإسلام نظاما كاملا للتحريم في الزواج طبقا للأهداف والمصالح التي أرادها الشارع الحكيم من الأسرة والمجتمع، وقد أوضح القرآن الكريم جوانب هذا النظام التي يتفق مع الفطرة وتؤيده المصلحة وينقسم هذا النظام إلى قسمين هما:

– التحريم المؤبد وله ثلاث أسباب: النسب، الرضاع، المصاهرة.

– التحريم المؤقت وعن أسبابه التي أشار إليها القرآن: أن تكون المرأة زوجة الغير ومحصنة أو للجمع بين المحارم والإشراك بالله والتطليق ثلاثا[2].

- **الموانع المؤبدة**

هي المحرمات مؤبدا على وجه التأبيد، المقصود بالمحرمات من النساء مؤبدا أو على وجه التأبيد أو حرمة مؤبدة النساء اللائي لا يحل للرجل نكاحهن أبدا، لأن السبب الذي دعا إلى هذه الحرمة وصف لاصق بهن لا يتصور زواله، ولهذا تبقى هذه الحرمة مؤبدة أو على وجه التأبيد مثل حرمة نكاح الأم عل ابنها فيحرم على الابن أن يتزوج أمه، وسبب التحريم الأمومة وهو وصف لاصق بالأم بالنسبة لابنها ولا يتصور زوال هذا الوصف عنها فتبقى حرمتها عليه مؤبدة فلا يجوز أن يتزوجها أبدا[3].

وتنحصر المحرمات حرمة مؤبدة في ثلاثة أصناف هي محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة، ومحرمات بسبب الرضاعة.

---

[1]– نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 80.

[2]– سعادي لعلى، **الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014م_2015م، ص 106.

[3]– عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، **ج06**، ص 200.

وقد جمعها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَاؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَٰحِشَة وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (22) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَائِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا (23) وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ النِسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (24) ﴾[1].

1-المحرمات بسبب القرابة: أربعة وهي

- الأصل من النساء وإن علا، فتحرم عليه أمه وأم أبيه وأم أمه وجدة أبيه وجدة أمه وهكذا.
- الفرع وإن نزل، فتحرم عليه بنته وبنت بنته وبنت ابنه وبنت ابن ابنه وبنت بنت بنته وهكذا.
- فروع أبويه وفروع فروعها وإن نزلن، فيحرم عليه أخواته مطلقا شقيقات كن أو لأب أو لأم، وتحرم عليه بنت أخته وبنت أخيه وبنت بنت أخيه وبنت بنت أخته، وبنت ابن أخيه وبنت ابن أخته وهكذا.
- فروع أجداده وجداته إذا انفصلن بدرجة واحدة، فيحرم عليه عماته وخالاته وعمات أبيه وعمات أمه وخالات أمه وخالات أبيه وهكذا.

والدليل على تحريم ما سبق قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾[2]، ولا يحرم عليه بنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات لأنهن انفصلن عن أجداده بدرجتين لا بدرجة واحدة[3].

---

[1]- سورة النساء، الآية 22، 23، 24.

[2]- سورة النساء، الآية 23.

[3]- محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 58.

2-المحرمات بسبب المصاهرة: وهن أربعة أنواع

- فروع زوجته المدخول بها سواء بقيت الزوجة في عصمته أو طلقها أو ماتت، فيحرم عليه بنات زوجته المدخول بها من غيره وبنات بناتها وبنات أبنائها، فإن لم يدخل بالأم بأن عقد عليها فقط لا تحرم البنت، وذلك لقوله تعالى:﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ الَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ الَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[1]، والآية الكريمة معطوفة على قوله تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾[2].

- أصول زوجته سواء دخل بزوجته أم لا، فيحرم عليه أم زوجته وجداتها بمجرد العقد عليها لقوله تعالى:﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[3]، والآية معطوفة على قوله تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾[4].

- زوجات أصوله، فيحرم عليه زوجة أبيه وإن لم يدخل بها وزوجة جده لأبيه وزوجة جده لأمه وإن علوا لقوله تعالى:﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[5].

- زوجات فروعه، فيحرم عليه زوجة ابنه وإن لم يدخل بها وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته وإن نزلوا ودليله قوله عز وجل:﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُم﴾[6]، وقيد الله سبحانه وتعالى الأبناء أن يكونوا من الأصلاب ليخرج زوجات الأبناء بالتبني فإنهن لا يحرمن، وقد حرم التبني في الإسلام[7].

---

[1]- سورة النساء، الآية 23.

[2]- سورة النساء، الآية 23.

[3]- سورة النساء، الآية 23.

[4]- سورة النساء، الآية 23.

[5]- سورة النساء، الآية 22.

[6]- سورة النساء، الآية 23.

[7]- محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 59، 60.

3-المحرمات بسبب الرضاعة: المحرمات بسبب الرضاع هن المحرمات بسبب القرابة والمحرمات بسبب المصاهرة ولما كانت محرمات القرابة أربعة أنواع ومحرمات المصاهرة أربعة أيضا كانت المحرمات بسبب الرضاعة ثمانية أنواع هي:

- أصول الشخص من الرضاع مهما علوا، أي الأمهات اللاتي أرضعن وأمهاتهن نسبا أو رضاعا فإذا رضع طفل من امرأة صارت له أما من الرضاع، واعتبر زوجها في ذلك الوقت أبا له، ويصبح الرضيع ابنا لهما من الرضاع، فيحرم على الطفل الزواج بأمه وأماتها نسبا ورضاعا، وكذلك يحرم عليه الزواج بأم أبيه رضاعا وبإحدى جدات أبيه رضاعا تحريما مؤبدا.

- فروع الشخص من الرضاع مهما نزلوا، كالبنت رضاعا وابنتها وإن نزلت وابنة ابنه رضاعا وابنتها وإن نزلت، فإذا رضعت بنت من امرأة صارت بنتا لها من الرضاع، وابنة أيضا لزوجها الذي دُرَ لبنها بسببه وحرم عليه الزواج بهذه البنت وبفروعها تحريما مؤبدا وإذا كان الرضيع ذكرا أصبح ابنا لمن أرضعته ولزوجها.

- فروع الأبوين من الرضاع، أي الأخوات من الرضاع وبنات إخوته وأخواته رضاعا مهما نزلن، سواء اتحد زمن الرضاع أم لم يتحد.

- فروع الجد والجدة من الرضاع، بشرط انفصالهن بدرجة واحدة وهن العمات والخالات من الرضاع، أما فروع العمات والخالات فلا يحرمن عليه.

- أصول زوجة الشخص من الرضاع، أي أم الزوجة من الرضاع وجدتها وإن علت سواء دخل هذا الشخص بزوجة أو لم يدخل بها.

- فروع زوجة الشخص من الرضاع أي بنت الزوجة من الرضاع، وهي من أرضعتها الزوجة قبل أن تتزوج هذا الشخص، وكذلك بنات أولادها وإن بعدت درجتهن على أنه يشترط الدخول.

- زوجة أحد أصوله من الرضاع، كزوجة الأب أو الجد وإن علا سواء دخل الأب أو الجد بها أو لم يدخل ولو بعد طلاقها، والتحريم هنا يقصد به زوجة الأب من الرضاع إذا كانت غير أمه

من الرضاع، كما لو كان متزوجا غيرها لأن الأم من الرضاع تثبت حرمتها أصلا عن طريق القرابة لا المصاهرة.

– زوجة أحد فروعه من الرضاع، أي زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع مهما نزلوا، فإذا رضع طفل من امرأة كان ابنا لزوجها من الرضاع فلا يحل لهذا الزوج أن يتزوج زوجة ابنه من الرضاع فيما لو كبر وتزوج وطلق زوجته[1].

ودليل التحريم بسبب الرضاع من القرآن الكريم لقوله تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ الرَّضَٰعَةِ﴾[2].

وورد في الحديث قوله عليه الصلاة والسلام: "يحرم من الرضاع ما يحرم النسب"[3]، وهذا الحديث يدل بعمومه على أن كل ما حرم من النسب يحرم من الرضاع، وثبت الإجماع على أنه يحرم أيضا بالمصاهرة ما يحرم بالرضاع.

- **الموانع المؤقتة**

هي المحرمات من النساء مؤقتا أي على سبيل التوقيت لا التأبيد، هن من يحرم نكاحهن لوصف معين فيهن، أو لحالة خاصة تتعلق بهن أو لسبب معين يمنع نكاحهن، وهذه العوارض من أوصاف أو حالات أو أسباب يجمعها جامع التوقيت، أي كونها يمكن أن تزول فيزول التحريم ويسقط المانع ويعود جواز نكاحهن لأنه إذا زال المانع جاز الممنوع[4]، وهي كالأتي:

---

[1]– عبد الرحمان الصابوني، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره**، منشورات جامعة دمشق، 1995م، ج01، ص 124 وما يليها.

[2]– سورة النساء، الآية 23.

[3]– متفق عليه، **صحيح البخاري**، مرجع سابق، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أرضعتني وأبا سلمة ثويبة" والتثبت فيه رقم الحديث 2645، ص 643، **صحيح مسلم**، مرجع سابق، كتاب الرضاع باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، رقم الحديث 1447، ص 661.

[4]– عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، **ج06**، ص 278.

– زوجة الغير ومعتدته (المرأة المتزوجة) قال تعالى:﴿وَالْمُحْصَنَٰتُ مِنَ النِّسَآءِ﴾[1].

– المطلقة ثلاثا قال تعالى:﴿الطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ... ﴾[2]، إلى قوله تعالى:﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ ُمِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[3].

– الجمع بين الأختين، فلا يحل للرجل أن يجمع بين أختين ونحوهما نسبا أو رضاعة مما يحرم الجمع بينهما في عصمة رجل واحد، مثل الجمع بين البنت وعمتها أو خالتها أو أختها لقوله تعالى:﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[4].

– الزيادة على أربع، فلا يجوز لرجل أن يتزوج أكثر من أربع زوجات ولو في عدة امرأة مطلقة منهن وينتظر حتى تنقض عدتها ثم يتزوج بمن أراد وهذا عند الحنفية، وأما المالكية والشافعية والجعفرية فقد أجازوا التزوج بخامسة إذا كانت إحدى الزوجات الأربع في العدة من طلاق بائن، لأن الطلاق بهذه الصورة يقطع صلة الزوجية بين الزوجين، فلا يكون قد جمع بين أكثر من أربع زوجات في عصمته[5].

– التي لا تدين بدين سماوي، يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ولا كتاب إلهي، بان تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار، أو الصائبات اللاتي يعبدن الكواكب قال تعالى:﴿وَلَا تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَٰتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾[6]، ويلحق بالمشركة المرتدة عن دين الإسلام ولو كان خروجها من الإسلام إلى اليهودية أو المسيحية، أما إذا كانت المرأة كتابية كالمسيحية أو اليهودية (ذات دين سماوي) فإنه يجوز للمسلم أن يتزوج بها[7].

---

[1]– سورة النساء، الآية 24.

[2]– سورة البقرة، الآية 229.

[3]– سورة البقرة، الآية 230.

[4]– سورة النساء، الآية 23.

[5]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 98.

[6]– سورة البقرة، الآية 221.

[7]– سعادي لعلى، مرجع سابق، ص 110.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري حذا في باب موانع الزواج حذو أغلب التشريعات العربية التي استمدت حكمها في هذه المسألة من الفقه الإسلامي، الذي يعتبرها من المسائل الثابتة التي لا مجال للاجتهاد فيها.

♦ المطلب الثالث: أهلية الزوجين (المادة 07 المعدلة، المادة 9 مكرر)

➢ **المادة 7: المعدلة بـ [الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005م]**

- تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.
- يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

➢ **المادة 07: القديمة [القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984م]**

- تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

• **بالنسبة للفقرة 01 من المادة 07 المعدلة:**

- تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

• **الفقرة الوحيدة من المادة 07 القديمة:**

- تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة.

- **وجه الاختلاف بين الفقرتين:** وهو أن المشرع الجزائري لم يقم بتغيير السن القانوني للزواج لكل من الرجل والمرأة فقط بل إنه وحده، بحيث أصبح 19 سنة كاملة وهو سن الرشد المدني، وقد أبقى للقاضي صلاحية الترخيص قبل هذا السن عند تحقق المصلحة أو الضرورة، لكن بشرط قدرة الطرفين على الزواج بأن يكونا أهلا لتحمل أعباء بناء الأسرة معا.

ونجد أن المشرع استمد هذه الفقرة من نصوص قوانين الأسرة العربية الآتية:

– مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري[1] جاء في المادة 15 منه الفصل الرابع الأهلية والولاية الباب الأول الزواج القسم الأول تنظيم أحكام الزواج وانتهائه ما يلي: "أن أهلية الرجل والمرأة للزواج بتمام ثماني عشرة سنة ميلادية".

وجدير بالذكر أن النص المصري هذا مستحدث على أن القاعدة في أهلية الرجل والمرأة للزواج بتمام ثماني عشرة سنة ميلادية،للحد من ظاهرة زواج الأطفال ودرء لما يترتب على زواج الأطفال من أضرار تلحق بهم وبالمجتمع، عملا بقاعدة "لولي الأمر تقييد المباح" وهو ما وافق عليه مجمع البحوث الإسلامية[2].

– نصت الفقرة (أ) والجزء 01 من الفقرة (ب) من المادة 10 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته من قانون الأحوال الشخصية الأردني[3] على الآتي:

" أ) –يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم كل منهما ثماني عشرة سنة شمسية من عمره.

ب) –على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة يجوز للقاضي وبموافقة قاضي القضاة وبعد التحقق من توفر الرضا والاختيار أن يأذن، وفي حالات خاصة بزواج من بلغ السادسة عشرة سنة شمسية من عمره وفقا لتعليمات يصدرها لهذه الغاية إذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة".

– كما ورد في قانون الأحوال الشخصية السوري[4] في كل من المادتين 16 والفقرة 01 من المادة 18من الباب الأول الزواج والخطبة الكتاب الأول الزواج ما يلي:

المادة 16: "تكتمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشر من العمر".

---

[1]– مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، السالف ذكره.

[2]– المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية المصري، ص 56.

[3]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[4]– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م، السالف ذكره.

المادة 18: " ...إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين به صدق دعواهما واحتمال جسميهما".

– نص الفصل 05 في الزواج الكتاب الأول الزواج من الأمر العلي المؤرخ في 13 أوت 1956م والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي[1]، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956م على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية، وزيادة عل ذلك فكل من لم يبلغ منهما عشرين سنة كاملة من الرجال وسبعة عشرة سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج، وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم، ولا يعطي الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين".

وننبه إلى أن الفصل 05 نقح بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بالقانون عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/04/21م وبالقانون عدد 32 لسنة 2007م المؤرخ في 2007/05/14م فأصبح النص كالآتي: "... فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشرة سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج...".

– أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية[2] فقد جاء في كل من المادة 19 والفقرة 01 من المادة 20 من الباب الأول الأهلية والولاية في الزواج القسم الثاني الأهلية والولاية والصداق الكتاب الأول الزواج ما يلي:

المادة 19: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

المادة 20: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل، يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي".

[1]– مجلة الأحوال الشخصية أمر 1956/08/13م، السالف ذكره.

[2]– قانون رقم 03–10 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

– نصت الفقرة 01 من المادة 07 الفصل الثالث الأهلية الباب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية العراقي[1] على أنه: "يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة".

وننبه إلى أنه على هامش القانون العراقي مذكور أن الفقرة 01 من المادة 07 ألغيت وحل محلها نص آخر بموجب القانون رقم 21 لسنة 1978م/ قانون التعديل الثاني.

كما جاء في المادة 08 من نفس الفصل والباب ومن نفس القانون ما يلي:

"– إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن له، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي...

– للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية".

وأيضا ننبه إلى أن المادة 08 ألغيت وحل محلها النص الحالي بموجب قانون رقم 21 لسنة 1978م/ قانون التعديل الثاني، ثم اعتبرت المادة المذكورة فقرة 01 لها وأضيفت إليها فقرة 02 بموجب القانون رقم 90 لسنة 1978م/قانون التعديل الثاني عشر.

– ورد في الفقرتين 01 و02 من المادة 30 الباب الثاني الأحكام العامة للزواج الكتاب الأول الزواج من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[2] ما يلي:

"– تكتمل أهلية الزواج بالعقل والبلوغ وسن البلوغ تمام ثماني عشر من العمر لمن يبلغ شرعا قبل ذلك.

– لا يتزوج من بلغ ولم يكمل ثماني عشر من عمره إلا بإذن القاضي بعد التحقق من المصلحة".

– أما القانون الكويتي[3] فقد جاء في المادة 26 منه في المبحث الأول أهلية الزواج والنيابة في عقده الفرع الثاني الأهلية والولاية الفصل الثاني العاقدان الباب الثالث شرائط عقد الزواج الكتاب

[1]– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 سنة 1959م، السالف ذكره.

[2]– قانون اتحادي الإماراتي رقم 28 سنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية وتعديلاته، السالف ذكره.

[3]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 66 لسنة 2007م، السالف ذكره.

الأول إنشاء الزواج القسم الأول الزواج جاء فيها أنه: "يمنع توثيق عقد الزواج أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق".

– وأيضا نصت الفقرتين (ب) و(ج) من المادة 06 الأهلية الفصل الثاني الأحكام العامة الباب الأول الزواج من القانون الليبي[1] على أنه:

"– تكتمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين.

– للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي".

- **بالنسبة للفقرة 02 من المادة 07 المعدلة:**

– يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

هذه الفقرة جديدة أضافها المشرع في آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري طبقا للأمر 02/05 ونجد أن لها أصل في بعض القوانين العربية التالية:

– نص القانون الأردني[2] في الجزء الأخير من الفقرة (ب) من المادة 10 الفصل الثاني الزواج وشروطه الباب الأول الزواج ومقدماته على أنه: "ويكتسب من تزوج وفق ذلك أهلية كاملة في كل ما له علاقة بالزواج والفرقة وآثارهما".

– أما القانون المغربي[3] فقد نص في الفقرة 01 من المادة 22 الباب الأول الأهلية والولاية في الزواج القسم الثاني الأهلية والولاية والصداق الكتاب الأول الزواج على أنه: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

[1]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[2]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019م، السالف ذكره.

[3]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف ذكره.

– وأيضا ورد في المادة 31 الباب الثاني الأحكام العامة للزواج الكتاب الأول الزواج من القانون الإماراتي[1] الآتي: "يكتسب من تزوج وفق أحكام المادة 30 من هذا القانون الأهلية في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج".

– كما نصت الفقرة (د) من المادة 06 الأهلية الفصل الثاني الأحكام العامة الباب الأول الزواج من القانون الليبي[2] على أنه: "يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره".

- **الفرع الأول: شرط الأهلية من الجانب القانوني**

الأهلية في الاصطلاح القانوني هي صلاحية الشخص للالتزام والإلزام بالقدرة على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات وممارسة التصرفات القانونية، فيكون الشخص ذا أهلية إذا صار قابلا لأن تثبت له حقوق مشروعة أو تثبت عليه واجبات مشروعة، وقادرا على إبرام التصرفات المختلفة من عقود وإرادة منفردة[3].

إن الأهلية بمعناها العامل الشامل تنقسم إلى نوعين أساسيين هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل[4]، وتختلف الأهلية باختلاف القانون المنظم لها:

– بالنسبة للأهلية الجزائية نصت المواد من 47 إلى 51 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966م المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم[5]، على أنه قبل سن 13

---

[1]– قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية وتعديلاته، السالف ذكره.

[2]– قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، السالف ذكره.

[3]– محمد محجوب الصديق حسن، **مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2022م، مج 07، ع 04، ص 956.

[4]– مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، سوريا ط01، 1425هـ=2004م، ج02، ص 786.

[5]– قانون رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08م المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 49 الصادر في 1966/06/11م.

سنة لا توقع على القاصر الجانح إلا تدابير الحماية أو التربية أو عقوبات مخففة، ومن سن 18 سنة كاملة إلى ما فوق يعاقب عقاب الراشد[1].

– وبالنسبة للأهلية المتعلقة بالقانون المدني نصت عليه المواد من 40 إلى 44 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[2] لا سيما نص الفقرة الثانية من المادة 40 من القانون المدني، والتي حددت سن الرشد المدني بتسعة عشرة سنة كاملة (19 سنة)، والتي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة".

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نص على أهلية الزواج في المادة 07 المعدلة بمقتضى الأمر 02/05 والتي جاء فيها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، بينما كانت أهلية الرجل في القانون القديم لسنة 1984م تكتمل ببلوغ 21 سنة وأهلية المرأة بتمام 18 سنة.

أهلية الزواج أهلية الوجوب الكاملة وهي صلاحية الشخص لتلقي الحقوق وتحمل الواجبات، حيث تعرف أهلية الزواج بأنها تمتع الشخص بالحقوق والالتزامات ابتداء من اللحظة التي يبلغ فيها الشخص السن المعين للزواج وهو 19 سنة، فالقاعدة العامة في قانون الأسرة الجزائري بالنسبة لسن الزواج هي 19 سنة كاملة[3]، أي أن المادة 07 المعدلة تنص على ضرورة توافر أهلية الزواج عند إبرام العقد ويكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول، ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده أو شهادة الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين.

---

[1]– خلف بوبكر، مرجع سابق، ص 20.

[2]– الأمر 05/07 المؤرخ في 2007/05/13م المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78 الصادرة في 1975/09/30م.

[3]– خلف بوبكر، مرجع سابق، ص 22.

وأهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ بأن يكون الزوجين بالغين عاقلين، على اعتبار أن عقد الزواج من التصرفات القانونية التي تتطلب من الرجل والمرأة أن يكونا أهلا لإنجاب الأولاد[1].

هذا وحسن ما فعل المشرع الجزائري في آخر تعديل له لقانون الأسرة حين سوى بين الطرفين عند الرغبة في إبرام عقد الزواج، فأصبحت أهليتهما موحدة بتمام السن القانوني وهو 19 سنة كاملة[2]، لأن السن القانوني للزواج (19 سنة) منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني[3].

يختلف سن الزواج حسب البلدان بتأثير مجموعة من العوامل البيولوجية والنفسية والجغرافية والديمغرافية، كما تختلف الأهلية في الزواج عن الأهلية في العقود المدنية من حيث أنه لا يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني المنصوص عليها في الفقرة 02 من المادة 40 من القانون المدني الجزائري[4]: "اشترط الفقهاء العقل والبلوغ في الفتى أو الفتاة لإبرام عقد الزواج"، فإن الفقهاء اشترطوا هاهنا مطلق البلوغ وهي علامات طبيعية تبين النضج الجسمي للفتى والفتاة وهو ما قال به بعض المالكية كابن جزي على الخصوص[5].

يمنع تزويج المرأة أو الرجل قبل بلوغ السن القانوني لأن في تزويجها قبل ذلك ضرر بهما، ولأن أهليتهما غير كاملة، ولم يكونا أهلا لتحمل أعباء بناء الأسرة بعد فمن حق المشرع "الحاكم أو الوالي" أن ينظم أمور الرعية ويمنع ما يلحق الضرر بالمجتمع ويعمل على تحقيق مصلحته[6].

---

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 117.

[2]– غنية قري، مرجع سابق، ص 24.

[3]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 61.

[4]– الأمر 05/07 المؤرخ في 2007/05/13م المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26م والمتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 78 الصادر في 1975/09/30م.

[5]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 119.

[6]– عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 101.

فالمشرع الجزائري جعل القاعدة العامة في سن الزواج 19 سنة كاملة، أما الاستثناء هو طلب ترخيص قاضي شؤون الأسرة أي ترشيد القاصر حتى يمكن له إبرام عقد الزواج لمصلحة أو ضرورة والتأكد من قدرته على الزواج، وهي سلطة تقديرية للقاضي[1]، حسب نص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، التي تنص على أنه: "يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

وهذا بموجب أمر على عريضة بعد الاطلاع على الأسباب والإثباتات الطبية وكذا الاطلاع على التماسات النيابة العامة ويصدر الأمر بالترخيص عادة عن رئيس المحكمة، لكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر عن قاضي شؤون الأسرة، وترشيد القاصر للزواج رجلا كان أم امرأة من طرف القاضي وإذا أبرم عقد الزواج فإنه يرشده أيضا ليكون أهلا للتقاضي بنفسه، دون حاجة إلى ولي أو وصي فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات، فرخصة الزواج تجعل من القاصر راشدا بخصوص تلك الحقوق والالتزامات، لكن بشرط أن يتم إبرام عقد الزواج ويبقى القاصر غير مؤهلا للقيام بالتقاضي خارج نطاق تلك الحقوق والالتزامات[3].

إن خروج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة لسن أهلية الزواج والسماح بعد ذلك بالزواج دون السن المحددة مراعاة منه لعادات المجتمع لم يكن خروجا سلبيا أو استسلاميا، إنما هو خروج مقيد بتعليق الزواج دون السن المحددة على شرط طلب إعفاء مسبق يقدم إلى القاضي، أي أن المشرع جعل من القاضي رقيبا على تزويج الأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانونية المحددة، وجعل منه وليا غير مباشر لهم وأمينا على مصالحهم ومقدرا عادلا لظروفهم الخاصة[4]، إلا أنه وفي جميع الأحوال لا يمكن النزول في الترخيص عن سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي

[1]– خلف بوبكر، مرجع سابق، ص 22.

[2]– قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]– لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 34، 35.

[4]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 89.

يصبح الشخص بموجبه مكلفا بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام، خصوصا وأن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق والواجبات.

وكان الأجدر من المشرع أن يرشد الزوج القاصر بمجرد الزواج برخصة ولا يقتصر الأمر فقط على اكتسابه لأهلية التقاضي في نطاق آثار الزواج فقط، فهل من المعقول أن يصبح الذكر زوجا يتحمل مسؤولية أسرة وليست له السلطة في التصرف في أمواله لكونه ناقص الأهلية، أي يكون خاضع لأحكام الولاية على المال من طرف وليه أو وصيه بحسب الأحوال وبمقتضى المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري[1].

يجوز للقاصر إقامة الدعوى ضد وليه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة، كما يجوز للزوجة القاصر المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدعي، كما أنه إذا اختلعت الزوجة القاصر ووقع الطلاق وجب لها البدل، لأن الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عنها في العقود المدنية الأخرى أي التصرفات المالية من حيث أنه يشترط فيها مطلق البلوغ لا غير، ومن ثم يستثنى من ذلك التصرفات المالية التي يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني، ولا يجوز لأحد أن يدعي صفة الزوجية ويطالب بآثار الزواج ما لم يقدم عقد الزواج محرر أو مسجل لدى سجلات الحالة المدنية، كما أن مجرد عقد الزواج الصحيح يجعل كل من الزوجين مالكا للأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية الناشئة عن هذا العقد بقوة القانون[2].

وجدير بالذكر أن المادة 07 المعدلة بالأمر 02/05 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري لم توضح الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني، كما أنها أغفلت تبيان الجزاء القانوني عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، وبالإضافة إلى هذا فإنها لم تحدد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الترخيص القضائي للزوجين أو لأحدهما[3].

---

[1]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 61.

[2]– بلحاج العربي، مرجع سابق، **ج01**، ص 122، 123.

[3]– مرجع نفسه، ص 119.

وعليه يتجه بعض فقهاء القانون إلى بطلان الزواج الذي تم إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 المعدلة، ولم يحصل مسبقا على الإذن القضائي، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة أو أي شخص له مصلحة، أما بعد الدخول يصبح البطلان بطلانا نسبيا ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط[1].

- **الفرع الثاني: شرط الأهلية من الجانب الشرعي**

- **تعريف الأهلية**

صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية، تصح منه التصرفات وتترتب عليه آثارها، وهي تختلف بحسب المراحل والأدوار التي يمر بها الإنسان في حياته والعوارض التي تعتريه إلى:

1-أهلية وجوب كاملة: وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق أو يتحمل بالالتزامات التي يمكن أداؤها عنه كالزكاة والعقود، وهي تثبت لكل شخص صغيرا كان أو كبيرا ذكرا أو أنثى عاقلا أو مجنونا.

2-أهلية وجوب ناقصة: وهي الصلاحية لكسب بعض الحقوق، كأهلية الجنين قبل الولادة له حق الميراث والوصية والهبة ويتمتع بهذه الحقوق إذا ولد حيا.

3-أهلية أداء كاملة: وهي صلاحية الشخص المكلف لصدور فعل عنه على وجه يعتد به شرعا، وهذه لابد لها من البلوغ والعقل عند جمهور الفقهاء، وبعد إكمال 18 عاما من العمر عند بعض الفقهاء.

4-أهلية أداء ناقصة: وهي الصلاحية لممارسة بعض الحقوق، وتثبت للإنسان بعد التمييز وقبل البلوغ.

[1]- علام ساجي، مرجع سابق، ص 93.

وبالنسبة لأهلية الزواج بمعنى صلاحية أن يكون الإنسان زوجا أو زوجة، فهذا عند جمهور الفقهاء ممكن بتوافر أهلية الوجوب الكاملة، إذا تولى العقد من تتوافر فيه أهلية الأداء اللازمة لمباشرة العقد[1].

ولم يعالج الفقه الإسلامي أهلية إبرام عقد الزواج بالكيفية التي تناولتها التشريعات المعاصرة حيث ربطت الأهلية بسن[2]، فالنقاشات الفقهية القديمة كانت منصبة حول البلوغ حيث قام الفقهاء بتأصيل هذه الموضوع كالآتي:

- **بالنسبة لعقد الصغير غير المميز والمجنون**

ذهب جماهير العلماء إلى أن عقد نكاح المجنون وغير المميز منهما باطل لا ينعقد بالاتفاق لأنه لا يتأتى إنشاء العقد إذ ليسا أهلا للتصرف، وذلك لأن أهلية الأداء مناط انعقاد التصرفات والعقل مناط ثبوت أهلية الأداء والصغير والمجنون هما منعدما الأهلية، فيبطل تصرفهما.

- **بالنسبة لعقد الصغير المميز**

اختلف الفقهاء في قبول عقد نكاح الصغير المميز بنفسه على أقوال:

أ-المذهب الأول: ذهب الجمهور إلى صحة نكاح الصبي العاقل منه لنفسه لأنه من أهل العبارة، لكن عقده موقوف عل إجازة وليه لأن نفاذه يشتمل على وجه المصلحة، والصبي لقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك، فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على إجازة وليه.

كما أن التمييز عند الجمهور يدل على أهلية الصبي للعبارة ولكن لعدم اكتمال أهلية أدائه يتوقف نفاذ عقده على إجازة وليه، فإن أذن له بالتصرف انعقد تصرفه موقوفا[3].

---

[1]- سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 55.

[2]- إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي أحكام النكاح، انحلال الرابطة الزوجية**، مرجع سابق، ص 60.

[3]- حسن البغا، وَ مصطفى البغا، مرجع سابق، ص 86، 87.

- **أدلتهم:** الجمهور يجيزون تزويج الصغير والصغيرة ولا يشترطان البلوغ ولا سن معين للاعتداد بصحة الزواج واستدلوا في ذلك:

- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿واللآئي يَئِسْنَ مِنَ المحيض مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ارتبتم فَعِدَّتُهُنَّ ثلاثة أَشْهُرٍ واللآئي لَمْ يَحِضْنَ... ﴾[1]، فالمقصود "باللآئي لَمْ يَحِضْنَ" الصغيرة وقد جعل الله عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا بعد عقد زواج صحيح يعقبه طلاق أو فسخ في الزواج المختلف في فساده، فدل ذلك على صحة العقد "قبل سن البلوغ" من غير أن تستأذن لأنها في سن لا يعقد فيها بإذنها.

- **من السنة:** اعتمدوا على ما ثبت من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل أصحابه، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها قولها: "تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم لست سنين وبنى بي وأنا بنت تسع سنين"[2]، وقد زوجها أبوها أبو بكر رضي الله عنهما، وهذا الحديث دليل قوي على جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآباء[3]، ومعلوم أن سن السادسة دون سن البلوغ بكل تأكيد، وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم أيضا ابنة عمه حمزة من ابن أبي سلمة وهما صغيران.

والجواز هنا لما قد يكون في تزويج الصغار من تحقيق مصلحة في بعض الحالات، فقد يجيء الكفء يطلب زواج الصغيرة والولي حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها، حتى لا يفوت الكفء إذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد في كل وقت[4].

---

[1]- سورة الطلاق، الآية 04.

[2]- **صحيح مسلم**، مرجع سابق، كتاب النكاح باب تزويج الأب البكر الصغيرة، رقم 1422، مج02، ص 642.

[3]- إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج، انحلال الرابطة الزوجية**، مرجع سابق، ص 60.

[4]- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 145.

- **آثار عن الصحابة:** فقد زوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عروة بن الزبير، وزوج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران، ووهب رجل بنته الصغيرة لعبد الله بن الحسن بن علي، فأجاز ذلك علي رضي الله عنهما، وزوجت امرأة ابن مسعود بنتا لها صغيرة لابن المسيب بن نخبة فأجاز ذلك زوجها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه[1].

ب-المذهب الثاني: خلافا لجمهور الفقهاء ذهب فريق آخر إلى عدم جواز تزويج الصغيرة مطلقا وبغض النظر عما إذا كان العاقد الأب أو غيره، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر.

وأصحاب هذا الرأي هم ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله جميعا.

- **أدلتهم:** على منع زواج الصغار واعتباره زواجا باطلا هو:

- **من القرآن:** جعل النكاح للبالغين في قوله سبحانه:﴿ٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[2]، فقد جعلت الآية بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الآية معنى[3].

وعدم الجواز لأنه لا فائدة من هذا الزواج إذ الزواج للمعاشرة والتناسل والسكن النفسي ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغير، بل يكون فيه ضرر بالغ لإجبارهما على حياة مشتركة مؤبدة دون التأكد من الانسجام بينهما[4]، فيكون ضربا من اللهو والعبث فلا فائدة إذن من إقدام الأولياء عليه[5]، ويردون على حجة الجمهور بزواج النبي صلى الله عليه وسلم بعائشة وهي صغيرة بكون ذلك خاص به، فلا ينكر اختصاص النبي صلى الله عليه وسلم ببعض الأحكام، كما يحتمل أن يكون ذلك قد وقع قبل ورود الأمر باستئذان البكر وهو الظاهر، فالقصة وقعت بمكة قبل الهجرة وعليه فلا يكون في ذلك دليل للجمهور[6].

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، **ج07**، ص 180.

[2]- سورة النساء، الآية 06.

[3]- إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج، انحلال الرابطة الزوجية**، مرجع سابق، ص 61.

[4] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 51.

[5]- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 145.

[6]- إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج، انحلال الرابطة الزوجية**، مرجع سابق، ص 61.

ج –المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى عدم صحة عقد النكاح من الصبي مطلقا لأنه عقد معاوضة، فلا يصح إلا من جائز التصرف وليس بأهل للتصرف.

– **دليلهم:** أن عقد النكاح عندهم عقد معاوضة ولا يدرك الصبي ذلك فليس بأهل للعبارة ولا يجوز تصرفه[1].

د –المذهب الرابع: ذهب ابن حزم إلى التفرقة بين زواج الصغير وزواج الصغيرة فتزويج الصغيرة جائز عملا بالآثار المروية في ذلك، وأما تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ وإذا وقع فهو مفسوخ[2].

ورغم اختلافهم فقد اتفقوا على عدم تقييده ببلوغ سن معينة كست عشرة سنة (16 سنة) أو سبع عشرة (17 سنة)... إلخ، غير أن المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو في الأصل يكون بالعلامات الطبيعية ووقتها يختلف باختلاف الأشخاص ونموهم، فإذا تأخرت العلامات الطبيعية في الظهور اعتبر البلوغ بالسن وهو يختلف من رأي لآخر[3].

ومن خلال الاستقراء والتحليل في هذا الموضوع وجدنا أن المشرع لم يحدد سنا معينة للبلوغ، وذلك لأنه يختلف باختلاف الأشخاص صحة وقوة وضعفا، وباختلاف البلاد حرارة وبرودة، وسن البلوغ هو مظنة تحقيق الزواج لغاياته ولذا ربطه الشارع به[4].

ونشير في الأخير أننا اقتصرنا في موضوع الأهلية على دراسة شرط البلوغ في الأهلية دون شرط العقل، وهذا حتى نتماشى ونساير ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 07 المعدلة بالأمر 02/05 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[1]– حسن البغا، وَ مصطفى البغا، مرجع سابق، ص 87.

[2]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، **ج07**، ص 179.

[3]– محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 146.

[4]– محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 52.

الخاتمة

❖الخـــاتمـــة:

وبعد دراسة واستقراء موضوع المصادر المادية للقانون الأسرة الجزائري–باب الزواج أنموذجا– تم التوصل إلى أن المشرع قد أخذ في سنه لنصوص المواد المتعلقة بعقد الزواج من قانون الأسرة الجزائري من أحكام الشريعة الإسلامية، ومجسدا بذلك لهوية الأسرة الجزائرية الطبيعية، غير أنه وبالرغم من ذلك فإن أغلب المواد القانونية المتعلقة بعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري جاءت عامة غير مخصصة ومطلقة غير مقيدة، مما يفتح الباب واسعا للتأويل والاجتهاد فيها كونها متصلة أحكامها في الشريعة الإسلامية.

وبناءا على ما سبق فإن خصوصية أحكام قانون الأسرة وأهميته في تماسك ووحدة المجتمع الجزائري والحفاظ على الهوية الوطنية، يتطلب حرصا وإدراكا كبيرين من السلطات الوطنية فيما يتعلق بالتزاماتها اتجاه المجتمع الجزائري عموما والأسرة الجزائرية خصوصا.

ومن خلال المباحث التي قامت عليها هذه الدراسة بكاملها تم التوصل إلى النتائج والتوصيات الآتية:

♦ الـنـتـائـج الـعـامـة للدراســـة:

1– خالف المشرع الجزائري المذاهب الأربعة في تعريفها لعقد الزواج وركز على فكرة الغاية من عقد الزواج، وكشف حقيقته مقتبسا هذه الفكرة من أغلب نصوص القوانين العربية.

2– الحقيقة أن هذا المفهوم للزواج الذي تبناه المشرع الجزائري وأغلب القوانين العربية أصله من كلام الله عز وجل، في سورة الروم قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ الآية 21.

3– قانون الأسرة الجزائري خالف القانون المدني الجزائري من حيث أن المشرع كَيَفَ الخِطبة في قانون الأسرة الجزائري على أنها وعد بالزواج، وهي وعد من نوع خاص وأعتبرها غير ملزمة، أما الوعد بالتعاقد في النطاق المدني فهو ملزم للواحد، ونجد أن نص المادة 05 المعدلة

جاء عاما ومطلقا معتبرا التعويض ليس عن العدول، وإنما عن الضرر الناجم عن العدول على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية.

4- وافق المشرع رأي الجمهور حين اعتبر أن الوعد غير ملزم، ولم يجعل لإخلافه عقوبة مادية يجازه بمقتضاها المخلف، خلافا لمالك فله في المسألة أربعة أقوال، أما الفقهاء المتقدمين فلم يروا جواز التعويض المادي عن العدول، وخالفهم المشرع الجزائري في ذلك، على أن المتأخرين اختلفوا حول مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة.

5- بالنسبة للعدول فإن المشرع مزج بين رأي المالكية ورأي الحنفية، حيث أنه أخذ برأي المالكية في بداية الفقرتين 04 و05 من المادة 05 المعدلة، وهذا حينما حمل الطرف العادل عن الخطبة مسؤولية إرجاع الهدايا من عدم إرجاعها، أما نهاية الفقرتين فقد وافقتا رأي الحنفية الذين أعطوا للهدايا حكم الهبة، وكخلاصة فإن المشرع أخذ برأي المالكية على العموم مع بعض التعديل الموافق لرأي الحنفية.

6- المشرع على غرار القوانين العربية اعتبر الفاتحة مجرد تبرك، وكثير من القوانين العربية لم تتطرق لذكر الفاتحة.

7- شرط العدل بين الزواج من الجانب المادي الذي أوجبته الشريعة الإسلامية تبناه المشرع وأخذ به في نص المادة 08 المعدلة، فالمشرع من خلال تشريعه هذا أثبت احترام نظام تعدد الزوجات شكلا ومنعه ممارسة لِمَا وضع له من شروط تعجيزية، التي خالف بها الشريعة الإسلامية ومقاصدها، ووافق فيها بعض النصوص العربية على غرار كل من القانون الأردني والسوري والمغربي والليبي.

8- اقتبس المشرع نص المادة 08 مكرر من القانون المغربي الذي ينص في الفقرة 03 من المادة 43 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتج عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة".

9- اقتبس المشرع نص المادة 08 مكرر 01 من رأي الحنابلة الذين قالوا أن للمرأة الحق في طلب التطليق في حالة ما إذا اشترطت عدم الزواج عليها، أي لمخالفته الشرط وليس لعدم إعلامها بالزواج.

10- نص المادة 08 مكرر 01 مستحدث من طرف المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، حيث استمده من نص القانون الليبي.

11- يعتبر ركن الرضا الركن الوحيد المتفق عليه بين الفقهاء، على أن أغلبهم يحصرون أركان الزواج في ركن الرضا، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 09 المعدلة على غرار أغلب القوانين العربية.

12- المشرع الجزائري أخذ بما اتفقت عليه الأمة من ألفاظ النكاح المعروفة، وزاد عليها بلفظ "يفيد"، وهو رأي المذهب الحنفي، أما بالنسبة للفقرة 02 من المادة 10 فلم يُفَصِلْ فيها المشرع كما فصل الفقهاء في انعقاد الزواج بغير كلام من الشخص العاجز عنه بالكتابة والإشارة.

13- استلهم المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المتعددة فكرة الكشف الطبي قبل الزواج.

14- استمد المشرع الجزائري في التعديل الأخير من رأي الجمهور حين اعتبر الشهادة شرط في صحة الزواج.

15- المشرع الجزائري حذ في مسألة الموانع حذو أغلب التشريعات العربية، التي استمدت حكمها في هذه المسألة من الفقه الإسلامي الذي يعتبرها من المسائل الثابتة التي لا مجال للاجتهاد فيها.

16- خالف المشرع الجزائري المذاهب ولم يحدد سِنًا للبلوغ، لأنه يرى أن سن البلوغ يختلف باختلاف الأشخاص صحة وقوة وضعفا، وباختلاف البلاد حرارة وبرودة، وسن الزواج هو مظنة تحقيق الزواج لغاياته لذا ربطه الشارع به، وهو ما استلهمه المشرع الجزائري وعمل به في نص المادة 07 المعدلة.

♦ المقترحات والتوصيات المتعلقة بأفاق هذه الدراسة:

1- إعادة النظر في أحكام قانون الأسرة من جديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية.

2- تحديد المقصود بالفاتحة في النص، هل هو قراءة سورة الفاتحة أم المقصود منها عند اقترانها بالخطبة بعقد الزواج على معنى المادة 09 مكرر؟ لذا نقترح تعديل للمادة 06 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري إلى التالي:

"- يمكن أن تقترن قراءة سورة الفاتحة بالخطبة بعقد الزواج، أو تسبق هذه المراحل بعضها البعض بمدة غير محددة.

- وفي حالة اقتران قراءة سورة الفاتحة بالخطبة تسري أحكام المادة 05 المعدلة.

- وفي حالة اقتران قراءة سورة الفاتحة بالخطبة بعقد الزواج تسري أحكام المادة 09 المعدلة و09 مكرر".

3- تبني سياسة تشريعية واضحة بالنص على عدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا عند تقديم وثيقة رسمية للزواج.

4- التعديلات التي أحدثها المشرع بمقتضى الأمر 02/05 و الخاصة بظاهرة الزواج غير الرسمي أو ما يعرف بالزواج العرفي لم تحقق خطوة حقيقية وملموسة للحد من هذه الظاهرة، أو على الأقل تنظيمها، لذا نقترح توقيع عقوبة من باب المصلحة المرسلة على من يلجأ إلى الزواج العرفي (الزواج غير الرسمي)، وذلك بتوقيعها على كل من الزوجين والعاقد والشهود، كما تفرض عقوبة على الذين لا يسجلون عقد الزواج.

5- جعل تسجيل عقد الزواج من صلاحيات الإمام الذي يتولى إبرام عقد الزواج الشرعي، مع إبقاء هذه الصلاحية من مهام موظف الحالة المدنية والموثق.

6- استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزواج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى، وترفق بالملف مع الوثائق الأخرى.

7- اقتراح إضافة وتكملة الفقرة الثانية من المادة 07 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري بالعبارة التالية: "ويستثنى من ذلك إسقاط الحقوق المالية المترتبة على الزواج".

8- نقترح سن نص يوافق وجهة النظر الفقهية للرأي الراجح بأن الزنا بامرأة لا ينشأ عنه التحريم.

9- نقترح لو أن المشرع الجزائري يأخذ بفكرة العرف فهي أشمل، خاصة وأن بلادنا واسعة الأرجاء متنوعة فيها اللهجات، فينعقد النكاح بما تعارف عليه الناس من ألفاظ ولهجات محلية وبما استعملوه في أنكحتهم وشاعت بينهم حتى أصبحت في حكم الصريح عندهم، وان كان استعمالها اللغوي الصريح لا يدل على معنى الزواج كأعطيتك، وناسبتك وغيره من الألفاظ الشائعة والمتعارف عليها وكثر استخدامها في التزويج، والتي قد تكون أقرب لفهم الناس من الألفاظ العربية الفصيحة، لذا نقترح أن يكون نص الفقرة 01 من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري كالآتي: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ أو عرفٍ يفيد معنى النكاح شرعا".

10- نوصي بإعادة اعتماد العقوبات التي كانت تنص عليها القوانين القديمة (المواد 02 و 03 و 04 من القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29م، الجريدة الرسمية 1963م، العدد 44 المتضمن قانون العقوبات)، وهذا في حالة عدم احترام شرط السن الشرعي في انعقاد الزواج.

11- إعادة الدور لمؤسسات الدولة، وعلى وجه الخصوص المساجد والمؤسسات التعليمية في ترسيخ ثوابت الهوية الدينية والوطنية، لمساعدة المجتمع الجزائري والدولة على مواجهة كل ما يهدد استقرار الأسرة وبقائها في إطارها المحدد لها بموجب نصوص القرآن والسنة.

والحمـــد لله الـذي بـنـعـمـتـه تـتم الصـالحـــــات.

قائمة المصادر والمراجع

❖قائمة المصادر والمراجع:

♦ **القرآن الكريم**

♦ **كتب الأحاديث والسنة الشريفة**

1. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ترقيم وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، تقديم العلامة أحمد محمد شاكر، كتاب النكاح، باب الخطبة، دار ابن الهيثم، القاهرة، مصر، ط01، 1425هـ=2004م.

2. أحمد بن الحسين، سنن البيهقي، باب الشروط في النكاح، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، السعودية، 1414هـ=1994م، ج07.

3. الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار عن أحاديث سيد الأخيار، اعتنى به أبو عبد الرحمان عادل بن سعد، الناشر مكتبة الثقافة الدينية، الشركة الدولية للطباعة، القاهرة، مصر، ط01، 1424هـ=2003م، ج03.

4. الإمام مجمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار عن أحاديث سيد الأخبار، تخريج وتعليق عصام الدين الصباطي، دار الحديث،القاهرة، مصر، ط01، 1413هـ=1993م، ج06.

5. الحافظ بلال الدين السيوطي، الشيخ يوسف النبهاني العلامة محمد ناصر الدين الألباني، ترتيب أحاديث صحيح الجامع الصغير وزيادته على الأبواب الفقهية، ترتيب عوفي نعيم الشريف: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط02، 1428هـ=2007م، ج02.

6. أبو الحسن مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1427هـ=2006م، ط01، مج02.

♦ **كتب اللغة والمعاجم**

1. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط ت).

2. أحمد بن فارس ابن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط02، 1429هـ=2008م، مج02.

3. الشيخ قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتبادلة بين الفقهاء، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، السعودية،ط01، 1406هـ=1986م.

4. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط06، (د ت).

5. المفتي السيد محمد هميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1424هـ=2002م.

♦ الكتب الفقهية الشرعية

1. أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق أحمد جاد، شركة القدس للتجارة، القاهرة، مصر، ط01، 1429هـ=2008م، ج03.

2. أبي مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، ط12، (د ت)، ج03.

3. أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، مطبعة دار أحياء الكتب العربية، مصر، ط01، 1344هـ=1923م، ج03.

4. أحمد بن عبد الله القاري، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم محمد علي، مطبوعات تهامة، جدة، السعودية، ط03، 1426هـ=2005م.

5. الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، حققه وعلق عليه: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، الطبعة الوحيدة الكاملة، (د ت)، ج11.

6. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط03، 1377هـ=1957م.

7. الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهر، مصر 1996م.

8. الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط02، 1971م.

9. زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن عابدين، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط01، 1403هـ=1983م.

10. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المتوفي المصري الأنصاري ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي القاهري حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي رحمه الله، دار الكتب العلمية، بيروت، بينان، ط02، 1424هـ=2002م، ج06.

11. شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، مجموعة الفتاوى اعتنى بها وخرج أحاديثها عامر الجزار وأنور الباز، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع،المنصورة، مصر، ط02، 1421هـ=2001م، فتوى رقم 32/10، مج 32.

12. الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1426هـ=2005م.

13. عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، (د ط)، 1431هـ=2010م.

14. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط01، 1413هـ=1992م، ج06.

15. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط02، 1410هـ=1990م.

16. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط02، 1419هـ=1998م، ج04.

17. علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1418هـ=1997م، ج40.

18. العلامة ابن حجر الملكي الهيثمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، وبهامشه باقي فتاوى العلامة شمس الدين محمد بن العلامة شهاب الدين أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، طباعة ونشر عبد الحميد أحمد حنفي، مصر، (د ط ت)، ج04.

19. العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير وبالهامش حاشية العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، خرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الحديث الدكتور مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ط ت)، ج02.

20. العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش شيخ السادة المالكية رحمه الله، دار إحياء الكتب العربية، البابي الحلبي وشركاؤه، (د ط ت)، ج02، ج03.

21. محمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط خاصة، 1423هـ=2003م، ج04.

22. محمد قدري باشا، الحكام الشرعية في الأحوال الشخصية مع ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية، شرحه محمد زيد الأبياني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ط02، 1430هـ=2009م، مج01.

23. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط04، 1403هـ=1983م.

24. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجَمَّاعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط03، 1417هـ=1997م، ج09.

25. النووي محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط02، 1405هـ=1984م، ج03.

26. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، ط02، 1405هـ=1985م، ج07.

27. السيوطي جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الفكر للطباعة النشر والتوزيع، (د ط ت).

28. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي وبهامشه حاشية الشيخ الإمام أحمد الشلبي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية، ط01، 1313هـ=1892م، ج02.

29. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ=2000م، ج04.

♦ الكتب الفقهية القانونية

1. أحمد نصر الجنيدي، الأحوال الشخصية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، مصر، (د ت ط).

2. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط02، 1425هـ=2005م.

3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط07، 2017م، ج01.

4. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر، (د ط ت).

5. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط01، 1429هـ=2008م.

6. حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2007م.

7. خلف بوبكر، أحكام الزواج والطلاق وإثباتهما في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، مطبعة منصور، الوادي، طبعة 1443هـ=2022م.

8. رمضان علي السيد الشرنباسي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الهدى للمطبوعات، مصر، 2005م_2006م.

9. سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، ط01، 1396هـ=1986م.

10. المفتي صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة، ط01، عمان، الأردن، 2009م.

11. عبد الحميد القضاة، الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، ط01، 1424هـ=2003م.

12. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره، منشورات جامعة دمشق، 1995م، ج01.

13. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، (د ن ط)، 1999م_2000م.

14. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط01، 1428هـ=2007م.

15. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة شرعية قانونية مقارنة، البصائر الجديدة للنشر التوزيع، الجزائر، ط03، 2016م.

16. العبيدي إبراهيم بن محمد، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي لغرض الزواج، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط01، 1426هـ=2005م.

17. علام ساجي، المختصر في الزواج والطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، ط01، أبريل 2021م.

18. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرح والقانون، دار طليطة، الجزائر، ط01، 1432هـ=2011م.

19. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط02، (د ت).

20. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014م.

21. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج وأركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، (د ن ط ت).

22. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط03، 1431هـ=2010م.

23. نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه برؤية مقاصدية، دار الأنوار للنشر والتوزيع، ط02، 1436هـ=2015م.

24. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، شهاب 2000، طباعة مطبعة عمار قرني، باتنة، الجزائر، ط 02، 1994م، ج01.

25. إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، انحلال الرابطة الزوجية، مطبعة الجسور ش.م.م، وجدة، المغرب، طبعة 2019م_2020م.

26. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1425،02هـ=2004م، ج01، ج02.

27. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط02، 1961م.

♦ أطروحات الدكتوراه

1. إبراهيم بن العمراوي بودوخة، خصائص التشريع الإسلامي في أحكام نظام الأسرة، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري ونماذج من قوانين الدول العربية، أطروحة دكتوراه علوم، قسم الفقه وأصوله، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، (د ت).

2. بريبر محمد، مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق نموذجا، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2020/12/17م.

3. سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014م_2015م.

4. فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، 2009م_2010م.

5. معاشي جميلة، الإنكشارية والمجتمع ببايلك قسنطينة في نهاية العهد العثماني، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، 2008م.

6. سليم محمودي، أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه إسلامي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 1439/1438هـ=2018/2017م.

7. توفيق شندارلي، فسخ عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزاءر 01، السنة الدراسية 2010_2012م.

♦ رسائل الماجستير

1. دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، قسم العلوم الاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، 2013م_2014م.

2. رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام، دراسة تحليلية ونقدية لقانون الأسرة الجزائري، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1994م_1995م.

3. سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01، 1432/1431هـ=2011/2010م.

♦ **رسائل الماستر**

1. البشير كوثر، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017م_2018م.

2. بوسنة فطيمة، حافظي نجاة، صور وأحكام التدليس المعاصرة في عقود الزواج، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 1437هـ/1438هـ=2016م/2017م.

3. خرصي صورية، الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م_2015م.

4. عبد الحكيم بونور، مرجعية المذهب المالكي في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أوالحاج، البويرة، 2019م_2020م.

5. عبد الدايم بن حديد، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة غرداية، 1434هـ/1435هـ=2013م/2014م.

6. مقران طارق عزيز، إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، القوانين الوضعية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م_2015م.

7. يوسفي كهينة، ولامي ليلى، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012م_2013م.

♦ المجلات والمقالات العلمية

1. أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوصات الطبية المطلوبة، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، ماي 2002م، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 02.

2. عدلان مطروح، التدليس وأثره على الرابطة الزوجية، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2021م، مج 35، ع 03.

3. محمد محجوب الصديق حسن، مفهوم الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2022م، مج 07، ع 04.

♦ المحاضرات الجامعية

1. بوبشيش صالح، محاضرات في مقياس قانون الأسرة المقارن، ماستر 02، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، 2020م_2021م.

2. بوفنارة سوسن، محاضرات في مقياس قانون الأسرة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة01، السنة الجامعية 2020م_2021م.

3. حمادي عبد الفتاح، محاضرات في قانون الأسرة المقارن، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، (د ت).

4. عبد الرزاق لعمارة، محاضرات مقياس الأسرة لطلبة سنة ثانية ليسانس، حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022م_2023م.

5. ميرة وليد، محاضرات مقياس مصادر قانون الأسرة، السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021م_2022م.

♦ مصادر القوانين والمنشورات القانونية

1. قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 09 يونيو 1984م يتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية الثلاثاء 12 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 12 يونيو سنة 1984م السنة 21 العدد 24.

2. الأمر رقم 02/05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005م، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984م، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية الأحد 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005م، السنة 42 العدد 15.

3. الأمر 05/07 المؤرخ في 2007/05/13م المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الصادرة في 1975/09/30م، العدد 78.

4. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5. قانون رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08م المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، الصادر في 1966/06/11م العدد 49

6. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في ربيع الثاني عام 1427هـ الموافق ل 11 مايو سنة 2006م يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

7. قرار المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية رقم 81129 بتاريخ 1992/03/17م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001م.

8. قرار المحكمة العليا الجزائرية، ملف رقم 51440 غرفة الأحوال الشخصية، 1987/11/11م المجلة القضائية 1992م.

9. قرار رئيس مجلس الوزراء لمشروع قانون بإصدار قانون الأحوال الشخصية المصري 15 فبراير 2021م.

10. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية المصري.

11. مجموعة من قوانين الأحوال الشخصية المصرية:
- قانون رقم 25 لسنة 1920م بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية.
- المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929م بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية.
- والمعدل بالقانون رقم 77 لسنة 1942م بشأن أحكام المواريث.
- والمعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1944م بشأن بيان القانون الواجب التطبيق في مسائل المواريث والوصايا.
- والمعدل بالقانون رقم 18 لسنة 1952م بتقرير حالات سلب الولاية على النفس.
- والمعدل بالقانون رقم 119 لسنة 1952م بشأن أحكام الولاية على المال.
- والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.
- والمعدل بالقانون رقم 01 لسنة 2000م قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المنشور في 2001/01/29م.

12. قانون الأحوال الشخصية الأردني قانون حقوق العائلة لسنة 1927م المتعلق بالنكاح والافتراق رقم 154 المعدل في عام 1947م بالقانون حقوق العائلة المؤقت والمعدل بالقانون رقم 92 في 1951/08/16م المعدل بقانون الأحوال الشخصية رقم 61 في 1976م والمعدل بقانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1976م المعدل بقانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1977م والمعدل بالقانون رقم 82 في 2001/12/31م، المعدل بالقانون رقم 36 لسنة 2010م والمعدل بالقانون رقم 15 لسنة 2019م.

13. قانون الأحوال الشخصية السوري المرسوم رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17م والمعدل سنة 1975م.

14. مدونة الأحوال الشخصية المغربية رقم 190-57-01 بتاريخ 1957/08/19م المنشور في 1957/12/06م المعدل للقانون رقم 03-70 المؤرخ في 2004/04/05م الصادر في 2004/12/31م بمثابة مدونة الأسرة المغربية "عدل سنة 1993م".

15. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م المنشور في 1959/01/01م وتعديلاته، آخر تعديل له سنة 1988م.

16. قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 05 لسنة 1978م المعدل بالقرار رقم 669 لسنة 2002م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005م.

17. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 سنة 1984م المعدل بالقانون رقم 61 سنة 1966م والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2004م، والمعدل بالقانون رقم 66 لسنة 2007م.

18. قانون الأحوال الشخصية الليبي قانون رقم 10 لسنة 1984، المنشور في 1984/06/03م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهما والمعدل بالقانون رقم 22 لسنة 1991م المنشور في 1991/11/09م.

19. مجلة الأحوال الشخصية الأمر 13 أوت 1956م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 1956/08/17م الأمر عدد02 لسنة 1956م المنشور في 1956/08/13م نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993م المؤرخ في 1993/07/12م نقح بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بقانون رقم 01 لسنة 1964 المؤرخ في 1964/04/21م وبالقانون 32 لسنة 2007م المؤرخ في 2007/05/14م نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958م المؤرخ في 1958/07/04م وأضيفت إليه الفقرات 03 و04 و05 من الفصل 18 بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بالقانون عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/04/21م نقح بالمرسوم عدد 01 لسنة 1964م المؤرخ في 1964/02/20م المصادق عليه بالقانون عدد 01 المؤرخ في 1964/04/21م نقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981م المؤرخ في 1981/02/18م نقح بالقانون عدد 50 لسنة 2010م المؤرخ في 2010/11/01م نقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981م المؤرخ في 1981/02/18م نقح وأضيفت الفقرات 02 و03 و04 و05 و06 و07 من الفصل 56 بالقانون عدد 20 لسنة 2008م المؤرخ في 2008/03/04م، نقح بالقانون عدد 49 لسنة 1966م المؤرخ في 1966/06/03م نقح بالقانون عدد 07 لسنة 1981م المؤرخ في 1981/02/18م نقح وأضيفت الفقرة 02 من الفصل 66 بالقانون عدد 10 لسنة 2006م المؤرخ في 2006/03/06م نقح بالقانون عدد 48 لسنة 1992م المؤرخ في 1992/05/04م.

♦ المواقع الإلكترونية

1. حسن البغا، وَ مصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية، زواج وطلاق 01 من منشورات الجامعة الافتراضية السورية، HTTPS://PEDIASVNONLINE.ORG، تاريخ الاطلاع **:** 2023/08/03م.

2. ليلى جبريل، مصادر القانون وخصائصه، https//Mqall.org/sources-characteristics-law تاريخ الاطلاع: 2023/09/10م.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

إهداء

شكر وعرفان

مقدمة:.....01

المبحث التمهيدي

المبحث التمهيدي.....13

المطلب الأول: مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري.....13

الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي (مرحلة الحكم العثماني) 13

الفرع الثاني: مرحلة الاستعمار الفرنسي (1830م_1962م).....14

الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاستقلال (1962م_بعد 2005م) 16

المطلب الثاني: المصادر المادية للقانون 18

الفرع الأول: المصادر المادية للقانون الجزائري 18

الفرع الثاني: المصادر المادية لقانون الأسرة الجزائري 19

الفصل الأول: في مقدمات الزواج

المبحث الأول: في الخطبة.....23

المطلب الأول: الزواج عقد رضائي (المادة 04 المعدلة).....23

الفرع الأول: عقد الزواج من الجانب القانوني.....25

الفرع الثاني: عقد الزواج من الجانب الشرعي 26

المطلب الثاني: الخطبة وعد بالزواج (المادة 05 المعدلة).....29

الفرع الأول: الخطبة من الجانب القانوني.....36

الفرع الثاني: الخطبة من الجانب الشرعي.....40

المطلب الثالث: الفاتحة واقترانها بالخطبة (المادة 06 المعدلة).....49

الفرع الأول: اقتران الخطبة بالفاتحة من الجانب القانوني 51
الفرع الثاني: اقتران الفاتحة بالخطبة من الجانب الشرعي 53
المبحث الثاني: تعـدد الزوجـــات 55
المطلب الأول: التـعدد في الزواج (المادة 08 المعدلة) 55
الفرع الأول: التعدد في الزواج من الجانب القانوني.....59
الفرع الثاني: التعدد في الزواج من الجانب الشرعي.....62
المطلب الثاني: في حالة التدليس (المادة 08 مكرر).....66
الفرع الأول: التدليس من الجانب القانوني.....67
الفرع الثاني: التدليس من الجانب الشرعي.....69
المطلب الثالث: فسخ الزواج الجديد (المادة 08 مكرر 01) 73
الفرع الأول: الفسخ من الجانب القانوني.....73
الفرع الثاني: الفسخ من الجانب الشرعي 75
الفصل الثاني: في الزواج
المبحث الأول: ركن الرضا والوثيقة الطبية 79
المطلب الأول: رضا الزوجين (المادة 09 المعدلة).....79
الفرع الأول: ركن التراضي من الجانب القانوني.....81
الفرع الثاني: إقرار مبدأ الرضا من الجانب الشرعي.....83
المطلب الثاني: صيغة العقد (المادة 10).....87
الفرع الأول: الصيغة من الجانب القانوني.....90
الفرع الثاني: الصيغة من الجانب الشرعي.....95
المطلب الثالث: الوثيقة الطبية (المادة 07 مكرر).....100
الفرع الأول: الفحص الطبي من الجانب القانوني.....102

الفرع الثاني: الفحص الطبي من الجانب الشرعي..... 107
المبحث الثاني: بعض شروط عقد الزواج 111
المطلب الأول: الإشهاد (المادة 09 مكرر)..... 114
الفرع الأول: شرط الشهادة من الجانب القانوني..... 114
الفرع الثاني: شرط الشهادة من الجانب الشرعي 116
المطلب الثاني: انتفاء الموانع (المادة 09 مكرر) 119
الفرع الأول: شرط انتفاء الموانع من الجانب القانوني..... 119
الفرع الثاني: شرط انتفاء الموانع من الجانب الشرعي..... 123
المطلب الثالث: أهلية الزوجين (المادة 07 المعدلة، المادة 9 مكرر)..... 131
الفرع الأول: شرط الأهلية من الجانب القانوني..... 136
الفرع الثاني: شرط الأهلية من الجانب الشرعي..... 141

الخاتمة

الخاتمة..... 147

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع..... 153

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات..... 169