المحاضرة الرابعة: مفهوم الزواج وتكوينه

المحور الثالث: الزواج

يعتبر عقد الزواج أساس تكوين الأسرة ومن ثم فهو أساس قانون الأسرة، فغالب أحكام هذا الأخير مرتبطة بهذا العقد، سواء بالنسبة لتكوينه كالأحكام المتعلقة بركن الرضا وشروط عقد الزواج، أو بالنسبة لآثاره كمسألة النسب، والميراث وحقوق وواجبات الزوجين وغيرها، ولولا عقد الزواج لما كان هناك حديث عن انحلال الرابطة الزوجية، لذلك قسمنا هذه المحاضرة إلى قسمين، أما الأول نتناول فيه التعريف بهذا العقد ثم تكوينه والثاني آثاره.

أولا: تعريف الزواج وخصائصه

الزواج سنة من السنن الكونية والاجتماعية والدينية، فالتزاوج موجود منذ بداية الخلق، لكنه يختلف من مجتمع إلى آخر ومن تنظيم إلى آخر.

1- تعريف الزواج

الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب زوج فلان إبله أي قرن بعضها ببعض، ومنه قوله تعالى:" **وإذا النفوس زوجت**" أي قرنت بأبدانها وبأعمالها، والزوج هو كل واحد معه آخر من جنسه، قال تعال:" **اسكن أنت وزوجك الجنَّة**"، أما في الاصطلاح فقد عرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 4 المعدلة عام 2005 بكونه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

2- خصائص عقد الزواج

من خلال نص المادة 04 من قانون الأسرة 02/05 نستنتج الخصائص التالية:

- الزواج عقد من العقود يقوم على أركان وشروط، تترتب عنه آثار قانونية معينة.
- الزواج لا يتم إلا بين رجل وامرأة (منع اللواط، والسحاق، الزنا والعلاقات الجنسية الحرة والشاذة).
- أن يكون الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة مالم ينحل بالوفاة أو الطلاق (تحريم الزواج المؤقت، وزواج المتعة، وزواج التحليل...).
- هو عقد قائم على المودة، الرحمة، والتعاون، السلام والاحترام وليس على القهر، الظلم.
- إن الغاية من عقد الزواج الإحصان، والعفاف وابتغاء الولد لحفظ النوع الإنساني.

– إن الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا، وتعد القواعد المنظمة للزواج قواعد آمرة، بحيث يعتبر أي اتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة خارج نطاق الزواج باطلا لمخالفة الشرع والقانون والآداب العامة.

3– الحكم الشرعي للزواج (الوصف الشرعي للزواج)

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

أ– الحكم العام للزواج

لقد رغبت الشريعة الإسلامية في النكاح ودعت إليه بالنسبة للشخص الذي يملك القدرة المادية والجسدية، مبرزة استحبابه والندب إليه في حقه وهذا ما يتضح لنا من نصوص القرآن الكريم كقوله تعالى:" **فانكحوا ماطاب لكم من النساء** " ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج...".

ب– الحكم الخاص للزواج

يعني وصفه الشرعي حسب حالة الشخص، فالناس يختلفون من حيث القدرة المادية والجسدية، ومن حيث الرغبة في الزواج والنفور منه، لذلك تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة؛ الوجوب، الحرمة، الكراهة، الاستحباب والإباحة.

– **حالة كون الزواج واجبا:** يكون الزواج واجبا في حق التائق إليه والقادر على مؤنه، والمتأكد من الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج، تطبيقا للقاعدة الأصولية "ما لا يتم الواجب إلا هو فيه واجب".

– **حالة كون الزواج حراما:** يكون الزواج حراما بالنسبة للشخص الذي لا يخشى من الزنا، ويتأكد من الوقوع في الحرام إن هو تزوج، وذلك بظلمه لزوجته بسبب عدم مقدرته عليه سواء ماديا أو جسديا، أو لكونه مريضا مرضا معديا يخشى انتقاله إلى زوجته وأولاده.

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

– **حالة كون الزواج مستحبا:** يكون الزواج مستحبا لمن يرجوا نسلا أو فعل خير كالنفقة على فقيرة أو على أم وأولادها الأيتام.

– **حالة كون الزواج مباحا:** يكون الزواج مباحا بالنسبة للشخص الذي انتفت عنه دواعي النكاح وموانعه، مثل الشخص الذي لا حاجة له في النساء ولا يرجوا نسلا.

ج- الحكمة من الزواج

شرع الزواج لمقاصد عظيمة ولحكم جليلة يمكن ذكر بعض منها:

- الاقتداء بالأنبياء والمرسلين وتلبية نداء الفطرة التي فطر الله الناس عليها لأن الزوجية هي قاعدة الخلق في الإنسان وفي جميع المخلوقات.
- وقاية النفس من الوقوع فيما حرم الله عز وجل من الزنا وكل ما يقرب إليه.
- تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والشفقة والأنس بين الزوجين والتعاون.
- التكاثر والتناسل وحماية النوع الإنساني.
- تكوين علاقة بين أسرتين كانتا متباعدتين وذلك عن طريق المصاهرة.
- شعور كل من الزوجين بالمسؤولية الزوجية، ما يروضهما على تحمل أعباء الحياة وأداء الواجبات.

ثانيا: تكوين عقد الزواج

صرح المشرع في نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن الزواج عقد، ومن ثم ينبغي لتكوينه أن يقوم على ركن الرضا، وشروط موضوعية، بالإضافة إلى الشروط الشكلية، فإذا استوفى هذا العقد ركنه وشروطه الموضوعية يعتبر صحيحا ويرتب آثاره القانونية، وإذا تخلفت ترتب عنه البطلان أو الفساد حسب ما نص عليه المشرع.

1- ركن الرضا في عقد الزواج

الرضا هو ركن أساسي في عقد الزواج لربط الطرفين وفقا لنص المادة 09 المعدلة من ق. أ:

"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري جعل المشرع عقد الزواج قائما على ركن وحيد فقط، أما الأركان الأخرى المتمثلة في الولي والصداق والإشهاد فقد ألحقها بالشروط من خلال نص المادة 9 مكرر، ولتفصيل هذه الركن نتطرق إلى مفهوم الرضا، ثم شروط صيغة عقد الزواج، وبعدها مسألتي الاشتراط والوكالة في عقد الزواج.

أ- مفهوم الرضا في عقد الزواج

حسب نص المادة 10 ف1 من ق.أ " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، فالإيجاب والقبول هما قوام عقد الزواج، ويقصد بالإيجاب العرض الصادر من أحد الطرفين لإنشاء العلاقة الزوجية، أما القبول هو الموافقة على هذا الإيجاب، ولا يشترط في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولا يكون إيجابا،

والثاني يكون قبولا، وبدون توفر عنصر الرضا يكون العقد باطلا وفقا لنص المادة 33 من ق. أ "يبطل الزواج إذا إختل ركن الرضا"، ويجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه.

ب- شروط الصيغة في عقد الزواج

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

- **أن تكون بألفاظ مخصوصة:** اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي "الزواج" و"النكاح" بما يصاغ منهما لفظ الإيجاب والقبول، فالمشرع لم يشترط استعمال ألفاظ مخصوصة، فأي لفظ يؤدي معنى الزواج بأي لغة كانت ينعقد به وهذا ما نصت عليه المادة 10ف1 "... بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

- **أن تكون شفوية متلفظ بها:** بالنسبة للشخص القادر على النطق لابد أن يتلفظ شفاهة وفي مجلس العقد بألفاظ تفيد معنى النكاح سواءا كان إيجابا أو قبولا، أما من كان عاجزا على النطق فقد أفادت الفقرة الثانية من المادة 10 صحة إيجابه وقبوله بالكتابة أو الإشارة.

- **أن تدل على الدوام والتنجيز:** لا يجوز أن تكون عبارة الصيغة مؤقتة ولا تكون معلقة على شرط محتمل الوقوع مثل قول الولي إذا تحصلت على الوظيفة زوجتك ابنتي، فالأصل في العقود أن تكون بصيغة الماضي لأنه يدل على الإلزام وعدم الاحتمال.

- **الفورية:** أي أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول بفاصل زمني كبير يفيد منه الإعراض، بمعنى آخر أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.

***مسألة انعقاد النكاح بواسطة وسائل الاتصال الحديثة:** المسألة مختلف فيها بين الفقهاء المعاصرين بين منكر لعدم اتحاد المجلس وعدم سماع الشاهدين لأحد طرفي العقد، وبين من يجيز ذلك حيث لا يوجد في الشريعة ما يمنع من إجراء العقود مع اختلاف المجالس، إذا تحققت الفورية وتحقق كل واحد من العاقدين من هوية الطرف الآخر وأمن التزوير، ولكن الأفضل أن لا يلجأ إلى العقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة إلا في حالة وجود الضرورة.

- **موافقة القبول للإيجاب من كل وجه:** بمعنى أن يوافق القبول الإيجاب من حيث محل العقد (الزوج والزوجة)، وكذلك من حيث الصداق، فإذا حدث اختلاف لم يصح النكاح.

- **عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول:** فإذا رجع قبل قبول الطرف الآخر صح رجوعه، ولا يصح العقد ولو صدر قبول من الطرف الآخر، لأنه حينئذ سيصبح إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الأول، وكذلك لو فقد الطرف الأول عقله قبل صدور القبول لم يصح العقد.

– **أن تكون الإرادة خالية من العيوب:** كالغلط والتدليس والإكراه باعتباره مساسا بقاعدة الحرية في التراضي (تقادم دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه 5 سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه وهي مدة طويلة).

ج– مسألة الاشتراط في عقد الزواج

يجوز للزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصالحهما التعاقدية، حيث لا يوجد مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد ومقاصده وهذا ما صرحت به المادة 19 من ق. أ التي تقضي بأنه: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، ومن الشروط غير الصحيحة أن يشترط الزوج على زوجته ألا ترث منه، أو عدم الإنفاق، عدم العدل في المبيت، عدم إنجاب الولد، فإن وقعت الشروط المنافية لعقد الزواج كان الشرط باطلا والعقد صحيحا حسب المادة 35 من ق. أ التي تنص على أنه: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، مع أن المشرع وقع في تناقض بنصه في المادة 32 ق. أ "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، فكان على المشرع أن يحذف العبارة الأخيرة من المادة ليرفع التناقض حيث تصبح المادة "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع مؤبد أو مؤقت"، هذا ويعتبر مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج وعدم تنفيذها من قبل الزوج من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق حسب المادة 53 الفقرة 09.

د– مسألة الوكالة في عقد الزواج

لقد كان نص المادة 20 ق. أ من قانون الأسرة 84–11 ينص صراحة على أنه يصح أن ينوب

عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة، ولكن بعد صدور الأمر 02/05 المتضمن قانون الاسرة منع التوكيل في الزواج لما يتصف به هذا العقد من خطورة ومسؤولية جسيمة، فالزواج عقد رضائي ولا يمكن أن يصدر الإيجاب والقبول إلا من طرفيه شخصيا، كما أنه لا يمكن أن ينوب عن الزوج أي وكيل مهما كانت صفته أو درجة قرابته.

2– الشروط الموضوعية في عقد الزواج

نصت المادة 09 مكرر من ق. أ على أنه: يجب أف تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

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

أ- شرط الأهلية في الزواج

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

من خلال نص المادة نجد أن المشرع اشترط في الزوجين بلوغ سن الأهلية مع إمكانية الترخيص لمن لم يبلغ هذه السن القانونية لكنه لم ينص على حالة مخالفة وتجاوز سن الأهلية.

- **سن الأهلية في الزواج:** المشرع الجزائري حدد سن الأهلية ب 19 سنة كاملة وهو سن الرشد القانوني (المادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني)، وساوى في ذلك بين الرجل والمرأة، ويكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد وليس ساعة الدخول.
- **الإعفاء من شرط سن الأهلية:** إذا رغب الولي في تزويج القاصر قبل بلوغ السن القانونية، فلا يجوز عقد زواجه إلا بعد الحصول على رخصة مسبقة من رئيس المحكمة، ويشترط لمنح هذه الرخصة مايلي:
- تقديم الطلب من ولي القاصر أو ممثله القانوني (الولي أو الوصي...).
- التثبت من صغر السن وذلك بالاطلاع على شهادة ميلاد المعني.
- التحقق من وجود المصلحة أو الضرورة مثل أن يكون الفتى مريضا وعلاجه الزواج، أو أن لا يكون للفتاة أهل أو ولي كما لو كانت يتيمة ومن مصلحتها الزواج.
- التثبت من قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج، ويمكن الاستعانة في هذه الحالة بالخبرة الطبية والقيام بالبحث الاجتماعي.

وتجدر الإشارة إلى أن القاصر المرخص له بالزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

- **مخالفة وتجاوز شرط سن الأهلية:** لم ينص قانون الأسرة الجزائري عما يترتب من آثار على مخالفة سن أهلية الزواج، وإبرام عقد زواج قبل بلوغ السن المحددة.

ب- شرط الصداق في عقد الزواج

الصداق لغة اسم مصدر وهو بفتح الصاد مهر المرأة، وقيل هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج، وورد في نصوص الشريعة بعدة مسميات كالنحلة والمهر والفريضة والطول والأجر... وعرفته المادة 14 من ق. أ بأنه: " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد اعتبره شرطا في عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر المضافة بالقانون 02/05، لكنه إذا تأخر في العقد فلا يؤثر في صحته متى تم الدخول، حيث تنص المادة 33 الفقرة 2 على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

- **شروط الصداق:** يشترط في الصداق ما يشترط في الثمن وهذه الشروط تتمثل في:

* أن يكون مبلغا نقديا أو شيئا متقوما، وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط في المادة 14 " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح..."

* أن يكوف مباحا، أي طاهرا ويجوز الانتفاع به، لأن الحرام لا قيمة له، ولا يجوز تملكها ولا نقل ملكيتها.

* أن لا يكون مغصوبا.

* أن يكون خاليا من الغرر، أي يشترط فيه أن لا يكون مجهولا، كأن يقول أن مهرك بيتا دون تحديده وهذا الشرط نص عليه المشرع في المادة 15.

- **أوضاع الصداق:** تنص المادة 15 من ق. أ على أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

* **حالة كون الصداق معجلا كله:** بحيث يدفعه الزوج إلى الزوجة مباشرة أو إلى من ينوبها أو يمثلها.

* **حالة كون الصداق مؤجلا إلى ما بعد الدخول:** حيث تتم تسمية الصداق وتحديد قيمته أو نوعه أثناء إجراء العقد ويتفق الطرفان على تسليمه في وقت لاحق، وإذا لم يحدد تاريخ معين لدفع المؤجل فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة.

***حالة كون الصداق معجلا في بعضه ومؤجلا في البعض الآخر:** حيث يتفق الطرفان على دفع جزء أثناء العقد وقبل الدخول ويكمل الباقي إلى ما بعد الدخول، ومهما يكن من أمر فإن الصداق

سواءا كان معجلا أو مؤجلا فإنه يحدد في عقد الزواج، وهو حق وملك خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء بغض النظر عن من تسلمه، حسب المادة 14 من ق. أ.

– **حالات استحقاق الزوجة للصداق:** من خلال المادة 15 والمادة 16 التي تنص على أنه: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، ويلاحظ أن استحقاق الزوجة للصداق يتمثل في ثلاث حالات:

***حالة استحقاق الزوجة للصداق المسمى كاملا:** تستحق الزوجة الصداق المسمى كاملا في حالة الدخول بها إلى بيت الزوجية أو وفاة زوجها بعد العقد الصحيح، حتى وإن لم يتم الدخول بها.

* **حالة استحقاق المرأة لنصف الصداق المسمى:** وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة نصف الصداق المسمى، وهذا عندما يقع طلاقها من زوجها بعد إنجاز العقد وقبل الدخول بها.

* **حالة استحقاق المرأة لمهر المثل:** وهي الحالة التي تستحق فيها الزوجة صداق المثل، وذلك عندما يبرم عقد الزواج دون تحديد أو تسمية قيمة الصداق، حيث لا يكون هناك صداق معلوم لا معجل ولا مؤجل وهذا المعنى الذي تضمنته الفقرة 2 من المادة 15.

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

ج– شرط الولي في عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري الولي شرطا من شروط عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر من الأمر 05–02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

– **تعريف الولاية:** الولاية لغة بكسر الواو وفتحها تعني النصرة والقدرة والسلطان، أما الولاية اصطلاحا فهي تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه، وتعني كذلك القدرة على إنشاء العقد نافذا، وولي المرأة في الزواج هو من يتولى عنها إبرام عقد الزواج، ويشترط الفقهاء في الولي مجموعة من الشروط منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف فيها، فبالنسبة للشروط المتفق عليها فتتمثل في أن يكون الولي بالغا عاقلا، كما يشترط فيه الإسلام، أما إذا تزوج مسلم كتابية فيجوز أن يكون وليها من أهل ملتها.

أما بالنسبة للشروط المختلف فيها فتتمثل في: الرشد، عدم اختلال السمع والبصر، الإحرام، الذكورة، بالإضافة إلى شرط العدالة.

– **أنواع الولاية:** الولاية إما أن تكون على المال وإما أن تكون على النفس، فالأولى هي سلطة التصرف في المال (ليست موضوع المحاضرة)، وأما الثانية فهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصودة في هذه الدراسة وهي نوعان؛ ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

* **الولاية القاصرة على النفس:** وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وهي تثبت للرجل البالغ العاقل فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها كان زواجه صحيحا وليس لأحد الاعتراض على ذلك، أما المرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها إلى رأيين، الأول أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها وإنما يزوجها وليها، والرأي الثاني هو أنه يمكن للمرأة البالغة أن تتولى عقد زواجها بنفسها متى كان الزوج كفؤا، كما لها أن تزوج غيرها، وبالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 11 على أنه: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، أما القصر من الجنسين ففي حالة الترخيص بالزواج يتم تزويجهم بواسطة الولي، فهو الأب فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له" المادة 11 ف2.

* **الولاية المتعدية على النفس:** وهي سلطة تزويج الإنسان غيره، وهي نوعان، **ولاية إجبار** وهي التي يستبد فيها الولي بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ومن دون حاجة إلى رضاه واختياره، ويكون العقد نافذا، وتثبت على المجنون والصغير من الذكور وللصغيرة بكرا أو ثيبا، و**ولاية اختيار** وتسمى أيضا ولاية استحباب وولاية مشاركة، وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه، بل لابد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج، وهذه الولاية تثبت على المرأة البالغة العاقلة، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أخذ بولاية الاختيار حتى بالنسبة للقاصرة في المادة 13 حيث جاء فيها: " لا يجوز لمولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها" ، إذن ينبغي أن توافق القاصرة وترضى بالزواج وتأذن به ثم يتولى وليها صيغة العقد نيابة عنها.

– **جزاء تخلف شرط الولي:** تنص المادة 33 ف 2 من ق. أ على أنه: "...إذا تم الزواج بدوف شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، هذا الحكم متعلق بالقاصرة فقط، أما بالنسبة للراشدة أي التي يزيد سنها عن 19 سنة والعاقلة فلا ينطبق عليها هذا الحكم، باعتبار أن الولي ليس بواجب في حقها حسب نص المادة 11ف2.

د- شرط الإشهاد في عقد الزواج (الشهود)

اعتبر المشرع الجزائري الإشهاد من شروط عقد الزواج، ولمعرفة حقيقة هذا الشرط ينبغي التطرق إلى تعريفه، وبيان حكمه، وشروط الشاهد، وأخيرا تناول مسألة تخلف هذا الشرط.

- **تعريف الشهادة:** الشهادة في اللغة لها عدة معاني وهي الحضور، الإعلام، الخبر القاطع، والمعاينة والأداء، أما اصطلاحا فتعرف بأنها تطلق على الخبر الذي يخبر به صاحبه عن أمر حصل لقصد الاحتجاج به لمن يزعمه، والاحتجاج به على من ينكره، فالغاية من الإشهاد على الزواج هو حصول الإعلان عنه واخراجه عن حدود الكتمان، وحتى لا يجد أحد طرفيه سبيلا لإنكاره فيما بعد.

- **حكم الشهادة في عقد الزواج:** اتفق الفقهاء على أن الشهادة من شرط النكاح، أما قانون الأسرة الجزائري فقد عده من شروط صحة عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر، وتخلف هذا الشرط يؤدي إلى فسخ العقد قبل الدخول وتثبيته بعد الدخول بصداق المثل حسب المادة 33 ف 2 من ق. أ.

***مسألة الإشهاد على عقد الزواج مع التواصي بالكتمان:** من الناحية القانونية العقد صحيح باعتبار أنه تحقق الإشهاد عليه الذي يعد شرط صحة، ولا يهم بعد ذلك كتمان أمره أم إيذاعه بين الناس.

- **شروط الشهود:** لم يبين قانون الأسرة الجزائري أي شروط للشاهدين ما عدا ما ذكره من العدد (شاهدين)، مع العلم أن قانون الحالة المدنية ينص في المادة 33 على وجوب بلوغ الشاهد سن 19سنة حتى تقبل شهادته في عقد الزواج.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن شروط الشاهد تتمثل في العقل والبلوغ، والإسلام إذا كان الزوجين مسلمين أما إذا كانت الزوجة كتابية فالمسألة فيها خلاف (كون الشهادة من باب الولاية)، وكذلك سماع كل من الشاهدين كلام العاقدين وفهمهما المراد منه، والسماع يعني الحضور بالضرورة لأن من يسمع يكون حاضرا، بالإضافة إلى الشروط السابقة ينبغي أن يشهد على العقد من اثنين فما فوق، كما أن هناك شروط أخرى مختلف فيها بين الفقهاء وهي: الذكورة، عدم وجود التهمة والعدالة.

هـ- شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج

يعبر عن الموانع في الفقه الإسلامي بصور التحريم، بمعنى أن لا تكون المرأة محرمة شرعا عن الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا حسب المادة 23 ق.أ، سنتناول المحرمات تحريما مؤبدا، ثم المحرمات تحريما مؤقتا، وأخيرا جزاء مخالفة هذا الشرط.

- **المحرمات تحريما مؤبدا:** لا يجوز الزواج بهن أبدا، لأن المانع دائم لا يزول، وأسبابها ثلاثة القرابة، والمصاهرة والرضاع حسب نص المادة 24 ق.أ.

* **المحرمات بسبب القرابة:** نصت عليها المادة 25 ق. أ وهي: أصول الشخص (الأم والجدة مهما علت من الجهتين)، فروع الشخص (البنت وبنت الابن وبنت البنت مهما نزلن)، حواشي الشخص (الأخت وبنت الأخت وبنت الأخ مهما نزلن)، نساء الدرجة الأولى من فروع الأجداد والجدات (العمة والخالة)، أما نساء الدرجة الثانية فجائز الزواج بهن كبنت العمة وبنت العم وبنت الخالة وبنت الخال.

* **المحرمات بسبب المصاهرة:** التحريم بهذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، ونصت عليها المادة 26 ق.أ وهي: أصول زوجة الشخص (أم الزوجة وجدة الزوجة وأم جدة الزوجة فما فوق)، فروع زوجة الشخص (وهي المعروفة بالربيبة إن دخل بأمها)، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا (أي من كن زوجات لهؤلاء الأصول مثل زوجة الأب أو الجد من الجهتين، وهذا بمجرد العقد عليهن)، أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلوا (أي من كن زوجات لفروع الشخص مثل زوجة الابن وزوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت مهما نزلوا، وهذه الحرمة تثبت بمجرد العقد عليها).

* **المحرمات بسبب الرضاع:** نصت عليه المادة 27 ق. أ "يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب"، وعليه فإن المحرمات بسبب الرضاع هن: الأم وهي الأم المرضعة، البنت وهي البنت الرضيعة، الأخت وهي بنت المرضعة، العمة وهي أخت زوج المرضعة، الخالة وهي أخت المرضعة، بنت الأخ وهي بنت ابن المرضعة، بنت الأخت وهي بنت بنت المرضعة.

ونصت المادة 28 على أن: " الطفل الرضيع يعد وحده دون غيره من إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، وأضافت المادة 29 " الرضاع المعتبر هو ما قبل الفطام أو في الحولين لا يفرق بين ما كان قليلا منه أو كثيرا".

- **المحرمات تحريما مؤقتا:** المحرمات تحريما مؤقتا هن النساء اللواتي لا يجوز الزواج بهن لفترة معينة لوجود مانع، ويزول هذا التحريم بزوال المانع، وأوردها المشرع في المادة 30 ق. أ، وهن:

* **المحصنة:** وهي زوجة الغير ولو كان غير مسلم.

* **المعتدة من طلاق أو وفاة:** سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنان، أي حتى تنقضي العدة المقررة شرعا.

* **المطلقة ثلاثا:** وهذا لأن الشريعة الإسلامية قيدت حق الزوج بثلاث تطليقات، حيث يحرم عليه إرجاعها إلى عصمته حتى تتزوج غيره ويدخل بها، وبعدها يطلقها أو يموت عنها.

* **الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها وخالتها:** وهو أنه يحرم الجمع بين امرأتين تربطهما علاقة نسب أو رضاع.

* **زواج المسلمة مع غير المسلم:** تحرم على المسلمة المشركة دون الكتابية.

* **الزيادة على أربع نساء:** هذا المانع دلت عليه المادة 8 من ق. أ، فلا يجوز للزوج أن يزيد الخامسة إلا إذا طلق واحدة وانتهت عدتها.

– **جزاء مخالفة شرط انعدام الموانع الشرعية:** نصت المادة 32 ق. أ على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، ونصت المادة 34 على أن: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، فمصير هذا العقد هو البطلان المطلق ويفسخ فورا حتى لو لحقه دخول، أو سجل في سجلات الحالة المدنية فيظل باطلا، وعلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يطلب منه إبراء مثل هذا العقد أن يرفض لأنه مخالف للنظام العام، ومخالف للنصوص الشرعية القطعية، وفي المقابل يترتب عنه ثبوت نسب الولد الناتج عن هذا الزواج في حالة الدخول تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، كما يجب على المرأة أن تعتد للاستبراء.

3– الشروط الشكلية في عقد الزواج

رغم أن عقد الزواج عقد شرعي بامتياز، لكن هذا لم يمنع من كونه من العقود الشكلية أو الرسمية التي لا بد فيها من التوثيق والتسجيل حماية لأطراف العقد، وترتيب آثاره، وهذه الشروط وإن كانت مطلوبة في تكوين العقد من الناحية الشكلية، إلا أنها لا تؤثر على صحة عقد الزواج، وبخصوص الشروط الشكلية المتطلبة في عقد الزواج فإننا نتطرق إلى الجهة المختصة بإبرامه، والوثائق المطلوبة قانونا، هذا وقد استحدث المشرع في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 شرطا آخر يتمثل في الوثيقة الطبية.

أ– الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج

نصت المادة 18 ق. أ على أن الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج هو إما ضابط الحالة المدنية وإما الموثق، كما نصت المادة 71 من ق. ح. م بأن هذا الضابط أو الموثق المختص

بتحرير عقد الزواج، هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاص موطن الزوجين أو أحدهما، وإما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه مقر إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، أما إذا انعقد الزواج خارج الجزائر فإن العقد يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية (المواد 76 و 96 و 104 من ق. ح. م) .

وإذا تم عقد الزواج بالشكل القانوني والرسمي أي أمام ضابط الحالة المدنية، فإن إثباته بمستخرج أو بنسخة من عقد الزواج حسب ما هو مسجل في سجلات الحالة المدنية، أما إذا تم أمام الموثق فإن هذا الأخير يبلغ كتابيا ضابط الحالة المدنية حتى يتسنى له تسجيله وهذا حسب المواد 39 ق. ح. م، و21 و22 من ق. أ، أما بالنسبة للزواج العرفي الذي يتم أمام جماعة المسلمين فإن تسجيله حسب المادة 22 ق.أ لا يثبت إلا بحكم قضائي يصدره رئيس المحكمة.

ب- الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج

- شهادة الميلاد،
- شهادة الإقامة للزوج في حالة عدم معرفة أنه يقيم في البلدية،
- شهادة الإعفاء من السن أو الرخصة، رخصة الزواج من رئيس المحكمة بالنسبة للزوج القاصر وحالة التعدد،
- رخصة الوالي بالنسبة للزواج المتعلق بأجنبي،
- رخصة مصالح الأمن بالنسبة لزواج موظفي الأمن الوطني،
- رخصة مصالح الدفاع الوطني بالنسبة لزواج العسكريين.. ورجال الدرك والمجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية،
- نسخة من عقد الزواج السابق للمرأة التي سبق لها الزواج أو نسخة من حكم الطلاق المادة 75 من ق.ح.م، أو شهادة عدم الزواج بالنسبة لغير المتزوجة (التي لم يسبق لها الزواج)

ج- الشهادة الطبية كشرط شكلي في عقد الزواج

أوجبت المادة 7 مكرر على كل طالبي إبرام عقد زواج تقديم بشكل مسبق شهادة طبية لا تزيد على 3 أشهر، تثبت خلو الطرفين من أي مرض أو أي عائق، يشكل خطرا على الحياة الزوجية، كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج، وينبغي على الموظف المؤهل قانونا بإبرام عقد الزواج أن لا يمتنع عن إبرامه لأسباب

طبية، خلافا لإرادة الزوجين حسب نص المادة 7ف2 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط كيفية تطبيق أحكام المادة 7مكرر ق. أ.

4- أنواع النكاح من حيث الفساد والبطلان

حدد المشرع الجزائري الزواج غير الصحيح في الزواج الفاسد والزواج الباطل وهو ما جاء في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة والمتعلق بالزواج وانحلاله.

أ- الزواج الفاسد

النكاح الفاسد هو ذلك الزواج الذي توافر فيه سبب من أسباب الفسخ أو البطلان وتبين أمره قبل الدخول، فالنكاح الفاسد يفسخ قبل الدخول ولا مهر فيه، وأسباب الفسخ حسب قانون الأسرة هي فقدان العقد لشرط الصداق والشاهدان والولي في حالة وجوبه، ففي هذه الحالات الثلاثة يفسخ العقد قبل الدخول ولا مهر فيه ويثبت بالدخول، ويصحح بصداق المثل وهذا حسب المادة 33 فـ2 ق. أ "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، كما يعتبر العقد فاسدا في حالة إبرام عقد زواج ثان (أي حالة التعدد) دون استصدار رخصة بهذا الزواج من المحكمة، وتبين أمره قبل الدخول فإنه يفسخ وهذا ما نصت عليه المادة 8 مكرر 1، والمشرع اعتبر العقد المقترن بشرط ينافيه صحيحا، والشرط باطل، وهذا ما جاءت به المادة 35 ق. أ "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

ب- الزواج الباطل

هو ذلك النكاح الذي توافر فيه سبب من أسباب الفساد أو أكثر وتعين إبطاله ولو بعد الدخول، وأسباب البطلان حسب قانون الأسرة تتمثل في تخلف ركن الرضا ونصت عليه المادة 33 فـ1 "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.."، وكذلك عدم مراعاة شرط المانع، أي الزواج بالمحرمات، وهذا حسب ما جاء في المادة 32 ق. أ التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما تنص المادة 34 ق. أ على أن: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".
فالزواج الباطل كالمعدوم لا وجود له من الناحية الشرعية والقانونية لذلك ينبغي فسخه قبل الدخول وبعده، وتترتب عنه آثار تتمثل في وجوب العدة لمعرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب، وثبوت نسب الولد الناتج من هذا الزواج.