المبحث الثاني: تكوين عقد الزواج وإثباته.

إذا تم عقد الزواج فقد انتهى الحديث عن مرحلة الخطبة التي تعتبر مجرد تمهيد له، وبوجوده تنتهي جميع آثارها سواء الشرعية أم القانونية.

تعريف الزواج لغة: يعرف الزواج في اللغة بأنه مطلق الاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى: "وإذا النفوس زوجت". سورة التكوير، الآية: 07. أي قرنت بأبدانها.

وقوله تعالى: "احشروا الذين ظلموا وأزواجهم" سورة الصافات، الآية: 22. أي قرناءهم في العمل والمصير.

أما اصطلاحا: فقد عرفه الإمام محمد أبو زهرة بقوله: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات".

وهو تقريبا نفس ما جاء به قانون الأسرة الجزائري في **المادة 04** منه: **"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".**

وهو بهذا التعريف يركز على كون الزواج عقدا رضائيا ليستبعد كل أشكال الإجبار والإكراه، كما يؤكد على شرعية العلاقة ومقاصدها متمثلة في تكوين الأسرة وإحصان الزوجين ومنع إختلاط الأنساب المفضي إلى ضياعها.

المطلب الأول: ركن الرضا في عقد الزواج.

اعتبر المشرع الجزائري في **المادة 09** من قانون الأسرة أن الركن الوحيد للزواج هو الرضا حيث تنص على أنه: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"**، بينما اعتبر باقي عناصر العقد شروطا، وهو ما ورد في **المادة 09 مكرر** حيث تنص على أنه: **"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

- **أهلية الزواج.**
- **الصداق.**
- **الولي.**
- **الشاهدان.**
- **انعدام الموانع الشرعية للزواج".**

ولهذا ستتعرض لهذه العناصر تباعا.

أولا: ركن الرضا في عقد الزواج:

إذا كان الرضا ركنا جوهريا في كل عقد، فمن باب أولى أن يكون ذلك في عقد الزواج وهو رباط بالغ الأهمية، وقد نص (ق.أ.ج) في **المادة 04** منه على أن: **"الزواج عقد رضائي".**

كما نص في **المادة (09)** على أنه: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".** ولما كانت آثار عقد الزواج الاجتماعية تتجاوز في نظر الشريعة عادة إطار الزوجين، خاصة جانب المرأة، فقد تراوحت نصوصها بين جعل الولي شريكا في الرضا مع الزوجة في أحوال قليلة، والاكتفاء غالبا برضا الزوجين على أساس أنهما طرفا العقد الحقيقيين.

1: الرضا المعتبر في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

لم يختلف فقهاء الإسلام في اعتبار رضا الزوج البالغ، إذ هو ولي نفسه، وكذا الثيب [1] البالغ فلا رضا إلا رضاها، إلا أنهم اختلفوا في رضا البكر [2] البالغ، فرأى الحنفية أن الرضا المعتبر هو رضاها فقط، واشترط المالكية والشافعية والحنابلة رضا الولي أيضا متمثلا في الأب أو الجد.

2: في قانون الأسرة الجزائري:

فقد اعتبر المشرع رضا الزوجين هو الركن الوحيد في الزواج، حيث نصت **المادة 09** منه على أنه: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"**، وأدرجها تحت عنوان أركان الزواج.

ولقد أنهى قانون الأسرة الجزائري أي دور للولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أبا أو جدا أو غيرهما، وقد وضحت **المادة 11** منه أن المرأة الراشدة هي من تتولى إبرام عقد زواجها، ولها أن تختار من تشاء من الأولياء، فقد نصت هذه المادة على أنه: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".**

كما اشترط القانون لزواج القصر إذنا قضائيا بنص **المادة 07** منه، ومتى حصلت القاصر عليه، فإن قانون الأسرة يمنع الولي من أن يجبرها على الزواج، حيث تشترط **المادة 13** موافقتها لإبرام الولي له، فتنص على أنه: **"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".**

ثانيا: الصيغة في عقد الزواج.

1 -**في الفقه الإسلامي:**

[1]- **الثيب:** هي المرأة التي سبق لها الزواج وأصبحت مطلقة، أو أرملة بوفاة زوجها عنها.
[2]- **البكر:** هي المرأة التي لم يسبق لها الزواج.

إتفق فقهاء الإسلام على أن لفظي "الزواج" و "النكاح" ينعقد بما يصاغ منهما لفظا الإيجاب والقبول لأنهما اللفظان الموضوعان شرعا للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة.

ومنعوا إنعقاد الزواج بغير ما يصاغ من هذين اللفظين، وزاد المالكية كل لفظ يدل على التمليك كألفاظ "المنح" و "الهبة" و التمليك" بشرط اقترانها بذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

2 -الصيغة اللفظية في قانون الأسرة الجزائري:

إختار المشرع الجزائري رأي الأحناف في مسألة الصيغة اللفظية في عقد الزواج، فنص في **المادة 10** منه على أنه: **"يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".**

ملاحظة: ألغى المشرع المادة 20 التي كانت تنص على إمكانية إبرام عقد الزواج بالوكالة، إذ كانت تنص على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

ثالثا: شروط عقد الزواج.

وقد نصت عليه **المادة 09 مكرر** من قانون الأسرة الجزائري بما يلي: **"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

- **أهلية الزواج.**
- **الصداق.**
- **الولي.**
- **الشاهدان.**
- **انعدام الموانع الشرعية للزواج".**

المطلب الثاني: شرط الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 07 من (ق.أ.ج) على أنه: **"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.**

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وحد المشرع الجزائري سن الأهلية وهو 19 سنة للرجل والمرأة، وهو نفسه سن الأهلية في القانون المدني، وبالتالي أنهى التناقض الموجود سابقا حيث كان يجيز للمرأة الزواج في سن 18 سنة، أي دون سن الرشد في القانون المدني.

نص المشرع على اكتساب القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما لم يكن موجودا قبل تعديل 2005 بالأمر 05-02، إذ لا يعقل أن يمنح القاصر إذنا بالزواج، ثم لا يمنح أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج.

المطلب الثالث: شرط الصداق في عقد الزواج.

يعرف الصداق في الفقه الإسلامي بأنه المال الذي أوجبه الشرع على الزوج وجعله حقا للزوجة، كما عرف بأنه ما يجعل للمرأة في نظير الزواج منها.

وهو واجب على الزوج وحق للزوجة بأدلة كثيرة أهمها قوله تعالى: **"وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"** سورة النساء، الآية: 04 ... نحلة: بمعنى هدية.

وقوله – ﷺ- "إلتمس ولو خاتما من حديد" متفق عليه.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد اختار المشرع اعتباره هدية في تعريفه للمهر وعبر عنه بكونه نحلة فقد نصت **المادة 14** منه على أن: **"الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كيف تشاء".**

أما في **المادة 15** منه فقد نصت على: **"يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا".**

"في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

وعلى هذا الأساس فإن تم عقد الزواج **دون صداق بالإتفاق على إسقاطه** مع وجود الشروط الأخرى، فإنه **يفسخ** قبل الدخول و**يثبت** بعده بصداق المثل أخذا برأي المالكية.

❖ **موجبات الصداق في قانون الأسرة الجزائري:**

وهو ما جاءت به **المادة 16** من (ق.أ.ج) حيث نصت على الآتي: **"تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".**

ومعنى ذلك أن الزوجة تستحق **المهر كاملا** بالدخول بها من قبل زوجها وهو ما يعرف بالبناء، وتستحق **المهر كاملا** كذلك بعد العقد وقبل الدخول بوفاة الزوج.

أما في حالة طلاقها بعد العقد وقبل الدخول بها فإنها تستحق **نصف المهر فقط** لقوله تعالى: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فنصف ما فرضتم". سورة البقرة، الآية: 237.

المطلب الرابع: شرط الولي في عقد الزواج.

<u>أولا: الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:</u>

الولاية في اللغة هي النصرة والتأييد، والولاية في عقد الزواج هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا دون التوقف على إجازة أحد، ويعرف الولي بأنه: "من يتولى عن المرأة إبرام عقد الزواج".

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية على قولين:

- المالكية والشافعية والحنابلة: ليس للمرأة أن تتولى عقد زواج نفسها أو غيرها.
- الحنفية: يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تباشر عقد زواجها بنفسها ويستحب مباشرته من طرف الولي.

ويعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج، أما الأحناف فالعقد عندهم صحيح لأن الولي لا يعد ركنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج.

ثانيا: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

يتضح منهج قانون الأسرة الجزائري في التعامل مع عنصر الولي كما يلي:

1 -من حيث طبيعة عنصر الولي:

اعتبر المشرع في المادة 09 مكرر من الأمر 05-02 المتضمن (ق.أ.ج) الولي شرطا من شروط عقد الزواج وليس ركنا، لأنه قصر الأركان على ركن واحد فقط وهو الرضا، وهو بذلك قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج لقوله – ﷺ- "لا نكاح إلا بولي"، كما خالف رأي الأحناف الذين لم يعتبروه لا ركنا ولا شرطا.

2 -من حيث مباشرة العقد:

ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها، وهو ما نصت عليه **المادة** 1/11 بقولها: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها".**

أما بالنسبة للقاصرة فإن الولي هو الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه **المادة** 2/11 **"...يتولى زواج القصر أولياؤهم".**

3 -من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم:

يميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، فبالنسبة للراشدة ليس هناك تحديد ولا ترتيب للأولياء، وهو ما ورد في **المادة** 1/11 **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أي شخص تختاره".**

ومن ثم فلها أن تختار من تشاء ليكون وليا لها.

أما القاصرة فقد حدد القانون الأولياء، وهم الأب ثم أحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، وهم مرتبون وفق ما ورد في **المادة** 2/11 التي تنص على أنه: **"يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".**

4 -من حيث علاقة الولي بركن الرضا:

ليس لولي المرأة الراشدة دخل في مسألة الرضا، لأن الزواج عقد رضائي، ولأنها تباشر العقد بنفسها، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي لا يملك إجبارها على الزواج.

5 -من حيث أثر تخلف عنصر الولي على صحة العقد:

نصت **المادة** 2/33 من (ق.أ.ج) على أنه: **"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".**

المطلب الخامس: شرط الإشهاد في عقد الزواج.

تشريع الإشهاد في عقد الزواج كان لغاية إثباته عند التجاحد، وكذا لإعلان الزواج تمييزا له عن العلاقات غير المشروعة.

أولا: حكم الاشهاد في عقد الزواج.

1 -حكم الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على وجوب الشهادة في الزواج ثم اختلفوا في حقيقتها بالنسبة للعقد على النحو التالي:

جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج، فتلزم حين إجراء العقد ليسمع الشهود الإيجاب والقبول عند صدورهما من المتعاقدين، فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسدا بدليل قوله: - ﷺ- "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

أما المالكية فقد رأوا أن الشهادة شرط لنفاذ عقد الزواج.

2 -حكم الاشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

اعتبر المشرع الجزائري الشهادة شرطا من شروط العقد في المادة: 09 مكرر تغليبا لرأي الجمهور، وهذا الاختيار أفضل من حيث إثبات العقد وما تم فيه من إتفاق على الصداق والشروط.

ومن الناحية العملية فإن الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يسجل العقد إلا بحضور شاهدين لنص **المادة** 18 من (ق.أ.ج) **"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون".**

المطلب السادس: شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج.

وقد تضمنها الفصل الثاني من قانون الأسرة المعنون ب: موانع الزواج، حيث نصت **المادة 23** منه: "يجب أن يكون كلا من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

المادة 24: موانع النكاح المؤبدة هي:

- القرابة.
- المصاهرة.
- الرضاع.

المادة 25: المحرمات بالقرابة هي:

الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

المادة 26: المحرمات بالمصاهرة هي:

1 -أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
2 -فروعها إن حصل الدخول بها.
3 -أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.
4 -أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا.

المادة 27: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

المادة 30: يحرم من النساء مؤقتا:

المحصنة. – المعتدة من طلاق أو وفاة. – المطلقة ثلاثا.(التحريم يخص زوجها المطلق).

كما يحرم مؤقتا:

- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع.
- زواج المسلمة من غير المسلم.

المادة 34: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء.