محاضرات في مقياس أحكام الزواج

لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون الأسرة

المحاضرة الثالثة

إعداد: الأستاذ محفوظ بن صغير

السنة الجامعية : 2021-2022

**المبحث الثاني: أركـان عقـد الـزواج**

بداية لا بد من التمهيد بالكلام عن أركان عقد الزواج وشروط صحته ببيان معنى كل من الركن والشرط في لغة العرب وفي اصطلاح العلماء، وذلك لأن ملاحظة العلماء لمعنى كل من الركن والشرط قد ترتب عليها اعتبارهم لبعض الأمور أركانا في النكاح وبعضها شروطا فيه، وتبعا لذلك فقد اختلفوا في بعض الآثار الشرعية المترتبة على الاختلاف في تحديد الأركان والشروط، وفيما يلي تفصيل ذلك من خلال المطالب الآتية:

**المطلب الأول: تحديد أركان عقد الزواج في الفقه والقانون**

قبل الحديث عن أركان عقد الزواج في المذاهب الفقهية وفي قانون الأسرة الجزائري، لا بد أولا من معرفة حقيقة الركن، وذلك من خلال تعريفه لغة واصطلاحا وفق ما يأتي:

**الفرع الأول: تعريف الركن لغة واصطلاحا**

**أولا: في اللغة**

الركن بالضم:" الجانب الأقوى من كل شيء، والجمع أركان وأركن، وأركان العبادات: جوانبها التي عليها مبناها وبتركها بطلانها. والمعنى هو جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، كأركان البيت وهي زواياه التي تمسك بناءه"([[1]](#footnote-1)).

**ثانيا: في الاصطلاح**

خالف فقهاء الحنفية جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في تعريف الركن على النحو الآتي:

**أ- عند الجمهور**:"هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما كان منه، أو ما تتوقف عليه الماهية الشرعية سواء كان جزءاً منه أم خارجا عنه"([[2]](#footnote-2)). أو هو ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده.

**ب- عند الحنفية:"**هو ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، وهو جزء من ماهيته كالقيام والركوع والسجود"([[3]](#footnote-3)). والإيجاب في النكاح ركن لأنه جزء منه ولا يوجد النكاح إلا به وكذلك القبول([[4]](#footnote-4)). وهكذا كل ما كان ركنا لشيء لا يكون وجوده في نظر الشارع إلا إذا تحقق ذلك الركن.

وبناء على اختلافهم في تحديد معنى الركن، لم يتفق الفقهاء على أركان الزواج بصفة مطلقة، حيث ذكر كل فريق ما يراه أركانا للزواج، وإن كان منها ما هو محل اتفاق بينهم.

**الفرع الثاني: أركان الزواج في المذاهب الفقهية**

**أولا: الجانب الفقهي (عند الفقهاء)**

**أ- أركان الزواج عند الجمهور**: عدد الجمهور من المالكية والشافعية وبعض الحنابلة أركان الزواج على اختلاف ظاهري فيما بينهم.

فذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي الولي، والصداق، والمحل والصيغة([[5]](#footnote-5))، ولم يعدو الشهود من الأركان؛ لأن ماهية العقد لا تتوقف عليهم. ويعللون هذا الرأي –كما هو تعبير الشيخ محمد البناني- بأن العقد لا يتصور من دون عاقدين وهما شرعا الولي والزوج ومن معقود عليه وهو الزوجة، والعوض فلا بد من وجوده وإن لم يجب ذكره([[6]](#footnote-6)) ولا يتصور العقد إلا بصيغة([[7]](#footnote-7)).

وإذا كان بعض فقهاء المالكية يعدّون أركان الزواج خمسة ( العاقدان -زوج وزوجة- الولي، الصداق، الصيغة) ([[8]](#footnote-8))، فإن بعضهم يعدّونها ثلاثة كما ذهب إلى ذلك العلامة أحمد الدردير، فإنه قد صرح بأن أركان النكاح ثلاثة هي: المحل والولي والصيغة، وإن كان قد اعتبر الزوج والزوجة ركنا واحدا وعبر عنهما بالمحل، فهي في الحقيقة تعتبر أربعة. وقد علّل انحصار الأركان فيما ذكره من الولي والمحل والصيغة بأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حلّ شيء بما يدل عليه، ولم يعتبر المهر ركنا كما اعتبره بعض علماء المذهب([[9]](#footnote-9))، حيث يقول:"وأما الصداق فلا يتوقف عليه العقد، بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع([[10]](#footnote-10))، وإن كان لا بد منه فيكون شرطا في صحته"([[11]](#footnote-11)).

قال الحطاب:"أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاحا شرعيا إلا بها، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان". وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدّا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد"([[12]](#footnote-12)).

كما يذهب بعض الفقهاء وهم غالبية الشافعية -إضافة إلى الأركان المذكورة-إلى اعتبار الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج، ويعتبرونهما ركنا واحدا لا ركنين كما فعلوا بالنسبة للزوجين، إذ عدّوا الزوج ركنا مستقلا والزوجة كذلك ركنا مستقلا. إما لأنهم نظروا إلى أن أحد الشاهدين لا يختص بشروط دون الشاهد الآخر، وإما لأن عقد الزواج يتعلق بالشاهدين معا، ولا يتعلق بواحد منهما فحسب. فعدّوا أركان الزواج خمسة وهي: الصيغة والزوجة والشاهدان والزوج والولي([[13]](#footnote-13)). وأما الصداق فقد جعلوه حكما من أحكام الزواج([[14]](#footnote-14)).

ويرى بعض من الشافعية أن حضور الشاهدين شرط ولكن تساهل العلماء في تسمية الشاهدين ركنا([[15]](#footnote-15))، ولعلهم في هذا نظروا إلى أن الشاهدين وإن كانا خارجين عن حقيقة عقد الزواج، فإن لهما مع هذا زيادة تعلق واعتبار في عقد الزواج، بحيث صارا بمنزلة الجزء فاعتبروهما ركنا نظرا إلى هذا المعنى. هذا هو الاتجاه بالنسبة للفقه الشافعي في عدّ أركان الزواج([[16]](#footnote-16)).

وذهب بعض الحنابلة إلى عدّ الأركان ثلاثة وهي: الزوجان والإيجاب والقبول، جاء في الروض المربع:"وأركانه - أي النكاح- ثلاثة، أحدهما: الزوجان، والثاني: الإيجاب، والثالث: القبول"([[17]](#footnote-17))؛ لأن ماهية النكاح متركبة منها ومتوقفة عليها، ولا ينعقد النكاح إلا بها. وجاء في شرح منتهى الإرادات:"ركناه - أي النكاح- إيجاب وقبول"([[18]](#footnote-18)) وهو رأي الحنفية([[19]](#footnote-19)).

**ب- أركان عقد الزواج عند الحنفية:** يرى الأحناف أن ركن الزواج هو الإيجاب والقبول فقط([[20]](#footnote-20))، وبه قال بعض الحنابلة([[21]](#footnote-21)). وقولهم أن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول يتضمن في الواقع كون الأركان أربعة هي: العاقدان والصيغة والمعقود عليه وهو الزوجة، وذلك لأن وجود الصيغة التي هي الإيجاب والقبول يقتضي وجود من صدر عنه الإيجاب ووجود من صدر عنه القبول([[22]](#footnote-22))، والصيغة لا بد أن تكون مبينة للمعقود عليه.

وسبب الاختلاف بين الفقهاء في عدِّ أركان عقد الزواج يرجع إلى:

**أولا:** اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، ولذلك اعتبر المالكية والشافعية والحنابلة الولي مما لا بد منه في النكاح بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته فعدّوه ركنا من أركان النكاح. بخلاف الحنفية فإنهم لا يعدّون الولي مما لا بد منه في النكاح فلم يعتبروه ركنا فيه.

**ثانيا:** كذلك فإن الفقهاء مع اتفاقهم في أمر من الأمور على اعتباره مما لا بد منه في النكاح فإنهم قد يختلفون في المراد بالركن هنا، فلعل بعضهم قد أراد بالركن حقيقته اللغوية، وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، وعلى هذا يمكن أن يحمل قول بعض المالكية أن الزوج والزوجة ركنان؛ لأن حقيقة النكاح إنما توجد بهما والولي والصيغة شرطان لخروجهما عن ذات النكاح، قال الزرقاني:" وأما الصداق والشهود فلا ينبغي عدّهما من الأركان ولا من الشروط لوجود النكاح بدونهما، لأن المضر إسقاط الصداق والدخول بلا شهود"([[23]](#footnote-23)).

 وبعض العلماء أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به، ولهذا فإن بعضا آخر من المالكية يعدّون الزوجة والزوج والولي والصيغة والصداق أركانا في النكاح([[24]](#footnote-24)).

**ثالثا:** التجوز في لفظ الركن من باب زيادة التعلق والاعتبار في الشيء بحيث صار بمنزلة الجزء، كما ذكر الدسوقي المالكي في حاشيته أن الصداق ركن([[25]](#footnote-25))، وكما جاء في مغني المحتاج([[26]](#footnote-26)) أن الشهادة ركن عند الشافعية بخلاف الحنفية الذين يعتبرون الشهادة من الشروط.

ومن ثم فقد اتفق الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، على أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف ظاهري في الألفاظ لا حقيقي في المعاني([[27]](#footnote-27)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

لقد حدّد المشرع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة التاسعة من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"([[28]](#footnote-28)). وعليه فإذا اختل ركن الرضا يترتب عليه حكم البطلان، وفقا للفقرة الأولى من المادة 33 التي تنص على أنه:"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"([[29]](#footnote-29)). ومما يمكن ملاحظته في هذا الصدد ما يلي:

**أولا**: لقد سار المشرع الجزائري وفق مذهب الحنفية وما ذهب إليه بعض الحنابلة في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد، وهي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاهما بالعقد سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل.

 وقد عني الفقهاء عناية فائقة بموضوع الصيغة التي اعتبرها الأحناف الركن الوحيد في انعقاد العقد، كما عني بها الجمهور كذلك باعتبار أن الرضا هو المعنى الذي تدور حوله أركان العقد، والرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه وتنوب الصيغة عنه في إبرازه وإظهاره لأنها هي التعبير عنه وهي الشكل الذي يعتد به وتتخذ هذه الصيغة شكل الإيجاب والقبول([[30]](#footnote-30)).

ومنه فإن الرضا لا يعدّ ركنا من الأركان؛ لأنه أمر معنوي داخلي نفسي لا مجال لإدراكه ولا الإحساس به، وإنما يعبر عنه بالصيغة التي تمثل الركن، والمعبر عنها بالإيجاب والقبول؛ لأن الرضا في حقيقته شرط انعقاد وليس ركنا، ذلك لأن شروط الانعقاد هي تلك الشروط التي يطلب توافرها في أركان العقد عند انعقاده، والرضا مطلوب توافره عند الزوجين حال إبرام عقد الزواج([[31]](#footnote-31)). ومن هنا يتبين أن الركن الحقيقي للعقد هو المعبر عنه بالقول أو الفعل أو الكتابة أو الإشارة..وإلى هذا المعنى تشير عبارات الفقهاء القدامى، جاء في الوسيط:"الصيغة هي الإيجاب والقبول الدالان على جزم الرضا دلالة صريحة قاطعة"([[32]](#footnote-32))، وجاء في مواهب الجليل:"الصيغة المطلوبة من الزوج هي كل ما دل على القبول، كقبلت. وقال في الشرح الكبير: ورضيت واخترت"([[33]](#footnote-33)).

وعليه يكون من الأفضل صياغة المادة التاسعة على اعتبار أن ركن الزواج هو الصيغة وفق النحو الآتي:"ينعقد الزواج بتبادل الإيجاب والقبول الدالين على الرضا".

 على أنه بالرجوع إلى المادة العاشرة التي جاءت مفسرة لمعنى الرضا بنصها:"يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة"([[34]](#footnote-34)). فإن المشرع الجزائري قد سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج، ما إذا كان التعبير عن الرضا صادرا عنهما شخصيا في مجلس العقد، أو عن طريق الولي أو المفوض أو الوكيل الخاص([[35]](#footnote-35)).

**ثانيا:** أن المشرع الجزائري بجعله الرضا (الإيجاب والقبول) الركن الوحيد الذي ينعقد به الزواج، فإنه بذلك يكون قد عدل عن اعتماده مذهب المالكية الذين يعتبرون الولي كذلك من أركان الزواج، كما كان عليه الأمر في ظل قانون 84-11 في المادة التاسعة منه قبل تعديلها:"يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق". وهو بذلك يتجه إلى إلغاء دور الولي في عقد الزواج تدريجيا -كما سيأتي بيان ذلك في موضعه-.

**ثالثا:** أنّ المشرع الجزائري قد ذكر تحت عنوان أركان الزواج الشروط اللازم توافرها في عقد الزواج حسب المادة التاسعة مكرر، والتي نصت على أنه:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"([[36]](#footnote-36)). وكان عليه أن يفرد ذكر هذه الشروط تحت مسمى شروط عقد الزواج.

وعلى هذا يكون الحديث في هذا المبحث عن أركان عقد الزواج وفق ما انتهجه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، بقصره أركان الزواج على ركن الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول، وذلك من خلال المادتين التاسعة والعاشرة. إلا أنه لم يبين عناصره ومكوناته، مما يستدعي الرجوع إلى أحكامه المقررة في الفقه الإسلامي.

**المطلب الثاني: ركن الرضا في عقد الزواج وأثر تخلفه**

نصت المادة التاسعة على أنه:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"([[37]](#footnote-37)). ونصت المادة العاشرة على أنه:"يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون في مختلف التشريعات الوضعية، على أن الرضا هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج ويتوقف عليه وجوده ، واختلفوا في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول وهناك من يسميه الصيغة، وهذا اختلاف لفظي فقط، أما المعنى فهو واحد.

**والمختار أن يقال**: إن ركن عقد الزواج هو الإيجاب والقبول، فإذا تحقق هذا الركن وجد عقد الزواج، بعد توافر شروطه الأخرى، فيُكتفَى بذكره؛ لأنه يستلزم وجود العاقدين (الزوج والزوجة)، فلا حاجة لذكرهما عند بيان ركن أو أركان عقد الزواج.

**الفرع الأول: المقصود بركن الرضا في عقد الزواج**

لم يعرف قانون الأسرة ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة بتحديد قسمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يجوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، وبعدم تعريف المشرع الجزائري لركن الرضا يمكن الرجوع إلى التعريف الفقهي له.

 ومن بين تلك التعريفات ما عرفه به السيد سابق بقوله:"بأنه توافق إرادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدّال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده، وأنه ما صدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا"([[38]](#footnote-38))، وعرفه بدران أبو العينين بدران بقوله:"الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين اللذين يرتبط أحدهما بالآخر، فيفيدان تحقق المراد من صدورهما"([[39]](#footnote-39)).

 ومن خلال الوقوف على هذه التعاريف ونص الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأسرة يمكن القول بأن ركن الرضا في عقد الزواج يتمثل في عنصرين أساسيين هما الإيجاب والقبول.

**الفرع الثاني: الإيجاب والقبول**

إن نص المادة 10 في فقرتها الأولى جاءت متفقة تماما مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو أن ركن الرضا يتكون من شقين الإيجاب والقبول، لكن ما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما، ولهذا ووفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة فالمعول عليه ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع، وبيان ذلك يكون وفق الآتي:

**أولا: تعريف الإيجاب والقبول (الصيغة)**

**تعريف الصيغة:"**هي اللفظ الدال على حصول النكاح وتحققه إيجابا وقبولا"([[40]](#footnote-40)).

والمراد بالإيجاب هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا، ولفقهاء الشريعة الإسلامية مذهبان في تحديد معنى الإيجاب والقبول:

**المذهب الأول**: يرى أن الإيجاب هو ما يصدر من أحد العاقدين بما يدل على أنه يود الارتباط بعلاقة زوجية مع طرف العقد الآخر ويسمى بالتالي موجبا. وأن القبول هو الكلام الذي يصدره المتعاقد الثاني الذي وجه له الإيجاب بما يدل على موافقته على ما أوجبه الموجب ويسمى القابل([[41]](#footnote-41)).

وهذا مذهب الحنفية، وبناء عليه فالمعول عليه عندهم في تحديد كون اللفظ إيجابا أو قبولا هو وقت الصدور بصرف النظر عن الجهة التي صدر عنها، فما صدر أولا هو الإيجاب، وما صدر ثانيا هو القبول. جاء في فتح القدير:"الإيجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة معنى العقد الواقعة أولا، والقبول هو الصيغة الصالحة لإفادة معنى العقد الواقعة ثانيا من أي جانب كان منهما"([[42]](#footnote-42)).

**المذهب الثاني**: أن الإيجاب ما صدر من ولي المرأة في عقد الزواج، وأن القبول ما صدر من الزوج. وبهذا يقول الجمهور من المالكية([[43]](#footnote-43)) والشافعية([[44]](#footnote-44)) والحنابلة([[45]](#footnote-45))، فالعبرة على رأيهم بجهة الصدور بصرف النظر عن الوقت، إلا أنهم قالوا إذا تقدم القبول على الإيجاب صح العقد([[46]](#footnote-46)). قال الخرشي المالكي:"إنه لا يشترط الترتيب في صيغة النكاح، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون كلام الزوج بعد كلام ولي المرأة، فلو بدأ الزوج فقال لولي المرأة: زوجني وليتك بكذا، فقال الولي: زوجتكها به، فإن النكاح ينعقد بذلك"([[47]](#footnote-47)). وجاء في الروض المربع الحنبلي:"والإيجاب هو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه، والقبول هو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه"([[48]](#footnote-48)).

وأمّا القبول فهو:" موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي ضمنها، دون تعديل، ويترتب عليه انعقاد العقد"([[49]](#footnote-49)).

**الفرع الثالث: شروط صحة الإيجاب والقبول**

لصحة الإيجاب والقبول اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن تتوافر فيهما شروط معينة منها ما اتفقوا عليها ومنها ما اختلفوا فيها وهي كالآتي:

**أولا: صيغة الإيجاب والقبول**

تنص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الأسرة على أنه:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، وما يستخلص من نص هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول، ولم يحدد اللغة التي يتم بها العقد وصيغة الفعل عند التعبير عن الإيجاب والقبول، وهذا ما يستلزم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، فقد أفاض الفقهاء في الحديث عن هذه المسألة وهي كالآتي:

**أ- الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح**

اختلف الفقهاء في الألفاظ المعبرة شرعا عن النكاح، والتي يمكن التعرض لها في نقطتين أساسيتين وفقا لما يأتي:

**1- الألفاظ المتفق عليها أنها تؤدي معنى النكاح شرعا**

اتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ الزواج أو النكاح، مستدلين في ذلك بأن معظم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالزواج جاءت بهذين اللفظين، كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد بالألفاظ التالية: الإباحة، الإحلال، الإيداع، الإعارة، الرهن، الوصية، الإجارة، وذلك بسبب أنها لا تؤدي مفهوم الزواج حقا، ولا تقتضي البقاء مدة الحياة([[50]](#footnote-50)).

**2- الألفاظ المختلف في أدائها لمعنى النكاح**

ذهب الحنفية([[51]](#footnote-51)) إلى القول بأنه: يجوز ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ التالية: الهبة، التمليك، البيع، الصدقة، شريطة أن تدل هذه الألفاظ على بقاء الحياة الزوجية مدى الحياة.

 في حين ذهب الشافعية([[52]](#footnote-52))والحنابلة([[53]](#footnote-53)) إلى القول بعدم صحة الإيجاب والقبول بغير لفظي التزويج والإنكاح، وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء والزهري، وربيعة ([[54]](#footnote-54)).

وذهب الظاهرية([[55]](#footnote-55)) إلى جواز الإيجاب والقبول بلفظ التمليك إضافة إلى لفظي التزويج والإنكاح لورود لفظ التمليك في الحديث([[56]](#footnote-56)).

وعند المالكية الألفاظ من جهة انعقاد النكاح بها أربعة أقسام([[57]](#footnote-57)):

**الأول**: تصلح للإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح مطلقا، سواء سمي معها مهر أم لا، وهذه الألفاظ هي الإنكاح والتزويج.

**الثاني:** يصح بها الإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح إن ذكر معها المهر، وهذه الألفاظ هي لفظ وهبت، قال الصاوي:"ومحل ندبه-أي ذكر الصداق- إن كانت الصيغة أنكحت وزوجت لا وهبت فيجب"([[58]](#footnote-58)).

**الثالث**: ما في صحة الإيجاب والقبول به خلاف، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدى الحياة، كبعت أو ملكت، فبعض المالكية جعلها مثل وهبت، وبعضهم لم يجعلها بمنزلة وهبت فلا ينعقد بها.

**الرابع:** ما لا ينعقد به النكاح مطلقا، ولا يصلح أن يعبر به عن الإيجاب والقبول، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدى الحياة، كلفظ الإجارة والعارية.

واختار ابن تيمية صحة الإيجاب والقبول بأي لفظ يعتبره الناس إيجابا وقبولا في النكاح، وبالتالي ينعقد النكاح به، فقد قال-رحمه الله-:"وينعقد النكاح بما عدّه الناس نكاحا بأي لغة ولفظ كان ومثله كل عقد"([[59]](#footnote-59)).

**ب- لغة إبرام عقد الزواج**

كما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص إطلاقا على اللغة التي يجب أن يبرم بها عقد الزواج، بل اكتفى فقط بذكر كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، في حين لم يُغفل جمهور الفقهاء التطرق إلى هذه المسألة، فقد جاء في المغني:"من قدر على لفظ النكاح أو الزواج باللغة العربية لم يصح بغير هذين اللفظين"([[60]](#footnote-60))، وعند أبي حنيفة يصح وينعقد، لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية، ولأن العبرة في العقود تقوم على المعاني لا على الألفاظ والمباني ، وأن الزواج ليس أمرا تعبديا حتى يجب تعلم أركانه باللغة العربية ([[61]](#footnote-61)). واحتج ابن قدامة بقوله:"بأنه من عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة، فلم يصح كما لو استعمل لفظ الإحلال"([[62]](#footnote-62)). أما من لا يعرف العربية فيصح منه عقد النكاح بلغته، لأنه لا يعرف العربية، فتسقط عنه كالأخرس، وليس على من لا يعرف العربية تعلم ألفاظ النكاح بالعربية([[63]](#footnote-63)).

 وذهب الشافعية إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقد يفهمها وينطق بها، ويجوز لمن لا يستطيع النطق بها أن يعقد بغير اللغة العربية، وبما أنه عاجز عنها فإنها تسقط عنه([[64]](#footnote-64)).

وما يلاحظ على ما ذهب إليه المشرع الجزائري في عدم تحديده للغة التي يتم بها العقد هو أنه أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو موقف وفق فيه - حسب رأيي- وذلك تيسيرا على من أراد الزواج.

**ثانيا: صيغة الفعل**

لم يحدد المشرع الجزائري صيغة الفعل التي يعبر بها عند الإيجاب والقبول، والمعول عليه في هذه المسألة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية لتحديد صيغة الإيجاب والقبول.

 فلا خلاف بين الفقهاء في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي، كقول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب قبلت التزويج، وهذا هو الأصل في العقود، وإنما اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت، دون اللفظ الموضوع للمستقبل([[65]](#footnote-65))، لأن صيغة الماضي تفيد دلالة قطعية على رضا الطرفين ويكون بالتالي الإيجاب والقبول منجزين غير مضافين إلى المستقبل([[66]](#footnote-66)).

وكذلك يتحقق الإيجاب والقبول إذا كانت صيغة العقد إحداهما بالماضي والأخرى بصيغة المضارع، كأن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد أتزوجك على مهر كذا، أو تزوجيني، فتقول قبلت، وذلك إذا كانت دلالة الحال على أن صيغة المضارع للإيجاب لا للوعد، أي أنهما يريدان التنجيز، وكذلك إذا كان أحد اللفظين بصيغة الماضي، والآخر بصيغة الأمر، كأن يقول لها زوجيني نفسك فتقول له قبلت فالعقد صحيح([[67]](#footnote-67)).

**ثالثا: التلفظ بصيغة العقد**

تناول المشرع الجزائري انعقاد الزواج بغير الكلام في المادة 10 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة التي نصت على أنه:"يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا"، حيث اقتصر النص في هذه الفقرة على حالة الشخص العاجز عن الكلام أو الكتابة، ولم يتطرق إلى الزواج عن طريق الرسالة أو الرسول، كما أنه لم يتطرق إلى الإيجاب والقبول الذي يتم من طرف شخص واحد، وفيما يلي عرض لهذه المسالة من خلال ما أقره الفقه الإسلامي وفق ما يأتي:

**أ- التعبير بالإيجاب والقبول من طرف العاجز عن الكلام**

يشترط لانعقاد الزواج أن يتلفظ العاقدان بصيغة العقد، والتي تتكون من الإيجاب والقبول، لعدم انعقاد زواج العاقدين اللذين يمكنهما النطق إلا بالتعبير عن ركني العقد لافتقار الزواج إلى التصريح ليقع الإشهار عليه([[68]](#footnote-68)).

ولكن قد يتعذر على أحد المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في الزواج لعائق فيه كالأخرس والأبكم ولا يعرف الكتابة، فمثل هذا يكون إيجابه وقبوله بالإشارة المعلومة والمفهومة والمعبرة عن قصده، لأن اشتراط اللفظ في حقه غير ممكن بالاتفاق([[69]](#footnote-69)). على أنه إذا كان العاقدين أو أحدهما عاجزا عن التعبير وكان يحسن الكتابة، فإنه يعبر عن إرادته بواسطة الكتابة؛ لأنها طريقة تعبير أكثر بيانا من الإشارة؛ لأنها أوضح وأدل على المراد وأبعد عن الاحتمال والوقوع في الشك، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة([[70]](#footnote-70)).

وفي مذهب الحنفية([[71]](#footnote-71))في المسألة قولان: **أحدهما:** أنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة، لأن كل من الكتابة والإشارة تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية والمقصود ما دام يلتقيان في تحقيق الإفهام. **وثانيهما:** أنه لا يصح من الأخرس الإشارة إذا كان قادرا على الكتابة، لأن الكتابة أبين وأوضح من الإشارة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى([[72]](#footnote-72)).

وما يلاحظ على المشرع الجزائري وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة السابقة الذكر فإنه قد أخذ بالرواية الأولى عن المذهب الحنفي، أي بإمكان الشخص أن يعقد بالإشارة رغم مقدرته على التعبير بالكتابة باعتبار أن الفقرة الثانية لم تأت بالترتيب وإنما أعطت للمتعاقد الاختيار التام من خلال عبارة" كالكتابـة أو الإشارة".

 والراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من أنّ الأخرس الذي يستطيع الكتابة ينعقد زواجه بها دون الإشارة، لكونها الأحوط والأبعد عن الشك والارتياب.

**ب- التعبير عن الإيجاب و القبول عن طريق الرسول والمراسلة**

لم ينص المشرع الجزائري على التعبير عن الرضا عن طريق الرسول أو المراسلة في حالة عدم حضور أحد العاقدين مجلس العقد. والمعول عليه في هذه المسألة وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة هو الرجوع إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي الذي أجاز الزواج عن طريق الرسول أو المراسلة المكتوبة.

وقد اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بالمراسلة (الكتابة) على مذهبين:

**الأول:** ذهب الحنفية إلى أن من لا يستطيع حضور مجلس العقد لغيابه مثلا، فله أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد الزواج بالمكاتبة أو عن طريق الرسول، ولكنهم اشترطوا حضور شهود يعلمون مضمون قول أوكتاب الموجب، وكذا ردّ القابل عن طريق القول أو المكاتبة([[73]](#footnote-73)). جاء في بدائع الصنائع:"ولو أرسل إليها رسولا-أي في طلب زواجها منه- فقبلت بحضرة شاهدين سمعا كلام الرسول جاز ذلك لاتحاد المجلس من حيث المعنى، لأن كلام الرسول كلام المرسل، لأنه ينقل عبارة المرسل، فكان سماع قول الرسول سماع قول المرسل معنى"([[74]](#footnote-74)).

**الثاني:** ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم انعقاده بالكتابة مع القدرة على النطق؛ لأن الكتابة من الكناية، ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكنايات عندهم. جاء في بلغة السالك:"ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس"([[75]](#footnote-75))، وفي مغني المحتاج:"ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كناية"([[76]](#footnote-76))، وجاء في شرح منتهى الإرادات:"ولا يصح إيجاب ولا قبول بكتابة ولا إشارة مفهومة إلا من أخرس"([[77]](#footnote-77)).

**ج- التعبير عن الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال الحديثة**

لم ينص المشرع الجزائري على انعقاد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة، مما يستوجب الرجوع إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة.

 فعقد الزواج كسائر العقود قد يتم بين حاضرين في المجلس أو غائبين عنه، وفي حالة انعقاده بين غائبين ينطبق عليه ما ينطبق على إجراء عقد البيع بين غائبين، يقول بدران أبو العينين بدران:"والزواج بالهاتف جائز، وتعتبر المحادثة مجلس العقد، ما دام الكلام من المتعاقدين في شأن الزواج، فإذا انتقل من حديث الزواج إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد ويبطل الإيجاب"([[78]](#footnote-78)).

 غير أن عقد الزواج يتميز بشرط خاص يخالف به سائر العقود، وهو اشتراط الشهود، وبالتالي حتى يكون جائزا لا بد من مراعاة هذا الشرط([[79]](#footnote-79)). يقول شلبي:"وحضور الشهود وسماعهم ممكن في حالة اجتماع العاقدين في مكان واحد وفي حالة إرسال الرسول أو الكتاب، لأن السماع ممكن فيها، أما في التكلم في الهاتف فإن الشاهدين يسمعان كلام أحد العاقدين فقط، وسماعهما الإيجاب وحده أو القبول وحده غير كاف في صحة العقد، وكذلك لو شهدا اثنان على كلام أحدهما وآخران على كلام الآخر، لأن الشهادة لم توجد على العقد، وأما عند من لم يشترط الشهادة فيمكن أن يقال إنه ينعقد متى تأكد كل من الطرفين من شخصية الآخر، ووضوح عبارته، والتأكد من ذلك عسير لاشتباه الأصوات وإمكان تقليدها"([[80]](#footnote-80)).

**رابعا: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول**

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الإيجاب والقبول، كما هو الشأن في بعض قوانين البلاد العربية([[81]](#footnote-81))، بل جاء النص عاما، مما يفهم منه أن المرجع في ذلك هو الشريعة الإسلامية.

**الفرع الرابع: أثر تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج**

**أولا: الجانب الفقهي**

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن تخلف الإيجاب والقبول في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما لما أصابه من خلل، ولم يرتبوا عليه أية آثار، ولم يحلّوا به الدخول، واتفقوا على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تم الدخول باعتباره زنا، لكنهم اختلفوا في وجوب إقامة حدّ الزنا عليهما، فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد يقولون بإقامته([[82]](#footnote-82))، إن كانا عاقلين وعالمين بالتحريم، في حين يرى أبو حنيفة بأن الزواج الباطل في حد ذاته شبهة تدرأ الحدود، ولكن هذا لا يمنع من إنزال عقوبة التعزير عليهما([[83]](#footnote-83))، وذلك يثبت في كل الأنكحة المختلف فيها، أما الدخول من غير شبهة أو اشتباه يؤثر في الوصف أو في الحد لأنه لا توجد شبهة في التحريم قط، وذلك هو عقد يكون أحد الطرفين فيه فاقد الأهلية، أو لا يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد لا حقيقة ولا حكما فإن هذا العقد لا وجود له، وليست ثمة صورة عقد تعتبر شبهة عند أبي حنيفة الذي يعتبر صورة العقد شبهة، إذ العبارات ملغاة لا اعتبار لها، فلا وجود للعقد لا صورة ولا حكما، فالدخول في هذه الحال يوجب عقوبة الزنا المقدرة في الشريعة الإسلامية، إذ لا شبهة قط([[84]](#footnote-84)).

ويترتب على الدخول حرمة المصاهرة، باتفاق أبي حنيفة وأصحابه، لأن حرمة المصاهرة تثبت في المذهب الحنفي بمحض الزنا([[85]](#footnote-85)).

 ومن المتفق عليه أيضا أنه لا يثبت المهر ولا النفقة ولا الطاعة كما أنه لا يرد عليه الطلاق، أما النسب فقد اختلف فيه، فالجمهور([[86]](#footnote-86)) يرون عدم ثبوته على عكس الحنفية الذين قالوا بثبوته([[87]](#footnote-87)).

**ثانيا: الجانب القانوني**

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف عنصر الرضا([[88]](#footnote-88)) في نص الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"([[89]](#footnote-89))؛ ومفادها أنه يترتب البطلان إذا ما تخلف ركن الرضا، ولا ينتج عن العقد أي أثر، ولا ينشأ عنه أي التزام على أحد الزوجين تجاه الآخر، سواء قبل الدخول أم بعده.

وفي جميع الأحوال فإن مثل هذا العقد الباطل يجوز للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة أن يطعن في هذا العقد بالبطلان أمام القضاء([[90]](#footnote-90)).

غير أن مقصود المشرع من تخلف عنصر الرضا، يشمل بالأساس تخلف رضا المرأة صغيرة كانت أم كبيرة، وأما عند جمهور الفقهاء فإن تخلف عنصر الرضا بالنسبة للصغيرة والمجنونة -ومن في حكمهما- لا يبطل به العقد.

والأجدر بالمشرّع أن يعبر "بالإيجاب والقبول" بدل استخدامه عبارة "الرضا"؛ لأن الإيجاب والقبول ركن في عقد الزواج وتخلفه يعرض العقد للبطلان. أما تخلف عنصر الرضا؛ فمعناه الإكراه (ولاية الإجبار) على الزواج، وهذه مسألة خلافية بين الفقهاء يتم تناولها عند الحديث عن الولاية في الزواج وأقسامها.

**المبحث الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها مقارنة بقانون الأسرة**

يتناول هذا المبحث الشروط الشرعية لعقد الزواج وأثر تخلفها، وفقا لما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وما نص عليه المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة وما استقر عليه الاجتهاد القضائي، وذلك من خلال المطالب الآتية:

**المطلب الأول: شروط عقد الزواج**

قبل الحديث عن شروط عقد الزواج، لا بد أولا من تعريف الشرط، وبيان اختلاف الفقهاء في تحديدهم للشروط الخاصة بعقد الزواج، بناء على اختلافهم في تحديد أركانه-كما سبق بيانه- وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحا**

**أولا: لغـة**

الشرط بفتحتين هو العلامة، وهو إلزام شيء والتزامه، وجمعه شروط وأشرط، ومنها أشراط الساعة؛ أي علاماتها([[91]](#footnote-91))، كما في قوله تعالى: فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا([[92]](#footnote-92)). وهو عند النحاة: ترتيب أمر على آخر بأداة.([[93]](#footnote-93))

 **ثانيا: اصطلاحا**

"هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر، ويلزم من عدمه العدم للحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وهو خارج عن حقيقة المشروط. أو هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب"([[94]](#footnote-94))؛ بمعنى أنه أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعا، مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء، فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحا في نظر الشارع عندهم، فقد يوجدان ولا يوجد الزواج، وكون المرأة محلا للزواج بألا تكون محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا عند الفقهاء جميعا، فإن هذا أمر خارج عن حقيقة العقد، وهكذا كل شرط لشيء لا يتحقق ذلك الشيء ولا يعتد به إلا إذا تحقق الشرط، وإن لم يكن جزءا من حقيقة ذلك الشيء([[95]](#footnote-95)).

فالركن والشرط يتفقان في أن الحكم يتوقف على وجودهما، فعدم كل منهما يستلزم عدم الحكم، ويفترقان في أن الركن جزء من ماهية الشيء، والشرط خارج عنه؛ بمعنى ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلا في حقيقته.

**الفرع الثاني: شروط الزواج عند فقهاء المذاهب الأربعة**

 بالنظر إلى الشروط التي يقوم عليها عقد الزواج في المذاهب المختلفة فإن بعضها متفق عليه عند الجميع، وبعضها الآخر مختلف فيه، وهناك شروط أخرى عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر، والشروط المتفق عليها مختلف في نوعها، ولا يسع المجال للتفصيل في ذلك([[96]](#footnote-96)).

هذا وينعقد الزواج صحيحا نافذا لازما إذا تحققت مجموعة من الشروط على خلاف بين الفقهاء فيها وهي: شروط الانعقاد([[97]](#footnote-97))، وشروط الصحة([[98]](#footnote-98)) وشروط النفاذ([[99]](#footnote-99)) وشروط اللزوم([[100]](#footnote-100)). وتنوع هذه الشروط إلى هذه الأنواع الأربعة إنما هو على رأي فقهاء الحنفية الذين يفرقون بين الفاسد والباطل في الزواج، فجعلوا للانعقاد شروطا يترتب على تخلفها البطلان، وجعلوا للصحة شروطا يترتب على تخلفها الفساد.

 أما الجمهور الذين لم يفرقوا بينها وجعلوا العقد غير الصحيح نوعا واحد يسمى بالباطل أو الفاسد، فليس عندهم شروط الانعقاد، وأخرى للصحة، بل كلها شروط للصحة، فأنواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة([[101]](#footnote-101)).

ويتوقف على هذه الشروط وصف العقد تبعا لنوع الشروط المتخلفة([[102]](#footnote-102))، فتخلف شروط الانعقاد أو بعضها يجعل العقد باطلا، وتخلف شروط الصحة أو بعضها يجعل العقد فاسدا، بينما تخلف شروط النفاذ يجعل العقد موقوفا، وأما تخلف شروط اللزوم فيجعل العقد جائزا غير لازم، أي قابلا للفسخ باختيار من له حق الخيار([[103]](#footnote-103)).

**ويقصد بشروط الصحة:** الشروط التي تتوقف عليها صلاحية العقد وصحته إن كانت هذه الشروط صحيحة، أو فساد العقد عند الحنفية، وبطلانه عند الجمهور إن كانت غير صحيحة، ولا تترتب على ذلك أية آثار شرعية، وإن كانت الشروط صحيحة، فإن جميع الآثار الشرعية تترتب على هذا العقد([[104]](#footnote-104)).

أما الشروط الخاصة بعقد الزواج، -والمقصودة في هذا البحث- فهي الشروط التي تمثل أركانا للزواج عند الجمهور، وعلى الخصوص المالكية والشافعية خلافا للحنفية وبعض الحنابلة-كما سبق بيانه-.

حيث ذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي الولي، والصداق، والمحل والصيغة([[105]](#footnote-105))،كما عدّها بعضهم خمسة ( العاقدين -زوج وزوجة- الولي، الصداق، الصيغة) ([[106]](#footnote-106))، في حين صرح العلامة أحمد الدردير بأن أركان النكاح ثلاثة، وهي المحل والولي والصيغة، ولم يعتبر المهر ركنا كما اعتبره بعض علماء المذهب([[107]](#footnote-107)). وفي المقابل فإن بعض المالكية جعل الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان، وأما الشهود والصداق فغاية الأمر فيهما أنه يشترط في المهر عدم إسقاطه، وفي جواز الدخول الإشهاد كما قال الحطاب ([[108]](#footnote-108)).

في حين فإن المذاهب الثلاثة الأخرى يجعلون الشهود شرط لصحة الزواج، وأما الصداق فهو حكم من أحكام الزواج.

وفي الجملة يمكن تجوزا أن يقال بأن الفقهاء متفقون على اشتراط الولي وعلى عدم إسقاط الصداق وعلى حضور الشهود، عدا الحنفية في مسألة عدم اشتراط الولي في الزواج بالنسبة للبالغة العاقلة إذا زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل. وعليه يقتصر الحديث -في هذا المقام- على شروط صحة الزواج الشرعية([[109]](#footnote-109)) وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة التاسعة مكرر:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"([[110]](#footnote-110)).

 أما توفر شرط الأهلية فيعد من الشروط القانونية التي حدّد من خلالها المشرع سناّ معينة تجعل الشخص أهلا لإبرام عقد الزواج، بخلاف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي في عدم تحديد سن معينة للزواج([[111]](#footnote-111))، ومنه فإن الحديث عن الأهلية كشرط في الزواج، يندرج ضمن الحديث عن الشروط الموضوعية القانونية.

ومن هنا كان لزاما التمييز بين الشروط الشرعية المقررة في الفقه الإسلامي، وبين الشروط الموضوعية القانونية المنصوص عليهما في المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

أما الشروط الشرعية، فيقصد بها الشروط التي لا يد للمشرع في وضعها, والمتضمنة في المادة التاسعة مكرر وهي: شرط الصداق والولي والشاهدان، بالإضافة إلى شرط انعدام الموانع الشرعية للزواج، والتي تعتبر من المسائل الشرعية المتفق على اعتبار اشتراطها؛ لكونها من الثوابت في مجال أحكام الأسرة، ومنه فإن تناولها يقتصر على الجانب القانوني فحسب.

1. **- المعجم الوسيط: ص 370-371.** [↑](#footnote-ref-1)
2. **- البرديسي: الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة،(دط،دت)، ص 39-40.** [↑](#footnote-ref-2)
3. **- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 94.** [↑](#footnote-ref-3)
4. **- انظر، زكريا البرديسي: الأحوال الشخصية، ص 39.** [↑](#footnote-ref-4)
5. **- أحمد بن أحمد الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1986، 3/22. عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، (دط،دت)،1/277.** [↑](#footnote-ref-5)
6. **- لا ينعقد النكاح بإسقاط المهر، ولا يشترط ذكره عند العقد لصحة نكاح التفويض والتحكيم. عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، 1/277.** [↑](#footnote-ref-6)
7. **- محمد البناني: حاشية البناني على شرح الزرقاني ،دار الفكر، بيروت، (دط،دت)،2/168.** [↑](#footnote-ref-7)
8. **- الحطاب: مواهب الجليل لشر مختصر خليل، 3/419. ابن جزي: قوانين الأحكام الشرعية، ص 195.** [↑](#footnote-ref-8)
9. **- حيث يزيد الدسوقي ركنا رابعا وهو الصداق، فقد جاء في حاشيته على الشرح الكبير:"أركانه أربعة: الأول ولي والثاني صداق والثالث محل زوج وزوجة، والرابع صيغة".انظر، حاشية الدسوقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،(دط،دت)، 2/ 220. ولم يعد الشهود من الأركان لأن ماهية العقد لا تتوقف على الشهادة. ويرد عليه أن الصداق كذلك فالأولى جعلهما شرطين. انظر، الدردير:الشرح الصغير،1/375. البرديسي: الأحوال الشخصية، ص39-40.**  [↑](#footnote-ref-9)
10. **- نكاح التفويض: هو ما عقد دون تسمية مهر ولا صرفه لحكم أحد. الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص 256.** [↑](#footnote-ref-10)
11. **- الدردير: الشرح الصغير، 1/375.** [↑](#footnote-ref-11)
12. **- الحطاب: مواهب الجليل لشر مختصر خليل، 3/419.**  [↑](#footnote-ref-12)
13. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج ،3/188.** [↑](#footnote-ref-13)
14. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج ،3/291.** [↑](#footnote-ref-14)
15. **- ذكره الغزالي في الوسيط في المذهب، 5/53. وانظر، الشربيني: مغني المحتاج ،3/194.** [↑](#footnote-ref-15)
16. **- انظر، محمد رأفت عثمان:عقد الزواج-أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي-دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط1، 1977، ص 298.**  [↑](#footnote-ref-16)
17. **- البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 511.**  [↑](#footnote-ref-17)
18. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات ،5/118-119.** [↑](#footnote-ref-18)
19. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/229.** [↑](#footnote-ref-19)
20. **- انظر، الكاساني: بدائع الصنائع، 6/229.** [↑](#footnote-ref-20)
21. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/118-119.** [↑](#footnote-ref-21)
22. **- وإن كان يجوز عندهم كما يجوز عند بعض المذاهب الأخرى أن ينعقد النكاح في بعض الأحوال بعاقد واحد كما إذا زوج الجد ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، فهنا يكون العاقد الواحد قد قام بما يقوم به عاقدان.وسيأتي الحديث عن ذلك لاحقا.** [↑](#footnote-ref-22)
23. **- الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، 2/168.** [↑](#footnote-ref-23)
24. **- البناني: حاشية البناني على شرح الزرقاني، 2/168. ابن جزي:قوانين الأحكام الشرعية، ص 195.** [↑](#footnote-ref-24)
25. **- الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/220.** [↑](#footnote-ref-25)
26. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/194.** [↑](#footnote-ref-26)
27. **- انظر، رشدي شحاتة أبوزيد: الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2001، ص 35-36. وسيأتي بيان أثر تخلف الركن والشرط في العقد عند الحديث عن حكم الزواج. وللإشارة فلا فرق عند الجمهور بين تخلف الركن والشرط، فالكل باطل لا أثر له، وأما الحنفية فيفرقون بين تخلف الركن الذي يجعل العقد باطلا، وتخلف الشرط يجعله فاسدا.** [↑](#footnote-ref-27)
28. **- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005، وحرر في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 كما يلي:"يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق".** [↑](#footnote-ref-28)
29. **- بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005، وحرر في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 كما يلي:"إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".** [↑](#footnote-ref-29)
30. **- انظر، محمد أحمد سراج:نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ص41.** [↑](#footnote-ref-30)
31. **- انظر، محمد محدة: دراسات قانونية في قانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور.** [↑](#footnote-ref-31)
32. **- الغزالي: الوسيط في المذهب، 5/44.** [↑](#footnote-ref-32)
33. **- الحطاب: مواهب الجليل، 3/422.** [↑](#footnote-ref-33)
34. **- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11.** [↑](#footnote-ref-34)
35. **- انظر، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 39.** [↑](#footnote-ref-35)
36. **- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11. وهي مادة جديدة.** [↑](#footnote-ref-36)
37. **- عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/2/2005. وحررت في ظل القانون 84-11 كما يلي:"يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق".** [↑](#footnote-ref-37)
38. **- السيد سابق: فقه السنة، 2/22.** [↑](#footnote-ref-38)
39. **- بدران أبو العينين بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1964،ص 56.** [↑](#footnote-ref-39)
40. **- انظر، محمد رأفت عثمان:عقد الزواج -أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي- ص 106.** [↑](#footnote-ref-40)
41. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/182.** [↑](#footnote-ref-41)
42. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير،3/182.** [↑](#footnote-ref-42)
43. **- الدردير: الشرح الصغير، 1/380.** [↑](#footnote-ref-43)
44. **- الشربيني: مغني المحتاج، 9/188-189.** [↑](#footnote-ref-44)
45. **- البهوتي: الروض المربع، ص 511.** [↑](#footnote-ref-45)
46. **- غير أنه لا يصح تقديم القبول على الإيجاب عند الحنابلة. ابن قدامة: المغني،9/462.** [↑](#footnote-ref-46)
47. **- الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت،(دط،دت)، 3/174.** [↑](#footnote-ref-47)
48. **- البهوتي: الروض المربع، ص 511.** [↑](#footnote-ref-48)
49. **- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:العقد والإرادة المنفردة، ص 115.** [↑](#footnote-ref-49)
50. **- انظر، عبد الكريم زيدان: المفصل، 6/81.** [↑](#footnote-ref-50)
51. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/229. ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/185-186.** [↑](#footnote-ref-51)
52. **- الشربيني: مغني المحتاج، 3/190.** [↑](#footnote-ref-52)
53. **- ابن قدامة: المغني، 9/460.** [↑](#footnote-ref-53)
54. **- وما يلاحظ في اشتراط الفقهاء للألفاظ التى يتم بها عقد الزواج أنها تشترط فقط أن يستعملها الموجب في إيجابه، أما القابل فلا تشترط فيه وإنما يكفيه أن يقول قبلت أو رفضت، وهو ما جرت عليه العادة والعرف في الجزائر أن يقول الموجب جئت أطلب ابنتك مثلا فيقول القابل إني قبلت. انظر، الدردير: الشرح الصغير،1/380.** [↑](#footnote-ref-54)
55. **- ابن حزم: المحلى، 9/464.** [↑](#footnote-ref-55)
56. **- لحديث سهل بن سعد الساعدي، وفيه أن النبي قال للرجل:"ملكتكها بما معك من القرآن". البخاري: كتاب فضائل القرآن، باب القراءة عن ظهر قلب، حديث رقم 5030. الجامع الصحيح، 3/347.**  [↑](#footnote-ref-56)
57. **- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، 1/380. الحطاب: مواهب الجليل، 3/420.** [↑](#footnote-ref-57)
58. **- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، 1/376.**  [↑](#footnote-ref-58)
59. **- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1، 1987، 5/450.** [↑](#footnote-ref-59)
60. **- ابن قدامة: المغني، 9/461.** [↑](#footnote-ref-60)
61. **- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 79.** [↑](#footnote-ref-61)
62. **- ابن قدامة: المغني،9/461.**  [↑](#footnote-ref-62)
63. **- البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982 ،5/39.**  [↑](#footnote-ref-63)
64. **- قال الشافعية يصح عقد النكاح باللغة غير العربية في الأصح من أقوالهم، وإن عرف قائلها اللغة العربية اعتبارا بالمعنى، لأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز فاكتفي بترجمته. انظر،الشربيني: مغني المحتاج،3/190.**  [↑](#footnote-ref-64)
65. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/9. الدسوقي: حاشية الدسوقي، 2/221.** [↑](#footnote-ref-65)
66. **- انظر، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/41-42.** [↑](#footnote-ref-66)
67. **- الكاساني: بدائع الصنائع،2/231. الدردير:حاشية الشرح الصغير، 1/380.** [↑](#footnote-ref-67)
68. **- الشربيني: مغني المحتاج،3/189. ابن قدامة: المغني،9/459. الحطاب: مواهب الجليل، 3/419.** [↑](#footnote-ref-68)
69. **- الشربيني: مغني المحتاج3/190. ابن قدامة: المغني،9/462.**  [↑](#footnote-ref-69)
70. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/189. الشربيني: مغني المحتاج،3/191.** [↑](#footnote-ref-70)
71. **- ابن الهمام: شرح فتح القدير، 3/190.** [↑](#footnote-ref-71)
72. **- انظر، أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 80.** [↑](#footnote-ref-72)
73. **- ابن عابدين: رد المحتار، 3/12-13. ابن الهمام:شرح فتح القدير، 3/190. الرافعي: الشرح الكبير، 7/495-496.** [↑](#footnote-ref-73)
74. **- الكاساني: بدائع الصنائع، 2/233.** [↑](#footnote-ref-74)
75. **- الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، 2/223.** [↑](#footnote-ref-75)
76. **- انظر، الشربيني: مغني المحتاج، 3/190.** [↑](#footnote-ref-76)
77. **- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، 5/120.** [↑](#footnote-ref-77)
78. **- بدران أبو العينين بدران: الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب جامعة الإسكندرية، مصر،(دط،دت)، ص 41.** [↑](#footnote-ref-78)
79. **- راجع هذه المسألة بتفصيل أكثر عند محمد عقلة الإبراهيم: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1986.** [↑](#footnote-ref-79)
80. **- مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 107-108.** [↑](#footnote-ref-80)
81. **- كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري:"يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر وفاهماً أن المقصود به الزواج، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب".** [↑](#footnote-ref-81)
82. **- انظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 118-119.** [↑](#footnote-ref-82)
83. **- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 152.** [↑](#footnote-ref-83)
84. **- انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 152.** [↑](#footnote-ref-84)
85. **- انظر، زكريا البري: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص119.** [↑](#footnote-ref-85)
86. **- انظر، العيني: البناية في شرح الهداية،4/526.** [↑](#footnote-ref-86)
87. **- أما ثبوت النسب فموضع خلاف بين فقهاء المذهب الحنفي، فبعضهم أثبت النسب احتياطا لمصلحة الولي، ولأن الشبهة إذا أسقطت الحد كان ذلك دليلا على اعتبارها في الجملة، وبعضهم قال لا يثبت، وقد استظهر ابن الهمام عدم ثبوت النسب ورجح ذلك، لأن الزنا لا يثبت النسب، ووصف الزنا لم يزل بهذه الشبهة، فالنسب كالعدة على السواء عنده. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 152.** [↑](#footnote-ref-87)
88. **- يشترط الفقهاء لصحة الرضا في عقد الزواج أن تكون الإرادة جدية، واعية وحرة أي غير مشوبة بالإكراه وعيوب الرضا، وغير مقيدة بشرط ولا أجل و مؤبدة. ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لعيوب الإرادة بالتفصيل، وكذا عدم خوض فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا في هذه المسألة، مما يستوجب اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني طبقا للفقرة الثانية من المادة 82 والمواد من 86 إلى 88، وعموما فإن العيوب التي تشوب الإرادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط و التدليس.** [↑](#footnote-ref-88)
89. **- عدلت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.**  [↑](#footnote-ref-89)
90. **- انظر، عبد العزيز سعد: نفس المرجع السابق، ص 77.** [↑](#footnote-ref-90)
91. **- ابن منظور: لسان العرب، 7/329.** [↑](#footnote-ref-91)
92. **- محمد: الآية 18.** [↑](#footnote-ref-92)
93. **- المعجم الوسيط:ص 478-479.** [↑](#footnote-ref-93)
94. **- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 2/379-380. الزركشي: البحر المحيط، 3/327.** [↑](#footnote-ref-94)
95. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 95. البرديسي: الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية، ص 68.** [↑](#footnote-ref-95)
96. **- راجع، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 113 وما بعدها. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/80 وما بعدها. الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته،2/571.**  [↑](#footnote-ref-96)
97. **- تعرف شروط الانعقاد بأنها: تلك الشروط التى يلزم توافرها في أركان عقد الزواج أثناء الانعقاد والإنشاء وذلك بسبب ارتباطها كليا بالأركان التى يقوم عليها العقد. ويعرفها البعض بأنها: الشروط التى يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد.فإذا تخلف أحدها فإن العقد لا يكون له وجود شرعي، ولا يترتب عليه أي حكم من أحكام العقد,ومن هذه الشروط ما يتعلق بالعاقدين كإسلام الزوج إذا كانت الزوجة مسلمة، وأن تكون المرأة محققة الأنوثة مسلمة أو كتابية إذا كان الزوج مسلما وغير محرمة عليه تحريما قطعيا، وكالبلوغ، وأما الشروط المتعلقة بالصيغة فقد سبق بيانها.انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام،113.**  [↑](#footnote-ref-97)
98. **- اشترط المالكية لصحة عقد النكاح بالإضافة إلى شرط الولي والصداق والإشهار،(عدم التواطؤ مع الشهود على كتمان النكاح)، وألا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا، لما فيه من إدخال وارث في تركة أحدهما على ورثته، وخلو الزوجين من الموانع كالإحرام والمحرمية الثابتة بدليل قطعي أو ظني.انظر، القرافي: الذخيرة،4/208. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/80-82. عبد القادر داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007، ص 54 وما بعدها.** [↑](#footnote-ref-98)
99. **- تعرف شروط النفاذ بأنها:"تلك الشروط التى لا تنفذ أحكام العقد على كل من عاقديه بغير وجودها".وذلك بأن تكون لمتولي إنشاء العقد ولاية إنشائية، فإذا قام ناقص الأهلية بإبرام العقد فلا يكون نافذا ويكون موقوفا على إجازة وليه مثلا.وألا يكون العاقد وليا أبعدا مع وجود الولي الأقرب المقدم عليه: فهنا إذا أبرم الولي الأبعد عقد الزواج للمولى عليها فيكون هذا العقد موقوفا على إجازة الولي الأقرب.انظر،وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 7/86. وعبد الكريم زيدان: المفصل،6/125.** [↑](#footnote-ref-99)
100. **- تعريف شروط اللزوم بأنها:"تلك الشروط التى يتوقف عليها بقاء العقد مستمرا مرتبا لجميع آثاره"، وعلى ذلك فالعقد غير اللازم هو الذي لا يستطيع أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون موافقة الطرف الآخر"، كتحقق شرط الكفاءة، وخلو الزوجين من والعيوب. انظر،مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 137-138.** [↑](#footnote-ref-100)
101. **- انظر، مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 114.** [↑](#footnote-ref-101)
102. **- وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن حكم عقد الزواج وأنواعه.** [↑](#footnote-ref-102)
103. **- وفي الجملة فقد اعتبر الفقه الإسلامي هذه الشروط موضوعية لأنه يجمع ما يلزم لتكوين الزواج تحت عبارتي "أركان الزواج وشروطه" ومع ذلك لا يمنع من تمييز الشروط الموضوعية عن الشروط الشكلية في عقد الزواج وفقا للفقه الإسلامي، لأنه يبقى شرط حضور الشاهدين الذي يتعذر وصفه بالشرط الموضوعي، لأنه وإن كان في الأصل عقد رضائيا، إلا أنه مشوب بشكلية العلانية.** [↑](#footnote-ref-103)
104. **- انظر، شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، ص120.السيد سابق: فقه السنة،2/37.** [↑](#footnote-ref-104)
105. **- أحمد بن أحمد الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل. عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، 1/277.** [↑](#footnote-ref-105)
106. **- الحطاب: مواهب الجليل ، 3/419.** [↑](#footnote-ref-106)
107. **- الدردير: الشرح الصغير، 1/375.** [↑](#footnote-ref-107)
108. **- الحطاب: مواهب الجليل ، 3/419.**  [↑](#footnote-ref-108)
109. **- إضافة إلى الشروط الشكلية (الإجرائية) التي يتطلبها عقد الزواج، وضع المشرع شروطا موضوعية أخرى، سيتم تناولها وبيان أثر تخلفها على العقد في الفصل الثاني من هذا الباب.**  [↑](#footnote-ref-109)
110. **- أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/2/2005.** [↑](#footnote-ref-110)
111. **- تعدّ الأهلية شرط انعقاد لا شرط صحة في الفقه الإسلامي؛ فلا ينعقد زواج الصغير غير المميز، وينعقد زواج الصغير المميز موقوفا، كما ينعقد زواج البالغ المميز استقلالا.** [↑](#footnote-ref-111)