قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري
الخطبة والزواج نموذجا

د. سعاد سطحي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة

تمهيد:

لقد اختلفت وجهات النظر حول ما ورد من تعديلات في قانون الأسرة الجزائري بين مؤيد ومعارض، محدثة جدلا كبيرا في أوساط المجتمع الجزائري بجميع فئاته وشرائحه، مما يحدو بالمختصين من رجال الفقه والقانون إلى استنهاض الهمم، وبذل الجهد، وسبر أغوار الموسوعتين الفقهية والقانونية قصد الوصول إلى مدى التطابق والتباين بين ما ورد في قانون الأسرة الجزائري من مواد وأحكام، وبين ما هو مبثوث في طيات أسفارنا الفقهية من آراء واجتهادات، وإسهاما منا في إثراء هذا القانون حاولنا بإذنه تعالى قراءة ما ورد فيه من تعديلات، ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي، مقتصرين في ذلك على مسائل الخطبة والزواج كنواتين لدراسات لاحقة في هذا المجال الخصب الذي تستوعب دراسته عديد الأبحاث والمقالات .

تعريف الزواج

ـ **نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري** رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة على ما يلي :

" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[1].

تم تعديل هذه المادة في الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة على النحو الآتي :

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

الملاحظ ما يأتي :

1. إن القانون القديم والتعديل الجديد يتفقان على أساس أن الزواج هو عبارة عن **عقد**.

وهذا ما يتطابق مع تعريف علماء الفقه الإسلامي حيث عرفه :

الكمال بن الهمام ــ رحمه الله ــ بقوله : " عقد يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً "[2].

وعرفه الإمام أبو زهرة ــ رحمه الله ــ بقوله :

"إنه **عقد** يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات"[3].

2. إضافة كلمة **رضائي** لتعريف الزواج لكي يتماشى مع المادة 9 التي تم تعديلها على النحو الآتي:" ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين ".

والأصل في العقود أن تبنى على التراضي بين المتعاقدين سواء أكان ذلك في الفقه الإسلامي أم القانون الوضعي ، قال **رسول الله ﷺ** : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[4]

والإكراه يتنافى مع الرضا فكان غير معتبر شرعا وقانونا .

3. اتفاق كل من القانون القديم والتعديل الجديد في تحديد أهداف الزواج والمتمثلة في تكوين أسرة أساسها :

أ ــ **المودة والرحمة والتعاون . قال تعالى :** ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [5]

ب ــ وإحصان الزوجين . قال النبي ﷺ : "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه **أغض للبصر وأحصن للفرج**، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وِجاء"[6].

ج ــ والمحافظة على الأنساب. **قال تعالى : ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾** [7]

4 . لم يتعرض لا القانون القديم رقم 84 ــ 11 و لا التعديل الجديد الوارد في الأمر رقم 05 ــ 02 ، للكثير من الأهداف الأخرى للزواج التي تحدث عنها الفقهاء والتي تمس الكثير من النواحي التعبدية مثل :

الشعور بإقامة سنة من سنن الأنبياء والمرسلين، وهذا مصداقا لقوله ﷻ في معرض الامتنان على الرسل ووصفهم ومدحهم، و وإظهار فضله عليهم: **﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ﴾** [8].

واقتداء بسنة الرسول الكريم ﷺ حيث قال فيه المولى عز وجل : ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾ [9] فلقد تزوج النبي و قال لمن أراد العزوف عن الزواج : "..... وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني".

وقال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" إذا تزوج العبد فقد كمل نصف الدين، فليتق الله في النصف الباقي" [10] .

الخـــطـــبـــــة

نصت المادة الخامسة **من قانون الأسرة الجزائري** رقم 84 – 11 على ما يأتي :: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها

ـــ إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

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

ـــ وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك." [11]

تم تعديل هذه المادة في الأمر رقم 05 – 02 على النحو الآتي :

" 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 شيئا مما أهداه 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 ."

الملاحظ ما يأتي :

1 . أعيد ترتيب الخطبة بالفصل بين التعريف وحق العدول عنها ، وعرفت الخطبة بأنها وعد بالزواج، وهي غير ملزمة للطرفين خلاف العقد ، وبالتالي فمن حق الطرفين العدول عنها، وعندما نرجع إلى النظرة الفقهية لهذه المسألة نجد بأن الفقهاء اختلفوا في حكم الوعد هل هو ملزم أم لا ، وجمهور العلماء ذهبوا إلى أنه غير ملزم ، العدول عن الخطبة جائز إذا كانت هناك مبررات لهذا العدول فهي وعد بالزواج غير ملزم ومقدمة لعقد الزواج، ومن حق الطرفين العدول مادام لم يتم العقد بعد، وهذا إذا لم يحدث تفاهم وانسجام بين الطرفين وهذا بلا شك أحسن من الطلاق بعد الزواج.ولكن إذا لم تكن هناك مبررات قوية وجدية لهذا العدول كُرِّه ، لأن في ذلك إخلاف للوعد الذي يعتبر من الأخلاق الذميمة التي حذر الإسلام منها وبيّن بأنها من خصال المنافقين[12] لقوله ﷺ : "آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، وإذا اؤتمن خان، وإذا وعد أخلف". وعن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : "أربع من كنَّ فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهنّ كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر".[13]

وفي ذلك يقول فضيلة الدكتور فتحي الدريني : "لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي وديانى، لا قضائي، حفظا للكرامة أن تهدر والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثور وللسمعة أن تنال منها الأقاويل".[14]

2 . التفصيل في الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة على النحو الآتي :

أ ــ الاتفاق بين القانون رقم 84 – 11 والتعديل الوارد في الأمر رقم: 05 – 02 على جواز الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة .

ومسألة التعويض عن هذه الأضرار مختلف فيها في الفقه الإسلامي، فمنهم من قال بالتعويض مثل شيخ الأزهر السابق محمود شلتوت، ومنهم من قال بعدم التعويض مثل مفتي الديار المصرية سابقا الشيخ محمد بخيت المطيعي [15].، ومنهم من فصل في هذه المسألة فذهب إلى أن مجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض أما إذا صاحب العدول أضرارا وكان العادل هو المتسبب فيها وجب عليه التعويض، أما الأضرار التي لم يتسبب فيها مباشرة وكانت نتيجة العدول فلا تعويض عليها وبذلك قال الشيخ أبو زهرة . [16]

ب ــ إضافة عبارة عليه (الخاطب) أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته . وهذا تماشيا مع التطور الذي حصل في المجتمع الجزائري حيث أصبحت المخطوبة كذلك تهدي للخاطب كما يهدي لها هو ، مع العلم بأن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا إلى هذه المسألة لأنها لم تكن موجودة في عهدهم .

ج ــ فرق القانون في حكم الهدايا بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، وهذا موافق للقول الأوجه عند المالكية والذي عليه الفتوى فإذا كان العدول من جهة الخاطب، فلا يسترد شيئا مما أهداه حتى لا يجمع عليها بين ألمين، ألم رفضها وألم تغريمها ما أهداه لها.

وإن كان العدول من طرفها ردت إليه هداياه حتى لا تجمع عليه بين ألمين، ألم رفضه وألم أكل ماله.[17]

ولكن فقهاء المذهب المالكي لم يفرقوا بين الهدايا التي استهلكت والتي لم تستهلك ، والذي فعل ذلك هم فقهاء المذهب الحنفي، حيث طبقوا على هدايا الخطبة أحكام الهبة فاشترطوا لنفاذها قبضها، ومعلوم أن الحنفية يجوز عندهم رجوع الواهب في هبته ما لم يقم مانع من موانع الرجوع في الهبة أخذا بقاعدة "جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع". **وورد في حاشية ابن عابدين** : "وكذا يسترد ما بعث هدية، وهو قائم دون الهالك والمستهلك، لأنه في معنى الهبة، أي والهالك والاستهلاك مانع من الرجوع بها، لأنه هبة".(18)

حكم الفاتحة

نصت المادة السادسة من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 على ما يأتي :

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

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

تم تعديل هذه المادة في الأمر رقم 05 – 02 على النحو الآتي :

المادة 6 : "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا .

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ."

فالملاحظ ما يأتي :

1 – المادة الخامسة من القانون القديم لم تصرح هل الفاتحة عبارة عن عقد زواج أم لا ؟، ولكن بما أنه في الفقرة الثانية من المادة نفسها أعطى الفاتحة نفس أحكام الخطبة، فيفهم من ذلك بأنه لا تعتبرها عقد زواج.

2 – في التعديل الجديد ورد التصريح بأن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر عقد زواج بتوفر الشروط الآتية :

أ ــ ركن الرضى وهذا تماشيا مع المادة 9 التي تم تعديلها على النحو الآتي : " ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين ".

ب ــ شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون .

3 – التعديل الجديد لا يعتبر الفاتحة عقد زواج إلا باقترانها بمجلس العقد ، وبالتالي فقد ربطها بالمكان الذي يتم فيه العقد، ولقد وضح في المادة 18 مكان إجراء العقد ، حيث نصت هذه المادة على أنه : " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون."

4 – إن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الفاتحة عقد زواج إذا اقترنت بأركان وشروط عقد الزواج، بغض النظر عن المكان الذي يتم فيه هذا العقد، ولكن يُلجأ إلى الموثق أو الموظف المؤهل قانونا لتوثيق هذا العقد فقط .

ولكن ربما لُجئ لذلك لإزالة الضرر عن المرأة التي في بعض الأحيان يتم عقد قرانها الشرعي مع استكمال جميع أركان وشروط الزواج، وقبل توثيقه ربما يحدث خلاف بين الزوجين أو بين عائلتيهما فيتركها كالمعلقة لا هي بمتزوجة ولا بمطلقة، وربما يتزوج بغيرها، ويتركها نهائيا، فهي تعتبر متزوجة شرعا ، فلا تستطيع الارتباط بزوج غيره، ولا تستطيع في آن واحد أن تلجأ للقضاء لرفع هذا الضرر عنها، ولذا نجد أن بعض نظارات الشؤون الدينية في الجزائر لا توافق على إجراء عقد القران الشرعي في المساجد إلا بعد الحصول على الدفتر العائلي الذي يثبت بأن هذا الشخص قد أبرم ما يسمى بالعقد المدني .

سن الزواج (أهلية الزواج)

نصت المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 على أنه :

" تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة ، والمرأة بتمام 18 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ."

تم تعديل هذه المادة على النحو الآتي :

المادة 7 : "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 . "

فالملاحظ ما يأتي :

1 – إن المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 فرقت بين أهلية الرجل والمرأة في الزواج ، حيث جعلت اكتمال أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة ، والمرأة بتمام 18 سنة ، ، بينما التعديل الجديد وحّد أهلية الرجل والمرأة في الزواج ،وأعطى كل منهما للقاضي سلطة الترخيص بالزواج قبل هذا السن لمصلحة أو ضرورة.

2 – تم تحديد سن الزواج بتسعة عشر (19) سنة كاملة ، توافقا مع سن الرشد في القانون المدني ، الذي حدده بتمام 19 سواء بالنسبة للرجل أو المرأة ، وهذا ما ورد النص عليه في المادة 40 منه : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

3 – إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يضعوا سنا معينا ومحددا للزواج، بل تكلموا عن نكاح الصغير والصغيرة ، ففي ولاية الإجبار ذكر الحنفية بأن علة الإجبار هي الصغر سواء أكان المولى عليه ذكرا أو أنثى، وسواء أكانت الصغيرة ثيبا أم بكرا، لأن الصغر صفة تدل على ضعف العقل، وبالتالي العجز عن إدراك المصلحة [19].

أما بقية الفقهاء[20] غير الحنفية، فذهبوا إلى أن علة الإجبار الصغر بالنسبة للصغير، أما الصغيرة فعلة الإجبار هي البكارة، وتستمرّ هذه الولاية إلى ما بعد البلوغ، مع العلم بأن الشافعية ذهبوا إلى أن علة الإجبار البكارة لوحدها فقط دون الصغر، فتجبر عندهم البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة. بينما المالكية قالوا بأن البكارة والصغر كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد، فتجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ[21].

وتكلم الفقهاء كذلك على عدة المطلقة الصغيرة التي لم تصل بعد إلى سن البلوغ والتي تكون بثلاثة أشهر اتفاقا [22]، و ذلك **لقوله ﷻ : ﴿ و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن ﴾** [23]

وعن السيدة عائشة ــ رضي الله عنها ــ قالت : " تزوجني رسول الله ﷺ لست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسعة سنين . " [24]

فمن خلال ما سبق يتبن لنا بأنه يجوز للصغير والصغيرة الزواج ، ولكن الدخول لا يتم إلا إذا كانت هناك مقدرة على الوطء ، وعدم التضرر من ذلك، ومن الملاحظ أن الزواج كان يتم في سن مبكر وذلك للأسباب الآتية :

1 – إن البلوغ يتم في سن مبكرة خاصة في المناطق الحارة ، كالصحاري .

2 - الرجل والمرأة لم تكن لهما انشغالات متعددة مثل ما هو واقع اليوم، ففي وقتنا الحالي الارتباط بالدراسة الأكاديمة يستغرق وقتا طويلا ، فالتخرج من الجامعة يكون بعد سن 23 ، فهذا يستدعي تقدم سن الزواج عندهم وتأخره عندنا.

3 - وجود روح تحمل المسؤولية في الأجيال السابقة ، وهذا ما نلاحظه ، إذ أن أسامة بن زيد قاد جيش المسلمين الذي كان فيه كبار الصحابة وكان عمره 18 سنة ، والأمير عبد القادر الجزائري عندما بويع بالخلافة كان عمره 24 سنة فقط .

4 – بساطة الحياة وقلة تكاليفها في الماضي ، وهذا ما ينعدم في وقتنا الحالي.

وبالتالي فتحديد سن 19 للزواج هو سن مناسب ، و للقاضي الترخيص بالزواج قبل هذا السن لمصلحة أو ضرورة.

تعدد الزوجات

نصت المادة الثامنة من القانون رقم 84 – 11 على أنه : "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 الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

نصت المادة الثامنة من التعديل الجديد على أنه : "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

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

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل ، والشروط الضرورية للحياة الزوجية ."

المادة 8 مكرر : " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق "

المادة 8 مكرر 1 :" يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه ."

فالملاحظ ما يأتي :

1– الميل إلى التضييق من نطاق تعدد الزوجات، وذلك بإضافة شروط تحد من ذلك والتي تتمثل في :

أ ــ الرضا المسبق للزوجة أو الزوجات و للزوجة الجديدة .

ب ــ ترخيص رئيس المحكمة الذي يتولى التأكد من حصول التراضي وكذا النظر في أسباب الزواج وأهلية الزوج، و قدرته على ضمان العدل، و استيفاء الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

2 – من حق كل زوجة المطالبة بالتطليق في حالة التدليس .

3 – في حالة عدم استصدار الزوج للترخيص من طرف القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل البناء .

مع العلم بأن التعدد جائز في الشريعة الإسلامية [25]، وهذا استنادا لقوله ﷻ : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [26]

ولكننا نقول هنا إنّ حق الزوج في التعدد ليس على إطلاقه، ولكنه مقيّد بشروط نجملها في الآتي: [27]

أ/تقييد العدد بأربعة ، ولا يجوز الزيادة على هذا العدد ، للآية السابقة ، و لما رواه ابن عمر ـــ رضي الله عنهما ـــ أن غيلان بن سلمة الثقفي لما أسلم كانت عنده عشر نسوة وأسلمن معه، فقال له النبي ﷺ : "أمسك أربعا وفارق سائرهن"[28].

وكذلك روي أن نوفل بن المغيرة أسلم وهو متزوج خمس نسوة فقال له النبي ﷺ "فارق واحدة وأمسك أربعا"[29].

ب/ تحريم الجمع بين المحارم، فيحرم الجمع بين المرأة وأختها وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [30]. وكذلك لا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها. وذلك لما رواه أبو هريرة ـــ رضي الله عنه ـــ أن النبي ﷺ قال: لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها"[31].

جـ/ القدرة على الإنفاق، وهذا الشرط يشمل حتى الشخص الذي يريد أن يتزوج بزوجة واحدة ، وذلك لقوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وِجاء"[32].

د / تحقق العدل بين الزوجات في النفقة والمبيت لقوله ﷻ: ﴿..فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [33]

من خلال ما سبق يتبين لنا بأن فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا أن التعدد من حق الزوج بشرط التقيد بالشروط السابقة، و لم يعتبروا رضا الزوجة ، ولكن مسألة الترخيص من طرف القاضي يدخل في إطار السياسة الشرعية ، وحتى هذه القيود التي وردت في التعديل الجديد فهي تدخل في مسألة هل من حق الحاكم تقييد المباح أم لا ؟ ، وهذه مسألة تكلم فيها الفقهاء والأصوليون خاصة المعاصرون منهم حيث فصلوا فيها ، وليس هنا مقام الكلام عنها .

أركان وشروط عقد الزواج :

المادة 9 : ينعقد الزواج بتبادل رضى الزوجين .

المادة 9 مكرر : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

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

من خلال هاتين المادتين يتبين لنا ما يأتي :

1 ـــ إن التعديل الجديد جعل الركن الوحيد للزواج تبادل الرضى بين الزوجين ، أي الإيجاب والقبول (الصيغة) ، وهذا على رأي الحنفية الذين يجعلون الصيغة هي الركن الوحيد في العقود.[34]

2 ـــ حددت شروط الزواج في : الأهلية ، والصداق، والولي، والشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية.

وهذا ما هو مؤكد عليه في **المادة 33** : "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا . إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نلاحظ ما يأتي :

1 ــ تعتبر الصيغة ركنا من أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي [35]، وبالتالي ما ذهب إليه القانون موافق لما قاله الفقهاء .

2 ــ بالنسبة لما اعتبره القانون شروطا ، فبالنسبة للإشهاد ذهب المالكية[36] إلى أن الشهادة ليست شرطا لصحة العقد، بل يكفي الإعلان، وإنما هي شرط لحل الدخول، فهي ليست شرطا للانعقاد، بل هي شرط لترتيب الآثار. وشرط إنشاء العقد هو الإعلان.، أما بالنسبة للصداق فقد اعتبره بعض فقهاء المالكية ركنا من أركان النكاح[37]. وذهب بعضهم الآخر إلى اعتباره شرطا من شروط الصحة لأنه لا يجوز التواطؤ على تركه[38]. ومنهم من لم يبيّن هل هو ركن أم شرط ولكن صرح بأنه واجب على الرجل ولا يجوز زواج بدون مهر، وإليه نحا الحنفية والشافعية[39]، ولكن لا يشترط تسميته عند العقد ويصح عقد الزواج دون ذكره[40] بدليل قوله تعالى : ﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ [41]، أما بالنسبة للولاية فسوف نفصل فيها فيما يأتي.

الولاية في عقد الزواج

المادة 11 : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له .

المادة 13 : لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها .

فالملاحظ ما يأتي :

1 ــ الإبقاء على الولي لزواج المرأة غير راشدة كانت أم راشدة مع التدقيق بأنها تبرم عقد زواجها بحضور وليها.

2 – حدد ولي المرأة الراشدة المقبلة على الزواج بأنه أب، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره بنفسها.

3 ــ أما بالنسبة للمرأة القاصرة فلا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبرها على الزواج ، ولابد أن يتم زواجها بموافقتها، حيث لا يجوز لولي أن يزوجها دون موافقتها .

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نلاحظ بأن العلماء ــ رحمهم الله ــ اختلفوا في حكم الولي في نكاح المرأة البالغة الراشدة إلى الآراء الآتية:

ــ **الرأي الأول** : ذهب المالكية[42] والشافعية[43] والحنابلة[44] إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، سواء أكانت بكرا أو ثيبا.

ــ **الرأي الثاني** : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الولي ليس شرطا في النكاح بل هو مندوب، وبالتالي يصح النكاح بدون ولي، وهذا الرأي قال به كذلك ابن أبي ليلى وزفر والشعبي والزهري.

فيجوز للمرأة البالغة العاقلة عندهم أن تزوج نفسها بدون ولي و لايحق له الاعتراض على ذلك إلا إذا لم تحسن الاختيار وزوّجت نفسها من غير كفء لها وبأقل من مهر المثل[45].

ــ **الرأي الثالث** : ذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب[46].

فالملاحظ أن التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري أخذ برأي الحنفية في أنه يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تبرم عقد زواجها بنفسها ، لكنهم قيدوا ذلك بشرطين أن تزوج نفسها من كفء وبمهر المثل ، وإذا لم يتوفر هذان الشرطان فمن حق الولي فسخ هذا النكاح، وهذا ما لم يرد في القانون، وحتى فقهاء الحنفية قالوا بأنه يستحب للولي أن يبرم عقد الزواج بنفسه.

الصداق

المادة 15 : يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا .في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل .

في الفقه الإسلامي لا يشترط تسمية الصداق عند العقد ويصح عقد الزواج دون ذكره[47] بدليل قوله تعالى : ﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾ البقرة : 236.

ولكنه يستحب تسمية المهر في العقد وأن لا يعقد النكاح إلا به[48] لأن النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن و لم يكن يخلي ذلك من صداق.

وقال للرجل الذي زوجه المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ :"هل من شيء تصدقها" فعندما لم يجد، قال له :"التمس ولو خاتما من حديد"[49].

فتسميته في العقد أقطع للنزاع والخلاف فيه[50].

وبالتالي فإن الصداق يعتبر أثرا من آثار عقد الزواج. فيجب على الرجل دفعه للمرأة ولو لم يسمّ في العقد لأنه لا يجوز الزواج بدونه **قال ﷻ** : ﴿ **وَآتُوا**

النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ (51)

وقال أيضا : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ (52)

وقال أيضا : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنْ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنْ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾ (53)

وقال أيضا: ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (54)

وقوله ﷺ : "لا نكاح إلا بولي وصداق"(55).

وقوله : "فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها"(56).

أما بالنسبة لتعجيل الصداق وتأجيله فالمتعارف عليه في الصداق أن يكون معجّلا مع جواز تأجيله أو تأجيل جزء منه حسب الاتفاق على أن لا يكون الأجل مجهولا(57).

وذهب المالكية إلى أنه يجوز التأجيل إذا كان المهر غير معين أو كان معينا لكنه غير حاضر، أما إذا كان معينا فلا يجوز التأجيل لأنه ربما تغير عن حاله وإذا كان المهر مؤجّلا فيشترط أن يعجّل ربع دينار قبل الدخول(58) مع وجوب تحديد الأجل وكراهية إطالة مدته(59).

وقال الحنابلة بأنه إذا أطلق الأجل فيحل بالفرقة إما بالموت أو الطلاق (60).

فالأفضل أن يرجع في هذه الأمور إلى أعراف الناس وعاداتهم في ذلك، وهذا ما قال به بعض الفقهاء(61).

بينما ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن اشتراط الأجل في الصداق مفسد للعقد ويفسخ النكاح قبل الدخول وبعده ولو تمّ إنجاب أبناء[62]. أما شيخ الإسلام ابن تيمية ــ رحمه الله ــ فقد فضل التعجيل تأسيا بالسلف الصالح مع القول بجواز التأجيل[63].

وحقيقة أن الزوجة تستحق صداق المثل في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، وهذا ما قال به الفقهاء، وما ورد في القانون .

المحرمات حرمة مؤقتة

المادة 30 : يحرم من النساء مؤقتا : المحصنة . المعتدة من طلاق أو وفاة المطلقة ثلاثا .

كما يحرم مؤقتا : الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها ، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع . زواج المسلمة من غير المسلم .

ما ورد في هذه المادة هو موافق لما ورد في الشريعة الإسلامية إلا أن الفقهاء تطرقوا إلى أسباب أخرى للتحريم المؤقت لم يرد النص عليها في القانون منها :

1 – العدد :فلا يجوز للمسلم أن يجمع في عصمته أكثر من أربع نسوة[64].

2 – الإحرام: فلا يجوز للمحرم أن يتزوج أو يزوج غيره، سواء أكان إحرامه بحج أو عمرة[65].

3 – المرض : ذهب المالكية في الرأي المشهور عنهم إلى أن نكاح المريض المخوف عليه والمحجور عليه في ماله غير جائز.[66]

وفي الأخير نتمنى أننا قد وفقنا في تناول هذا الموضوع الذي يلامس شغاف الخلية الأولى للمجتمع ألا وهي الأسرة التي يرتهن صلاحه بصلاحها وفساده بفسادها، آملين أن نكون قد سلطنا الضوء على العديد من جوانبه المختلفة في مجالي

الخطبة والزواج، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله، وصحبه ، ومن سار على هديه إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

(1) – قانون الأسرة الجزائري، ص 6.

(2) – شرح فتح القدير 185/3.

(3) – محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 44.

(4) إن هذا الخبر لم يصح سنده، ورغم ذلك، فإن معناه صحيح، باتفاق العلماء. قال ابن العربي (رحمه الله تعالى) : "وذكر أبو محمد عبد الحق أن إسناده صحيح، قال : وقد ذكره أبو بكر الأصيلي في الفوائد، وابن المنذر في كتاب الإقناع" اهـ. انظر فقه السنة، 472/3.

(5) – الروم: 21.

(6) – البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم 112/9 ــ بالفتح. الباءة : قيل بالمد ــ القدرة على مؤن النكاح وبالقصر الوطء.

(7) – الأحزاب : 5 .

(8) – الرعد:38.

(9) – الأحزاب: 21

(10) – شعب الايمان، كتاب :السابع و الثلاثون من شعب الإيمان و هو باب في تحريم الفروج و ما يجب من التعفف عنها،باب :فصل في الترغيب في النكاح لما فيه من العون على حفظ الفرج 4 / 382 .

(11) – قانون الأسرة الجزائري، ص 6.

(12) – عمر سليمان الأشقر : أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، 68.

(13) – صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، 89/1 وكتاب الشهادات، باب من أمر بإنجاز الوعد 289/5 ــ بالفتح.

(14) – دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، 730/2.

(15) – عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 47.

(16) –– أبو زهرة : الأحوال الشخصية، ص24.

(17) – الدردير : الشرح الصغير، 348/2، وحاشية الدسوقي، 219/2–220.، وعليش : فتح العلي المالك، 400/1، والخطاب : مواهب الجليل، 405/3.

(18) – حاشية ابن عابدين، 153/3.

(19) – الكاساني : بدائع الصنائع 241/2.

(20) – القاضي عبد الوهاب : التلقين في الفقه المالكي 282/1 والإشراف على نكت مسائل الخلاف 687/2، و موفق الدين بن قدامة : المغني 383/7.

(21) – ابن رشد : بداية المجتهد 7/2.

(22) – ابن جزيء : القوانين الفقهية 229 . مالك : المدونة 73/2 ، القاضي عبد الوهاب : المعونة 922/2 ، والإشراف 792/2 ، الكافي 293/2 . الشيرازي : المهذب 142/2 ، موفق الدين بن قدامة : المغني 97/9 .

(23) – الطلاق :4 .

(24) – مسلم : الجامع الصحيح ، كتاب : النكاح ، باب : تزويج الأب البكر الصغيرة 2 / 1038 ، وأبو داود : السنن ، كتاب : النكاح ، باب : في تزويج الصغار 2 / 239 .

(25) – الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 365 - 366، والقرافي : الذخيرة 4 / 364، والشافعي : الأم 268 ، موفق الدين بن قدامة : المغني 7 / 436 – 437 ، عبد الناصر توفيق العطار: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية 26 ، وبدران أبو العينين بدران : الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية 131

(26) – النساء : 3 .

(27) – عبد الناصر توفيق العطار: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية 26 ، وبدران أبو العينين بدران : الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية 131 ، وأحمد الغندور : الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي 262 .

(28) – الترمذي، السنن، كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، قال أبو عيسى : هكذا رواه معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه قال : سمعت محمد بن إسماعيل يقول : هذا حديث غير محفوظ، والصحيح ما روى شعيب بن أبي حمزة وغيره عن الزهري... قال : حدثتُ عن محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وعنده عشر نسوة، قال محمد : وإنما حديث الزهري عن سالم عن أبيه أن رجلا من ثقيف طلق نساءه فقال له عمر : لتراجعن نساءك أو لأرجمن قبرك كما رُجم قبر أبي رِغال. قال أبو عيسى : والعمل على حديث غيلان بن سلمة عند أصحابنا منهم الشافعي وأحمد وإسحاق، 435/3، والدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، 270/3، والبيهقي، كتاب النكاح، باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، 181/7. وقد صححه الشيخ الألباني (رحمه الله) في الإرواء، 191/6.

(29) – أخرجه البيهقي في النكاح، باب : من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة 184/7.

(30) – النساء : 23 .

(31) – صحيح البخاري كتاب النكاح، باب : لا تنكح المرأة على عمتها. 160/9 — بالفتح، كذلك أخرجه الإمام مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، 205/5، ومالك، كتاب النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء، 532/2 .

(32) – البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم 112/9 .

(33) – النساء : 3 .

(34) – السرخسي : المبسوط 5 / 59 ، والكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 2 / 229 .

(35) – السرخسي : المبسوط 59/5، الكاساني : بدائع الصنائع 229/2، حاشية الدسوقي 13/3، القرافي : الذخيرة 396/4، الخرشي على مختصر سيدي خليل مجلد 2 جـ173/3، ابن قدامة : المغني 428/7، النووي : المجموع 210/16.

(36) – ابن رشد : بداية المجتهد 20/2.و القرافي : الذخيرة 398/4 والقاضي عبد الوهاب: المعونة 745/2، والنفراوي : الفواكه الدواني 3/2، والونشريسي : المعيار المعرب 29/3.

(37) – النفراوي : الفواكه الدواني 5/2، ابن جزيء : القوانين الفقهية 192.

(38) – ابن رشد : بداية المجتهد 21/2.

(39) – المرغناني : الهداية شرح بداية المبتدي 221/1، الشافعي : الأم 58/5.

(40) – القرطبي : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 197/3.

(41) – البقرة : 236 .

(42) – القاضي عبد الوهاب : المعونة 727/2، والإشراف 686/2، والتلقين 280/1، القرافي: الفروق 102/3، النفراوي : الفواكه الدواني 3/2.

(43) – النووي : المجموع 146/16.

(44) – موفق الدين بن قدامة : المغني 380/7.

(45) – السرخسي : المبسوط 2/5، الكاساني : بدائع الصنائع 241/2 ــ 247، ابن الهمام : فتح القدير 255/3.

(46) – ابن رشد : بداية المجتهد 10/2.

(47) – القرطبي : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 197/3.

(48) – الأنصاري: فتح الوهاب 55/2، الشيرازي: التنبيه 165، أبو البركات:المحرر 31/2.

(49) – سبق تخريجه.

(50) – موفق الدين بن قدامة : المغني 3/8.

(51) – النساء : 4.

(52) – النساء : 24.

(53) – المائدة:5.

(54) – النساء: 25

(55) – سبق تخريجه.

(56) – أخرجه أبو داود كتاب النكاح، باب في الولي 229/2، وابن ماجه كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي 605/1.

(57) – الكاساني : بدائع الصنائع 288/2، ابن رشد : بداية المجتهد 25/2، ابن جزيء : القوانين الفقهية 197، النووي : المجموع 328/16، الماوردي : الحاوي الكبير 165/12 ، وابن قدامة : المغني 21/8.

(58) – ابن جزيء : القوانين الفقهية 197.

(59) – الحطاب: مواهب الجليل 510/3 — 514.

(60) – موفق الدين بن قدامة : المغني 21/8.

(61) – الكاساني : بدائع الصنائع 288/2، حاشية ابن عابدين 144/3.

(62) – ابن حزم : المحلى 491/9.

(63) – مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 195/32.

(64) – الحصني : كفاية الأخيار 69/2.

(65) – الشيرازي : التنبيه 160، ابن حجر العسقلاني : فتح الباري 165/9.

(66) – القاضي عبد الوهاب : التلقين 300/1، ابن رشد : بداية المجتهد 54/2.