المحاضرة الرابعة:

* شروط الزواج*

صار لعقد الزواج بعد التعديل شروطا خمسة نصت عليها المادة **09 مكرر** بحيث يجب أن تتوفر بعقد الزواج الشروط الآتية : **أهلية الزواج . الصداق . الولي– شاهدان . انعدام الموانع الشرعية للزواج:**

الشرط الأول: الأهلية في الزواج: من المسلم به قانونا وشرعا أن عقد الزواج من أخطر العقود على الإطلاق في حياة الإنسان ،ويختلف عن بقية العقود الأخرى فلا يُقبل عليه إلا من كانت لديه الأهلية الكاملة وهذه الأهلية يربطها المشرع بالسن المحدد في المادة 7 معدل" **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بإتمام سن 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج**".

أ . الأهلية وسن الزواج :لم يحدد الفقهاء سن الزواج فاعتمدوا في ذلك على سن البلوغ وأول نص قانوني حدد سنا معينا للزواج هو الأمر 53 . 274 في فقرته الأولى **(لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة كاملة ولا للمرأة 15 سنة أن يعقد زواجا)**

ومن الملاحظ أن هذا النص الذي جاء به المقنن الاستعماري اعتمده المقنن الجزائري بعد ذلك مع تعديل طفيف في الأمر 63. 224 حيث رفع سن الزواج بالنسبة للمرأة إلى 16 سنة ثم قانون 1984 مادة 7 تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة والمرأة 19سنة.

على أنه للقاضي يمكنه أن يأذن بالزواج دون بلوغ هذا السن القانوني إذا رأى في ذلك مصلحة أو ضرورة طبقا **للنص المادة 07 من قانون الأسرة** .

ب . العقل: لا يجوز زواج المجنون مثله مثل الصبي غير المميز ويكون باطلا لعدم توفر الإرادة والقصد الصحيح المعتبر شرعا فإذا كان المقنن قد وضع أحكاما للزواج قبل بلوغ السن القانوني إلا أنه سكت عن ترخيص القاضي بزواج المجنون غير أن المالكية

نصوا على أنه يجوز للأب أو الوصي أو القاضي تزويج المجنون لمصلحته كأن يثبت أن زواجه مقيد في شفائه [1].

الشرط الثاني:الصداق

تعريفه لغة: بفتح الصاد المهملة وكسرها [2]،وهو مأخوذ من الصدق لدلالة على صدق رغبة الزوجين في الزواج.

شرعا : هو حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل بالعقد عليها أو الدخول بها[3] .

وعرفه المشرع في المادة **14 ق أ** " **الصداق هو مايدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ماهو مباح شرعا** ..." ويلاحظ أن المشرع استعمل اللفظ الوارد في القرآن الكريم وهو لفظ الصداق .

دليل مشروعيته:

دل على مشروعية الصداق، قوله تعالى: **(وَآتُواْ النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)** [4]، أي هدية.

وقوله ﷺ " **التمس ولو خاتما من حديد** " [5] وقوله صلى الله عليه و سلم أيضا: " **خير الصداق أيسره**". [6]

. الحكمة من مشروعيته : شرع الإسلام الصداق رعاية للمرأة واحتراما لها فأعطاها حق التملك لهذا المهر بعد أن كان وليها يتصرف في خالص مالها ،فجعل الإسلام هذا الصداق حقا على الرجل لتمكينها من التهيؤ للزواج بما يلزم من نفقات.

ـ فالصداق يعبر الزوج بواسطته عن إرادته الجدية في بناء الحياة الزوجية وعن حسن نيته نحو زوجته والإخلاص لها، والصداق في الفقه الإسلامي ملك للزوجة بتصرف فيه كما تشاء ولا حق للزوج في مطالبته إياها بأثاث أو غيره .

---

[1] – الزحيلي: المرجع السابق (6534/9)

[2] – ابن منظور: لسان العرب(197/10) الطبعة الثالثة: دار صادر–بيروت 1414هـ

[3] – ابن شويخ: مرجع سابق 73

[4] – النساء 4

[5] – مالك: مصدر سابق (751/3)

[6] – البيهقي: مصدر سابق(379/7)

مقدار الصداق:

لم تجعل الشريعة حدا لأقل الصداق أو أكثره إذ الناس يختلفون غنا وفقرا ولكل جهة عادتها فتركت التحديد ليعطي كل واحد حسب طاقته وحالته المادية، وكل النصوص جاءت تشير إلى أن المهر لا يشترط فيه إلا أن يكون شيئا له قيمة بغض النظر عن القلة والكثرة .

فعن سهل أبن سعد ﷺ أن النبي ﷺ جاءته امرأة فقالت يا رسول الله إني وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقال رجل يا رسول الله زوجني إياها إن لم يكن لك فيها حاجة فقال ﷺ " **فهل عندك من شيء تصدقها إياه** " فقال الرجل ما عندي إلا إزاري . فقال له الرسول ﷺ :"**التمس شيئا** " فقال الرجل :ما أجد شيئا، فقال ﷺ: "**التمس ولو خاتما من حديد** " فالتمس فلم يجد شيئا فقال النبي ﷺ: "**هل معك من القرآن شيء**" فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا من سور يسميها، فقال ﷺ :" **قد ملكتها مما معك من القرآن** ".

ـ دل الحديث على جواز جعل المهر شيئا قليلا وعلى جواز المنفعة مهرا وتعلم القرآن من المنفعة ، وقد وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه الشافعية[7] والحنابلة[8] بأن لا حد لأقل الصداق أو أكثره.

وكل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا سواء كان عقارا أو منقولا أو نقودا أو منفعة.

كراهة المغالات في المهور:

إن الإسراف في المهور وما يتبعه من الزيارات والهدايا، زيادة على تكاليف الخطبة وأيام العرس وغيرها من المطالب المالية ،كشروط السكن والأثاث كل ذلك يقف حجرة

---

[7] – ابو إسحاق الشيرازي: المهذب في فقه الشافعي(462/2) الطبعة الأولى: دار الكتب العلمية 1995/1416

[8] – ابن قدامة: المغني(99/10) الطبعة الثالثة 1997/1417: دار عالم الكتب–الرياض

عثرة في سبيل من يرغب في الزواج من الرجال والنساء ، ولذلك كره الإسلام المغالات في المهور، وقد قال ﷺ "**أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة**" [9].

التكييف الشرعي للصداق:

يذهب الأحناف [10]والشافعية[11] والحنابلة[12] إلى أن المهر حكم من أحكام عقد الزواج وأثر من أثاره وليس ركنا من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروطه ودليلهم في ذلك قوله تعالي (**لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**)[13] .

فقد حكم القرآن بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر ولا يكون الطلاق إلا من نكاح صحيح فدل على أن عدم تسمية المهر لا يمنع صحة عقد الزواج .

وأما بعض المالكية فقد رأى بأن الصداق ركن [14]وبعضهم رأى بأنه شرطا[15] ، وقد أخذ المشرع الجزائري في المادة **9 مكرر** (**معدلة**) بهذا الرأي الأخير فاعتبر الصداق شرطا من شروط عقد الزواج .

. أنواع الصداق: الصداق نوعان هما[16]:

أ) **الصداق المسمى:** وهو ما اتفق عليه في العقد أو حصل عليه التراضي بعده .

---

[9] - الحديث أخرجه أحمد في مسنده رقم 25119 (54/42) ط1: مؤسسة الرسالة 1421هـ/2001م،

[10] – الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب (14/3)الطبعة الأولى: المكتبة العلمية–بيروت

[11] – النووي: المجموع(03/18)الطبعة الأولى: مكتبة الإرشاد–جدة

[12] – ابن قدامة: مصدر سابق (98/10)

[13] – البقرة 236

[14] – النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني(05/2) الطبعة الأولى 1997/1418: دار الكتب العلمية–بيروت

[15] – ابن رشيد: بداية المجتهد(18/2) الطبعة السادسة 1402–1982 دار المعرفة–بيروت

[16] – ابن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة ص75

ب) مهر المثل: وهو المهر الذي تستحقه المرأة مثل مهر من يماثلها في السن ،والدين ،والمال، والجمال ، وكل ما يختلف من أجله الصداق، والمعتبر في المماثلة جهة عصبتها كأختها أو أخواتها أو بنات أعمامها.

وتأخذه الزوجة في الحالات التالية:

1 ــ إذا لم يسم المهر في العقد وتم الدخول.

2 ــ إذا سمي تسمية غير صحيحة كأن يكون غير مباح شرعا، وقد أشار المشرع إلى هذا في المادة **15 ق. أ معدلة (يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا . في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل).**

–متى يجب المهر المسمى كله ؟ تستحق الزوجة المهر المسمى كله في الحالات التالية[17] :

الحالة الأولى : الدخول الحقيقي (**البناء**) لقوله تعالى: **(وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)**[18] .

الحالة الثانية : موت أحد الزوجين قبل الدخول .

الحالة الثالثة:الخلوة الصحيحة، وتسمى بالدخول الحكمي

ولهذا أشارت **المادة 16 ق. أ (تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج**) والصحيح وفاة أحد الزوجين، فإذا توفيت الزوجة استحقت كامل الصداق و صار من جملة ميراثها.

– متى يجب للزوجة نصف الصداق (المهر)؟

تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول لقوله تعالى: **(وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ**

---

[17] – عبد الرحمان الصابوني: نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، ص93، الطبعة الأولى ، دار الفكر سوريا –2001–

[18] – النساء21

الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ)[19]، وعلى هذا فقد نصت **المادة 02/16 ق أ** :(**وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول**).

وهناك حالات لا ينصف فيها المهر قبل الدخول وهي:

1 . الطلاق بعقد نكاح فاسد قبل الدخول : لأنه لا صداق في النكاح الفاسد .

2 . كما لا ينصف صداق المثل لأن النص ورد لتنصيف الصداق المسمى، أما صداق المثل فيجب لزوجة المتعة عوضا عن نصف الصداق لقوله تعالى: **(لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)**[20].

الاختلاف والتنازع في الصداق [21]:

أشار المشرع إلى ذلك في المادة **17 ق .أ** : (**في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما** ...).

ومن تحليل هذه المادة يمكننا أن نلاحظ أن المشرع عند حديثه عن نزاع الزوجين أو ورثتهما حول الصداق قد فرق بين حالتين :

الحالة الأولى :حالة قيام النزاع قبل الدخول حول ما إذا كان الزوج أو ممثله قد دفع الصداق كله أو بعضه فإذا أنكرت أنها قد استلمته ولم يكن للزوج بينة فالقول للزوجة مع يمينها .

الحالة الثانية: وإذا كان النزاع قد نشأ بين الزوجة وزوجها بعد الدخول حول نفس الموضوع أو غيره مما يتعلق بالصداق فإن لم يقم أحدهما البينة ، فالقول هنا قول الزوج أو ورثته مع اليمين ويحكم القاضي لصالحه، وهذا هو القول المشهور عن الإمام مالك ﷺ.

الشرط الثالث : الولاية في الزواج

---

[19] – البقرة237.

[20] – البقرة236.

[21]– ابن رشد: البداية (29/2)

الولاية لغة: بفتح الواو وكسرها، تعني: النصرة، والولي هو: الناصر[22]، ومنه قوله تعالى: **(اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا)**[23] ، أي ناصرهم

–وفي الاصطلاح الشرعي: القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد[24].

والتصرفات التي تصدر عن الإنسان قد تكون متعلقة بالمال فتندرج تحت ما يسمى بالولاية على المال، وقد تكون متعلقة بغير المال: كالزواج والتعليم، وغيرهما، فتندرج تحت ما يسمى بالولاية على النفس، والذي يهمنا هو: الولاية على النفس، لتضمنها ولاية الزواج، كما أن الولاية على النفس قد تكون قاصرة وهي التي يكون لصاحبها حق تزويج نفسه، وقد تكون متعدية وهي التي يكون لصاحبها حق تزويج نفسه وغيره.

الولاية في عقد الزواج :

تبين لنا ما سبق أن للولاية على النفس تنقسم إلى قسمين: ولاية قاصرة وولاية متعدية، وتناول هذين القسمين يرسم لنا صورة واضحة لموضوع الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

01–الولاية القاصرة: وتعني قدرة الإنسان على إنشاء عقوده بنفسه و ترتب جميع الآثار الشرعية عليه[25]، ولا يشترط فيها إلا العقل و الرشد، فإذا بلغ الإنسان عاقلا راشدا ثبت له حق إنشاء تصرفاته بنفسه سواء كان ذكرا أو أنثى، وهذا في العقود المالية، أما **في عقد الزواج** فقد فصل الفقهاء فيه كما يلي:

–يُجمع الفقهاء على أن الولاية القاصرة تثبت للذكر إذا بلغ راشدا فيصح له تزويج نفسه ومباشرة عقده وإنشاؤه دون توقف على إجازة غيره، أما بالنسبة للأنثى فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها على قولين:

---

[22]- ابن منظور: لسان العرب 407/15 ط:3 دار صادر– بيروت– 1414هـ

[23] – البقرة 257

[24]- الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته 6690/9 ط4: دار الفكر –دمشق–2006/1427 -

[25]– جبر محمود الفضيلات: بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون ص124 ط: دار الشهاب –باتنة – الجزائر

القول الأول: ويتبناه جمهور الفقهاء من الشافعية[26] المالكية[27] و الحنابلة[28]، و يرون أن المرأة لا يمكنها مباشرة عقد زواجها بنفسها، ولا يحق لها إنشاؤه بعبارتها حتى لو كانت بالغة رشيدة، واستدلوا بما يلي:

أ– من القرآن: قوله تعالى(وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا)[29]

وقوله تعالى: (وانكحوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وإمائكم)[30]، **ووجه الاستدلال** أن الخطاب في هذه الآيات موجه للأولياء[31] ولاحق للمرأة في مباشرة النكاح[32]

ب– **من السنة**: حديث عائشة:" **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل– ثلاثا– ولها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"**[33]

وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: **"لا تزوج المرأة المرأة و لا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها"**[34]

ج– من المعقول: أن تصرفها في نفسها يُخشى منه العار عليها وعلى أوليائها، يأخذها غير كفء، وهي مفسدة تدوم على الأيام[35]

القول الثاني: ورأى أبو حنيفة، ورواية لأبي يوسف: أن المرأة البالغة العاقلة يحق لها مباشرة عقد زواجها كما أن لها أن تتولى عقد زواج غيرها، وللولي حق الاعتراض إن وضعت نفسها في غير كفء[36]، واستدلا على ذلك بما يلي:

---

[26]– الشافعي: الأم 6/ 33 تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب ط1: دار الوفاء–مصر– 1422هـ/2001م

[27]– ابن رشد: بداية المجتهد 2/ 8 ط:6 دار المعرفة– بيروت–1402هـ/1982م

[28]– ابن قدامه: المغني 9/ 355 تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي –عبد الفتاح الحلو ط: دار عالم الكتب–الرياض–

[29] – البقرة221

[30] – النور 32

[31]– ابن رشد: مصدر سابق 9/2

[32]– ابن العربي: أحكام القرآن 244/1 ط1: دار المنار–القاهرة–1422هـ/2002م

[33]– أخرجه أحمد في مسنده رقم 25326 (42 /200) تحقيق: الأرنؤوط وآخرون ط1: مؤسسة الرسالة 1421هـ/2001م،

[34]– أخرجه ابن ماجة ، رقم:1882(606/1)

[35]– القرافي: الذخيرة (201/4) تحقيق: محمد بوخبزه ، ط1: دار الغرب الإسلامي–بيروت– 1994

[36]– العيني: البناية شرح الهداية(574/4)ط1: دار الفكر–بيروت–1411هـ/1990م

أ- **من القرآن**: قال تعالى(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)[37]،وقوله تعالى(فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ)[38] **ووجه الاستدلال**: أن الله أضاف النكاح في الآيتين للمرأة[39].

ب- **من السنة**: حديث: **"الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تُستأذن وإذنها صُماتها"**[40] و الأيم في الحديث هي: المرأة التي لا زوج لها بكرا أو ثيبا[41].

ج-**من المعقول**: أن المرأة لما كانت جائزة التصرف في مالها وجب جواز عقد نكاحها[42]

2- الولاية المتعدية: وهي قدر الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره وتنقسم إلى قسمين[43]:

أ- ولاية إجبار: وتسمى الولاية الكاملة، وهي: أن يستبد الولي بإنشاء عقد الزواج، فللولي أن يجبر من في ولايته على الزواج دون توقف على الحصول على رضاها و اختيارها.

وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الولاية لا تثبت إلا على فاقدي الأهلية وناقصيها كالصغير والمجنون والمعتوه، إليهم المالكية البكر البالغة لجهلها بعالم الرجال فلا تُخدع.

أما الأحناف فرأوا أن هذه الولاية لا تثبت إلا على فاقدي الأهلية و البكر الصغيرة لعلة الصغر، أما البكر البالغة فلا تثبت في حقها هذه الولاية.

ب- ولاية الاختيار: وهي التي تشارك فيها المرأة وليها في اختيار الزوج و يتولى الولي إبرام عقد الزواج.

---

[37] - البقرة30

[38] - البقرة232

[39]- الجصاص: أحكام القرآن (484/1) ط: المكتب الجامعي-الإسكندرية

[40]- أخرجه مسلم ، رقم: 1421(2/ 1037)

[41]- العيني: عمدة القارئ (116/20) ط: دار إحياء التراث الغربي-بيروت-

[42]- الجصاص: المصدر السابق (486/1)

[43]- ينظر: مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية(137/1) ط8: دار الوفاق- بيروت- 1421هـ/2000م، جبر الفضيلات: مرجع سابق 125

فدور الولي هنا مباشرة العقد بعد رضا المتزوجة، وهذا ما يتفق رأي الجمهور، أما الأحناف فإنهم يرون أن المرأة البالغة الرشيدة لها أن تبرم عقد زواجها بنفسها.

ترتيب الأولياء:

ذكر المشرع درجات الأولياء واعتبر الأب أولهم وفقهاء المالكية يقدمون الابن ثم الأب ثم الأم ثم الوصي ثم الجد ثم الأخ وهكذا إلى آخر العصبة ثم القاضي ثم عامة المسلمين .

ويلاحظ[44] أن المشرع في التعديلات الأخيرة قد أعطى الحق للمرأة في اختيار أي شخص خارج القرابة ينوب عنها في الزواج، و إن كان غريبا عنها ولا يربطها به صلة،وذلك بنص المادة 11.

ففصلت أحكام الولي ووجوبه بين إذا كانت الزوجة راشدة أو قاصرة(م13)وأصبحت تعتبر الولي بمدلوله الإسلامي الصحيح مطبق على الزوجة القاصرة دون الراشدة، وكأن المرأة ببلوغها سن الرشد تنسلخ عن عاداتها و تقاليدها و تعليم دينها.

حيث أبقت المادة 2/11على مفهوم الولي الإسلامي و تضيف م2/33"....أو ولي الزوجة في حالة وجوبه "،وحتى فيما يخص سلطات الولي في منع زواج من هي في ولايته إذا رأى في المنع مصلحة لها أصبح حكم مطبق على الزوجة القاصرة دون الراشدة.

و هذا توجه علماني واضح المعالم،حيث أن الفرق واضح في الشريعة الإسلامية بين الولاية(الولي) كركن من أركان عقد الزواج و كمفهوم إسلامي منفرد له شروطه وقيمته في عقد الزواج،وبين الولاية التي تدخل في إطار النيابة الشرعية(الولي le tuteur)،و الخاصة بعديمي الأهلية و القصر وبهذا التعديل الجديد تم مسح مفهوم إسلامي عرف منذ فجر الإسلام نتيجة مطالبات منظمات حقوق المرأة و ما شابه التي تخلط بين المفهومين، وأخذت الولي بأنه عائق في وجه المرأة يجعلها قاصرة حتى في اختيار شريك حياتها.

---

[44] – فضيل العيش: شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ص18 مطبعة طالب 2008/2007

– **شروط الولي:** يشترط في الوالي شروط هي:

1– الأهلية : فلابد من أهلية الولي (العقل ، البلوغ) .

2– الذكورة.

3 – الإسلام .

4 – العدالة: ويقصد بها الأخلاق التي يجب أن يتخلق بها الولي فلا ولاية لفاسق .

ومهما يكن من اختلاف بين الفقهاء المشرعين في من يباشر العقد وفي ولاية الإجبار والاختيار فإنهم متفقون على أن الزواج لابد أن يتم عن رضا من الجميع (**متزوجون وأولياء**) لتسعد الأسرتان معا، وتتحقق أهداف الزواج فلا يمكن أن يكون الفصل في الزواج للمرأة وحدها لأن الزواج علاقة بين أسرتين كمالا يمكن أن يفصل فيه الولي وحده لأن هذه المرأة هي التي ستعاشر هذا الزوج.

– **الشرط الرابع: الشهادة**

اتفق الأئمة على أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند دخول أو شرط صحة يؤمر به في العقد كما اتفق الفقهاء في كل العصور على أن الغاية من الإشهاد هي إشهار أي إشهار الزواج وإعلانه بين الناس واجتمع رأيهم على رفض زواج السر عن عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ **قال "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"**[45] .

مقاصد الإشهاد: شُرع الإشهاد على الزواج لتحقيق المقاصد التالية:

– إخراج النكاح من السرية حتى لا يلتبس بالزنا وحتى لا تكون علاقة الرجل بالمرأة محل شبهة فبإعلان الزواج عن طريق الشهادة يفرق بين الحلال والحرام .

– الزواج عقد كغيره من العقود ينشأ عنه حقوق وواجبات، ولحفظ هذه الحقوق والواجبات من الضياع والنزاع يشهد عليه .

شروط الشهود: يُشترط في الشهود الشروط التالية:

---

[45]– صحيح ابن حبان(386/9) رقم 4075 الطبعة الأولى:مؤسسة الرسالة–بيروت 1408-1988

1- **الأهلية** :(العقل ـ البلوغ) .

2- **التعدد** : (اثنان فأكثر) .

3- الذكورة :لأن مجلس العقد غالبا ما يحضره الرجال .

4- العدالة : بأن يكون الشاهد مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف.

5- الإسلام .

6- سماع الشهود :كلام المتعاقدين وفهم المراد منه .

هذا ونلاحظ أن الشهود الذين يحضرون عقد الزواج مطالبون بالتوقيع على وثيقة عقد الزواج ، التي يحررها ضابط الحالة المدنية أو الموثق ، فالتوقيع هو الذي يضفي الصفة الرسمية على عقد الزواج.

و نلاحظ أيضا أن قانون الأسرة لم يفصل في مسألة الشهادة بل اكتفى في المادة الخامسة مكرر (المعدلة) بذكر عبارة شاهدين دون تفصيل.

الشرط الخامس : انعدام الموانع الشرعية للزواج

من شروط انعقاد الزواج أن لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج، ونقصد بالموانع الشرعية أن لا تكون المرأة من المحرمات على الرجل والتحريم إما أن يكون مؤبدا و هو الذي يكون سبب التحريم فيه وصفا غير قابل للزوال كالبنوة والأخوة.. وإما أن يكون مؤقتا و هو الذي يكون سبب التحريم فيه أمرا قابلا للزوال فيكون التحريم ما بقي ذلك السبب فإذا زال السبب زال التحريم.

- وأسباب التحريم المؤبد هي: **النسب، المصاهرة، الرضاع** وهي المذكورة في الآية **(حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ... إلى** قوله تعالى:**(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ)**[46] ، وقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في المواد . 23

[46] -النساء23-24

←31ق. أ، حيث خصص **ست مواد** لبيان المحرمات مؤبدا ومادتين للمحرمات مؤقتا.

1 المحرمات مؤبدا: التحريم المؤبد يكون لأحد الأسباب الثلاثة المذكورة سابقا (م 24 ق أ) وهي:

أ . المحرمات بالنسب: وهن سبع (الأمهات . البنات . الأخوات .....) م 25 ق أ.

ب . المحرمات بالمصاهرة : والمصاهرة هي: قرابة تنشأ بسبب الزواج، ويحرم بها أربعة هن:

– **زوجة الأصل** :كزوجة الأب، والجد سواء كان الجد من جهة الأب أومن جهة الأم، لقوله تعالى: **(وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا)**[47] والمراد بالنكاح في الآية هو: مجرد العقد وهو سبب التحريم سواء دخل بها أو لم يدخل .

– **أصول الزوجة**: وإن علون (الأم والجدة) ، لقوله تعالى: **(وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ)** .

–**زوجة الفرع** : وإن نزلن كزوجة الابن ،وابن الابن وابن البنت وإن نزل، لقوله تعالى **(حَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ}**).

– فروع الزوجة وإن نزلت، لقوله تعالى **(وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ)**.

ج/ المحرمات بسبب الرضاع : التحريم بسبب الرضاع ثابت في الكتاب والسنة والإجماع و قال تعالى:**(وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ)**.

قال صلي الله عليه وسلم " **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** "[48] ، وهذا الحديث نقله المشرع الجزائري في المادة 27 ق. أ ، وقد ذهب جمهور العلماء إلى أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة .

الرضاع الذي يثبت له التحريم:

---

[47] - النساء22

[48] – البخاري (17/03) رقم 2645 ط1: دار طوق النجاة 1422

اختلف العلماء في المقدار المحرم من اللبن، فذهب مالك و أصحابه [49]إلى عدم التحديد فقليل اللبن أو كثيره يحرم، وهذا لعموم الآية الكريمة **(وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم)** فهي لم تحدد مقدار الرضاع .

وذهب أئمة آخرون[50] إلى أن المحرم هو: خمسة رضعات مشبعات ذلك أنهم رأوا أن علة تحريم الرضاع هي الجزئية التي تحدث باللبن التي تنبت اللحم وتنشز العظم أي ينميه، وهذا لا يتحقق إلا بخمس رضعات مشبعات.

سن الرضاع : الرضاع المحرم للزواج هو كان في الحولين لقوله تعالى **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)**- لأن الرضيع في هذه المدة يكون صغيرا أو يكفيه اللبن فينبت بذلك لحمه فيصير جزءا من المرضعة فيشترك في الحرمة مع أولادها ، واختلفوا فيما إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته مرة أخرى فقال الإمام مالك بعدم التحريم، وقال أبو حنيفة والشافعي لا تثبت به الحرمة.

وقد عمل المشرع في مسألتي مقدار الرضاع المحرم وسن الرضاع بأحكام المذهب المالكي إذ تنص المادة 29 ق. أ على أنه:

" لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين "كما نصت المادة 28 ق أ **"يعد الطفل الرضيع دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه ".**

– الشهادة في الرضاع :

اختلف العلماء في هذه المسألة فمنهم من ذهب إلى اشتراط شهادة امرأة واحدة، وذهب مالك إلى شهادة امرأتين مع رجل مع فشو قولهما بذلك، وذهب غيره إلى أن الشهادة على الرضاع لابد فيها من الرجال، وهي مسألة أغفلها المشرع بالإضافة إلى هذه الأسباب الثلاثة المحرمة تحريما مؤبدا أضاف الإمام مالك سببين رأى بأنها يحرمها تحريما مؤبدا وهما :

---

[49] – ابن رشد: مصدر سابق (35/2)

[50] – الشافعي: الأم:72/6 الطبعة الأولى 1422-2001 دار الوفاء- المنصورة

أ – **الملاعنة:** والمقصود بها التفرقة التي تحصل بين زوجين بسبب اللعان، فيفرق بينهما وتحرم عليه حرمة مؤبدة .

ب – **المنكوحة في عدتها:** فتحرم على من عقد عليها أو دخل بها قبل انتهاء عدتها حرمة مؤبدة تطبيقا للقاعدة " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرماته".

2– المحرمات مؤقتا: وهي الموانع الشرعية التي يكون التحريم فيها مؤقتا فإذا زال السبب زال التحريم، و قد نص عليها المشرع في المادة 30 ـ 31 ق أ وحصرها في ستة أصناف.

أ ـ **المرأة المتزوجة** : فلا يحل لأحد أن يعقد عليها مادامت متزوجة تعلق حق الغير بها لقوله تعالى:**(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ)** .

ب– **المرأة المعتدة:** وهي التي تكون أثناء عدتها من زواج سابق، سواء كانت عدة طلاق أو ووفاة، فلا يحل لأحد غير زوجها الزواج بها حتى تنقضي عدتها، ويشمل ذلك عدة الزواج الفاسد لإثبات نسب الولد، قال تعالى:**(وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ)**[51] ، وثبت تحريم المعتدات من طلاق لقوله تعالى: **(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)**[52] وثبت تحريم المعتدات بالوفاة، لقوله تعالى: **(وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)**[53].

والحكمة من تحريم معتدة الغير خشية اختلاط الأنساب .

ج. **المطلقات ثلاثا:** للآية: **(فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)**[54]

.

د ـ **الجمع بين المحرمات:** يحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها وخالتها كما يحرم الجمع بين امرأتين بينهما قرابة، و القاعدة في ذلك أن يُتصور(يُفترض)أحدهما ذكرا فإن

---

[51]– البقرة235

[52] – القرة228

[53] – البقرة243

[54] – البقرة230

جاز الزواج بينهما جاز الجميع بينهما، وحُرم ذلك قوله تعالى: **(وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ)**[55].

و قد نهى النبي صلى الله عليه و سلم أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها .[56]

هـ. من لا تدين بالدين الإسلامي : اتفق العلماء على أنه لا يحل للمسلم الزواج بمن لا دين لها، لقوله تعالى: **(وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ،)**[57].

وعلى أنه من تمام التقارب والمودة بين الزوجين أن يتحدا في الدين والعقيدة لتدوم السعادة الزوجية، ولهذا قال الفقهاء أن أي زواج المسلم بالكتابية إن كان جائزا إلا أنه خلاف الأوْلى، وهذا ما نصت عليه م 01/31 ق. أ " **لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم** "، وفي الفقرة الثانية من المادة " **يخضع زواج الجزائريين أو الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية** "، للمحافظة على المصالح القومية والوطنية حتى لا تتسرب أسرار البلاد إلى الغير.

و – الجمع بين أكثر من 04 زوجات : حذف هذا المانع في تعديل 2005 .

– الحكمة من هذا التحريم:

1–أجمعت الشرائع السماوية على تحريم الزواج من المذكورات وهو أمر يتماشى مع الفطرة الإنسانية التي تأبي الاشتهاء الجنسي للأم أو الأخت أو غيرها .

2– يهدف الإسلام إلى توسيع دائرة التعارف بين الناس خارج دائرة القرابة أو المصاهرة أو الرضاعة، فالزواج من البعيدة وسيلة لإيجاد رابطة أخرى.

– الشروط الشكلية أو القانونية لعقد الزواج:

---

[55] – النساء23

[56] – البخاري(12/7) رقم 5110

[57] – البقرة221

يتضمن قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية عدة إجراءات لتسجيل عقد الزواج، والهدف من هذا التسجيل هو إثبات وجود العقد وأحداث آثاره القانونية وتفادي مشاكل الزواج العرفي .

– **إجراءات تسجيل عقد الزواج:** تنص المادة 18 ق أ على الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وإشهاره وتحيل م 18 ق أ على قانون الحالة المدنية لتبيان إجراءات التسجيل الإداري كما تحيل م 31 / 02 الزواج بالأجانب إلى إجراءات تنظيمية .

– **الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج :** طبقا لنص المادة **18 ق أ " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر في هذا القانون**

وطبقا للمادة 71 ق. الحالة المدنية " **يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي**".

ويستخلص من هذه النصوص أن عقد الزواج يمكن أن يتم أمام جهتين:[58]

– **الجهة الإدارية:** تتمثل في ضابط الحالة المدنية.

– **الجهة القضائية:** تتمثل في القاضي المختص أو الموثق الذي تعرضت له المادة 18 ق أ .

وعند إعداد عقد الزواج تراعي الجهة المختصة عدة اعتبارات فهي تتأكد من توافر أركان هذا العقد وشروطه، فتراعي حضور طرفي العقد والتعبير عن الرضا، وكذا ولي الزوجة والشهود لإفراغ العقد في صغته الشكلية، وقد ينوب عن الزوج وكيل خاص حسب نص المادة 20 ق أ ." **يصح أن ينوب عن الزوج الوكيل** ...".

كما تقوم الجهة المختصة تسجيل كل ما يشترطه الزوجان على بعضهما طالما لا يتنافى هذا الشرط مع مقتضيات الشرع والقانون .

– **إثبات الزواج العرفي :**

---

[58] – الدليل القانوني للأسرة : أحمد لعور+ نبيل صقر ص 169–دار الهدى– الجزائر

إذا تم تسجيل عقد الزواج لدى الموثق أو ضابط الحالة المدنية فإنه لا يطرح إشكال لأن إثباته يكون بمستخرج في سجل الحالة المدنية وفقا لنص المادة 22 ق أ .

لكن الأمر يختلف عند عدم تسجيل العقد ويزيد الإشكال بعد الدخول لاسيما بعد الإنجاب وهذا ما يحصل خاصة في الزواج العرفي.

معنى الزواج العرفي: يطلق على الزواج الذي إستوفى جميع شروطه الشرعية وفقا لنص المادة 09 ق. أ لكن ينقصه التسجيل لإثباته .

ففي حالة جحود الزوج لا يمكن للزوجة تقديم دليل توثيقي يسهل عليها إبطال مزاعم زوجها وهذا ما يجعل الزوجة في موقف صعب خاصة مع وجود الأطفال إذا أن زواجها من جهة صحيح شرعا وقانونا لكن الزوجة هنا عاجزة عن إثبات الزواج، وقد نصت المادة 22 ق. أ" **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**".

إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون يتم تسجيله بالحالة المدنية.

والزواج العرفي هو الذي يقصده المشرع في هذا النص إذ يؤكد على إثبات الزواج الغير المسجل إذا توافرت أركانه وشروط المستوحاة من الشرع والقانون ، وبموجب هذا الحكم يتم تسجيل العقد بالحالة المدنية، ومن خلال الاجتهاد القضائي سهلت عملية إثبات عقد الزواج العرفي إذ تقرر المحكمة العليا إثباته بمجرد شهادة الشهود وهم الأقارب حيث أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصداق.

وحتى في حالة عدم تحديد الصداق قررت المحكمة العليا إثبات الزواج العرفي مادام الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا أركانه ماعدا الصداق الذي بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة[59].

– الفحص الطبي قبل الزواج:

[59] – عبد العزيز سعد : مرجع سابق ص 71.

وهو شرط أضيف في التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة، وقد ورد ذكره في المادة **07 مكرر** " **يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج وتحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)**

الفحص الطبي من الوجهة الشرعية: يمكن اعتبار كلام الفقهاء حول جواز التفريق للعيوب، وشمول خيار العيب لعقد النكاح بالإضافة إلى القاعدة الشرعية"**لاضرر ولاضرار**"أصلا يستند عليه في ضرورة هذا الشرط وجوازه من الناحية الشرعية، وهذا ما أفتى به المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر حيث ذهب إلى جواز طلب التعويض من جراء الغش والتدليس في الزواج وفقا للمذهب المالكي الذي يقول بفساد عقد الزواج نتيجة لعدم المصارحة والإعلام بالمرض من طرف أحد الزوجين منذ البداية بحالته الصحية[60] .

- **الشروط المقترنة بصيغة العقد :**

بحث الشروط من المواضيع الهامة والحساسة خصوصا في عصرنا فقد أصبح يُطرح بإلحاح كلما تعلق الحديث عن حقوق المرأة.

وقد كان النص على هذا الموضوع في **المادة** 19 ق .أ " **للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة مالم يتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون** ".

وقيل التعديل كانت المادة بالصيغة التالية: " **لكل الزوجين أن يشترط كل الشروط التي يرونها ما لم تتنافى مع أحكام هذا القانون**" .

تقسيمات الشروط: تنقسم الشروط التي يمكن طرحها من أحد الزوجين في عقد الزواج بالشكل الآتي[61]:

---

[60] – بلحاج العربي: مرجع سابق 225-226

[61] – الغرياني: مدونة الفقه المالكي(2/518-519)

1- **الشروط التي يجب الوفاء بها** :هناك شروط يجب الوفاء بها، وهي ما كانت من مقتضيات العقد ومقاصده ولم تتضمن تغييرا لحكم الله ورسول الله (ص) كاشتراط العشرة بالمعروف ودفع الصداق لها والإنفاق عليها .

2 - **الشروط التي لا يجب الوفاء بها** : وهي الشروط التي لا تلائم العقد، ولا تنافيه وهي عادة ما يعود نفعها وفائدتها على أحد طرفي العقد، كأن تشترط عليه أن يسكنها في بلدتها أو لا يسافر بها ونحو ذلك، فهذه الشروط تعتبر ملغاة لا يلزم الوفاء بها وعقد الزواج صحيح مع عدم الوفاء بها، وخالف الإمام أحمد[62] فذهب إلى وجوب الوفاء بها، ورأى إمكانية فسخ العقد عند عدم الوفاء بها .

3- شروط نهى عنها المشرع : ومن أمثلتها:

- اشتراط ترك الإنفاق.

- اشتراط طلاق الزوجة الأولى : فعن أبي هريرة ﷺ أن النبي (ص) نهى أن يخطب الرجل عن خطبة أخيه أو يبيع على بيعه ولا تسأل المرأة طلاق أختها.[63]

---

[62] - ابن قدامة المقدسي: الشرح الكبير(392/20) ط1: دار هجر القاهرة 1995/1415

[63] - مسلم : المسند الصحيح (1029/2) رقم 1408 ط: دار إحياء التراث العربي-بيروت