



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي



مديرية ما بعد التدرج والبحث العلمي
والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج في قانون
الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية
تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الدكتور:
د. كينة محمد لطفي

إعداد الطالب:
الأشراف العروسي

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
محمد رشيد بوغزالة	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
نور الدين مناني	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	ممتحنا
جمال غريسي	أستاذ	جامعة الوادي	ممتحنا
عبد الفتاح حمادي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المسيلة	ممتحنا
مسعود جمادي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 1445-1446هـ/2023-2024م



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي



مديرية ما بعد التدرج والبحث العلمي
والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج في قانون
الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية
تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الدكتور:
د. كينة محمد لطفي

إعداد الطالب:
الأشراف العروسي

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
محمد رشيد بوغزالة	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
نور الدين مناني	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	ممتحنا
جمال غريسي	أستاذ	جامعة الوادي	ممتحنا
عبد الفتاح حمادي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المسيلة	ممتحنا
مسعود جمادي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 1445-1446هـ/2023-2024م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى:

- روح أبي الطاهرة رحمه الله.
- النور الذي يضيء حياتي من مشارقها إلى مغاربها؛ أُمِّي
أطال الله عمرها.
- الذين أخذت من وقتهم وقصرت في حقهم؛ أُمِّي
وابنائِي؛ هداية، فرح، علي، بدر الدين، ندى الريحان،
وزوجتي قرة عيني.
- كل الأساتذة الذين درسوني .
- شقيقي، وشقيقتي، وابن عمي محمد الحافظ، وصديقي
صلاح الدين.

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل،
مشرقي الدكتور محمد لطفي كينة الذي شرفني
بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ورفقني خلال
الفترة إحداد لما توجيها وتصويبا وتدقيقا؛ فالله
أسأل أن يجازيه عني خير الجزاء وأن يبارك له في
علمه ووقتته وأهله وماله؛ إنه ولي ذلك والقادر
عليه.

كما لا يفوتني أن أتوجه بأسمى عبارات الشكر
والتقدير لكل من أعانني من قريب أو بعيد،
وأخص بالذكر الدكتور نور الدين مناني راجيا
من المولي عز وجل أن يجعل ما قدموه في ميزان
حسناتهم يوم القيامة.

الملخص:

تناولت هذه الدراسة إشكالية مدى تأثر المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية في وضعه للشروط الموضوعية للزواج، وذلك من خلال ثلاثة فصول؛ تناول الأول منها الإطار المفاهيمي لمصطلحات الدراسة، وأما الثاني والثالث فقد تمت فيهما معالجة الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بذات الزوجين من جهة، والمرتبطة بالعقد من جهة أخرى، وتم في هذه الدراسة استخدام المنهج الوصفي لتحديد مفاهيم الشروط الموضوعية، للزواج والاتفاقيات الدولية، والمنهج المقارن تم فيه الكشف عن الاتفاق والافتراق بين أحكام الفقه الإسلامي والاتفاقيات، وكذا المنهج التحليلي من خلال تحليل وشرح نصوص المواد المتعلقة بالموضوع، ومن أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها في هذه الدراسة ما يلي:

نتيجة خطورة المصادقة على بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي قد تؤدي مستقبلا إلى إلغاء الكثير من الأحكام في عقد الزواج، كإلغاء الولاية ودور الولي كليا أو إلغاء الصداق أو العبث بالموانع الشرعية للزواج أو إلغائها بدعوى المساواة بين الشواذ وغيرهم.

الكلمات المفتاحية:

الشروط الموضوعية، الزواج، الاتفاقيات الدولية.

Abstract:

This study addressed the problem of the extent to which the Algerian legislator is influenced by international agreements in determining the objective conditions for marriage, through three chapters: The first of them emphasized the importance of the conceptual framework for the study's terms, while the second and third sections discussed the objective conditions of marriage related to the same spouses on the one hand, and related to the contract on the other hand. In this study, the descriptive approach was used to define the concepts of objective conditions, marriage, and international agreements. It reveals the agreement and differences between the provisions of Islamic jurisprudence and agreements, as well as the analytical approach by analyzing and explaining the texts of articles related to the topic. Among the most important findings and recommendations of this study are the following: As a result of the danger of adopting the provisions of international agreements related to personal status, which may lead in the future to the abolition of many provisions in the marriage contract, such as completely abolishing guardianship and the role of the guardian, abolishing the dowry, or tampering with legal impediments. To marry or cancel it under the pretext of equality between homosexuals and others.

Key words:

Objective conditions, marriage, International conventions.

قائمة الأشكال والجداول والرموز

الجزء	ج
الصفحة	ص
هجري	هـ
ميلادي	م
توفي	ت
بدون طبعة	ب. ط
لا ناشر	ب. ن
بدون تاريخ	ب. ت
قانون المدني الجزائري	ق م ج
قانون الأسرة الجزائري	ق أ ج

المقدمة

مقدمة:

بسم الذي رفع السماء بعيدا ومهدا الأرض للورى تمهيدا، الحمد لله المعز بفضلله حمدا كثيرا طيبا ومزيذا، وصلاة ربي والسلام هدية للمصطفى خير الأنام جدودا.

فالنزاج من سنن الله في الخلق والتكوين، وهو الأسلوب الأمثل الذي اختاره الله تعالى لعباده للتكاثر والاستمرار، ولم يشأ الشارع الحكيم ترك هذه العلاقة أن تتم بشكل فوضوي، بل وضع له نظاما يحفظ من خلاله الشرف ويصون الكرامة، ويحقق المقاصد الاجتماعية والإنسانية والخلقية والدينية.

وقد وصف الله تعالى عقد الزواج بالميثاق الغليظ؛ لأنه يخضع لأركان وشروط حددتها الشريعة الإسلامية، وبعد ذلك قننتها التشريعات الوضعية.

ولقد خصص قانون الأسرة الجزائري أركان الزواج ضمن القسم الثاني، حيث أشار إلى أنه ينعقد بركن الرضا (المادة 9 ق أ ج) وبتبادل الإيجاب والقبول (المادة 10 ق أ ج)؛ الذي لا وجود لماهية العقد بدونه، وهناك شروط أخرى فرض القانون وجودها في عقد الزواج الصحيح وهي: الأهلية والفحص الطبي وخلو الزوجين من الموانع الشرعية وتحديد الصداق ووجود الولي وحضور الشاهدين.

والمشرع الجزائري في تنظيمه للعلاقات الزوجية جعل الاتفاقيات الدولية لها علاقة بموضوع الزواج أو تنظيم العلاقات الزوجية، أحد فلسفة التشريع، لما يرى فيها من مساهمة للركب العالمي، وهذا قد يؤثر عليها ويضعف سلطتها في سن قوانينها، رغم تحفظها على بعض المواد؛ لأن هناك سلطة مُلزمة لهذه الدول والمتمثلة في رفع تقارير لرؤساء هذه اللجان تبين فيها نيتها الحسنة والجادة في تغيير المنظومات التشريعية مع ما جاء في بنود الاتفاقيات المصادق عليها من طرفها، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الأول والثاني واتفاقية سيداو، وخصوصا هذه الأخيرة حتى وإن تحفظت الدول على بعض ما جاء فيها، إلا أن هناك مادة من موادها وهي المادة 28 / 2 والتي تنص على أنه: " لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها." فهذه الفقرة لها دلالات في تغيير وجهات النظر في التشريع، وشيئا فشيئا حتى ترفع هذه الدول التحفظات نهائيا.

فوضع المشرع الجزائري لقوانين متناقضة، يتبع مرة التشريع الإسلامي وأخرى التشريعات الدولية؛ فقانون 84-11 لم يحظ بالإجماع على قبوله ووصف بأنه ديني، لأنه يتعارض مع النصوص الداعية للمساواة المزيفة التي تنادي بها بعض المواثيق الدولية، وإبعاد كل ما من شأنه أن يكون شرطا أو قيداً على أساس الدين أو الجنس أو العرق، وخصوصاً إن كانت المساواة المزعومة صادرة عن وثيقة دولية أساسية أولية تعد العمود الفقري لها في تكوين هذه الاتفاقيات كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

وجاء التقريران الثالث والرابع للجزائر سلبين من طرف الأمين العام للأمم المتحدة ورئيس لجنة سيداو بخصوص الجزائر في عدم تطبيقها لما صادقت عليه، إضافة إلى تقرير اللجنة المعنية لهذه الاتفاقيات في دوراتها وخصوصاً الثانية والثلاثون؛ وهو التقرير الثاني بشأن الجزائر، فقد أشار الممثل إلى أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية.

وقد أكد رئيس الجمهورية -آنذاك عبد العزيز بوتفليقة رحمه الله - على تعزيز مجموعة من القوانين المعمول بها لتمكين المرأة من مجابهة الأعباء الاجتماعية، والتمتع بالحقوق التي يكفلها الدستور، ومن المنتظر مراجعة قانون الأسرة بما يتوافق مع الاتفاقيات الدولية، ويمكن رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق عن الاتفاقيات مما دفع بالمشرع إلى تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 والذي تم بموجبه إلغاء مواد وتعديل أخرى، وقبل الدخول في صلب الموضوع كان لابد من ذكر النقاط الآتية:

أولاً: أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع فيما يلي:

- 1- الأسرة هي البنية الأساسية في بناء المجتمع، لذا فقد أحاطها المشرع الجزائري بالعناية في منظومته التشريعية.
- 2- أهمية الأركان والشروط الموضوعية في الزواج.
- 3- دور الاتفاقيات الدولية في تغيير بعض المنظومات التشريعية الخاصة بالأسرة.
- 4- الاتجاهات المنحرفة التي أصبحت تسود المجتمعات الغربية.

5- الاتجاهات المنحرفة التي تسود المجتمعات الغربية، والتي أصبحت تستهدف الأسرة بشكل أساسي.

6- التشريع حركة دورية وهو يتأثر بما حوله، والزواج ميثاق غليظ، الواجب الاحتراز من الإخلال به.

ثانيا- إشكالية الموضوع:

من خلال ما تمت الإشارة إليه، فإنه يمكن طرح الإشكالية الآتية:
 "ما مدى تأثير المشرع الجزائري بنصوص الاتفاقيات الدولية عند وضعه للشروط الموضوعية للزواج؟ وهل له في ذلك سند في الفقه الإسلامي؟
 تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية تساؤلات فرعية أسوغها كالاتي:

- ما هي الشروط الموضوعية للزواج؟ وما أهميتها؟
- ما هي مرجعية الاتفاقيات الدولية؟ وكيف أثرت على المشرع؟
- هل هناك توافق بين الفقه الإسلامي وما تدعوا إليه الاتفاقيات الدولية؟ أم هناك فرق واختلاف؟ وأيها كان أكثر تأثيرا فيما يخص التعديل الأخير سنة 2005؟

ثالثا- أسباب اختيار الموضوع:

تتنوع الأسباب والدوافع لاختيار الموضوع بين ما هو موضوعي وذاتي.

الأسباب الموضوعية:

- مس تعديل 2005 مواد حساسة وأحكامها ثابتة في الشريعة الإسلامية حتى وإن أخذ المشرع برأي فقهي ملفق نجده في الفقرة اللاحقة يخرج عن جميع المذاهب، ناهيك عن المطالبة بإلغاء أحكام الشريعة الإسلامية من قانون الأسرة تسaira مع التقدم وعصر السرعة.

- حساسية هذا الموضوع وأهميته والآثار المترتبة عليه، وما يمكن أن يكون عليه مستقبلا.

الأسباب الذاتية:

- أهمية الموضوع في حد ذاته كان دافعا لدراسته وكشف خباياه.
- رغبتني في دراسة هذا الموضوع وخصوصا أنه من صميم اختصاصي.

- الرغبة في إبراز شمولية الشريعة لجميع مناحي الحياة عموما وعلى شروط الزواج خصوصا.
- إظهار الضمانات التي وضعتها الشريعة الإسلامية من أجل تحقيق زواج متكامل الشروط والأركان، والأخذ بتعاليم هذا الدين هو السبيل الأمثل.
- كشف خطورة ما تبطنه الاتفاقيات الدولية لهدم الأسرة المسلمة.

رابعاً- أهداف البحث:

- 1- ربط فلسفة المشرع الجزائري مع ما يتماشى وأحكام الفقه الإسلامي في قانون الأسرة.
- 2- استقراء هذه الاتفاقيات وتحليل بعض مضامينها، وإبراز مواطن خطورتها.
- 3- الاطلاع على الأحكام المتعلقة بالأسرة في الاتفاقيات الدولية.
- 5- مقارنة أحكام الشروط الموضوعية للزواج في قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي والاتفاقيات الدولية.
- 6 - تحليل آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، وإبراز الجوانب المضیئة منها والتي وافقت فيها الشريعة الإسلامية والفطرة الحنفية السليمة.
- 7- تقصي حقيقة بعض التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة التي تخدم الموضوع.
- 8- إبراز المخاوف المستقبلية من جراء رفع التحفظات عن هذه الاتفاقيات.
- 9- كشف حقيقة بعض النصوص القانونية، هل هي موافقة للفقه الإسلامي أم للاتفاقيات الدولية؟

خامساً- منهج البحث:

- اتبعت في هذه الدراسة عدة مناهج:
- المنهج الوصفي: يتم من خلاله تحديد (الشرط، الخصائص الموضوعية، الزواج، الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية...)
 - المنهج الاستقرائي: استقراء هذه الاتفاقيات.
 - المنهج المقارن: الكشف بدقة عن المواضع الموافقة والمخالفة لأحكام الفقه الإسلامي من

هذه الاتفاقيات والاستدلالات المبني على الأدلة الصحيحة في بيان بطلان هذه الجزئيات التي جاءت بها هذه الاتفاقيات؛ لأنها تقوم على أصول تخالف أصوله وترتكز على فلسفات تناقض عقيدته، وتهدف إلى إشاعة مفاهيم تخالف شريعته، وما يروج له البعض من أن هناك تغييراً في البنود المتعلقة بالتحفظات لا يغير من حقيقة مخالفتها للإسلام في شيء.

-المنهج التحليلي: يتم من خلاله تحليل وشرح نصوص المواد المتعلقة بالموضوع.

سادساً- الدراسات السابقة:

لم أجد دراسة سابقة لهذا العنوان أو إشكاليته-حسب علمي- إنما وجدت دراسات تناولت أحكام عقد الزواج أو حقيقة الشرط أو ضوابط الزواج بين قانون الأسرة والأعراف... وأذكر بعضها منها:

1-المساواة بين الجنسين في قانون الأسرتين الجزائري والتونسي دراسة مقارنة للطالبة "بوكايس سمية" لنيل أطروحة الدكتوراه جامعة "أبو بكر بالقائد" كلية الحقوق تخصص قانون خاص سنة 2018م- 2019م، تلمسان حيث تناولت الباحثة المساواة بين الجنسين في مسائل الزواج وأثاره وكذلك الطلاق في القانونين الجزائري والتونسي.

2-حقوق المرأة بين قانون الأسرة والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه للطالب "بن عيسى لخضر" جامعة وهران كلية الحقوق سنة 2008م- 2009م، تناول فيه الحديث عن حقوق المرأة في إطار الأسرة بتصنيفها إلى حقوق تتمتع بها المرأة عند إبرام العقد وحقوق أخرى تتمتع بها خلال العلاقة الزوجية مقارنة ذلك بالاتفاقيات الدولية.

أما دراستي فهي تختلف عن هذه الدراسات من حيث مدى تأثير هذه الاتفاقيات على تعديل بعض المواد أو إلغائها فيما يخص الأركان والشروط لعقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

سابعاً- منهجية البحث:

التزم الباحث عند تحريره للموضوع بمنهجية علمية لا تخرج في الغالب عن الأعراف الأكاديمية، وفيما يأتي أهم عناصرها.

1-عزو الآيات القرآنية يكون في المتن بعد الآية مباشرة اسم السورة ورقم الآية.

2- بالنسبة للأحاديث النبوية؛ إن كان الحديث وارد في أحد الصحيحين فإني أكتفي بالتخريج منهما، أما إن لم أجده فيهما فإني أعمد إلى تخريجه وذكر درجة الحديث من أحد المتقدمين من أهل الصناعة الحديثية أو المتأخرين، وإن كان من موطأ الإمام مالك لا أذكر درجته.

3- يكون التهميش في أول مرة المؤلف والمؤلف والتحقيق ورقم الطبعة والناشر وبلد النشر وسنة النشر والجزء والصفحة، أما إن كان ذكره للمرة الثانية اكتفي بذكر المؤلف ومرجع سابق والجزء والصفحة.

4- يكون التهميش في أول مرة في الأطروحات والرسائل الجامعية المؤلف والمؤلف ونوع الرسالة، الكلية، الجامعة، السنة الدراسية، الصفحة، أما التهميش لثاني مرة، المؤلف، مرجع سابق، الصفحة.

5- لم أترجم للأعلام

6- اعتمدت البحث في المسائل الفقهية على المصادر والمراجع المعتمدة في المذاهب الأربعة، ولم أشر إلى المذهب الظاهري إلا في بعض المسائل الفقهية فقط.

7- تناولت في كل شرط من الشروط الموضوعية للزواج الجانب الفقهي، ثم الجانب القانوني ثم قمت بالمقارنة بينهما.

8- اعتمدت على بعض المواقع الإلكترونية وخصوصاً عندما تناولت آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج عند كل مبحث، وذكرت الرابط وكررت في جميع المباحث.

ثامناً- حدود البحث:

ركزت في البحث على الشروط الموضوعية للزواج فقط، وبخصوص الاتفاقيات الدولية كانت أغلب الدراسة محصورة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الأول والثاني، واتفاقيتا الرضا وسيداو، ومنظمة الأمم المتحدة وبعض أجهزتها التي لها علاقة بالموضوع.

تاسعاً- خطة البحث:

بعد اختيار موضوع البحث وإطلاع الباحث على العديد من المصادر والمراجع، استقر

على خطة تتضمن مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة، وفهارس علمية، وفي ما يأتي عرض موجز لها:

- مقدمة: وفيها بيان لأهمية الموضوع، وطرح لإشكاليته، وذكر لأسباب اختياره والأهداف المرجوة منه والمنهج المتبع في معالجة مسأله، والمنهجية المتبعة في تحريره، وعرض موجز لخطته، ووصف عام لأهم مصادره ومراجعته، وإشارة لبعض الصعوبات التي صادفته.

- الفصل الأول: ارتأيت أن يكون مدخلا مفاهيميا يعين القارئ على تصور أهم المصطلحات التي لها صلة بموضوع البحث، وجعلته في مبحثين: أولها عنيت فيه ببيان مفهوم الشروط الموضوعية للزواج، وبعض المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع، والثاني إلى مفهوم الاتفاقيات الدولية ومرجعيتها.

- الفصل الثاني: تعرضت فيه إلى أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بذات الزوجين، وقسمته إلى ثلاثة مباحث، بينت في الأول منها الأهلية في الفقه الإسلامي، وفي قانون الأسرة الجزائري، وأثر الاتفاقيات الدولية على أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري، أما المبحث الثاني فتناولت فيه الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، وفي قانون الأسرة الجزائري، وأثر الاتفاقيات الدولية على ذلك، والمبحث الثالث خصصته للصداق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وأثر الاتفاقيات الدولية عليه.

- الفصل الثالث: عنيت فيه بدراسة أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية المتعلقة بعقد الزواج لغير الزوجين، وقسمته إلى ثلاثة مباحث: الأول منها تناولت فيه أحكام الولي في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وأثر الاتفاقيات الدولية على الولي، والمبحث الثاني تناولت فيه الشهادة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وأثر الاتفاقيات الدولية على الشهادة في عقد الزواج، أما المبحث الثالث فخصصته لخلو الزوجين من الموانع الشرعية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وأثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج.

- خاتمة: ضمنتها أهم النتائج التي توصلت إليها، والاقتراحات التي تزيد في خدمة موضوع البحث.

-الفهارس الفنية: التي تضمنت فهرس الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، وآثار الصحابة رضي الله عنهم، وقائمة المصادر والمراجع، وفهرس المحتويات.

عاشرا- مصادر البحث ومراجعته:

- 1-أمهات كتب التفسير وشروح الحديث، وبصفة خاصة الصحيحين والسنن الأربعة، إضافة إلى الكتب الفقهية المعتمدة في كل مذهب.
- 2- المعاجم والقواميس اللغوية والاصطلاحية.
- 3- كتب القانون وشروحه، والأوامر والمراسيم، وكتب أخرى عامة لها صلة بموضوع الدراسة.
- 4-الرسائل الجامعية، والمقالات الأكاديمية، والمؤتمرات العلمية التي لها صلة بالأسرة وشروط عقد الزواج.
- 5-قرارات المجامع الفقهية ومن أهمها؛ مجمع الفقه الإسلامي.
- 6-المواقع الإلكترونية الخاصة بوزارات أو هيئات.

حادي عشر- صعوبات البحث:

صادف الباحث خلال كتابته لموضوع بحثه بعض الصعوبات، يجملها في الآتي:

- 1-نظرا لكون الموضوع متعلق بأثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج في قانون الأسرة الجزائري، اضطر الباحث إلى الاطلاع على العديد من المراجع وخصوصا المتعلقة بالاتفاقيات الدولية وذلك للوصول إلى تصور سليم.
- 2-قلة المعلومات والمراجع بالنسبة للاتفاقيات الدولية وأخص بالذكر التي تناولت موضوع الأسرة وتحديد الشروط الموضوعية للزواج، وحتى وإن وجدت فهي مبعثة.
- 3-اعتراء الغموض والعمومية لبعض نصوص الاتفاقيات الدولية مما يضطر الباحث غالبا لقراءات متعددة لفهم أبعادها ومقاصدها وخصوصا وأن بعضها يحتم علي الرجوع إلى مرجعيتها.

بالرغم من كل الصعوبات التي تم ذكرها، فإن الباحث يرجو أن يكون قد وفق إلى حد ما في معالجة موضوع بحثه، وصياغته في قالب علمي مقبول؛ والفضل لله وَعَلَى الذي أمدني بالفتح والوسع والطاقة، ثم إلى أستاذي المشرف محمد لطفي كينة الذي لم ييخل علي

بالنصح والإرشاد والتوجيه والذي غمرني بفضله وكرمه، فالله عَزَّوَجَلَّ أسأل أن يجازيه عني خير
الجزاء، وأن يبارك له في علمه وعمله، وأن يوفقه ويسدد خطاه.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمصطلحات المتعلقة بالموضوع:

الزواج رابطة مقدسة بين الزوجين، ووصف بأنه ميثاق غليظ؛ وهذا الميثاق يحتوي على أركان وشروط تحدد جوازه من تحريمه وصحته من بطلانه، والتي اصطلح عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري بالشروط الموضوعية للزواج، وكما جرت العادة في الدراسات الأكاديمية لا بد من الوقوف على المصطلحات والمفاهيم المتعلقة بالموضوع.

لذلك خصصت هذا الفصل إلى أهم المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بموضوع الدراسة، فقسمته إلى مبحثين؛ الأول منها تناولت فيه مفهوم الشروط الموضوعية للزواج وبعض المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع، والثاني تناولت فيه مفهوم الاتفاقيات الدولية ومرجعيتها.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمصطلحات المتعلقة بالموضوع

تطرت في هذا الفصل إلى المصطلحات المتعلقة بالموضوع والذي عنوانه أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج، وقسمت هذا الفصل إلى مبحثين؛ تناولت في الأول منه لمفهوم الشروط الموضوعية للزواج وأنواعها، أما المبحث الثاني خصصته للاتفاقيات الدولية ومرجعيتها كمبحث ثان وتفصيل ذلك كالآتي.

المبحث الأول: مفهوم الشروط الموضوعية للزواج وأنواعها

مفهوم الشروط الموضوعية للزواج يحوي التعريف اللغوي والاصطلاحي وأنواع هذه الشروط لذلك قسمته إلى مطلبين؛ المطلب الأول تناولت فيه مفهوم الشروط الموضوعية للزواج لغة واصطلاحاً، أما المطلب الثاني تناولت فيه أنواع شروط الزواج.

المطلب الأول: مفهوم الشروط الموضوعية للزواج:

الشروط الموضوعية للزواج مصطلح مركب من ثلاث كلمات، لذلك قمت بتعريف كل منها على حدى لغة واصطلاحاً، ثم التعريف المركب، لذلك قسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع، الفرع الأول عرفت فيه الشرط لغة واصطلاحاً، والفرع الثاني عرفت فيه الموضوعية لغة واصطلاحاً، والفرع الثالث عرفت فيه الزواج لغة واصطلاحاً، أما الفرع الرابع فعرّفت فيه الشروط الموضوعية للزواج كتعريف كمركب لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف الشرط:

تناولت في هذا الفرع التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط.

أولاً: تعريف الشرط لغة:

- الشَّرْطُ هو العلامة¹، وجمعه أَشْرَاطٌ، وَأَشْرَاطُ السَّاعَةِ علامتها²، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾، [سورة محمد، الآية: 18].

¹ الفيومي (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ب. ط، المكتبة العلمية - بيروت، ب. ن، ص 309.

² ابن فارس (ت: 395هـ)، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ب. ط، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1399هـ - 1979م ج 3، ص 216.

- الشرطُ إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه¹.

ثانيا: تعريف الشرط اصطلاحاً:

أ- تعريف الشرط عند الأصوليين:

ما عدمه مستلزم لعدم الحكم؛ لحكمة في عدمه تنافي حكمة الحكم أو السبب² أي: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته³.

وعليه فإن الشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم، وحقيقته أن عدمه يستلزم عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، ولا يتحقق الحكم بشكل شرعي إلا بوجود الشرط الذي وضعه الشارع له، كالوضوء شرط للصلاة، فلا توجد الصلاة بشكل شرعي إلا إذا وجد الوضوء⁴.

ب- تعريف الشرط قانوناً:

هو الالتزام المقترن بأمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله، حيث نصت المادة 203 من ق م ج على أنه: " يكون الالتزام معلقاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل وممكن وقوعه"⁵.

الفرع الثاني: تعريف الموضوعية

تناولت في هذا الفرع التعريف اللغوي والاصطلاحي للموضوعية.

أولاً: تعريفها لغة:

الموضوعية مشتقة من الموضوع وتعني المادة التي يبنى عليها الشيء⁶.

¹ الفيروزآبادي (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005 م، ص673.

² الآمدي (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، ب. ط، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان، ج1، ص184.

³ القرافي (ت: 684)، الفروق، ب. ط، عالم الكتب، ب. ت، ج1، ص60.

⁴ الشوكاني (ت: 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م، ج1، ص27.

⁵ أنظر: المادة (203) من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعد والمتمم، ص41.

⁶ مروان العطية، معجم المعاني، ط1، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ص223.

ثانيا: تعريفها اصطلاحا:

يختلف المعنى الاصطلاحي لمصطلح الموضوعية بحسب الأغراض والصياغات، التي استعملت فيها، فمعناها في البحث العلمي يختلف عن معاني أخرى.

أ-تعريفها شرعا:

لم يرد تعريف للموضوعية عند الفقهاء المسلمين، لأنه مصطلح حديث؛ حتى وإن وجد، وجد في استعمالات أخرى ليست في الدراسات الفقهية، كمقارنة الأديان تحت مسمى "الموضوعية في دراسة الأديان" أو في التفسير تحت اسم "التفسير الموضوعي"، وهذه المعاني الاصطلاحية بعيدة عن المعنى المطلوب في هذه الدراسة.

ب-قانونا:

عرفت الموضوعية قانونا بأنها:

1- الأحكام التي تنظم جوهر العلاقات القانونية.¹

2- بأنها الآراء التي لها قيمة.²

الفرع الثالث: تعريف الزواج

نتعرض في هذا الفرع لتعريف الزواج لغة واصطلاحا.

أولا: تعريف الزواج لغة:

-هو الاقتران والجمع والضم، وتَزَوَّجَهُ النوم أي خَالَطَهُ³، كما ورد في قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾، [سورة الدخان، الآية:45].

- الزَّاءُ وَالْوَاوُ وَالْجِيمُ أَصْلٌ يَدُلُّ عَلَى مُقَارَنَةِ شَيْءٍ لَشَيْءٍ، وَمِنْ ذَلِكَ الزَّوْجُ زَوْجُ الْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةُ زَوْجٌ بَعْلُهَا⁴، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾، [سورة البقرة، الآية:

[35]

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجًا، ط1، المنصورة- مصر، 1996م، ص267.

² أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م، ج3، ص2458.

³ الفيروزآبادي، مرجع سابق، ج1، ص191.

⁴ ابن فارس، مرجع سابق، ج3، ص35.

- الزواج هو الاقتران والازدواج الزَّوْجُ: خلاف الفرد، ويقال: زوج أو فرد، والزوج اثنان وكل اثنان زوج¹، وقد ورد هذا المعنى كما في قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الْأَرْضِ كَمْ أَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ﴾، [سورة الشعراء، الآية: 7].

ثانيا: تعريف الزواج اصطلاحاً:

تناولت تعريف الزواج اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمعاصرين، وكذلك التعريف القانوني له، وتفصيل ذلك كالآتي:

أ- تعريف الزواج شرعاً:

تنوعت عبارات الفقهاء في تعريف الزواج مع الاتفاق في الغرض والمقصد ونظراً لكثرتها فسوف أقتصر على بعض منها:

1- تعريف الزواج عند الفقهاء القدامى:

- عرفه الحنفية بقولهم: "عقد يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً."²

- عرفه المالكية بقولهم: "هو عقد حل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، بصيغة لقادر محتاج، أو راج نسلًا."³

- عرفه الشافعية: "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته."⁴

- عرفه الحنابلة بقولهم: "النكاح في الشرع عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل."⁵

والملاحظ من هذه التعاريف أنها ركزت على حل الاستمتاع جاعلين إياه الغرض الأساسي من الزواج غير مبرزين مقاصده وأهدافه.

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج2، ص291.

² ابن الهمام (ت: 861هـ)، فتح القدير، ب. ط، دار الفكر- لبنان، ب. ن، ج3، ص186.

³ شهاب الدين (ت: 732هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ج1، ص52 / الصاوي (1241هـ)، حاشية الصاوي، ج2، ص332.

⁴ الشربيني (ت: 977هـ)، مغني المحتاج، ط1، دار الكتب العلمية - لبنان، 1415هـ - 1994م، ج4، ص200.

⁵ ابن قدامة (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ب. ط، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار ج7، ص333.

2-تعريف الزواج عند الفقهاء المعاصرين:

تعدد تعريف الزواج عند الفقهاء المعاصرين، وإن اختلفوا في اللفظ نجدهم متفقين في المعنى لذلك اقتصر على تعريف واحد فقط.

-عرفه أبو زهرة بأنه: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات."¹

والملاحظ من هذه التعريف أنه ذكر حل الاستمتاع وأبرز مقاصد الزواج وأهدافه، فكان أكثر شمولية.

ب- تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الزواج في قانون الأسرة الجزائري في المادة 4 منه بأنه: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب."

أضاف المشرع عن التعريف القديم كلمة "رضائي" مع أن طبيعة كل عقد يكون عن تراض بين طرفيه لتأكيد دور كل من الزوج والزوجة في هذا العقد دون غيرها.²

والملاحظ أن التعريف القانوني للزواج ذكر حل الاستمتاع وأبرز مقاصده وأهدافه.

الفرع الرابع: تعريف الشروط الموضوعية للزواج

الشروط الموضوعية للزواج هو مصطلح حادث أدرجه القانونيون في دراساتهم وأبحاثهم، وعلى حسب ما أطلعت عليه من الناحية اللغوية لم أجد تعريفا لغويا للشروط الموضوعية للزواج، لذلك انتقلت للتعريف الاصطلاحي.

أولاً: تعريف الشروط الموضوعية للزواج اصطلاحاً.

أ-تعريف الشروط الموضوعية للزواج شرعاً.

لم يرد مصطلح الشروط الموضوعية للزواج عند الفقهاء القدامى، لأن الموضوعية مصطلح حديث لم يكن معروفا عندهم، وعبروا عنها بشروط الزواج؛ وقسموها إلى شروط الصحة

¹ محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، ب. ط، دار الفكر العربي، ب. ت، ص 39.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، 2017م، ص 57.

وانعقاد ولزوم ونفاذ¹، وتفصيل ذلك لاحقا في شروط الزواج عند الفقهاء.

ب- تعريف الشروط الموضوعية للزواج في القانون:

1- مفهوم الشروط الموضوعية للزواج في القانون الأسرة الجزائري:

يقصد بالشروط الموضوعية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، الشروط التي تخضع في تكييفها لسلطة القاضي، وتحديد مفهومها يعتبر من الأجزاء الهامة في عملية التكييف، فإذا ثار الاختلاف في تكييف شرط من الشروط بين وصفه بأنه شرط موضوعي أو شرط شكلي، فإن المرجع في ذلك هو القاضي وهو المختص بتكييف شروط الزواج، ومن الشروط الموضوعية التي تنص عليها مختلف القوانين المقارنة شرط الأهلية وموافقة الوالدين حتى سن معينة وضرورة الفحص الطبي بقصد الزواج وعدم وجود زواج سابق، وعدم وجود قرابة أو مصاهرة محرمة.²

وعليه يمكن حصر الشروط الموضوعية التي نص عليها المشرع الجزائري أجمالا في المادة 9 مكرر وتفصيلها كما يلي:

توفر الأهلية وفقا للمادة 7 ق أ ج، وضرورة الفحص الطبي وفقا للمادة 7 مكرر من نفس القانون، والحصول على رخصة القاضي عند وجود زواج سابق قائم وفقا للمواد 8 و 8 مكرر و 8 مكرر 1 من ق أ ج، وانعدام الموانع الشرعية طبقا لنصوص المواد من 23 إلى 30 من ق أ ج، والمهر الذي يعطى للزوجة وفقا للمواد من 14 إلى 17 والولي وفقا للمادتين 11 و 13 من ق أ ج، والإشهاد على هذه الزيجة عند العقد وفقا للمادة 9 مكرر وانعدام الموانع الشرعية للزواج من المادة 23 إلى المادة 30 من نفس القانون.³

المطلب الثاني: أنواع شروط الزواج

شروط الزواج تنقسم إلى عدة أقسام، ويرجع كل تقسيم إلى اعتبار معين، واقتصرت هنا على اعتبارين فقط:

¹ أنظر: محمد مصطفى شليبي، أحكام الأثرة في الإسلام، ط4، دار الجامعية - بيروت، 1403هـ - 1983م، ص114.

² أنظر: محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الوعي، الرويبة - الجزائر، 1436هـ - 2015م، ص261.

³ أنظر: محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص262.

-الاعتبار الأول: ما يتعلق باعتبار خضوعها في تكييفها لسلطة القاضي، وهذا ما اصطلحت عليه بالشروط الموضوعية للزواج، وقسمته إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط الموضوعية المتعلقة بذات الزوجين؛ وهي الأهلية والفحص الطبي قبل الزواج والولاية.

والقسم الثاني سمّيته بالشروط الموضوعية المتعلقة بعقد الزواج، وهي الصداق والشاهدان وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، وهذا فرع أول.

-الاعتبار الثاني: باعتبار حكم الشرع فيها، وذلك فرع ثان.

الفرع الأول: أنواع الشروط الموضوعية للزواج باعتبار خضوعها في تكييفها لسلطة القاضي

وهذه الشروط هي: الأهلية والفحص والولاية والصداق والشاهدان وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، وهذه بدورها قسمتها إلى نوعين:

أولاً: شروط الزواج المتعلقة بذات الزوجين

وهي ثلاثة شروط: الأهلية والفحص الطبي قبل الزواج والولاية.

أ-تعريف الأهلية:

1-تعريف الأهلية لغة:

الأهلية لغة تعني الصلاحية، والأهلية للأمر الصلاحية له.¹

2-تعريف الأهلية اصطلاحاً:

1-2-تعريف الأهلية شرعاً:

عرفها مصطفى الزرقا: "صفة يقدرها الشارع تجعل الشخص محلاً صالحاً للخطاب التشريعي".²

¹ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، (إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار) ب. ط، دار الدعوة، ب. ت، ج1، ص32.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم - دمشق، 1425هـ-2004م، ج2، ص783/ أنظر: محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012م، ص71-72.

2-2-تعريف الأهلية قانوناً:

فأهلية انعقاد عقد الزواج: هي صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج¹، حيث نصت المادة 40 من ق م ج " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة." ونصت المادة 7 من ق أ ج على أنه: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة كاملة.

وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج."

ب- الفحص الطبي قبل الزواج:

1- تعريفه الفحص الطبي قبل الزواج لغة:

1-1- تعريف الفحص لغة:

هو الكشف، يقال: فحص الطبيب أي كشفه، وفحصه ليعرف ما به من علة، وفحص الكتاب، أي دقق النظر فيه ليعلم كنهه.²

1-2-تعريف الطب لغة:

نسبة إلى الطب، وهو من طبّ فلان طباً أي مهر، وحذق، وطب المريض أي داواه وعالجه.³

3-1-الزواج لغة: سبق تعريفه.

-تعريف الفحص الطبي قبل الزواج اصطلاحاً

1-2-تعريف الفحص اصطلاحاً:

عرف بعدة تعاريف منها:

-هو جس المريض لمعرفة علته.⁴

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، ط1، دار الخلدونية، القبة -الجزائر، 1429هـ - 2008، ص60.

² أنظر: ابن منظور، مرجع سابق، ج7، ص63/ ابن فارس، مرجع سابق، ج4، ص477.

³ أنظر: الزبيدي (ت: 1205هـ)، تاج العروس، ب. ط، دار الهداية، ب. ن، ب. ت، ج3، ص253.

⁴ مجموعة من كبار اللغويين العرب، مرجع سابق، ص919.

2-2- تعريف الطب اصطلاحاً

عرفه ابن سينا بأنه: " علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح، ويزول عنه ليحفظ الصحة الحاصلة، ويستردها زائله.¹

فالمعنى الاصطلاحي للطب لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالطب هو العلم بقوانين يعرف بها حالات الصحة والمرض وتأثير الأدوية.²

3- الزواج اصطلاحاً:

هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، وبموجب هذا العقد يحق لكل من الزوجين أن يستمتع بالآخر بكافة الأوجه المشروعة.³

4- تعريف الفحص الطبي قبل الزواج:

1-4- تعريف الفحص الطبي قبل الزواج شرعاً:

لم يدرج الفقهاء القدامى تعريفاً للفحص الطبي قبل الزواج، لأنه لم يكن معروفاً عندهم فهو مصطلح ظهر حديثاً، وأنهم عاشوا عشة بسيطة مبنية عن الثقة والصدق، إلا أنهم وضعوا عيوباً جنسية توجب التفريق بين الزوجين.

أما حديثاً فقد ظهرت عدة تعاريف اذكر من بينها:

-عرفه عمر سليمان الأشقر بأنه: " مجموعة الفحوصات التي تعنى بمعرفة الأمراض الوراثية والمعدية والجنسية والعادات اليومية، والتي ستؤثر مستقبلاً على صحة الزوجين المؤهلين، أو على صحة الأطفال عند الانجاب."⁴

-وقد عرف أيضاً بأنه: "هو دراسة الحالة الصحية العامة لدى المخطوبين والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك."⁵

¹ ابن سينا (ت: 428هـ)، القانون في الطب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1420هـ - 1999م، ج1، ص13.

² محمد عابد الجابري، الكليات في الطب، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت - لبنان، ب. ت، ص157.

³ أحمد فرج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ب. ط، الدار الجامعية، 1988م، ص17.

⁴ أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط1، دار النفائس - الأردن، 1420هـ - 2000م، ص83.

⁵ بوحالة الطيب، الفحوصات الطبية قبل الزواج، دار الفكر والقانون، ب. ط، 2010م، ص42.

2-4-تعريف الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة واكتفى بذكر أنه إجراء يجب القيام به قبل عقد الزواج، حيث نصت المادة 7 مكرر من ق أ ج على ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج"

ج- الولاية في عقد الزواج:

1- تعريف الولاية لغة:

الولي هو النصرة، والناصر من أسماء الله الحسنى¹، قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ﴾، [سورة آل عمران، الآية: 68].

2-تعريف الولي اصطلاحاً:

1-2-تعريف الولي شرعاً:

1-1-2-تعريف الولي عند الحنفية:

عرف ابن نجيم الولي بأنه: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"²

2-1-2-تعريف الولي عند المالكية:

عرف ابن عرفة الولي بأنه: "من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيضاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"³

2-1-3-تعريف الولي عند الشافعية:

عرفه الإمام النووي الولي بأنه: "القريب، فلا يقدم غيره، إلا أن يكون القريب أنثى..."⁴

2-1-4-تعريف الولي عند الحنابلة:

عرف ابن تيمية الولي بأنه: "سمي ولياً من مولاته للطاعات أي متابعتها لها ويقابل الولي

¹ الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص672/ابن منظور، مرجع سابق، ج15، ص406.

² ابن نجيم (ت:970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، ب. ت، ج3، ص117.

³ الرضاع التونسي المالكي (ت:894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1، ب. ن، 1350هـ، ج1، ص158.

⁴ النووي، مرجع سابق، ج2، ص121.

العدو على أساس من القرب والبعد.¹

2-2-تعريف الولي قانونا:

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية ولا الولي في قانون الأسرة الجزائري إنما اكتفى ببعض أحكام الولاية ووظيفة الولي في عقد الزواج، حيث نصت المادة 11 من ق أ ج بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره." ونصت المادة 13 من نفس القانون على أنه: " لا يجوز للولي سوء أكان أب أو غيره أن يجبر من في ولايته عن الزواج ولا يجوز له أن يزوجه دون رضاها."

د- خلو الزوجين من الموانع الشرعية:

1-تعريف خلو الزوجين من الموانع الشرعية لغة:

1-1-تعريف خلو لغة:

الحاء واللام والحرف المعتل أصل واحد يدل على تعري الشيء من الشيء، وانعدامه. -يقال هو خلو من كذا، إذا كان عروا منه، وخلت الدار وغيرها تخلو.² - يقال: أنا خلو من كذا، أي خالٍ منه.³ -وخلًا الشيء يخلو خلأً، ويقال: أخليت المكان إذا صادفته خالياً.⁴

2-1-تعريف الزوجين لغة:

سبق تعريفه.

3-1-تعريف المانع لغة:

الحائل، وقيل: ما يمنع من حصول الشيء، وهو خلاف المقتضى.⁵

¹ ابن تيمية، الفرقان بين أولياء الرحمن وأولياء الشيطان، حققه وخرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، ب. ط، مكتبة دار البيان، دمشق، 1405 هـ - 1985 م، ج 1، ص 53.

² ابن فارس، مرجع سابق، ج 2، ص 204.

³ الفارابي، مرجع سابق، ج 3، ص 231.

⁴ ابن فارس، مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، ط 2، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1406 هـ - 1986 م، ج 1، ص 298.

⁵ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، دار الفضيلة، ب. ن، ب. ت، ج 3، ص 195.

4-1- الشرعية:

من مصدر شرع؛ ما شرعه الله تعالى لعباده يقال: أوجب الشرع كذا- هذا مكتسب شرعاً: بصورة شرعية، من الوجهة الشرعية، اسم مؤنث منسوب إلى شرع: أحكام شرعية وهو مصدر صناعي من شرع: كون الشيء قائماً على أساس شرعي.¹

5-1- تعريف خلو الزوجين من الموانع الشرعية لغة كمركب:

انعدام الحائل والمانع بين الرجل والمرأة عند الزواج.

2- تعريف خلو الزوجين من الموانع الشرعية اصطلاحاً:

1-2- تعريف الخلو اصطلاحاً:

الخلو: وهو البراءة الأصلية.²

2-2- تعريف الزوجين اصطلاحاً:

وصف يوقعونه على زوجين مختلفين كالرجل والمرأة.³

3-2- تعريف المانع اصطلاحاً:

هو وصف ظاهر منضبط يستلزم وجوده عدم الحكم أو عدم السبب.⁴

4-2- تعريف الشرعية اصطلاحاً:

وهو ما لا تدرك لولا خطاب الشارع فيدخل في حد الفقه حسن كل فعل وقبحه عند نفاة كونهما عقليين ولا يزداد عليه التي لا يعلم كونها من الدين ضرورة لإخراج مثل الصلاة والصوم فإنهما منه وليس المراد بالأحكام بعضها وإن قل بل هو العلم بكل الأحكام الشرعية

¹ أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ج2، ص1188.

² هيثم هلال، معجم مصطلح الأصول، مراجعة وتوثيق: د. محمد ألتونجي، ط1، دار الجليل - بيروت، 2003 م - 1424 هـ، ج1، ص55.

³ أبو بكر الأنباري (ت: 328هـ)، الزاهر في معاني كلمات الناس، تحقيق: حاتم صالح الضامن، ط1، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1412 هـ - 1992، ج2، ص198.

⁴ مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، 1427 هـ - 2006 م، ج1، ص415.

العملية التي قد ظهر نزول الوحي بها والتي انعقد الإجماع عليها من أدلتها مع ملكة الاستنباط الصحيح منها.¹

5-2- تعريف خلو الزوجين من الموانع الشرعية اصطلاحاً كمركب:

وتعني خلو المرأة من المحرمات الشرعية، إما بسبب قرابة أو مصاهرة أو رضاع، أو محصنة أو في عدة، أو جمع بين المحارم، أو الزواج بغير مسلم، أو فوق الزيادة المسموح بها، أو ألا تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

1-5-2 تعريفه عند فقهاء الشرعية الإسلامية:

عبر فقهاء الحنفية² والمالكية³ الشافعية⁴ والحنابلة⁵ على مصطلح خلو الزوجين من الموانع الشرعية - بنفس السياق تقريباً - بأن تكون المعقود عليها محلاً للعقد؛ وألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج كحرمة المصاهرة أو الرضاع أو أن تكون الزوجة متزوجة أو معتدة أو مرتدة.

2-5-2 مفهوم خلو الزوجين من الموانع الشرعية في قانون الأسرة الجزائري:

لم يعرف المشرع الموانع الشرعية للزوجين واكتفى بذكر أحكامها من المادة 23 إلى المادة 31 من ق أ ج، كما نصت عليها المادة 9 مكرر على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج."

وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 1989، ألا تكون المرأة محرمة على

¹ سعد الدين التفتازاني (ت: 793 هـ)، شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه، زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1416 هـ - 1996 م، ج1، ص26.

² محمد بن فرامرز الشهير بملا (ت: 885 هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية، ب. م، ب. ت، ج1، ص329/ سليمان محمد اللهميد، مرجع سابق، ج5، ص42.

³ الخرشي (ت: 1101 هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، ب. ط، دار الفكر للطباعة - بيروت، ب. ت، ج3، ص172.

⁴ القزويني (ت: 623 هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1997 م، ج9، ص235.

⁵ الصالح (ت: 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، 1415 هـ - 1995 م، ج8، ص64/ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص47.

الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً.¹

هـ- الشهادة في عقد الزواج:

1- تعريف الشهادة في عقد الزواج:

1-1- تعريف الشهادة لغة:

-الشَّهادة: الخبرُ القاطع.

- شَهِدَ الرجل على أي: أدَّى ما عنده من الشهادة، فهو شاهد.

-المشاهدة: المعاينة.

-وشهده شُهوداً: أي حضره، فهو شاهدٌ وجمعه شُهودٌ؛ أي حضورٌ، وهو في الأصل مصدرٌ، وشُهِدَ وشَهِدَ له بكذا شَهادَةً.²

2-تعريف الشهادة اصطلاحاً:

2-1-تعريف الشهادة شرعاً:

عرف الفقهاء الشهادة بعدة تعاريف، وحتى وإن اختلفوا في لفظها، نجد قد اتفقوا في معناها وبيان ذلك كالآتي :

2-1-1-عرف الحنفية الشهادة بأنها: "إخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والحكم".³

2-1-2-عرف المالكية الشهادة أنها: "إخبار عدل حاكماً بما عَمِمَ ولو بأمر عام لِيَحْكُمَ بمقتضاه، أو إخبارٌ يَتَعَلَّقُ بِمُعَيَّنٍ فَتَدَبَّرَ".⁴

¹ المحكمة العليا، غ أ ش، 02/01/1989، ملف رقم: 51107، م. ق، 1992، العدد: 3، ص53.

² الفارابي (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين - بيروت، 1407 هـ - 1987 م، ج2، ص494/الرِّيْدِي، مرجع سابق، ج8، ص252.

³ بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1420 هـ - 2000 م، ج9، ص100.

⁴ أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397 هـ)، أسهل المدارك، ط2، دار الفكر، بيروت - لبنان ج3، ص212/العدوي(ت: 1189هـ)، حاشية العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ب. ط، دار الفكر - بيروت، 1414هـ - 1994م ج2، ص343.

3-1-2- عرف الشافعية الشهادة بأنها: " إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص".¹

4-1-2- عرف الحنابلة الشهادة بأنها: "الإخبار بما علمه بلفظ خاص".²

3-تعريف الشهادة في القانون:

لم يعرف المشرع الجزائري الشهادة على الزواج في قانون الأسرة، واكتفى بذكر أنها شرط هذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: ...الشاهدان... " ، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 1993.³

وعليه نستخلص بأن المشرع الجزائري جعلها شروطا قد سماها بالشروط الموضوعية، وبقى على ركن واحد وهو الرضا والذي يتحقق بإرادة المتعاقدين ضمن صيغة الإيجاب والقبول، أما المذاهب الفقهية فقد اختلفوا في حكمها.

الفرع الثاني: شروط الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية

للزواج شروط عدها بعض المذاهب أركاناً وعدها البعض الآخر شروطاً ولم تعتبرها بعض المذاهب الأخرى لا أركناً ولا شروطاً وتفصيلها كالاتي:

أولاً: شروط الزواج عند الحنفية:

اعتبر الحنفية ركناً واحداً للزواج وهو الرضا والباقي شروط وهي:

الولي والصدّاق والشاهدين والزوج والزوجة والكفاءة وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

وصنف الأحناف الشروط من حيث أثر وجودها أو فقدانها إلى الأصناف التالية:⁴

أ-شروط الانعقاد:

وهي التي يلزم توافرها في أركان العقد، أو في أسسه وإذا تخلف شرط منها كان العقد

¹ أبو بكر الدميّطي (ت:1310هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1418 هـ - 1997 م ج4، ص313.

² إسحاق المروزي، المعروف بالكوسج (ت: 251هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، تحقق: مجموعة من المحققين، ط1، الجامعة الإسلامية بالمدينة، 1425 - 2004 ج8، ص4078/ البهوتي، مرجع سابق، ج6، ص404.

³ أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، ب. ط، دار هومة، الجزائر، 2018، ص100.

⁴ الكاساني (ت: 785هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، ج2، ص233.

باطلا بالاتفاق، وخلاصة شروط الانعقاد عندهم هي:

1- ما يرجع إلى محل العقد:

ويشترط لمحل العقد شرطان هما:

- أن يكون كل من العاقدین أهلاً لمباشرة العقد بأن يكون مميزاً، سواء كان كامل الأهلية كالبالغ الرشيد أو ناقصها كالصبي المميز، غير أن كامل الأهلية عقده نافذ، والناقص عقده موقوف.

- أن يعلم كل من العاقدین ما صدر من الآخر، بأن يسمع كلامه أو يرى إشارته ويعرف مراده منها، وأن يعرف أن هذه العبارة أو تلك الإشارة بقصد.¹

2- ما يرجع إلى الصيغة:

- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

- أن يوافق القبول الإيجاب حتى يتلاقيا على شيء واحد.

- أن تكون الصيغة منجزة بأن تكون مفيدة لمعناها في الحال غير معلقة على أمر سيحدث في المستقبل.²

3- ما يرجع إلى المحل: وهو المرأة المعقود عليها فيشترط فيها:

- أن تكون أنثى محققة الأنوثة.

- ألا تكون المرأة محرمة عليه تحريماً قطعياً لا شبهة فيه.³

ب- شروط النفاذ:

يتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء هذا العقد وكمال

الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة.⁴

ج- شروط اللزوم:

¹ الكاساني ، مرجع سابق، ج2، ص245.

² ابن العابدین(ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، ب . ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ب . ت، ج3، ص4.

³ ابن العابدین، مرجع سابق، ج1، ص304.

⁴ المرجع نفسه والصفحة.

هي الشروط التي إذا تحققت كلها لم يكن لأحد الحق في فسخ العقد، فإن تخلفت تلك الشروط أو بعضها كان العقد غير لازم يجوز فسخه إذا طلب ذلك صاحب الشأن، ويشترط للزوم عقد الزواج إجمالاً أن يكون خالياً مما يوجب الفسخ، ويتحقق ذلك بتوفر الشروط التالية:

- أن يكون الزوج كفئاً للزوجة إذا زوجت نفسها وهي كاملة الأهلية، أي بالغة عاقلة رشيدة¹.

- ألا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها ولو كان الزوج كفئاً لها.²
- أن لا يكون المزوج فاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمعتوه والصغير، والصغيرة الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار.³

- ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفاءته، كأن يدعي نسباً معيناً تم الزواج على أساسه ثم ظهر كذبه، كان العقد غير لازم بالنسبة إلى طرف الزوجة فلها أو لوليها حق طلب الفسخ.⁴

ثانياً: شروط الزواج عند المالكية:

أ-الصداق:

هو شرط من شروط صحة عقد الزواج -عند بعض فقهاء المالكية - ولو لم يذكر حال العقد، والمضّر اشتراط إسقاطه، وإذا لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو يتقرر صداق المثل بالدخول.⁵

¹ بن مودود الموصلي(ت: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات الشيخ: محمود أبو دقيقة، ب. ط، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، 1356 هـ - 1937 م، ج3، ص91.

² الميداني الحنفي (ت: 1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، حققه وفصله وضبطه وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، ب. ط، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ج3، ص14.

³ أبو الحسن السُّعْدي(ت: 461هـ)، التتف في الفتاوى، تحقق: صلاح الدين الناهي، ط2 دار الفرقان - مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت - لبنان، 1404 - 1984 ج1، ص270.

⁴ بن مودود الموصلي، مرجع سابق، ج3، ص92.

⁵ اللخمي(ت: 478هـ)، التبصرة، تحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432 هـ - 2011 م، ج4، ص1779.

ب- شهادة رجلين عدلين غير الولي:

يشترط إشهاد رجلين عدلين، ولو لم يقع الإشهاد حال العقد، وليس المراد بالولي من يباشر العقد، بل من له ولاية النكاح، ولو تولى العقد غيره بإذنه، ولا تصح شهادة المتولي أيضاً، لأنها شهادة على فعل النفس.

ولا يصح النكاح بلا شهادة ولا بشهادة رجل وامرأتين، ولا بشهادة الفاسقين ولا بشهادة رجلين مستوري الحال، فإن عدم العدول فيكتفي بمستوري الحال، وقيل يستكثر من الشهود، قال الصاوي: "ليس المراد بالولي من يباشر العقد، بل من له ولاية النكاح ولو تولى العقد غيره بإذنه، ولا تصح شهادة المتولى أيضاً لأنها شهادة على فعل النفس، وقال: ومثل الفاسقين في عدم صحة النكاح بشهادتهما مستورا الحال، فإن عدم العدول فيكتفي مستورا الحال، وقيل يستكثر من الشهود، وهو المطلوب في هذه الأزمنة".¹

قال ابن العربي: "إذ الشهادة ليست من فرائض النكاح ولا شروطه، وإنما الغرض الإعلان، وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع من المتعاقدين، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة، ما كانت قط بشهادة وإنما كانوا يعلنون لأمنهم التداول بينهم..."²

ج- عدم التواطؤ على كتمان العقد: وهو الاتفاق على كتمان عقد الزواج وعدم إظهاره.³

د- الكفاءة: وهي من شروط اللزوم وتعني المماثلة والمقاربة⁴، وهي حق للمرأة.⁵

ثالثاً: شروط الزواج عند الشافعية:

عد أغلب أئمة الشافعية شروط الزواج، وهي كالاتي:

¹ الصاوي المالكي (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ب ط، دار المعارف، ب. ت، ج2، ص336.

² أبو بكر بن العربي (ت: 543 هـ)، عارضة الأحوذ، ب. ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب. ت، ج4، ص307.

³ أنظر: اللحمي، مرجع سابق، ج4، ص1779.

⁴ الرضاع (ت: 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية؛ (شرح حدود ابن عرفة للرضاع)، ط1، المكتبة العلمية، 1350هـ، ج1، ص162.

⁵ ابن رشد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1395 هـ/1975 م، ج2، ص42.

أ- الشاهدان: لا ينعقد النكاح إلا بمحضر شاهدين عدلين، وقد عللوا ذلك بأنهما خارجان عن ماهية العقد¹، لحديث عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَي عَدْلٍ»².

ب-الصدّاق: يرى الشافعية أن الصداق شرط لصحة العقد، يقول الشافعي: "عَقْدَ النَّكَاحِ لَا يَصِحُّ بِغَيْرِ فَرِيضَةٍ صَدَاقٍ"³

ج-الكفاءة: أمر موجب عدمه عار.⁴

رابعاً: شروط الزواج عند الحنابلة:

عد بعض الحنابلة شروط النكاح خمسة:

تعيين الزوجين ورضاهما والولي والشهادة وكون الرجل كفئاً للمرأة.⁵

أ-تعيين الزوجين:

فلأنه عقد معاوضة أشبه بالبيع، ولأن مقصود النكاح العين، فلم يصح بدون التعيين؛ كالبيع.⁶

ب- رضا الزوجين:

فإن لم يرضيا، أو أحدهما لم يصح، إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته

¹ البغوي(ت: 516)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط1، دار الكتب العلمية، 1418 هـ - 1997 م، ج5، ص257.

² أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري(الت:256هـ)، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: لا نكاح إلا بولي، ط1، دار طوق النجاة، 1422 هـ، ج7، ص15.

³ الشافعي(ت: 204هـ)، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، دار الوفاء، 2001 م، ج5، ص62.

⁴ شمس الدين الرملي (ت: 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ب. ط، دار الفكر، بيروت، 1404 هـ - 1984 م، ج3، ص204.

⁵ أنظر: زين الدين المنجي التنوخي (ت: 695 هـ)، الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط3، مكتبة الأسد - مكة المكرمة، 1424 هـ - 2003 م، ج3، ص551/ أنظر: ابن قائد (ت: 1097 هـ)، منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1419 هـ - 1999 م، ج4، ص78/ أنظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص444.

⁶ التنوخي، مرجع سابق، ج3، ص551.

الأبكار بغير إذنهم.¹

ج-الولي:

فلا نكاح إلا بولي، فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح.²

د-الشهادة:

فلا ينعقد إلا بشاهدين عدلين ذكرين بالغين عاقلين وإن كانا ضريرين.³

هـ-الكفاءة: السلامة من العيوب التي يثبت بها الخيار.⁴

كون الرجل كفء لها فلو رضيت المرأة والأولياء بغيره لم يصح.⁵

¹ التنوخي، مرجع سابق، ج3، ص551.

² ابن قائد، مرجع سابق، ج4، ص78.

³ المرجع نفسه والصفحة.

⁴ شمس الدين القاهري (ت: 880هـ)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، حققها وخرج أحاديثها: مسعد

مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1996 م، ج2، ص9.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص444.

المبحث الثاني: مفهوم الاتفاقيات الدولية ومرجعيتها

تناولت في هذا المبحث مفهوم الاتفاقيات الدولية ومرجعيتها وذلك من خلال مطلبين؛ الأول خصصته لتعريف الاتفاقيات الدولية، والمطلب الثاني كان لمرجعية هذه الاتفاقيات.

المطلب الأول: مفهوم الاتفاقيات الدولية

تطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الاتفاقيات الدولية، وقسمته إلى فرعين، الفرع الأول عرفت فيه الاتفاقيات الدولية لغة، والفرع الثاني تناولت فيه تعريف الاتفاقيات الدولية اصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف الاتفاقيات الدولية لغة:

أولاً: تعريف الاتفاقية:

- جذر هذه الكلمة "وفق" وهي من الوفاق والموافقة والتوافق وتعني الاتفاق والتظاهر.¹
- وفق الشيء ما لاءمه، وقد وافقه موافقة ووفقاً واتفق معه وتوافقاً.²
- الموافقة، تقول وافقت فلاناً في موضع كذا أي صادفته، ووافقت فلاناً على أمر كذا أي اتفقنا عليه معاً.³
- الوفاق من الموافقة بين الشيئين كالالتحام.⁴
- الوفاق هو اتفاق يوقعه مَفَوِّضُو الطَّرْفَيْنِ بالحروف الأولى من أسمائهم، وهو لا يقيد إلا الموقعين.⁵

ثانياً: تعريف الدولية لغة:

الدولية: اسم مؤنث منسوب إلى دُول.⁶

¹ الرازي (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، 1420هـ / 1999م ج1، ص342.

² الفارابي، مرجع سابق، ج4، ص1567.

³ الزبيدي، مرجع سابق، ج26، ص480.

⁴ ابن منظور، مرجع سابق، ج10، ص382.

⁵ أحمد مختار، مرجع سابق، ج3، ص2474.

⁶ المرجع نفسه، ج1، ص788.

ثالثاً: تعريف الاتفاقيات الدولية لغة:

هو ميثاق بين دولتين فأكثر، يتعلّق ببعض الشؤون كالضرائب والنّقد والبريد والصّحة والعمل وغيرها.¹

الفرع الثاني: تعريف الاتفاقيات الدولية اصطلاحاً:

تُعرّف الاتفاقية الدولية على أنّها: "اتفاق مكتوب بين دولتين أو أكثر تحدد التزاماتها وحقوقها في مجال محدد، ويمكن استعمال مصطلحات مختلفة أخرى كذلك مثل معاهدة أو اتفاق، وتختار الحكومات الوطنية محتوى الاتفاقيات، طالما أنّها تقرر فيما إذا ستبناها أم لا".²

وعُرفت أيضاً بأنّها: "يستخدم لفظ الاتفاق بشكل مرادف مع مصطلح الميثاق والمعاهدة تقرها الدول والجمعية العامة للأمم المتحدة وتتضمن معايير حقوق الإنسان الدولية وتصبح الاتفاقيات ملزمة قانونياً للدول التي صادقت عليها، وتستهن الدول الأطراف التي تنتهك المعايير المذكورة في الاتفاقية من قبل الأمم المتحدة".³

المطلب الثاني: مرجعية الاتفاقيات الدولية

الفرع الأول: تعريف المرجعية لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف المرجعية لغة:

لم ترد كلمة "مرجعية" في المعاجم القديمة مثل لسان العرب لابن منظور وغيره، إنما وردت في المعاجم الحديثة.

-ف قيل: هو اسم مؤنث منسوب إلى شَرَعَ وتعني "أحكام شرعية".

-وقيل: مصدر صناعي من شَرَعَ: كون الشيء قائماً على أساس شرعي.⁴

¹ أحمد مختار، مرجع سابق، ج1، ص788.

² فرانسواز بوشيه سولنييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ط1، دار العلم للملايين: لبنان، 2005م، ص34.

³ عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون: الجزائر، 2007م، ص20.

⁴ أحمد مختار، مرجع سابق، ج2، ص1189.

ثانيا: تعريف المرجعية اصطلاحا:

المرجعية كمصطلح لها عدة تعاريف تستخدم حسب توظيفها واستعمالها.

أ- تعريف المرجعية شرعا:

لا يوجد تعريف للمرجعية عند فقهاء الشريعة الإسلامية لأنه مصطلح حديث وأصله إنجليزي، ثم انتقل إلى اللغة الفرنسية 1820م معجميا، واستعمل لسانيا سنة 1960¹ ، غير أنه يوجد ما يقابلها عند الفقهاء وهي مصادر التشريع الإسلامي.

ب- تعريف المرجعية في القانون:

وهي الأسس القانونية التي حددها القانون الدولي.²

الفرع الثاني: مرجعيتها:

أولا: الأمم المتحدة:

ميثاق الأمم المتحدة هو الاتفاقية التي تأسست المنظمة بموجبها والتي تمّ التوقيع عليها في سان فرانسيسكو سنة 1945، وقد اختارت الدول المشاركة في مؤتمر سان فرانسيسكو إعطاء هذه الاتفاقية درجة أعلى من كافة الاتفاقيات الأخرى طبقا لنص المادة 103 من ميثاق الأمم المتحدة؛ وهذا يعني أنه في حالة نشوء نزاع، يجب أن يكون للالتزامات الدول نحو الميثاق الأولوية على التزاماتها بموجب الاتفاقيات الأخرى، وبالتالي لا يجوز لأي اتفاقية أخرى الانتقاص من مبادئ الميثاق.³

يُعرف الميثاق أهداف المنظمة العالمية بغرض "إنقاذ الأجيال القادمة من كوارث الحروب" ويضع الميثاق هدفين رئيسيين للأمم المتحدة:⁴

1 Charles HÉRISSEY, Dictionnaire du français ,imprimerie hérissé, Enreux ,1997, p 943.

² أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ص 862.

³ الأمم المتحدة، على موقع الأنترانت ، <https://www.un.org/oceancapacity/ar/conten>

تم التصفح يوم 2023/05/12، على الساعة: 23:52.

⁴ عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، ط1، دار الهناء للطباعة، القاهرة، 1987م، ص 109.

*الحفاظ على السلام والأمن الدوليين من خلال نظام للأمن الجماعي؛ تلتزم الدول الأطراف بالتخلي عن استخدام القوة كوسيلة لتسوية النزاعات، وتلتزم الأمم المتحدة بحماية النظام العام العالمي.

* تعزيز التقدم الاقتصادي لجميع الشعوب، من خلال احترام حقوق الإنسان وتطوير التعاون الفني بين الدول، وقد عُهد بهاتين الدعامتين اللتين ترتكز عليهما الأمم المتحدة إلى مختلف أجهزة المنظمة.¹

ثانياً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وثيقة أشبه بخريطة طريق عالمية للحرية والمساواة يحمي حقوق كل شخص في كل مكان، وكانت تلك هي المرة الأولى التي تتفق فيها الدول على الحريات والحقوق التي تستحق الحماية العالمية كي يعيش كل شخص حياته متمتعاً بالحرية والمساواة والكرامة.²

وقد اعتمد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من قبل هيئة الأمم المتحدة التي أنشئت حديثاً في 10 ديسمبر 1948 رداً على الأفعال الممحنة التي آذت ضمير الإنسانية أثناء الحرب العالمية الثانية، وكان اعتماده بمثابة اعتراف بأن حقوق الإنسان هي أساس الحرية والعدالة والسلام.³

وبدأ العمل بشأن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1946 بتشكيل لجنة صياغة مؤلفة من ممثلي عدد متنوع من الدول، من بينها الولايات المتحدة ولبنان والصين، وتم توسيع لجنة الصياغة لاحقاً لتشمل ممثلين لدول أستراليا وشيلي وفرنسا والاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة، مما أتاح إمكانية أن تستفيد الوثيقة من إسهامات دول جميع مناطق العالم وخلفياتها الدينية والسياسية والثقافية المتنوعة، ثم جرت مناقشة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من قبل

¹ طاب رشيد يادكار، القانون الدولي العام، ط1، مؤسسة موكراني للبحوث والنشر، العراق، 2009م، ص120.

² الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مفوضية الأمم المتحدة، تم التصفح يوم: 06/09/2021، على الساعة: 4:00. على موقع الامم المتحدة: <https://www.un.org/ar>

³ المرجع نفسه، تم التصفح يوم: 2021/09/07، على الساعة: 4:12.

جميع الدول الأعضاء في لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وأخيراً اعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1948.¹

ويحدّد الإعلان 30 مادة تتضمن الحقوق والحريات التي تخصّصنا والتي لا يجوز لأحد أن ينتزعها منا، ولا تزال الحقوق التي نصّ عليها الإعلان تشكّل أساس القانون الدولي لحقوق الإنسان، ولا يزال الإعلان اليوم يمثل وثيقة حية، وهو الوثيقة الأكثر ترجمة في العالم.² ومن أهداف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

- أن جميع بني البشر أحرار ومتساوون بغض النظر عن الجنس أو اللون أو المعتقد أو الدين أو غيره من الخصائص.

أما الحقوق الثلاثون التي ينص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فتشمل الحق في عدم التعرّض للتمييز والحق في حرية التعبير والحق في التعليم والحق في طلب اللجوء، كما تشمل الحقوق المدنية والسياسية، من قبيل الحق في الحياة والحرية والخصوصية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، من قبيل الحق في الضمان الاجتماعي والصحة والسكن اللائق.³

ثالثاً العهدان الدوليان الأول والثاني:

أ- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

إن واقع الحقوق السياسية للمرأة يرتبط إلى حد كبير بواقع حقوقها المنتهكة، التي تحول دون قدرتها على تحقيق وجودها الاجتماعي، ومشاركتها الفعالة، ويعتبر هذا العهد من الاتفاقيات الدولية المكملّة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويؤكد العهد على ضرورة احترام وتأمين الحقوق المقررة لكافة الأفراد دون أي تمييز في جميع المجالات المدنية والسياسية بين الرجال والنساء.⁴

¹ جاك دونللي، حقوق الانسان العالمية بين النظرية والتطبيق، ترجمة: مبارك علي عثمان، مراجعة: محمد نور فرحات، المكتبة الأكاديمية، 1998م، ص21.

² المرجع نفسه، ص22.

³ سعاد أحمد الصباح، حقوق الإنسان في العالم المعاصر، ط1، دار سعاد الصباح للنشر والتوزيع، لبنان، 1996م، ص47-48.

⁴ وائل أحمد وائل علام، الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1999م، ص15.

ونصت المادة 2 من العهد على تعهد الدول الأطراف باحترام جميع الحقوق المعترف بها فيه، وذلك دون أي تمييز، سواء بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير السياسي، والأصل القومي أو الاجتماعي والثروة والنسب أو أي سبب كان.¹ كما نصت المادة 3 من العهد الدولي الأول صراحة على مبدأ عدم التمييز بين الجنسين، فكلًا من الرجل والمرأة لهما نفس الحقوق في الشؤون السياسية والمدنية²، ومن بين هذه الحقوق التي نص عليها هذا الأخير هي المساواة بين الجنسين في إطار تكوين الأسرة، الزواج من حيث الحقوق والواجبات، وكذلك حق التصويت والترشح وتقلد الوظائف العامة وكذلك حق المساواة أمام القانون.

ب- العهد الدولي الثاني للحقوق الاقتصادية والاجتماعية:

تبني هذا العهد يعود بالدرجة الأولى للاهتمام المتزايد بالحقوق التي شملها منذ مطلع القرن العشرين، إذ أصبحت هذه الحقوق تحتل مكانة بارزة في المنظومة القانونية والبرامج السياسية لمختلف الدول، وكذا لدى منظمة الأمم المتحدة والمنظمات الدولية الأخرى.³ هذا وعلى خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي لم يتعرض إلا بشكل عرضي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد تضمن العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بشكل أوسع ومتكامل وشمل مختلف الحقوق التي يحمل اسمها وإلزام الدول المصادقة عليه والمنضمة إليه باحترامه والسعي على تحقيقها وتعزيزها وتكريسها.⁴ يمكن حصر أهم الحقوق التي تضمنها هذا العهد في المساواة بين المرأة والرجل في مختلف

¹ أنظر: نص المادة (2) من العهد الدولي الأول.

² أنظر: نص المادة (3) من العهد الدولي الأول.

³ وائل أحمد وائل علام، مرجع سابق، ص 16.

⁴ اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 ألف-د-21 (المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 ن تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، انضمت الجزائر إليه بموجب مرسوم رئاسي، رقم 67/89، المؤرخ في 16 ماي 1989، ج ر عدد 20، الصادرة في : 17/05/1989م.

الحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، في الحق في العمل والتربية والتعليم، والسكن والملبس والضمان الاجتماعي والراحة والصحة.

ونصت المادة 06 على ضرورة أن تعترف كل دولة بحق الإنسان في العمل الذي يختاره بمحض إرادته، وضرورة تمكينه من أدائه بفعالية عن طريق برامج التوجيه والتدريب المهني والتقني والأخذ في هذا بسياسات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطردة، وعمالة منتجة في ظل شروط تضمن للفرد ممارسة حرياته السياسية والاقتصادية الأساسية.¹

كما نصت المادة 07 على جملة من الأحكام الخاصة بالمرأة العاملة تهدف في مجملها إلى مساواتها بأخيها الرجل، حيث أوجبت على كل دولة طرف في الاتفاقية الاعتراف بعمالها دون تفرقة أو تمييز، على أن تضمن للمرأة بشكل خاص تمتعها بشروط عمل لا تكون أدنى من تلك الشروط التي يتمتع بها الرجل والحق في تقاضيها نفس الأجر لأجر الرجل عند التساوي في العمل، كما فرضت كذلك المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في فرص الترقية إلى مرتبة أعلى وملائمة.²

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالموضوع وبعض المصطلحات ذات الصلة

تناولت في هذا المطلب الاتفاقيات التي لها علاقة بموضوع البحث وهي اتفاقيتا الرضا وسيداو كفرع أول، وبعض المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع والمتمثلة في التحفظ والتصديق على الاتفاقيات كفرع ثاني، وبيانها كآلاتي:

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالموضوع:

هناك اتفاقيتان هامتان هما اتفاقية الرضا واتفاقية سيداو، وتعريفهما كآلاتي:

¹ حبيب خداهش، الجزائر والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة، م.ت.م.م. تيزي وزو، العدد الأول، سنة، 2004، ص 66.

² المرجع نفسه، ص 67.

أولاً: اتفاقية الرضا ومرجعيتها:

أ- التعريف باتفاقية الرضا:

هي اتفاقية دولية، أعلنت في الأمم المتحدة، تناولت معايير الزواج؛ الرضا هو ركن أساسي في الزواج، وتحديد السن الأدنى، وتسجيله والإشهاد عليه، تم عرضها للتوقيع والتصديق خلال قرار الجمعية العامة 763 ألف (د-17) في 7 نوفمبر 1962، ودخلت حيز التنفيذ في 9 ديسمبر 1964، ووقع على الاتفاقية 16 دولة و55 دولة طرف.¹

تحتوي هذه الاتفاقية على 10 مواد، و أهم ما جاء في ديباجة الاتفاقية أن الدول المتعاقدة إذ تود وفقاً لميثاق الأمم المتحدة تعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان وللحريات العامة دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين.²

وجسدت الاتفاقية عدة مبادئ ومن أهمها أن يكون الزواج برضا الطرفين التام والحر وإعراجهما عنه بإرادتهما الحرة والتامة، وأن يكون هذا الزواج علانية أمام الجميع وإلا فإنه يعتبر زواجا غير قانوني، كما نصت الاتفاقية على أن تتخذ الدول الأطراف كل الإجراءات التشريعية لتحديد سن أدنى للزواج، و أن لا يجوز لمن هو أدنى من هذا السن عقد الزواج إلا إذا رخصت له السلطات المختصة أو من أجل تحقيق مصلحة للزوجين المنتظرين.³

كما أوصت على كل دولة من الدول الأعضاء لم تتخذ بعد التدابير اللازمة من تشريعية وغير تشريعية بالقيام بالخطوات اللازمة، وفقاً لنظامها الدستوري وعاداتها التقليدية والدينية، لإقرار ما يناسب من التدابير التشريعية أو غيرها لإعمال المبادئ التالية:⁴

¹ المفوضية السامية لحقوق الإنسان، على موقع: <https://www.ohchr.org/ar> في يوم 2021/08/28، على الساعة: 3 صباحاً و10 دقائق.

² المرجع نفسه.

³ مكتب حقوق الإنسان، مرجع سابق، تم التصفح يوم: 2021/08/29، على الساعة 22:15.

⁴ المرجع نفسه.

المبدأ الأول:

1- لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا كلا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود، وفقاً لأحكام القانون.

2- لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتنعت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون، ولم يسحب ذلك الرضا.

-المبدأ الثاني:

تقوم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج على ألا يقل عن خمسة عشر عاماً، ولا يجوز التزويج قانوناً لمن لم يبلغها ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.¹

المبدأ الثالث:

1- تقوم السلطة المختصة بتسجيل جميع عقود الزواج في سجل رسمي مناسب.

2- توصي كل دولة عضواً بعرض التوصية المتعلقة بالرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، الواردة في هذا القرار، على السلطات المختصة لسن التشريع اللازم أو اتخاذ غير ذلك من التدابير في أقرب وقت عملي ممكن وفي موعد لا يتجاوز، إذا أمكن ثمانية عشر شهراً من اعتماد الوصية.²

3- توصي الدول الأعضاء بإعلام الأمين العام، في أقرب وقت ممكن بعد الإجراء المشار إليه في الفقرة الثانية أعلاه، عن التدابير المتخذة وفقاً لهذه التوصية لعرضها على السلطة أو السلطات المختصة، مع موافاته بالتفاصيل اللازمة عن السلطة أو السلطات المعنية المختصة.³

4- توصي كذلك الدول الأعضاء بموافاة الأمين العام في نهاية فترة مدتها ثلاث سنوات،

¹ المفوضية السامية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، تم التصفح 2021/09/03، على الساعة: 3:11 صباحاً.

² المرجع نفسه، تم التصفح 2021/09/03، على الساعة: 3:25 صباحاً.

³ مكتب حقوق الإنسان، مرجع سابق، تم التصفح 2021/09/03، على الساعة: 3:47 صباحاً.

وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات، بالتقارير اللازمة عن تشريعها وممارستها بشأن المسائل التي تتناولها هذه التوصية، مع تبيان مدى الأعمال الفعلية أو المزمع لأحكام التوصية وتبيان التعديلات التي اعتبرت أو قد تعتبر ضرورية لتكييف تلك الأحكام أو تطبيقها.¹

5- ترجو الأمين العام أن يعد للجنة مركز المرأة وثيقة تتضمن التقارير الواردة من الحكومات فيما يتعلق بطرق تنفيذ المبادئ الأساسية الثلاثة الواردة في هذه التوصية.

6- تدعو لجنة مركز المرأة إلى دراسة التقارير الواردة من الدول الأعضاء عملاً بهذه التوصية وتقديم تقرير عن ذلك إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي مشفوعاً بما قد تراه ملائماً من التوصيات.²

ب- مرجعيتها:

وترجع أصول اتفاقية الرضا إلى:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

هذا الإعلان الذي رسم الخطوط الأولى لهذه الاتفاقية، ومن بين ما جاء فيه، أن لكل من الرجل والمرأة عند بلوغهما سن الزواج الحق في تكوين أسرة دون أي قيد سوء أكان هذا القيد سببه عرقياً أو دينياً أو جنسياً وهذا ما نصت عليه المادة 16 منه علي أنه: "للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق الزواج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما يتساويان في الحقوق لدى الزواج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه."

2- الأمم المتحدة:

نصت في ديباجتها على مبدأ احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، وهذا ما أقرته في جمعتها العامة بالقرار 843 (د-9) المؤرخ في 17 كانون الأول/ديسمبر 1954، إلى أن بعض الأعراف،

¹ مكتب حقوق الإنسان، مرجع سابق، تم التصفح 2021/09/03، على الساعة: 3:58 صباحاً.

² مرجع نفسه، تم التصفح يوم: 2021/09/16، على الساعة 22:15.

والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزواج وبالأسرة تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.¹

ثانيا- اتفاقية سيداو ومرجعيتها:

أ- التعريف باتفاقية سيداو:

هي اتفاقية دولية اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والانضمام بقرار 84/180 في 18 ديسمبر 1979 والتي دخلت حيز التنفيذ 03 سبتمبر 1981، صادقت عليها 189 دولة، تتألف الاتفاقية من ديباجة و30 مادة وهناك عدة دول تحفظت على بعض موادها، صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بتاريخ 22 جانفي 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96/51.²

هي أول اتفاق قانوني ملزم يمنع التمييز ضد المرأة وتلتزم الدول بموجبيها باتخاذ إجراءات إيجابية لتفعيل المساواة بين الرجل والمرأة، ويعرف التمييز ضد المرأة أو تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس، ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر.³ ومن أهدافها:

- القضاء على التمييز ضد المرأة وذلك بتحقيق المساواة الكاملة بينها وبين الرجل ...
- التوصية باتخاذ تدابير خاصة مؤقتة للتسريع بتحقيق المساواة الحقيقية بين المرأة والرجل ...
- الدعوة إلى سن تشريعات وطنية تحرم التمييز عن طريق إلغاء وتعديل كل القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة ...

¹ المفوضية السامية لحقوق الإنسان، المرجع نفسه، تم التصفح يوم: 2021/09/16، على الساعة 22:15.

² المرسوم الرئاسي رقم 96/51 ، مؤرخ في 22 جانفي 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ، ج ر ع 06، بتاريخ 24 جانفي 1996.

³ عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، مرجع سابق، ص21.

-إلزام السلطات العامة والهيئات في الدول المصادقة على الاتفاقية بالامتناع عن القيام بالممارسات التمييزية ضد المرأة وتقديم إطار شامل للنهوض بها.¹

ب-مرجعيتها:

تتمثل مصادر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أهم وثيقة دولية لحقوق الإنسان والمتفرع عليها والمتمثلة في ميثاق الأمم المتحدة الذي ينص على مبدأ احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، بالإضافة إلى الميثاق نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948، والذي حدد وفصل فئات وأصناف الحقوق والحريات الأساسية المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية.²

كما نص كل من العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق السياسية والمدنية، والاجتماعية والاقتصادية والثقافية على مبدأ المساواة بين الجنسين ومن دون أي تمييز، إضافة إلى جميع الاتفاقيات والإعلانات الخاصة بحقوق المرأة وتفصيلها كآتي.

1- ميثاق الأمم المتحدة:

تمثل الصكوك الدولية العامة القاعدة القانونية التي تقوم عليها مهام الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان، ويعتبر مبدأ المساواة بين الجنسين من المبادئ الهامة للأمم المتحدة³؛ فمبدأ المساواة بين الجنسين هو المبدأ الأساسي للأمم المتحدة فجاءت في ديباجة الميثاق " نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد ألينا على أنفسنا،... أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان، وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء... من حقوق متساوية."⁴

¹ رشدي شحاته أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ب. ط، الاسكندرية- مصر، ب. ت، ص38.

² مكتب حقوق الإنسان، مرجع سابق،. تم التصفح يوم: 2021/09/11، على الساعة 18:48

³ أنظر: صحيفة المعلومات رقم 22 "التمييز ضد المرأة والاتفاقية واللجنة" الصادرة عن الأمم المتحدة - جنيف، فبراير 1995، ص 03. على الموقع: www.google.com/search?q تم التصفح: يوم 2021/08/22، على الساعة 21:22

⁴ أنظر: المفوضية السامية لحقوق الإنسان، المرجع نفسه، تم التصفح: يوم 2021/08/22، على الساعة 21:22

ومن أهم مقاصد الأمم المتحدة حسب ما جاء في المادة الأولى فقرة الثالثة تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصيغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين لا تفريق بين الرجال والنساء.¹

نصت المادة 13 من الميثاق فقرة 1/ب، " تنشئ الجمعية العامة دراسات وتشير بتوصيات بقصد... إنماء التعاون الدولي في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية والصحية، والإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بينهم في الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء... "

كما جاءت المادة 55 من الميثاق، لتحث الدول على وجوب الاحترام العالمي والفعلي لحقوق الشعوب ودون أي تمييز ولا تفريق بين الرجال والنساء، ومراعاة هذه الحقوق مراعاة فعلية، أما نص المادة 56 فجاء من أجل حث الدول الأعضاء بأن يقوموا منفردين ومشتركين بالتعاون مع هيئة الأمم المتحدة في تنفيذ المقاصد المنصوص عليها في المادة 55.²

نصت كذلك المادة 76 من الميثاق أن الهدف الرئيسي لهيئة الأمم المتحدة التي تصبو إلى تحقيقه هو الحث على احترام مبدأ المساواة بين جميع الناس، وبدون تفرقة سواء من حيث الجنس أو الدين أو اللغة أو أي شكل آخر من أشكال التمييز.³

وعليه فإن جملة هذه المبادئ تبين لنا أن حماية حقوق الإنسان وتكريس المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق والحريات؛ هي من أهم المقاصد التي أنشأت من أجلها منظمة الأمم المتحدة، ويعد ميثاقها الدستور العالمي للدول ويعتبر أول صك دولي تتساوي المرأة والرجل في الحقوق بعبارات محددة.⁴

¹ أنظر: نص المادتين (55-56) من ميثاق الأمم المتحدة.

² أنظر: المادة (55-56) من ميثاق الأمم المتحدة.

³ أنظر: نص المادة (76) من ميثاق الأمم المتحدة.

⁴ أنظر: حكيم صاحب ، تماثيل المرأة في الجزائر والقانون الدولي ، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون، تخصص، القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية بكالوريوس القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 08 أكتوبر 2005 ، ص. 11.

وجاء الفقرة 1 (ب) من المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة، حيث نصت على أن تقوم الجمعية العامة بإصدار توصيات للمساعدة على أعمال حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين.¹ كما جاء أيضا أن للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، بموجب المادة 64 من الميثاق، أن يضع ترتيبات مع أعضاء الأمم المتحدة ومع الوكالات المتخصصة فيما تمده بتقارير عن الخطوات المتخذة لتنفيذ توصياته وتوصيات الجمعية العامة بشأن المسائل الداخلة في اختصاصه كما سلف ذكره.

2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

من الواجب تعزيز كيان الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية في كل مجتمع، وأن للبالغين من الذكور والإناث حقا في الزواج وتكوين أسرة، وأن لهم حقوقا متساوية على صعيد الزواج، وأن الزواج لا ينعقد إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وفقا لأحكام المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث نصت على أنه: "للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق الزواج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب جنس أو دين ولهما حقوق متساوية في الزواج... لا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضاء كاملا لا إكراه فيه."² وهذا ما أشارت إليه أيضا في قرارها 843 (د-9) المتخذ في 17 كانون الأول/ ديسمبر 1954، إضافة إلى المادة 2 من اتفاقية عام 1956 التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق التي تتضمن بعض الأحكام المتعلقة بسن الزواج والرضا بالزواج وتسجيل عقود الزواج.³

3- العهدان الدوليان:

يقصد بالعهد قانون، اتفاق رسمي بين الدول يحدد ويعدل واجبات والتزامات الدول الأطراف المشتركة ويستعمل بشكل مرادف للاتفاقية والمعاهدة عندما يتم تبني اتفاقية من قبل

¹ أنظر: المادة (13) من ميثاق الأمم المتحدة

² المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، تم التصفح يوم: 2021/08/31، على الساعة 20:00.

³ المرجع نفسه، تم التصفح يوم: 2021/09/01، على الساعة 4:00 صباحا.

الهيئة العامة للأمم المتحدة يصبح هناك التزام قانوني على الدول الأطراف التي وقعت عليها عندما تصادق حكومة دولة على اتفاقية ما تصبح المواد الموجودة فيها جزء من قانونهما الداخلي، فالعهد بذلك اصطلاح قانوني يعبر عن اتفاق ملزم بين الدول ويستعمل بشكل مترادف مع الاتفاقية والميثاق، ومن أمثلتها العهدان المبرمان عام 1966 وهما: ¹

أ- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية:

ينصرف إلى اتفاقية دولية تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للقرار رقم 2200-أ- المؤرخ في 16 كانون الأول / ديسمبر 1966، والذي أصبح نافذا في 23 مارس آذار عام 1976، طبقا للمادة 49؛ وهو عهد ينص على أن لجميع الناس مجالا واسعا من الحقوق السياسية، وأضاف آلية معينة تسهر على كفالة هذه الحقوق واحترامها وتحقيق حماية دولية لها، حيث شكلت بموجب المادة 28 منه لجنة تسمى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان مؤلفة من 18 عضوا لتراقب تطبيق الدول الأعضاء للمعاهدة، وتعكس صياغة هذا العهد والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عالمية مضمونها، باستقراء ديباجتهما وهما متطابقتان تقريبا يفصح عن صفتيهما العالمية.²

ب- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

هو عبارة عن اتفاقية دولية تقع في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، تم تبنيه من الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 2200ألف المؤرخ في 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، وأصبح نافذا في 3 كانون الثاني/ يناير 1976 طبقا للمادة 27، وهو عهد من أكثر اتفاقيات حقوق الإنسان تصديقا من قبل الدول وأكثرها أهمية وإثارة للبس- في آن واحد- ذلك أن أحكامه صيغت بطريقة عامة، ترتب عليها أن بقيت الالتزامات أيضا في صيغ عامة، أفقدتها كثيرا من أهميتها، وينص على مجموعة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لجميع الناس، وشكلت بموجب أحكامه لجنة من 18 عضوا هي لجنة

¹ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص314.

² المرجع نفسه.

مراقبة الحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، تتكون من خبراء في الحقول التي تغطيها أحكام العهد.¹

ثالثا- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة:

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بروتوكولا اختياريا ملحقا باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والذي دخل حيز النفاذ في 22/12/2000 وذلك في 06 أكتوبر 1999، غير أن الجزائر لم تصادق بعد على البروتوكول الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.²

4- اتفاقية حقوق الطفل والبروتوكولين الاختياريين:

اعتمدت الاتفاقية في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989، ودخلت حيز النفاذ في سبتمبر 1990، واعتمد البروتوكولان الاختياريان للاتفاقية في 25 أيار/مايو 2000، ودخلا حيز النفاذ في 18 يناير 2002، وفي 26 حزيران/يونيه 2008 كان هناك 121 دولة طرف في البروتوكول المتعلق باشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة، وفي 25 شباط/فبراير 2008، كان هناك 126 دولة طرف في البروتوكول المتعلق ببيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، وقد أنشأ بموجب الاتفاقية لجنة حقوق الطفل لفحص مدى التزام الدول الأطراف بالتزاماتها المقررة في الاتفاقية، وأوكل لاحقا للجنة أيضا مهمة القيام برصد تنفيذ الدول الأطراف في أي من البروتوكولين الملحقين بالاتفاقية لالتزاماتها³، صادقت الجزائر عن هذه الاتفاقية في 19 ديسمبر من سنة 1992.

¹ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 314.

² للاطلاع على نص البروتوكول أنظر الموقع: www.droi.humain.org

تم التصفح يوم: 2021/09/02، على الساعة: 03:45

³ اتفاقية حقوق الطفل، يونسيف، على موقع: www.unicef.org/ar تم التصفح يوم: 2021/09/03،

على الساعة: 2:55 دقيقة صباحا.

الفرع الثاني: المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع:

أولاً: تعريف التحفظ:

أ- تعريف التحفظ لغة:

-التَّحْفُظُ يعني التَّيَقُّظُ وَقِلَّةُ الْغَفْلَةِ.¹

- التَّحْفُظُ: قِلَّةُ الْغَفْلَةِ فِي الْكَلَامِ، وَالتَّيَقُّظُ مِنَ السَّقْطَةِ.²

-التحفظ يعني الإِخْتِرَازَ مِنَ الشَّيْءِ الْمَوْجُودِ وَالْحَذَرُ مِنْهُ.³

ب- تعريف التحفظ اصطلاحاً:

له عدة تعاريف نذكر منها ما يلي:

1-عرف التحفظ بأنه: "تصريح صادر عن احدى الدول المشاركة في معاهدة ما تعرب عن عدم رغبتها في عدم التقيد بأحد أحكامه أو تعديل مرماه أو إجلاء ما يكتنفه من غموض، وهو يعتبر شرطاً للقاعدة العامة المبينة في المعاهدة."⁴

2-ويعرف أيضاً بأنه: "إعلان أو بيان تقدمه احدى الدول عند التوقيع أو التصديق على المعاهدة أو عند الانضمام إليها، كما يعنى إعلان من جانب واحد أياً كانت صيغته أو تسميته تصدره الدولة لدى قيامها بتوقيع معاهدة أو التصديق عليها أو الإقرار الرسمي لها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها، مستهدفة استبعاد أو تغير الأثر القانوني لأحكام معينة في المعاهدة لدى تطبيقها على تلك الدولة، وبذلك فالتلفظ يجعل الدول في حل من الالتزام بما لا يناسبها، إضافة إلى أنه يخلصها من الضغوط السياسية والاقتصادية من أجل الدخول في المعاهدة دون رغبتها..."⁵

¹ الزبيدي، مرجع سابق، ج20، ص221.

² أبو منصور (ت: 370 هـ)، مباحث في تهذيب اللغة، إشراف: محمد عوض مرعب، علّق عليها: عمر سلامي - عبد الكريم حامد، تقديم: الأستاذة فاطمة محمد أصلان، ب. ط، دار احياء التراث العربي - بيروت لبنان ج4، ص265.

³ العسكري (ت: نحو 395 هـ)، الفروق اللغوية، تحقيق وتعلق: محمد إبراهيم سليم، ب. ط، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ج1، ص240/البطال(ت: 633 هـ)، التَّظْمُ الْمُسْتَعْدَبُ فِي تَفْسِيرِ غَرِيبِ أَلْفَاظِ الْمَهْدَبِ، تحقيق: مصطفى عبد الحفيظ سالم، ب. ط، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1988م، ج1، ص14.

⁴ أنظر: روسو، القانون الدولي العام، ب. ط، الأهلية للنشر والتوزيع، 1978م، ص57-58.

⁵ أنظر: عمر سعد الله، مرجع سابق، ص112-113.

3-عرفت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التحفظ في الفقرة الأولى من المادة الثانية (2) على أنه: " إعلان من جانب واحد أيا كانت تسميته أو صيغته تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة عند تطبيقها في تلك الدولة."¹

3-وعرف أيضا بأنه: " هو بيان أحادي الجانب تصدره الدولة ما ترى بموجبه استثناء أو تعديل التأثير القانوني لبنود معينة لمعاهدة ما على تلك دولة، وقد يكون للدول تحفظات بشأن مواد كاملة من معاهدات أو على كلمات أو جمل..."²

وعليه فالتحفظ هو عدم الاعتراف ببعض أحكام الاتفاقية.

ثانيا: تعريف التصديق لغة:

ويعني الرضا بالشيء.³

ثانيا: تعريف التصديق اصطلاحا:

هو إجراء دبلوماسي وسياسي يتخذه رئيس الدولة ليؤكد من خلاله التزام دولته بالاتفاقية أو المعاهدة أو أنه عملية يتم من خلالها توافق الحكومة قانونيا مع التزامها بالمعاهدة بعد توقيعها، وتنطوي وثيقة التصديق على تعهد الدولة باحترام المعاهدة وفي اللحظة التي تنجز فيها هذه الوثيقة تصبح الدولة مرتبطة بالاتفاقية أو المعاهدة، والمعاهدة لا تدخل حيز التنفيذ إلا ابتداء من اللحظة التي يتم فيها تبادل وثائق التصديق، وإن كانت المعاهدة متعددة الأطراف يودع صك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.⁴

¹ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 23.

² فرانسواز بوشيه سولنييه، مرجع سابق، ص 37.

³ الزبيدي، مرجع سابق، ج 36، ص 335.

⁴ أنظر: عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 123-124.

الفصل الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بذات الزوجين.

الشروط الموضوعية للزواج أدرجها المشرع في المادة 9 مكرر من ق أ ج، ومنها المتعلق بذات الزوجين وهي الشروط التي تخص الزوج والزوجة كالأهلية والفحص الطبي قبل الزواج والصداق فهي متعلقة بهما وليست متعلقة بالعقد، ولها أحكامها في الفقه الإسلامي، وكذلك في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن الجزائر قد وقعت على اتفاقيات دولية الأمر الذي ترتب عليه تعديل في أحكامها سنة 2005 لقانون الأسرة الجزائري، وعليه فقد خصصت هذا الفصل لدراسة ذلك، فقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الأهلية في الزواج.

المبحث الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج.

المبحث الثالث: الصداق.

المبحث الأول: الأهلية في الزواج.

عنيت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بأهلية انعقاد عقد الزواج، وأولت لها أهمية بالغة، من خلال سن أحكام وشروط خاصة، وقُنتت بعد ذلك في مواد ضمن قانون الأسرة الجزائري، إلا أن هذا الأخير تعرض لتعديل سنة 2005، مما ترتب عليه تغيير لبعض الأحكام المتعلقة بها، والسبب هو الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وهذا ما تناولته في هذا المبحث، حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ الأول منها عنونته بأهلية الزواج في الفقه الإسلامي، والثاني كان عنوانه أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري، والثالث عنوانه أثر الاتفاقيات الدولية على أهلية الزواج.

المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي:

تناولت في هذا المطلب أهم المسائل المتعلقة بأهلية الزواج في الفقه الإسلامي والسن الأدنى له، فقسمته إلى فرعين؛ الأول منها عرضت فيه آراء الفقهاء حول سن الزواج، والفرع الثاني منه تعلق بأحكام زواج المجنون والمعتوه.

الفرع الأول: آراء الفقه الإسلامي في سن الزواج:

أولاً: تحديد سن الزواج:

لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلة الطفولة والتميز، والتي تظهر في شكل علامات طبيعية كالاختلام بالنسبة للفتى والحيض بالنسبة للفتاة، ورغم هذا فقد قدر الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ سن البلوغ بخمس عشرة سنة بالنسبة للفتى والفتاة.

أما نهاية سن البلوغ فقد اختلف فيها على قولين:

¹ الملا، مرجع سابق، ج1، ص20.

² بن شاس (ت: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1423 هـ - 2003 م ج2، ص797.

³ الماوردي (ت: 450 هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ - 1999 م، ج2، ص711.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص193.

1-القول الأول:

ذهب المالكية¹ إلى أنها ثمانى عشرة سنة بالنسبة للفتى والفتاة.

2-القول الثاني:

ذهب الحنفية² إلى أن أقصى ما ينتهي إليه ابتداء حيض النساء وهو سبع عشرة سنة للفتاة والاحتلام بالنسبة للفتى ثمانى عشرة سنة.

ثانيا: زواج الصبي:

أما مسألة زواج الصبي فيجب أن نميز فيها بين حالتين:

أ-الحالة الأولى: الصبي غير المميز:

ذهب فقهاء المذاهب الأربعة إلى أن زواج الصبي غير المميز لا ينعقد زواجه بالعبارة قولاً واحداً عند الحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶.

ب-الحالة الثانية: الصبي المميز:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

1-القول الأول:

ذهب أغلب الفقهاء إلى أنه ينعقد، غير أنه موقوفاً بإجازة وليه الشرعي، ومتى ظهرت

¹ المازري (ت: 536هـ)، شرح التلقين، تحقيق: محمّد المختار السّلامي، ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008 م، ج3، ص201.

² محمد بن الحسن الشيباني (ت: 189هـ)، الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير، ب. ط، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية- باكستان، 1411هـ- 1999م، ج1، ص349/ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص4471.

³ أنظر: الحسن الشيباني، الأصل، تحقيق ودراسة: الدكتور محمّد بونوكالندار، ط1، ابن حزم، بيروت - لبنان، 1433 هـ - 2012 م ج10، ص213.

⁴ أنظر: أبو بكر التميمي الصقلي (ت: 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط1، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1434 هـ - 2013 م، ج9، ص107/ ابن عرفة، المختصر الفقهي، مرجع سابق، ج3، ص247.

⁵ السنيكي (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ب. ط، دار الكتاب الإسلامي، ب. ت، ج3، ص421.

⁶ الزركشي (ت: 772 هـ)، شرح الزركشي على متن الخزفي، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ب. ط، ب. ن، ب. ت، ج3، ص500.

إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له عقد زواجه بنفسه مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَابْتَأُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا﴾، [سورة النساء، الآية: 6]، ووجه الدلالة من الآية أن بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء مرحلة الصغر¹ أي: إذا بلغوا الحلم²، فلو كان الزواج يصح في سن الصغر لما كان لهذه الآية معنى، وهو قول أغلب الحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶.

2- القول الثاني:

ذهب بعض فقهاء الفقه الإسلامي إلى عدم صحة زواج الصغار قبل البلوغ، باعتبارهم غير قادرين على تحمل أعباءه المادية والمعنوية كابن شبرمة وعثمان البتي وأبي بكر الأصبم⁷.

الفرع الثاني: زواج المعتوه والمجنون وخيارهما بعد الإفاقة:

أولاً: زواج المعتوه والمجنون: قبل بداية الكلام يجب أن نميز بين حالتين:

أ- الحالة الأولى: زواج المجنون والمعتوه دون مصلحة:

زواج المجنون والمعتوه إن وقع يكون باطلا لفقدان القوى العقلية بحيث يكون الشخص فاقدا للإدراك والتمييز حكما، هذا ما ذهب إليه الحنفية⁸ والمالكية⁹ والشافعية¹⁰ والحنابلة¹.

¹ أنظر: البغوي (ت: 510هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الحرش، ب. ط، دار طيبة، 1409 هـ - 1989 م، ج 1، ص 567.

² مجاهد (ت: 104هـ)، تفسير مجاهد، حقق: الدكتور محمد عبد السلام أبو النيل، ط 1، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، 1410 هـ - 1989 م، ص 267.

³ الملا، مرجع سابق، ج 1، ص 336.

⁴ ابن عرفة، مرجع سابق، ج 3، ص 247.

⁵ الماوردي، مرجع سابق، ج 9، ص 70.

⁶ زين التنوخي، مرجع سابق، ج 2، ص 660/ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 571.

⁷ أنظر: بن حزم الأندلسي (ت: 456هـ)، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ب. ط، دار التراث - القاهرة، ب. ت، ت، ج 9، ص 44/ السرخسي، مرجع سابق، ج 4، ص 212/ ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 6.

⁸ الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 232.

⁹ خليل، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المحقق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط 1، مركز نجيويه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429 هـ - 2008 م، ج 3، ص 580.

¹⁰ الماوردي، مرجع سابق، ج 9، ص 348.

ب-الحالة الثانية: زواج المجنون والمعتوه لمصلحة:

إذا كان زواج المجنون أو المعتوه فيه مصلحة له؛ كأن يكون مفيدا لعلاجيه يكون صحيحا بشرط أن يتولاه وليهما، وأن يتم بإذن من القاضي؛ وهنا تنتقل الولاية للقاضي بدلا من الأولياء.²

ثانيا: مسألة خيار المجنون بعد الإفاقة:

أما بالنسبة لخيار المجنون بعد الإفاقة ففيها قولان:

أ-القول الأول: لا خيار له:

ذهب المالكية³ إلى أنه لا خيار له وأن تزويجه يكون نهائيا منذ إنشائه.

ب-القول الثاني: يمتلك الخيار:

ذهب الحنفية⁴ إلى ثبوت الخيار بعد الإفاقة؛ لأن الزواج قائم على الاختيار والتراضي الحر للمتعاقدين.

المطلب الثاني: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

تناولت في هذا المطلب أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري، وقسمته إلى أربعة فروع؛ الأول منها تناولت فيه سن الزواج القانوني، والفرع الثاني خصصته للإذن القضائي المتعلق بزواج القصر، والفرع الثالث كان بعنوان الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية، والفرع الرابع تناولت فيه زواج المجنون والمعتوه.

الفرع الأول: سن الزواج القانوني:

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة، لما يترتب عليه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية؛ ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة

¹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص590.

² محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، ط3، مكتبة الرسالة الحديثة، 1423هـ - 2002م، ج1، ص261.

³ أبو بكر التميمي، مرجع سابق، ج13، ص794.

⁴ ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص128.

والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، والقدرة المالية، والمعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية.¹

أولاً: تحديد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

وعلى هذا الأساس، حددت المادة 7 ق أ ج سنا محددًا للزواج بالأمر 05/02، وهو 19 سنة كاملة للرجل والمرأة؛ وهو في الوقت نفسه سن الرشد القانوني طبقاً لنص المادة 2/40 من ق م ج بأن يكونا كاملي الأهلية، ودون عارض من عوارضها طبقاً لنصوص المواد 81 من ق أ ج و 42، 43، 44 من ق م ج.²

المشرع قد سائر اعتبارات سن الرشد القانوني وتبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية ومسؤوليات الزواج الجسيمة والخطيرة، وكذا العوامل البيولوجية والنفسية والجغرافية والديموغرافية.³

وأهلية الزواج تستوجب العقل والبلوغ، وتحديد السن الأدنى للزواج الذي أخذ به المشرع هو من آراء المالكية والحنفية، إضافة إلى اقتباسه من القوانين المقارنة التي يتفق معها على منع زواج الصغار لأنهم غير قادرين على تحمل أعباء الزواج المادية والمعنوية، وتقدير سن الزواج يكون وقت إبرام العقد، وليس ساعة الدخول، ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده، أو شهادة ميلاد مستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين.⁴

وحكمت المحكمة العليا بأنه من المقرر شرعاً أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه⁵، وأن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ، بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون⁶؛ وأن زواج مريض مرض الموت هو من

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 2017م، ج1، ص116-117.

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص117.

³ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هوم، الجزائر، 2015م، ص196.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص118.

⁵ المحكمة العليا، غ أ ش، 07/12/1966، م ج، 1968، العدد: 1، ص139.

⁶ المحكمة العليا غ أ ش، 21/02/2001، ملف رقم: 255711، م ق 2002، العدد: 1، ص305.

الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها¹، وأن القانون لم يتطرق لصحة الزوجين، فلا يعتبر مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج.²

وفي قرار حديث للمحكمة العليا جاء في حيثياته، إلى أن الزواج الباطل؛ هو ذلك الذي لم يستوف شروطه الموضوعية (السن، الولي، الصداق).³

ثانيا: أثر السن القانوني على الزواج:

يكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين، أو النيابة العامة، أو أي شخص له مصلحة في ذلك طبقا لنص المادة 3/1 من قانون 29/جوان/1963، أما بعد الدخول فيصبح البطلان نسبيا ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط طبقا للمادة 3/2 من قانون رقم 63/224.⁴

وإن تحديد سن الزواج الوارد في المادة 7 من ق أ ج الغرض منه حماية الصغار من جهة ورضائية العقد من جهة أخرى، وهذه الأمور لا تتحقق إلا بتوفر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكم مشهور لها سنة 2001.⁵

وما يؤخذ عن الفقرة الأولى من المادة 7 لم توضح الآثار القانونية المترتبة على الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانوني، كما أنها أغفلت تبيان الجزاء القانوني عن مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج.

والملاحظ أيضا أن الحكم الجديد الوارد في المادة 7 من ق أ ج المعدلة بالأمر 02 /05 يعتبر ناسخا ضمنيا للحكم القديم الذي جاء به القانون رقم 63/224 وذلك تغليبا لإرادة المشرع الحديثة، كما يستحيل إعمال الحُكَماء في وقت واحد مما يستوجب معه تطبيق المادة 7 المعدلة الجديدة وفقا لقرار المحكمة العليا الحديث.⁶

¹ المحكمة العليا، غ أ ش، 23/05/2001، ملف رقم: 251656، م ق، 2002، العدد: 1، ص 305.

² المحكمة العليا، غ أ ش، 23/02/1993، ملف رقم: 65888، م ق، 1996، العدد: 2، ص 69.

³ المحكمة العليا، غ أ ش، 03/07/2002، ملف رقم: 529162، م ق، 2003، العدد: 2، ص 272.

⁴ قانون رقم 63/224، المؤرخ في 29/06/1963، المتضمن تحديد سن الزواج، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عام: 1963، العدد: 44.

⁵ المحكمة العليا غ أ ش، 21/02/2001، ملف رقم: 255711، م ق، 2002، العدد: 1، ص 305.

⁶ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 119.

والأهلية في الزواج تختلف عن الأهلية في العقود المدنية من حيث أنه لا يشترط فيها مطلق البلوغ سن الرشد القانوني المنصوص عليها في المادة 2/40 من ق م ج، فمفاهيم القانون لا تنسجم مع المرونة التي يقوم عليها قانون الأسرة، فإذا تم الدخول يكون العقد قابلا للإبطال نسبيا من أجل حماية طرف العقد ذاته، لطالما أن الأسرة قامت على أسس مستقرة وبكل رضا واختيار؛ وهي سياسة قانونية للمشرع الجزائري نفسه طبقا لنص المادتان 7 و 8 مكرر 1 و 2/33 من ق أ ج¹، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في الكثير من قراراتها.²

والمشرع لم يتعرض للحد الأقصى لسن الزواج وكذلك فارق السن بل ترك ذلك للأعراف والأفهام السليمة التي تحقق المصلحة على ضوء ذلك³، بالرغم من أن الفقهاء قد تكلموا على ذلك مثل ما ورد في حاشية الباجوري: " يكره أن يزوج الولي البنت لكبير هرم ".⁴

والملاحظ كذلك أن المشرع في تعديل الجديد 2005 قد حذا حذو ابن حزم ورواية لأبي حنيفة، حيث اعتبر أن الفتى والفتاة يكونان بالغين لسن الرشد إذا أتما تسع عشرة سنة⁵، بعدما كانت سن الزواج قديما هو 18 سنة للمرأة، أما الرجل 21 سنة.⁶

الأصل وطبقا للمادة 1/7 من ق أ ج، أن الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليها قانونا وهي تمام 19 سنة كاملة.

لكن لكليهما الحق في الزواج دون السن القانونية شريطة أن يرخص لهما القاضي المختص بذلك⁷، بعد التثبت من وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي الزواج والتأكد من النضج النضج

1 العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 199.

2 المحكمة العليا غ أش، 1998/11/17، ملف رقم: 210422، أ ق غ أش، ص 53.

3 العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج 1، ص 119.

4 إبراهيم الباجوري (ت: 1277هـ)، حاشية الباجوري على ابن القاسم المالكي، ط 1، دار المنهاج، 1437هـ- 2012م، ج 2، ص 112.

5 أكمل الدين محمد البابرتي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، ب. ط، دار الفكر، ب. ت، ج 13، ص 227.

6 العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ب. ط، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، 2013م، ص 25.

7 تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر كلية الحقوق، العدد: 1، سنة: 2000، ص 20-21.

الجسمي لدى الفتى والفتاة.¹

الفرع الثاني: الإذن القضائي بزواج القصر:

يجوز للقاضي أن يأذن بالزواج قبل السن القانوني إن كانت هناك مصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي طبقا لنص المادة 83 من ق أ ج²، كما لو وجدت دوافع أو مبررات مقبولة أو قوية، كالخوف من الوقوع في الزنا، أو التعرض لضرر الكبت، أو الانزلاق إلى الفساد وما ينجر عنه من أمراض وعقد نفسية، في حالة عدم زواجه قبل بلوغه تمام 19 سنة كاملة من عمره.³

والملاحظ في هذا الشأن، أنه كان يستوجب على المشرع ضمن التعديل الجزئي بخصوص المادة 7 من ق أ ج استبدال العبارة القديمة " من مصلحة أو ضرورة" بالعبارة التالية: "بوجود مبررات مقبولة" لربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي.⁴

ونصت الفقرة الثانية من المادة 11 من ق أ ج المعدلة بأمر 02/05 على أنه: " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي ما لا ولي له."

كان من الأولى على المشرع إدخال الفقرة الثانية من المادة 11 ضمن أحكام المادة 7 من ق أ ج، باعتباره مكان مناسب لها.⁵

يتوقف زواج القصر على موافقة وليه الشرعي طبقا لنص المادة 11/2 من ق أ ج، والمادتان 81 و83 من نفس القانون⁶، فإن أمتنع الولي عن الموافقة وتمسك كل طرف بموقفه، بموقفه، يرجع الأمر إلى القاضي الذي يقرر إما تزويج الفتى أو عدمه، وفقا لما تأكد لديه عمليا من الناحية التطبيقية طبقا للمادة 11/2 والمادة 90 من ق أ ج.⁷

¹ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص200.

² المحكمة العليا غ ق خ، 1966/12/07، م ج 1968، العدد:1، ص139.

³ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج1، ص120.

⁴ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص200.

⁵ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص120/ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، سابق، ص85.

⁶ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص202.

⁷ المرجع نفسه والصفحة.

والملاحظ هنا أن المادة 7 ق أ ج لم تشر إلى موافقة الولي فيما يتعلق بالإذن، فكان من الأولى تغيير الصياغة كالآتي: " للقاضي أن يأذن بالزواج قبل ذلك، إذا وجدت مبررات مقبولة، يقدرها بعد موافقة الولي والإذن بزواج لا يقبل الطعن بأي وجه.¹" هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا أنه لصحة تصرفات القاصر ينبغي إدخال وليه الشرعي.²

السن القانوني 19 سنة بالنسبة للرجل هو سن معقول بعد أن كان في القانون القديم 21 سنة، أما بالنسبة للسن المحدد للمرأة فلا ينبغي النزول عن سن 16 عند منحها للإذن وذلك حماية لصحتها وسلامتهما معا.³

الزواج المبكر غالبا ما يتم دون استشارة البنت القاصر، نظرا لصغر سنها وعدم فقهاها بمسائل الزواج، فيتم دون اختيار منها أي زواج إكراه عن طريق التحايل على القانون، باتخاذ وسيلة الزواج العرفي وعند بلوغ سن الزواج القانونية يتم إثباته بحكم قضائي.⁴ الزواج المبكر يتعارض مع غاية الزواج المحددة في القانون طبقا للمادة 4 من ق أ ج، كما يعتبر غالبا زواج إكراه في كثير من الحالات⁵ طبقا لنصوص المواد 9 و 11 و 13 و 33 من ق أ ج، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 2001.⁶

الفرع الثالث: الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية:

إذا منح القاضي الإذن للقاصر بالزواج، فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بالزواج وآثاره طبقا لنص المادة 7 / 2 من ق أ ج، فالمشرع منحه الأهلية المدنية في حدودها الضيقة فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التي هي أثر من آثار عقد الزواج، ويجوز للقاصر إقامة الدعوى ضد وليه بالنفقة لأنها من باب جلب المصلحة، كما يجوز للزوجة

¹ العربي بختي، مرجع سابق، ص 25.

² المحكمة العليا غ م، 1984/01/10، ملف رقم: 28432، م ق، 1989، العدد: 4، ص 323.

³ العربي بختي، مرجع سابق، ص 25/ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 60.

⁴ عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، الوادي، المجلد: 1، العدد: 1، ديسمبر 2015، ص 130.

⁵ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 122.

⁶ المحكمة العليا غ أ ش، 2001/02/21، ملف رقم: 255711، م ق 2002، العدد: 1، ص 305.

القاصرة المطالبة بحقوقها الزوجية ولها صفة المدعي، وفي حالة خلع الزوجة القاصر وجب لها البدل، لأن أهلية الزواج والطلاق تختلف عن الأهلية في العقود المدنية لأنهم يشترطون مطلق البلوغ¹، فهذه الفقرة اضافها المشرع في التعديل الجديد لسنة 2005.

الفرع الرابع: زواج المجنون والمعتوه في قانون الأسرة الجزائري:

المصاب بخلل عقلي يعتبر عديم التمييز فاقد لحرية الاختيار يتعذر عليه التعبير عن إرادته، فكل تصرفاته إن وقعت تكون باطلة بطلانا مطلقا ولو تعلق الأمر بعقد الزواج طبقا لنصوص المواد 81 و 85 من ق أ ج و المادة 42 من ق م ج لأنه غير مكلف²، ولا يوجد نص قانوني يحكم زواج المجنون أو المعتوه الأمر الذي يحولنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من ق أ ج، وخصوصا إن كان هذا الزواج فيه ضرورة فالضرورة تقدر بقدرها وخصوصا إذا تعلق الأمر بشفائه وكان الزواج مفيدا له غير أنه لا بد من توفر شروط ثلاثة:

- وجود تقرير من أطباء الأمراض العقلية يثبت أن الزواج وسيلة لعلاجه.
 - علم وقبول الطرف الآخر بالإعاقة الذهنية.
 - أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي طبقا لنصوص المواد 81-84-87 من ق أ ج، فالزواج هو مسؤولية والتزام بالنفقة والسكن وتكوين أسرة طبقا للمواد 4-7-10-11-13-14-16-36-40-62-72-74-78-87 من ق أ ج.³
- المشرع استخدم لفظ القاصر دون بيان للقصد منه، كما أن نطاق الولاية على المحجور عليهم في مجال الزواج سواء أكان مجنونا أو معتوها بنفسه باطلا، بينما زواج السفیه ذي الغفلة موقوفا على إجازة وليه وبالمقابل يُمنح الولي سلطة تزويج المجنون أو المعتوه إذا توفرت شروط المادة 7 من ق أ ج ولا سيما المصلحة.⁴

¹ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ج 1، ص 204.

² الغوتي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000م، ص 132-133.

³ العربي التومي، النقص التشريعي في أحكام الزواج والطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيسى البليدة 2 الجزائر، العدد: 2، سنة: 2020، ص 130.

⁴ الغوتي بن ملح، مرجع سابق، ص 131.

لكن هذا الأمر غير مضمون التطبيق دائما لأنه لا يوجد نص يلزم القاضي بالقياس المذكور مادام أن المادة 222 من ق أ ج تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى أن القاضي يميل للمذهب الذي يرتاح له¹، لذلك يقتضي من المشرع وضع نصوص قانونية واضحة تحدد أحكام أهلية الزواج والولاية وتبين الحكم القانوني لزواج المحجور عليه وصلاحيته النائب الشرعي له.²

المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الأهلية في الزواج

تناولت في هذا المطلب كيف أثرت الاتفاقيات الدولية على المشرع الجزائري في مسألة أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري في تعديله الجديد لسنة 2005؛ حيث شمل التعديل تغيير وتوحيد سن الزواج، مع إضافة فقرة أخرى للمادة تعلق بأهلية الخصومة الزوجية، لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول منها عرضت فيه الأهلية في الاتفاقيات الدولية، والفرع الثاني تناولت فيه كيف أثرت هذه الاتفاقيات الدولية على المشرع لإحداث هذا التعديل سنة 2005؟

الفرع الأول: الأهلية في الاتفاقيات الدولية:

لا يوجد اتفاقية دولية خاصة بشؤون الأسرة إنما جاء الحديث عنها في ثنايا الاتفاقيات الدولية المختلفة كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واتفاقيات الرضا وسيداو واتفاقية حقوق الطفل.

أولا: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

يعتبر الإعلان الصادر سنة 1948 من أهم الخطوات التي تم تسجيلها في مجال حقوق الإنسان في العصر الحديث، حيث يشكل مصدر إلهام لجميع الجهود التي بذلت من أجل تعزيز وحماية الحقوق الطبيعية لبني البشر؛ ويتألف الإعلان من ديباجة و ثلاثين مادة، تحدد حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تستحق لجميع الرجال والنساء، في أي مكان من العالم دون أي تمييز، حيث نصت المادة 16 على مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بتكوين الأسرة، وفي جميع الحقوق والواجبات.

¹ العربي التومي، مرجع سابق، ص132.

² الغوتي بن ملح، مرجع سابق، ص131

والإعلان العالمي لحقوق الإنسان ذو أهمية كبرى، كونه مصدرا لجميع الصكوك الدولية اللاحقة به¹، حيث وضع مبدأ رئيسيا وأساسيا، وهو عدم التمييز بين الناس جميعا الرجال

والنساء ومنها سن الزواج.²

ويهدف إلى توحيد جميع الناس رغم الفروقات والاختلافات لأن احترام الحقوق والحريات الإنسانية هو ضمان الاحترام العالمي، وله قيمة قانونية فهو أول وثيقة لحقوق الإنسان صادرة عن منظمة دولية عالمية، ويكتسب الإعلان قيمة معنوية من خلال المبادئ التي تضمنها عندما يتعلق الأمر بسن التشريعات التي تهتم بحقوق الإنسان بما فيها شؤون الأسرة، ونادى بالمساواة بين الجنسين في كل شيء، وإلغاء الفوارق بينها القائمة على أساس الدين أو العرق³، ومنها توحيد سن الزواج في حده الأدنى بين الزوجين.

ثانيا: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

يؤكد العهد على ضرورة احترام وتأمين الحقوق المقررة لكافة الأفراد دون أي تمييز في جميع المجالات، حيث نصت المادة 3 منه على أنه: " تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد."⁴

والملاحظ أن هذه المادة نصت صراحة على مبدأ عدم التمييز بين الجنسين، فكل من الرجل والمرأة لهما نفس الحقوق في الشؤون السياسية والمدنية، ومن بينها الحقوق التي تدخل

¹ انظر: حسن صباريني غازي، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997م، ص 237.

² الأمم المتحدة، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، حلقة نقاش حول دور العدالة في تعزيز وتنفيذ حقوق المرأة، ص03 على موقع الأنترنت: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/M4.pd> تم التصفح: يوم: 2021/09/29، على الساعة: 23: 22

³ أنظر: مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة ماجستير، مركز الجامعي لبويرة، معهد الحقوق، 2010-2011، ص12.

⁴ أنظر: المادة (3) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

في إطار تكوين الأسرة والزواج، بما فيها توحيد سن الزواج...¹

ثالثا: اتفاقية الرضا:

وأمام شيوع مبدأ المساواة في الحقوق على الصعيد العالمي وفقا لما نص عليه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة تحسين أوضاع المرأة بعقد اتفاقيات خاصة بها، حيث صدرت اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسنه وتسجيل عقود الزواج في سنة 1962، وأهم ما جاء في ديباجة الاتفاقية أن الدول المتعاقدة تود وفقا لميثاق الأمم المتحدة تعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان وللحريات العامة للناس جميعا دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين، وجسدت الاتفاقية عدة مبادئ من أهمها:²

- أن تتخذ الدول الأطراف كل الإجراءات التشريعية لتحديد سن أدنى للزواج، وأن لا يجوز لمن هو أدنى من هذا السن عقد الزواج إلا إذا سمحت له السلطات المختصة أو من أجل تحقيق مصلحة للزوجين المنتظرين، حيث تنص المادة 2 على أنه: "التدابير التشريعية اللازمة لتحديد السن الحد الأدنى للزواج، لا يمكن عقد الزواج قانونيًا للذين لم يبلغوا هذا العمر، إلا إذا تم منح إعفاء من العمر من قبل السلطة المختصة لأسباب جدية ولصالح زوجات المستقبل".³

إضافة إلى صدور أهم إعلان كرس مبدأ المساواة بين المرأة والرجل والمتمثل في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة والذي صدر سنة 1976 ودخل حيز التنفيذ سنة 1979.

رابعا: اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو):

جاءت المادة 16 من هذه الاتفاقية تلزم جميع الدول الأطراف باتخاذ تدابير مناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، حيث نصت على أنه: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة

¹ أنظر: حبيب خدّاش، الجزائر و المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة م.ت.م.م، تيزي وزو، العدد: 1، سنة: 2004، ص66.

² اتفاقية الرضا، مرجع سابق، تم التصفح يوم: 2021/10/02، على الساعة: 00:14.

³ أنظر: المادة 2 من الاتفاقية الرضا، على موقع <https://www.ohchr.org>، تم التصفح يوم: 25/11/2021، على الساعة: 22:30.

في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة منها:

- نفس الحق في عقد الزواج.¹

حيث يعتبر هذا حقاً طبيعياً لكل إنسان - وهو سنة من سنن الحياة - ويعتبر السبيل الوحيد لاستمرارية الجنس البشري، فيكون للمرأة نفس الحق في عقد الزواج، وكذلك نفس الحق في حرية اختيار الزوج... ، ولا يكون لخطوبة الطفل أو زواج الأطفال أي أثر قانوني وأنه يتعين على الدول الأطراف اتخاذ جميع التدابير والإجراءات الضرورية كما في ذلك التشريعي منها، وذلك لتحديد سن أدنى للزواج، هذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 16.²

خامساً: اتفاقية حقوق الطفل:

أوجبت هذه الاتفاقية على الدول الأطراف اتخاذ جميع التدابير الفعالة والملائمة بهدف إلغاء الممارسات التقليدية الضارة بصحة الطفل طبقاً لنص المادة 24/3 من الاتفاقية³ وحمايتهم من جميع أشكال الاستغلال والانتهاك الجنسي، ولا شك في أن زواج القصر حسب منطق الاتفاقية يشكل تجلياً من التجليات الممارسة التقليدية التي تنعكس سلباً على صحة الطفل؛ والطفل حسب هذه الاتفاقية هو أي شخص يقل عمره عن 18 سنة.

كما نصت المادة 2 على عدم التمييز بين الأطفال لا بسبب جنس أو دين أو عرق...⁴

الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية وأثرها على أهلية الزواج:

جعل المشرع الجزائري أهلية الزواج في قانون الأسرة القديم 11/84 مختلفة بين الزوجين من حيث السن، حيث حددها بـ 18 سنة بالنسبة للزوجة و 21 سنة بالنسبة للزوج، أخذاً بأقصى التقديرات بالنسبة لسن الزواج يصل إليها الإنسان في تحمل التكاليف

¹ أنظر: المادة 16 اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على موقع:

www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms، تم التصفح يوم: 26 / 11 / 2021، على

الساعة: 00:22.

² أنظر: المرجع السابق، تم التصفح يوم: 26 / 11 / 2021، على الساعة: 30:22.

³ أنظر: المادة (24/2) من اتفاقية حقوق الطفل، على موقع: www.unicef.org/ar، تم التصفح يوم:

2021/11/27، على الساعة: 30:30 صباحاً.

⁴ أنظر: المادة (2) من اتفاقية حقوق الطفل، المرجع نفسه.

الشرعية وهي 18 سنة، أما بالنسبة للزوج فتزيد على سن التكاليف الشرعية¹، حيث نصت المادة 7 من ق أ ج- في القانون القديم - بقولها: " تكتمل أهليه الرجل في الزواج بتمام 21 سنه والمرأة 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحه أو ضرورة."

أما مجلس الأحكام الشرعية الجزائرية نجد أنها قد حددت سن البلوغ بالنسبة للفتى 18 سنه والفتاة ببلوغها سن 15 سنة، حيث نصت على ذلك في المادتين 3 و4 موضحة في الأولى أن النكاح "لا يكون صحيحا إلا بين بالغين" والثانية بينت سن البلوغ بقولها: يكون بالغاً الرجل الذي جاوز 18 سنة والمرأة تجاوزت 15 سنة.²

وعليه فتحديد السن الأدنى للزواج كإجراء تنظيمي يرجع لاعتبارات تنطوي تحتها حماية الفرد والمجتمع وما يترتب عليه من أضرار جسمية ونفسية واجتماعية وطبية من جراء زواج الصغار والصغيرات، ضف إليه صعوبة الحياة وتعقدها، فكل هذه التبعات تفرض على المتعاقد أن يكون قادراً جسمىا ومتمتعاً بالقدر الكاف من التمييز مما يؤهله لتحمل ذلك ولا يتأتى ذلك إلا ببلوغ الشخص سناً معينة، فالمرجع رأى سن 18 سنة للمرأة و سن 21 سنة بالنسبة للرجل كفيلة بذلك.³

وقد يتم العقد قبل بلوغ الفتاة والفتى السن القانونية، وبعد مدة من العقد الشرعي يتقدمون بطلب تسجيله قضائياً أمام المحكمة بعد اكتمال السن القانونية، والقاضي قد يحس أو يلمس بأن عقد الزواج قد أبرم شرعاً قبل بلوغ السن القانونية وليس في وسعه تطبيق العقوبة على أي منهما.⁴

المشرع لم يأخذ الناس جميعاً مأخذاً واحداً سواء أكانوا ذكورا أو إناثاً إنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح بالإذن بالزواج لمن كانت حاجته للزواج ولو قبل اكتمال السن

¹ محمد محده، مرجع سابق، ص129.

² محمد محده، مرجع سابق، ص130.

³ المرجع نفسه، ص132

⁴ المرجع نفسه، ص136.

القانونية وهو ما نص عليه المشرع في المادة 7 بقولها: " وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحه أو ضرورة."¹

فهذا الإذن لم يطلب فيه المشرع السبب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه غير قابل للطعن، فلو كانت الفتاة قد بلغت 16 أو 17 سنة ولا معيل لها من أب أو أخ بل الأصلح لها ومحافظة على عرضها بالزواج، ومن خافت على نفسها الزنا والفتنة أو عثر عليها في حاله تشرد وتقدم رجل للزواج بها فعلى القاضي السماح بذلك لكون الضرورة والمصلحة يستلزمان هذا وما قيل عن المرأة يقال عن الرجل أيضا في الإذن.²

أما فيما يخص التعديل الأخير لسنة 2005، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى المساواة بين الرجل والمرأة في ما يخص أهلية الزواج، حيث حدد سن الزواج بـ 19 سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة على السواء، حيث قام بتعديل المادة 7 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: " تكتمل أهلية الزواج بالنسبة للرجل والمرأة بتمام 19 سنة كاملة."

وهو في الوقت نفسه سن الرشد القانوني طبقا لنص المادة 40/2 من ق م ج بأن يكونا كاملي الأهلية، ودون عارض من عوارضها طبقا لنصوص المواد (81 من ق أ ج و 42، 43، 44 من ق م ج).³

ويجوز للقاضي أن يأذن بالزواج قبل السن القانوني إن كانت هناك مصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي طبقا لنص المادة 83 ق أ ج⁴، كما لوجدت دوافع أو مبررات مقبولة أو قوية، كالخوف من الوقوع في الزنا، أو التعرض لضرر الكبت، أو الانزلاق إلى الفساد وما ينجر عنه من أمراض والعقد النفسية، فيما إذا لم يتزوج قبل بلوغه تمام 19 سنة من عمره.⁵

¹ أنظر: المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل الأخير 2005.

² محمد محده، مرجع سابق، ص 136.

³ المرجع نفسه والصفحة

⁴ المحكمة العليا غ ق خ، 1966/12/07، م ج 1968، العدد: 1، ص 139.

⁵ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 120.

وأضاف المشرع في هذا التعديل أهلية التقاضي، فالتقاضي يمنح الإذن بالزواج للقاصر، وهذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بالزواج وآثاره طبقاً لنص المادة 2 / 7، فالمشرع منحه الأهلية المدنية في حدودها الضيقة فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التي هي أثر من آثار عقد الزواج كما سلف بيانه.¹

ومن بين أسباب هذا التعديل والمتمثل في توحيد سن الزواج هو توقيع الجزائر على اتفاقيات دولية نادت بالمساواة بين الجنسين في كل شيء ومنها شؤون الأسرة وبالتحديد سن الزواج أو الحد الأدنى لسن الزواج.

ولعل أول هذه المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث نصت المادة 16 منه على أنه: " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب جنس أو دين ولهما حقوق متساوية عند الزواج... ولا يبرم عقد الزواج إلا برضا الطرفين الراغبين في الزواج رضا كاملاً لا إكراه فيه. " ²

فهنا المساواة جاءت عامة لتشمل جميع الشروط والأركان الخاصة بعقد الزواج وتكوين أسرة، ومنها توحيد السن الأدنى للزواج.

وكذلك توقيعها على بنود "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" حيث نصت المادة 3 على أنه: " تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد. " ³ فهذه المادة نصت صراحة على مبدأ عدم التمييز بين الجنسين، فكلاً من الرجل والمرأة لهما نفس الحقوق في الشؤون السياسية والمدنية، ومن بين هذه الحقوق المدنية المساواة بين

¹ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ج 1، ص 122.

² أنظر: المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على موقع:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/b065.html>

تم التصفح في يوم: 2021/08/13، على الساعة 20:00.

³ أنظر: المادة (3) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

تم التصفح يوم: 2021/10/02، على الساعة: 15: 22.

الجنسين في إطار تكوين الأسرة بما فيها تحديد السن الأدنى للزواج وتوحيدها بين الرجل والمرأة دون تمييز...¹

وكذلك توقيعها على اتفاقية "الرضا" والتي ظهرت من خلال قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة " لتحسين أوضاع المرأة وذلك بعقد هذه الاتفاقية الخاصة بالرضا ووضع حد أدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج والإشهاد عليها، حيث تنص المادة 2 على أنه: " التدابير التشريعية اللازمة لتحديد سن الحد الأدنى للزواج، لا يمكن عقد الزواج قانونيًا للذين لم يبلغوا هذا العمر، إلا إذا تم منح إعفاء من العمر من قبل السلطة المختصة ولأسباب جدية ولصالح زوجات المستقبل.²

ونصت اتفاقية الرضا أيضا في مبدئها الثالث على أنه: "توصي كل دولة عضو بعرض التوصية المتعلقة بالرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، الواردة في هذا القرار على السلطات المختصة لسن التشريع اللازم أو اتخاذ التدابير في أقرب وقت عملي ممكن وفي موعد لا يتجاوز إذا أمكن ثمانية عشر شهرا بعد اعتماد التوصية المذكورة.³

كما أن الدول ملزمة بإعلام الأمين العام في أقرب وقت ممكن بعد الإجراء المشار إليه في الفقرة 2 أعلاه، وعن التدابير المتخذة وفقا لهذه التوصية لعرضها على السلطة المختصة، مع موافاته بالتفاصيل اللازمة، كما توصي بموافاة الأمين العام في نهاية الفترة ومدتها ثلاث سنوات في الأول، وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات، بالتقارير اللازمة عن تشريعها وممارستها بشأن المسائل التي تتناولها هذه التوصية، مع تبيان مدى الأعمال الفعلية أو المزمع لأحكام التوصية وتبيان التعديلات التي اعتبرت أو قد تعتبر ضرورية لتكييف تلك الأحكام أو تطبيقها، كما أن الأمين العام للأمم المتحدة ملزم بإعداد "لجنة مركز المرأة" وثيقة تتضمن

¹ أنظر: حبيب خدّاش، الجزائر و المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة م.ت.م.م، تيزي وزو، العدد: 1، سنة: 2004، ص66.

² أنظر: المادة (2) من الاتفاقية، على موقع: <https://www.ohchr.org>، تم التصفح يوم: 2021/11/25، على الساعة: 22:30.

³ جامعة منيوستا، مرجع سابق، تم التصفح يوم: 2021/10/04، على الساعة: 15: 22.

التقارير الواردة من الحكومات فيما يتعلق بطرق تنفيذ المبادئ الأساسية الثلاثة الواردة في هذه التوصية.¹

إضافة إلى صدور أهم إعلان كرس مبدأ المساواة بين المرأة والرجل والمتمثل في اتفاقية "القضاء على التمييز ضد المرأة" والذي صدر سنة 1976 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1979، حيث وقعت الجزائر عن هذه الاتفاقية سنة 2004²، ونصت المادة 16 من هذه اتفاقية وبصفة إلزامية لجميع الدول الأطراف باتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحق في عقد الزواج."³

وبالرغم من أن الجزائر تحفظت عن هذه المادة لأنها تتعارض مع قانون الأسرة الجزائري؛ حيث جاء في نص التحفظات والإعلانات المقدمة من قبلها فيما يخص "اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" بشأن هذه المادة: "تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج أو اثناؤه وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري."⁴ كما أكدت المادة 16 في فقرتها 2 على أنه لا يكون لخطوبة الطفل أو زواج الأطفال أي أثر قانوني وأنه يتعين على الدول الأطراف في هذا اتخاذ جميع التدابير والإجراءات الضرورية كما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج...⁵

¹ المرجع نفسه، تم التصفح يوم: 2021/10/04، على الساعة: 23:45.

² جامعة مينوستا، مرجع سابق، تم التصفح يوم: 2021/10/04 على الساعة: 25:00.

³ أنظر: المادة (16) اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على موقع: www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms، تم التصفح يوم: 2021/11/26، على الساعة: 22:00.

⁴ جامعة مينوستا، مرجع سابق، تم التصفح يوم: 2021/11/26، على الساعة: 23:30.

⁵ أنظر: المادة (16) اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة على موقع: www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms، تم التصفح يوم: 2021/11/26، على الساعة: 22:15.

والملاحظ هنا أن التحفظ محصور في البنود التي تتعارض مع قانون الأسرة والشريعة الإسلامية فقط، وبما أن الجزائر صادقت على نصوص اتفاقية مناهضة لجميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإن هذه النصوص أصبحت جزءا مكملًا للتشريع الجزائري بل اكتسبت باسم الدستور قيمة قانونية أعلى من ذلك المنوطة للقوانين العادية، مما يكسبها مركزا قانونيا أسمى من القوانين الداخلية.¹

لكن تقرير اللجنة المعنية بهذه الاتفاقية وتحديد في دورتها الثانية والثلاثين؛ وهو التقرير الثاني بشأن الجزائر، فقد أشار الممثل إلى أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية، وقد أعرب رئيس الجمهورية - آنذاك - عبد العزيز بوتفليقة - رحمه الله - إلى تعزيز مجموعة من القوانين المعمول بها لتمكين المرأة من مجابهة الأعباء الاجتماعية والتمتع بالحقوق التي يكفلها الدستور، ومن المنتظر مراجعة قانون الأسرة ويمكن رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق عن الاتفاقية وترمي التعديلات إلى توحيد سن الزواج الذي تقرر في حدود 19 سنة...²

وكذلك اتفاقية حقوق الطفل حيث نصت المادة 2 منها على المساواة وعدم التمييز بينهم لا على أساس جنس أو دين أو عرق أو لون...، فهنا إشارة إلى المساواة في كل شيء، وأن الطفل هو الذي لم يبلغ 18 سنة، لذلك لا يحق لهم الزواج لأنهم قصر، وزواجهم يعدو خرقا لحقوقهم مثل حقهم في التعليم والراحة ولا يطلب منهم القيام بأي عمل، وزواج القصر هو نوع من الاستغلال والاستعباد الجنسي.

ودون أن ننسى واستنادا إلى المادة 154 من الدستور الجزائري التي نصت على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور

¹ مختاري عبد الكريم، الممارسة الجزائرية في مجال المعاهدات الدولية على ضوء دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي، ميلود معمري، تيزي-وزو، 2003-2004، ص 62-63.

² اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، على الأنترنت:

www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/conclude-comments/Algeria/CEDAW-CC-DZA-0523914A.pdf

تمت زيارة الموقع يوم: 2021/11/11، على الساعة: 00:23.

تسمو على القانون"¹، ومعناه فالاتفاقيات الدولية بعد التصديق عليها تسمو على القانون الداخلي، شريطة أن يتم ذلك وفق الشروط المنصوص عليها دستوريا، سواء من ناحية الجهة المخولة بالتصديق أو بطبيعة النص القانوني المراد التصديق عليه.

وعليه فتوحيد الحد الأدنى لسن الزواج من قبل المشرع الجزائري في التعديل الجديد 2005 ب19 سنة كاملة للفتى والفتاة بدلا من 18 سنة للفتاة و21 للفتى، سببه الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر وتحديدها بسن 19 سنة وليس ب18 سنة كما نصت عليه اتفاقيات الرضا وسيداو وحقوق الطفل، وذلك لكي لا يكون هناك تعارض بين الحد الأدنى لسن الزواج وسن التمييز القانوني المحددة في القانون المدني وبتحديد المادة 40 هذا من جهة ، ومن جهة أخرى يناسب الشباب في هذا العصر نظرا لكثير من الأسباب والعوامل التي فرضت نفسها بقوة على الساحة الحياتية للشخص.

واستنادا إلى المادة 154 من الدستور الجزائري التي نصت على: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون."² والتي تعطي الاتفاقيات الدولية التي يتم التصديق عليها مكانة القوانين الداخلية، شريطة أن يتم التصديق عليها وفق الشروط المنصوص عليها دستوريا، سواء من الجهة المخولة بالتصديق أو بطبيعة النص القانوني المراد التصديق عليه.

إضافة المشرع لفقرة من المادة 7 من ق أ ج في التعديل الأخير 2005 في منح القصر الأهلية القانونية في حدودها الضيقة يرجع كذلك إلى هذه الاتفاقيات الدولية، وبعض القوانين المقارنة.

¹ المادة (154) من المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 27 محرم عام 1442 هـ الموافق 15 سبتمبر 2020، المتضمن الدستور، المنشور بالجريدة الرسمية (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 54، سنة 2020.

² المادة (154) من الدستور الجزائري.

المبحث الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج

سن الزواج وحده غير كاف لعقد الزواج بل لا بد من سلامة الزوجين من العيوب والأمراض التي قد تفتك بالأسرة وتعكر صفوها، لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تناولت في الأول منه حقيقة الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني موقف المشرع الجزائري منه، والمطلب الثالث تناولت فيه أثر الاتفاقيات الدولية في تقنين المشرع للفحص الطبي قبل الزواج، وهل هذا التأثير سلمي أو إيجابي؟

المطلب الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « إِنَّ الدُّنْيَا حُلْوَةٌ خَضِرَةٌ، وَإِنَّ اللَّهَ مُسْتَخْلِفُكُمْ فِيهَا، فَيَنْظُرُ كَيْفَ تَعْمَلُونَ¹ ». فهذا الاستخلاف والعمران لا يتحقق إلا من خلال النسل، وإعمار الأرض يقتضي بالضرورة وجود الإنسان القوي في جسمه وعقله.² ولا يماري أحد في هذه المقاصد رغم اختلاف الأديان والعقائد والمذاهب والأعراف؛ فالزواج بغاياته ومقاصده حقيقة وواقعة مشتركة بين الإنسان في ماضيه وحاضره ومستقبله، ولكن هذا الزواج له قضايا ومشكلات تتعلق بحال الزوجين، أو أحدهما من الناحية الجسمية والعقلية³، لذلك قسمت هذا المطلب إلى فرعين الأول منهما تناولت فيه بعض المسائل التي بحث فيها الفقهاء القدامى كذكر بعض عيوب النكاح وأثرها عليه، والفرع الثاني تناولت فيه مشروعيته وأبرزت فيه أقوال الفقهاء المعاصرين وأدلة كل منهم.

الفرع الأول: بعض عيوب النكاح وأثارها عند الفقهاء القدامى:

تطرق الفقهاء في سابق عهودهم إلى هذه الأحوال، ومنها: أمراض العته والعنة والجب والخصاء والرتق والجذام ورائحة الفم ونحو ذلك، مما رتبوا عليه أحكاماً منها ما يقضي بفسخ

¹ أخرجه: مسلم بن الحجاج (ت: 260هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: مجموعة من المحققين، ط: مصورة من الطبعة التركية المطبوعة في استانبول سنة 1334 هـ، كتاب: الآداب، ج 8، ص 89.

² أنظر: محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: 1421هـ)، شرح رياض الصالحين، ب. ط، دار الوطن للنشر، الرياض، 1426 هـ، ج 1، ص 524.

³ عبد الرحمن بن حسن النفيسة، الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، ب. ط، ب. ن، ب. ت، ص 7.

عقد الزواج في حال وجود أي من هذه الأمراض عند الزوجين.¹
غير أن الفقهاء اختلفوا هل حق التفريق للعيب حق مشترك أم لا، وذلك إلى قولين:
أولاً: مسألة حق التفريق للعيب:

أ- القول الأول:

ذهب الحنفية² إلى أن الزوجة إذا وجدت زوجها مصاب بأحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال الجنسي فلها حق طلب التفريق، كالعنة والجب والخصاء والخنثى.

ب- القول الثاني:

أما جمهور الفقهاء من المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵، فقد ذهبوا إلى أن حق التفريق للعيب هو حق مشترك بين الزوجين؛ فمن وجد في صاحبه عيباً أو مرضاً فله حق طلب التفريق من القاضي.

ثانياً: مسألة إخفاء العيب:

وأما مسألة كتم وإخفاء العيب من طرف أحد الزوجين، اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك على قولين:

أ- القول الأول: العيوب التي توجب الخيار أو الإمساك:

ذهب مالك والشافعي وأصحابهما إلى أن العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك.⁶
واستدلوا:

1- من الأثر:

- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو

¹ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص95/ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج3، ص362/ الرملي (ت: 1004هـ)، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج5، ص237/ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص110.

² الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص322.

³ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص95.

⁴ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج3، ص362.

⁵ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص110.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص50.

برص وفي -بعض الروايات- أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها.¹
2-من القياس:

قاسوا على البيع بموجب الخيار للعيب في النكاح وقالوا: النكاح في ذلك شبيه بالبيع.²
ورد عليهم:
-ليس شبيهها بالبيع لإجماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع.
واتفقوا أيضا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه، لكنهم
اختلفوا في الرد بالعيوب أيها توجهه وأيها لا توجهه على رأيين.
ذهب مالك³ والشافعي⁴ على أن الرد يكون من أربعة عيوب: الجنون والجدام والبرص
وداء الفرج الذي يمنع الوطء.

غير أنهم اختلفوا إن علم بعد الدخول والمسييس.
فذهب مالك⁵ إلى أنه إن كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم
بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء
وإن كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط.
بينما ذهب الشافعي⁶ إلى أنه "إن دخل لزمه الصداق كله بالمسييس ولا رجوع له عليها
ولا على الولي.

وسبب اختلافهم في هذا يرجع إلى:

- تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسييس؛ اتفاقهم على
وجوب المهر في الأنكحة الفاسدة بنفس المسييس لقوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ

1 الدارقطني (ت: 385هـ)، سنن، تحقيق: شعيب الارنؤوط، باب: المهر، ط1، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، 1424-2004، ج4، ص399.

2 ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص50.

3 المرجع نفسه والصفحة.

4 أنظر: الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص182/الشيرازي مرجع سابق، ج2، ص494.

5 ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص50.

6 أنظر: الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص182.

وَلِيَّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، ثَلَاثًا، فَإِنْ أَصَابَهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا.¹
فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع وبين حكم
الأنكحة المفسوخة بعد الدخول.

واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة
فقليل: لأن ذلك شرع غير معلن.

وقيل: لأن ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى.
وقيل: لأنه يخاف سرايتها إلى الأبناء؛ فيرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج.²
أما أبو حنيفة وأصحابه والثوري: لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيين: فقط القرن والرتق.³
ب- القول الثاني:

ذهب أهل الظاهر إلى أنه لا يوجب خيار الرد والإمساك، وهو قول عمر بن عبد
العزیز.⁴

ثالثاً: مسألة السلامة من العيوب:

اعتبر المالكية⁵ والشافعية⁶ السلامة من العيوب من الصفات المعتبرة في الكفاءة، وأما
الحنفية⁷ والحنابلة⁸ فلم يعتبروها كذلك، ولكنها تثبت الخيار للزوجة فقط عند الحنفية.⁹

¹ أخرجه: أبو نعيم الأصبهاني (ت: 430هـ)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ب. ط، دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع، بيروت، ب. ت، باب: عطاء بن أبي رباح فقيه الحرم، ج3، ص321. قال الألباني صحيح في هداية الرواة،
الصفحة أو الرقم. 3067

² ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص51.

³ أنظر: بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1420 هـ
- 2000 م، ج5، ص588/ أبي العز الحنفية (ت: 792هـ)، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقيق: عبد الحكيم بن
محمد شاکر (ج1، 2، 3) - أنور صالح أبو زيد (ج4، 5)، ط1، مكتبة الرشد ناشرون - المملكة العربية
السعودية، 1424 هـ - 2003 م، ج3، ص1413.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص50.

⁵ القرافي، مرجع سابق، ج4، ص211.

⁶ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص90.

⁷ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص322.

⁸ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص579-850.

⁹ الكاساني، مرجع سابق، ج7، ص324.

وللزوجين معا عند الحنابلة.¹

وعليه فإن فقهاء الإسلام تعمقوا في مفهوم المرض المانع للزواج، وقالوا بأنه يعتبر من موانع الزواج وجود عيوب أو تشوهات للأجهزة التناسلية للمترشحين للزواج.²

أما بقية الأمراض فإنها تعتبر سببا من أسباب الطلاق، وليست مانع من موانع الزواج.

الفرع الثاني: مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج:

ونظرا لتطور مفاهيم الإنسان، وكثرة مشكلاته الاجتماعية، أوجدت عليه نوازل وقضايا يجد من اللازم عليه التعامل معها وفقاً لمفاهيمه وعقائده، ومن هذه النوازل تطور مفهوم الوراثة، واكتشاف العديد من الأمراض المعدية والوراثية والجنسية، ولقد اهتم الإسلام بعلاج هذه الأمراض من جانبين:

أولاً: الوقاية منها قبل حدوثها:

ويقصد بها تحصين أفراد الأمة بما يمنع انتشار الأمراض بينهم، سواء كانت وراثية أو معدية، وتقع المسؤولية في هذا على الإنسان نفسه، بما يجب عليه من عدم التعرض للأسباب المسببة للمرض كالزواج من الأقارب مثلاً، كما تقع هذه المسؤولية على الدولة بما يجب عليها من منع تعرض أفراد الأمة إلى الأمراض المعدية كفرض الوقاية الصحية.³

ثانياً: هو علاج هذه الأمراض بعد حدوثها وأخذ بكل أسباب التداوي:

فالجانب الأول المتعلق بالوقاية قبل حدوث المرض-والذي نحن بصدد دراسته- هو إجراء فحص طبي للمقبلين على الزواج يشمل الفحوص المخبرية الخاصة بالأمراض الوراثية والمعدية والأمراض الجنسية والتشوهات الخلقية.⁴

وقد اختلف الفقهاء المعاصرين حول إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج للمقبلين عليه بين مؤيد ومعارض على قولين:

¹ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص200.

² يوسف يوسف، مرجع سابق، ص46-47.

³ عبد الرحمن بن حسن النفيسة، مرجع سابق، ص10.

⁴ أنظر: مصلح عبدالحلي النجار، الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة: جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، الرياض المملكة العربية السعودية ، سنة: 1425هـ، مجلد:1، ص1121.

أ-القول الأول: المعارضون للفحص الطبي قبل الزواج:

ويرى أصحاب هذا الرأي - وعلى رأسهم الشيخ عبد العزيز بن باز وعبد الكريم زيدان وغيرهم أنه لا حاجة لهذا الاجراء قبل الزواج، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- مما ينبغي على المسلم أن يتحلى به هو إحسان الظن بالله، يقول ابن القيم: "لا ريب أن حسن الظن إنما يكون مع الإحسان، فإن المحسن حسن الظن بربه، وأن يجازيه على إحسانه ولا يخلف وعده ويقبل توبته، وإنما المسيء المصير على الكبائر والظلم والمخالفات، فإن وحشة المعاصي والظلم والحرام تمنعه ..."¹

2-إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج يتنافى مع إحسان الظن بالله؛ فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَنَا عِنْدَ ظَنِّ عَبْدِي بِي، وَأَنَا مَعَهُ إِذَا ذَكَرَنِي، فَإِنْ ذَكَرَنِي فِي نَفْسِهِ ذَكَرْتُهُ فِي نَفْسِي، وَإِنْ ذَكَرَنِي فِي مَلَأٍ ذَكَرْتُهُ فِي مَلَأٍ خَيْرٍ مِنْهُمْ، وَإِنْ تَقَرَّبَ إِلَيَّ بِشِيرٍ تَقَرَّبْتُ إِلَيْهِ ذِرَاعًا، وَإِنْ تَقَرَّبَ إِلَيَّ ذِرَاعًا تَقَرَّبْتُ إِلَيْهِ بَاعًا، وَإِنْ أَتَانِي يَمْشِي أَتَيْتُهُ هَرَوَلَةً.»²

يقول الشيخ ابن باز: "ونصح المتقدمين على الزواج بإحسان الظن بالله، فالله سبحانه يقول: «أَنَا عِنْدَ ظَنِّ عَبْدِي بِي»³ كما روى ذلك نبيه ﷺ، ولأن الكشف يعطي نتائج غير صحيحة."⁴

إن جواز الفحص الطبي قبل الزواج أو وجوبه يتضمن الافتراء على الحرية الشخصية، ويسبب عدة مشاكل مالية ونفسية، ويؤدي في بعض الأحيان إلى كشف سر الشخص، وإلى التحيز ضده، خاصة في شركات التأمين أو التوظيف أو الزواج المستقبلي، كما أن كلفته المالية ليست يسيرة، ولا تستطيع معظم الدول العربية والإسلامية أن تقوم بتغطيته ماليًا،

¹ ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي أو الداء والدواء، مرجع سابق، ج1، ص25.

² أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، باب: ويحذركم الله نفسه، ج9، ص121.

³ سبق تخريجه..

⁴ أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص92.

وجعل العبء على من يريد الزواج سيؤدي إلى تحميل الأشخاص كلفة مالية قد تزيد من ابتعاد الشباب عن الزواج وعزوفهم عنه، كما أن خوفهم من نتائج الفحوصات وعواقبها على حياتهم؛ ستدفعهم أيضاً إلى اجتنابه أو التحايل عليه أو شراء الشهادات بمبلغ معين من المال...¹

3- قد يؤدي إجراء الفحص الطبي قبل الزواج - خاصة عند المصابين بالأمراض الوراثية أو المعدية - إلى تعرض بعض الأشخاص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته الوراثية، والذي يكون غرضه أو نتيجته النيل من حقوقه وحرياته الأساسية والمساس بكرامته، فكل إنسان له الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيّاً كانت سماته الوراثية، وتفرض هذه الكرامة ألا يقتصر تقويم الأفراد على سماتهم الوراثية وحدها واحترام طابعهم الفريد وتنوعهم.²

وإذا قلنا بالزامية الفحص الطبي قبل الزواج فإنه قد يحجم بعض المقدمين سواء أكان الطرف المصاب ذكراً أم أنثى، بعد معرفته بعيوب معينة وراثية أو معدية، من الاستمرار في إنجاز الزواج، ويؤول نتيجة ذلك إلى الامتناع عن الزواج والقبول بالطرف الآخر.³

ب-القول الثاني: المؤيدون للفحص الطبي:

انقسم أصحاب هذا الرأي إلى فريقين؛ فريق قال بجواز الفحص الطبي قبل الزواج، والفريق الآخر قال بالزاميته.

1-الفريق الأول:

يرى أصحابه بجواز الفحص الطبي قبل الزواج، ويمثل هؤلاء محمد عثمان شبير⁴، و محمد علي البار⁵، ولطفي نصر⁶ وغيرهم، فأصحاب هذا القول يرون أن كيفية معرفة إصابة أحد الزوجين بمرض من الأمراض يتم عن طريق إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وهذا لا يتعارض

¹ نصر لطفي، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي www.allstudyjournal.com تم التصفح يوم: 2021/12/11، على الساعة: 1700 .

² أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص92.

³ المرجع نفسه، ص92.

⁴ محمد عثمان شبير وآخرون، مرجع سابق، ص333.

⁵ البار محمد علي، مرجع سابق، ص35.

⁶ نصر لطفي، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، بحث منشور على موقع: www.allstudyjournal.com يوم: 11/12/2021، على الساعة: 1700 .

مع الشريعة الإسلامية، ولا مع مقاصد الزواج، لأن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى، ويمكن تنظيمه بحيث لا يترتب على إجراءاته ضرر بالرجل أو المرأة، ويقترح شبير أن توفر الدولة الأجهزة اللازمة لإجراء الفحوصات، ويكون بالبحان، ويبدأ إجراء الفحص بعد أن يبلغ الشخص سن 15 من عمره، ويعطى شهادة طبية تبين حالته الصحية ...¹ وينبغي أن لا يكون إلزامياً.²

واستدل القائلون بجواز الفحص الطبي قبل الزواج بما يلي:

1-1- قد اتفقت الأمة، بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علمت ملأمتها للشريعة بمجموعة أدلة لا تنحصر في باب واحد ...³

فحفظ النسل من الركائز الأساسية في الحياة، ومن أسباب عمارة الأرض، وفيه تكمن قوة الأمم، وبه تكون مرهوبة الجانب، عزيزة القدر تحمي أديانها، وتحفظ نفوسها، وتصون أعراضها وأموالها.⁴

والإسلام قد عني بحماية النسل ودعا إلى تكثيره، ومنع كل ما من شأنه أن يقف في طريق سلامته أو إيجاده، ومن أهم وسائل المحافظة على النسل؛ إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، فالتعرف على أنواع الأمراض ومدى خطورتها على حياة الإنسان، وما له تأثير على الذرية، وفي نشأة نسل مصاب بالأمراض الخطيرة أو بالتشوه الخلقي أو التخلف العقلي، مما تنشأ عنه مآس اجتماعية، وركض إلى المراكز الطبية لإسقاط الجنين والتخلص منه، أو المعالجة غير المجدية بعد الولادة أو إدخال الطفل إلى مراكز المعوقين التدريبية على خدمة نفسه في

¹ محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص334.

² البار محمد علي، مرجع سابق، ص35-36.

³ الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله دراز، حقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، ب. ن، 1418 هـ - 1984 م، 325.

⁴ الصالح محمد أحمد، منهج الإسلام في الأخذ بالأسباب لإقامة الأسرة الراشدة، مجلة الأمن والحياة، العدد: 226، ربيع الأول 1422 هـ، ص47.

قضاء حاجته أو تناول طعامه وتغيير ثيابه، دون أن يكون له نفع لأسرته ولجتمعه، بل هو عالة عليهم.¹

إن مثل هذه الحالة تدعو إلى التفكير في حسم هذه الحالات، ومنع وقوعها في المجتمع، وذلك بإجراء الكشف الطبي على الزوجين قبل الزواج.²

1-2- استدلو على جواز الفحص الطبي قبل الزواج بجملة من الأحاديث النبوية الشريفة منها:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « لا عَدْوَى ولا طَيْرَةَ، ولا هَامَةً ولا صَفَرَ، وَفِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ كما تَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ. »³

- عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: « لَا تُورِدُوا الْمُمْرِضَ عَلَى الْمُصِحِّ »⁴

ووجه الاستدلال من الحديثين:

أن هذه الأحاديث تشير إلى الحذر من العدوى، والجذام وغيرهما ولا يعلم ذلك إلا عن طريق الفحص الطبي.

هذا وقد حث الإسلام على الزواج، وحرص على توصية الزوجين باختيار الأحسن والأصلح لتحقيق مقصود الزواج؛ وهو المحافظة على النسل إيجاباً وإبقاء، وشرع من الأحكام ما يحقق ذلك مثل أن لا يكون أحد الزوجين مصاباً بمرض من الأمراض المعدية أو الوراثية حتى لا ينتقل ذلك إلى الأبناء، أما كيفية معرفة إصابة أحد الزوجين بمرض من الأمراض فبإجراء الفحص قبل الزواج.⁵

¹ الصالح محمد أحمد، مرجع سابق، ص74

² المرجع نفسه والصفحة.

³ أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، باب: الجذام، ج7، ص126.

⁴ أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، باب: لا همة، ج4، ص28.

⁵ الصالح محمد أحمد، مرجع سابق، ص47.

1-3- استدلو بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"¹ ووجه الاستشهاد بهذه القاعدة على جواز الفحص الطبي قبل الزواج؛ أن هناك من الأمراض المخيفة التي يخشى على الزوجين منها، والإقدام على الزواج دون علم؛ فإذا علم أن الرجل أو المرأة مصاب بمرض من الأمراض المزمنة والخطيرة أو السارية بالوراثة فإن معرفة تلك الأمراض المعدية والوراثية فيه من الضرر الكبير الذي يهدد كيان الأسرة، ينبغي أن يمتنع زواج أحدهما من الآخر، دفعاً للضرر.²

1-4- الفحص الطبي قبل الزواج يقي من المشاكل الصحية؛ فأكثر ما يضعف الأسرة إصابتها بالأمراض أو أي نوع من الإعاقة البدنية أو تدني المستوى الصحي، ولذلك فإن فحص المقبلين على الزواج يأتي من منطلق تكوين أسرة تتمتع بصحة جيدة، وخالية من أي أمراض تعوق أداءها لدورها في المجتمع.³

فالأسرة هي اللبنة الأولى في بناء الأمة، ولكي يكون بناؤها قوياً فلا بد أن تكون وحداتها ومكوناتها قوية وخالية من أسباب الضعف والمرض، فالفحص الطبي قبل الزواج يحقق حماية الأسرة من الأمراض البيئية الوراثية فضلاً عن أنه يحقق الاطمئنان على صحة الراغبين في الزواج وخلوهم من الأمراض، وكذلك حمايتهم من الأمراض المعدية التي تنتقل من أحد الطرفين للآخر، وحماية ذريتهم من الأمراض التي تنتقل بالوراثة مع تقديم النصح والمشورة الطبية فيما يتعلق بالوقاية أو العلاج في مثل هذه الحالات.⁴

2- الفريق الثاني: إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج:

يرون بإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، ويمثل هؤلاء: الدكتور محمد بن أحمد الصالح

¹ السيوطي(911هـ)، الأشباه والنظائر، ط، 1 دار الكتب العلمية، لبنان، 1411هـ-1999م، ج1، ص7.

² الصالح محمد أحمد، مرجع سابق، ص47.

³ شاهين وائل، الفحص قبل الزواج يقي من المشاكل الصحية، مجلة: الاقتصاد الإسلامي العالمية، دبي، جمادى الآخر- 1415هـ/ديسمبر 1994، العدد 163، ص65.

⁴ شاهين وائل، مرجع سابق، ص67.

والدكتور وليد بن مساعد الطببائي¹ وعكاشة الطيبي² والدكتور محسن الحازمي³ والشيخ محمد بن إبراهيم شقرة⁴ وغيرهم.

واستدل القائلون بوجوب وإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج بما يلي:

1-2 قالوا إن النظر في قواعد الشريعة الإسلامية وأصولها ومبادئها العامة يؤيد إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ووجوبه، ومن هذه الأسس والقواعد:

2-1-1 قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"⁵:

ووجه الاستشهاد بهذه القاعدة على إلزامية الفحص قبل الزواج:

أن فعل الإمام فيما يتعلق بالأمور العامة لا بد وأن يكون موافقاً للشرع بألا يخالف نصوصه، ولا القواعد الكلية والمبادئ العامة، وتعد هذه القضية من المصالح التي يناط القرار فيها بالإمام، لأن إجراء منع الزواج قبل إجراء الزوجين الفحص الطبي عليهما، يعد من المصالح القائمة على منع الفساد، إذ فيه حماية الزوجين أنفسهما من انتقال بعض الأمراض كالأمراض الجنسية، أو مرض نقص المناعة وهذا فيه حماية للمجتمع من جيل معوق ومتخلف ومريض يرهق كاهل الدولة وأهله بالنفقات من غير أن يترتب على مثل هذه النفقات عودة الوليد إلى الحياة العادية ... لكن هذه المصلحة لا تعد مصدراً للتشريع ما لم تتوفر فيها شروط العمل بها، ومنها ما يأتي:⁶

- أن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة الإسلامية.
- أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة وليست شخصية.
- ألا تعارض نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع.
- أن يكون العمل بها في غير الأمور التعبدية، بل في ما عقل معناه من العادات ونحوها.⁷

¹ الطببائي وليد، دور الزواج في الوقاية من مرض الإيدز، ندوة: رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز، المنعقدة في الكويت، 1414هـ، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص292.

² الطيبي عكاشة عبد المنان، الزواج المثالي، ط1، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة- مصر، 1993م، ص93.

³ الشهري سلمان، عش الزوجية، ط1، دار طويق للنشر والتوزيع الرياض، ب. ت، ص74.

⁴ الطببائي وليد، مرجع سابق، ص292.

⁵ السيوطي، مرجع سابق، ج1، ص121.

⁶ أنظر: الصالح محمد، مرجع سابق، ص47-48.

⁷ أنظر: الشاطبي، الاعتصام، مرجع سابق، ج2، ص124-125..

2-1-2- قاعدة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"¹

فالضرر يدفع بقدر الإمكان، فإن أمكن دفعه بالكلية فيها، وإلا فبقدر ما يمكن، وهذه القاعدة من القواعد المتفرعة على قاعدة "الضرر يزال" المبنية على قول النبي ﷺ «لا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ».²

ومن هنا تأتي المصلحة في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج اعتماداً على قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، فعن طريق الكشف الطبي الدقيق من الممكن التحقق في أن الشخصين الراغبين في الزواج سليمان، أو أنهما مصابان ومريضان، وأنه سيترتب على زواجهما تعرضهما، أو تعرض أحدهما إلى انتقال مرض خطير إليه كمرض نقص المناعة المكتسبة مثلاً، أو أن زواجهما سينتج عنه تشوه في الوليد، أو مرض ينغص عليه حياته وحياته أبويه، فإذا تحققنا من وجود الأمراض الخطيرة فيهما - وتحديد خطورة المرض منوط بالأطباء - أصبح منع زواجهما مما يحقق مصلحة لهما وللمجتمع أيضاً، وحيث أن هذا الأمر لا يعلم إلا بعد الفحص الطبي، فإن الإقدام على الزواج من دون هذا الفحص يعد مغامرة، وتعرضاً للزوجين والذرية والمجتمع.³

2-2- واستدلوا أيضاً بالأحاديث النبوية السابقة الذكر، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال:

« لا عَدُوًى وَلَا طِيْرَةَ، وَلَا هَامَةً وَلَا صَفَرَ، وَفَرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا تَفَرُّ مِنَ الْأَسَدِ » وقوله أيضاً في حديث آخر: « لَا تُورِدُوا الْمُمرِضَ عَلَى الْمُصِحِّ ».⁴

يقول الشيخ الاستانبولي بعد ذكر هذه الأحاديث: " يشير هذان الحديثان الشريفان الصحيحان إلى الحذر من العدوى.⁵

¹ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص 207.

² أخرجه: ابن ماجه (ت: 273هـ)، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، باب: من بني في حقه ما يضر بجاره، ج2، ص 784. قال السيوطي في الجامع الصغير حديث رقم 9880، والألباني في حقوق النساء في الإسلام، ص 67، وغيرهم حسن لتعدد طرقه.

³ الصالح محمد، مرجع سابق، ص 48.

⁴ سبق تخريجه.

⁵ محمد مهدي الاستانبولي، تحفة العروس (الزواج الإسلامي السعيد)، ط2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ب. ن، ص 55.

وقد سنت أكثر الحكومات الحديثة القوانين في وجوب الفحص الطبي قبل الزواج، وكان السبق للإسلام في هذا التوجيه، غير أن هذا الاختبار الطبي أصبح يتساهل فيه أكثر الأطباء، ويتهرب منه الزوجان مما قد يسبب لهما ولأولادهما نتائج سيئة، هذا ومن واجب كل من الزوجين الديني عدم الإقبال على الزواج إذا كانا مصابين بمرض سار¹، وقد جاء في الحديث الصحيح: «لَا يُؤْمَنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ»²

قال وجيه زين العابدين: " أفهم من حديث «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»³ أنه لتحري المرأة الصالحة، ودفع الضرر عنها، وعن الرجل يجوز بل يجب أن يكون في النظام الإسلامي فحص الزوجين قبل الزواج، خاصة لمعرفة الولود من النساء، وكذلك لفحص الرجل من المرض المعدي، ومن ناحية العفة أو العقم أو الجنون ... هذا وإن هناك تحاليل ضرورية، لا بد للخطيبين من إجرائها لهما قبل الزواج، والهدف واضح؛ الاطمئنان والتأكد من كل شيء من أجل معرفة أوجه القصور والضعف ومحاولة علاجهما"⁴

وهكذا نجد أن الغالبية العظمى من العلماء المعاصرين يرون أهمية الفحص الطبي قبل الزواج، بل أن بعضهم يرى وجوب الفحص قبل الزواج، وقد سقنا العديد من أدلتهم على سبيل المثال لا الحصر.⁵

3- القول المختار في مسألة الفحص قبل الزواج:

للفصل في هذا الخلاف حول هذه المسألة، وبعد عرض الأدلة والأخذ والرد والتأمل فيما تتضمنه، وبالرجوع إلى ما كتبه أهل العلم والاختصاص في هذه المسألة نجد أنها من المسائل الاجتهادية المستجدة التي لم يرد فيها نص صريح، والذي أميل إليه هو:⁶

¹ محمد مهدي الاستانبولي، مرجع سابق، ص 47.

² أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، باب: من الإيمان يجب لأخيه ما يجب لنفسه، ج 4، ص 28.

³ سبق تخريجه.

⁴ أنظر: الطببائي وليد، مرجع سابق، ص 221.

⁵ المرجع نفسه والصفحة.

⁶ أنظر: مصلح عبد الحي النجار، مرجع سابق، ص 1155.

إخضاع مسألة الفحص قبل الزواج وإدراجها ضمن باب السياسة الشرعية، فمن أبرز مجالاتها؛ الأحكام الاجتهادية فيما لا نص فيه وهي أحكام الوقائع التي لا يوجد لها دليل خاص صريح في القرآن أو السنة.

ويمكن تفصيل ذلك بما يلي:

3-1- في حالة انتشار الأمراض الوراثية والمعدية في بلد معين، وكان الزواج من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انتشار تلك الأمراض، فإن لولي الأمر التدخل في ذلك، من باب السياسة الشرعية وله أن يجعل الفحص الطبي قبل الزواج إلزامياً، وذلك لوقاية أفراد المجتمع من الأمراض المستعصية.¹

3-2- وأما في الأحوال العادية، التي لا يكون فيها الزواج سبباً لانتشار الأمراض الوراثية والمعدية؛ فإنه من غير اللائق أن يجبر الناس على مثل هذا الإجراء.²

وعليه فقد حرصت التشريعات الوضعية على تقنين نصوص قانونية تلزم المقبلين على الزواج بهذا الإجراء، ومنهم المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري نص خاص بالحالة الصحية للزوجين، كما أن توفر المترشحين على صحة جيدة لا يعتبر شرطاً من شروط صحة الزواج، ووفقاً لنص المادة 9 مكرر من ق أ ج المعدل، أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية قبل الزواج إلزامياً بالنسبة لكل من أراد أن يتزوج.

وعليه قسمت هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول تكلمت فيه عن كيفية تنظيم المشرع الشهادة الطبية في القانون الجزائري والفرع الثاني تناولت فيه شروطه.

الفرع الأول: تنظيم الشهادة الطبية في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر المضافة بالأمر 02/05 على إلزامية الإدلاء بالشهادة الطبية لكل مترشح للزواج لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر، تثبت خضوعه

¹ أنظر: مصلح عبد الحي النجار، مرجع سابق، ص 1155.

² المرجع نفسه ص 1157.

للفحوصات الطبية قصد الزواج¹، وإنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونا²، ومن ثم يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد، من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقده.³

هذا ولا يمكن للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المذكورة إلا بعد اطلاعه على نتائج التحليلات والفحوص التي قام بها المعني بالأمر والمتمثلة في الفحص العيادي الشامل وتحليل فصيلة الدم⁴، وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح عن المعني بإجراء فحوصات إضافية للكشف عن الأمراض الوراثية والعائلية والأمراض المعدية، والخطورة التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الذرية⁵، وإخضاع النساء اللواتي لازلنا في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بمرض الحميراء وفحص فصيلة الدم.⁶

وينص القانون على أن الطبيب يبلغ المعني بالأمر بنتائج الفحوصات، وإعلامه بمخاطر الأمراض الوراثية أو المعدية إن وجدت ومخاطر العدوة منها⁷، وهكذا يكون المعني على علم بما أصابه أو بما سيصيب قرينه أو ذريته، وبالتالي يقرر إما العدول عن الزواج أو أن يتزوج رغم إصابته بأمراض معدية أو خطيرة، ويتحمل عندئذ المسؤولية الكاملة، ومن ثم فإنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين.⁸

¹ المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 06/154 المؤرخ في 11/06/2006، يحد الشروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد: 31، الصادر في 11/06/2006.

² المادة (6) من نفس المرسوم.

³ أنظر: المادة (7/1 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ انظر: المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 06/154.

⁵ أنظر: المادة (4) من نفس المرسوم.

⁶ نموذج الشهادة الطبية قبل الزواج في ملاحق المرسوم المذكور.

⁷ المادتان: (2/4 و5) من المرسوم التنفيذي رقم 06/154.

⁸ المادة (2/7) من المرسوم التنفيذي المذكور.

والملاحظ من أحكام القانون الجزائري المنظم للشهادة الطبية قبل الزواج أن دورها وقائي لا غير وذلك لحماية القرين والأبناء من الأمراض الوراثية أو المعدية التي تحول بينه وبين القيام بواجباته الزوجية¹، ورغم التنصيص على الزاميتها في المادة 7 مكرر من ق أ ج والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 فإنها ليست شرطا من شروط الانعقاد طبقا لأحكام المادة 9 مكرر من ق أ ج².

فالزواج المبرم بدون هذه الشهادة لا يعتبر باطلا، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب والأمراض طبقا لنص المادة 48 من ق أ ج أو التطليق للعيوب أو الأمراض طبقا لنص المادة 2/53، كما أنه يجوز له طلب فسخ الزواج بسبب الغلط في الصفة الجوهرية من صفات الشخص المادة 9 و33 من ق أ ج و المادة 82 من ق م ج³، وهذا على اعتبار أن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيس للتعاقد في عقد الزواج⁴، كما أن إخفاء عيوب وتشوهات وأمراض الأجهزة التناسلية كالعجز الجنسي يخول للزوجة حق التطليق ويستجاب لطلبها بدون تأجيل⁵ طبقا لنص المادتين 4 و2/53 ق أ ج⁶.

الفرع الثاني: شروط الفحص الطبي قبل الزواج:

عند استقراء المواد من المادة 2 إلى المادة 7 من قانون رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر⁷، نجد أن المشرع قد وضع شروطا خاصة للمقبلين على الزواج وشروطا بالنسبة للطبيب وكذلك شروطا أخرى بالنسبة لضابط الحالة المدنية أو

¹ بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 137.

² المحكمة العليا، غ أ ش، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م . ق 1996، عدد 2، ص 69.

³ المحكمة العليا: غ أ ش، 1999/02/16، ملف رقم 213571، إ ق غ أ ش عدد خاص ص 119.

⁴ المحكمة العليا، غ أ ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م ق 1995، العدد 2، ص 92.

⁵ تشوار الجيلاي، مرجع سابق، ص 148-149.

⁶ المحكمة العليا، غ أ ش، 2001/07/18، م ق 2003، العدد 1، ص 349.

⁷ المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 06/06/2006، يحد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادر في 2006/06/11.

الموثق.¹

أولاً: الشروط الخاصة بالأطراف:

- بعد الرجوع إلى المواد 2-3 من المرسوم السالف الذكر نجد أن الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المقبلين على إجراء الفحص الطبي هي:
- 1- الحضور الشخصي لمركز إجراء الفحص الطبي.
 - 2- حضور الشخص وهو صائم من أجل السير الصحيح لعملية الفحص.
 - 3- إحضار الوثيقة المحررة رسمياً من أجل القيام بالفحص الطبي والمقدمة من طرف ضابط الحالة المدنية.

-إحضار بعض الوثائق المتعلقة بمركز الفحص والمتمثلة في " صورة شمسية، صورة طبق الأصل من بطاقة التعريف الوطنية وبطاقة الزمرة الدموية.²

ثانياً : الشروط الخاصة بالطبيب:

الفحص الطبي هو بداية عمل الطبيب ويتمثل في فحص المريض لملاحظة العلامات والدلائل السريرية، لذلك وجب توافر شروط في الطبيب أو معاونيه مشغل أجهزة التصوير الطبي أو المخبري وغيرهم أن يكونوا مؤهلين في العمل الذي يقومون به فيحرم الإقدام على ذلك من الجاهل ولو كان متخصصاً في مجال طبي آخر، كما يحرم على الطبيب أن يحيل المريض إلى غير مؤهل مع علمه بعدم أهليته وتحمل المؤسسات العمومية الاستشفائية المسؤولية الكاملة للأشخاص الذين تم تنصيبهم للقيام بهذه المهام.³

وبالرجوع إلى نص المواد 2-3-5 من المرسوم التنفيذي 154 /06 فقد حددت بعض الشروط للطبيب:

- 1- أن يسلم الشهادة وفق النموذج المطلوب في المرسوم التنفيذي والتي يقدمها ضابط الحالة المدنية.
- 2- عدم تسلم الشهادة الطبية إلا بناء على نتائج فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم.

¹ تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص149.

² المرجع نفسه والصفحة.

³ صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج- دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص115.

- 3- إعلام الأطراف بأخطار العدوى للأمراض التي سيجرى عليها الفحص.
- 4- إبلاغ الشخص الذي قام بالفحص بالملاحظات والنتائج التي تم إجراؤها بطريقة لطيفة في حالة إذا كانت النتائج سلبية.
- 5- تسليم الشهادة للمعني.¹

ثالثا: الشروط الخاصة بضابط الحالة المدنية والموثق:

- وبالرجوع إلى المواد 4 و6 و7 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 7 مكرر من ق أ ج، حددت الشروط التي ينبغي على ضابط الحالة المدنية أو الموثق الالتزام بها وإلا تعرض لجزاءات المسؤولية التقصيرية، وتتمثل فيما يلي:
- 1- لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يعقد الزواج إلا إذا تأكد أن الطرفين قد قاما بإحضار الشهادة الطبية.²
 - 2- يجب أن يتأكد من أن الشهادة لا تقل على 3 أشهر و هي كفيلة بتغير حالة الإنسان من حالة إلى أخرى وذلك حسب المعلومات الطبية.
 - 3- التأكد من سماع الطرفين في نفس الوقت يعني في نفس المجلس على نتائج الفحص الطبي وهذا فيه جانب ايجابي إذ يخشى إخفاء أحد طرفي العلاقة نتائج الفحص وهذا ما يؤدي إلى حصول إضرار بعد الزواج.
 - 4- لا يجوز لضابط الحالة المدنية الامتناع عن إبرام عقد الزواج في حالة إصرار الطرفين على الزواج رغم وجود عيوب طبية.³

رابعا: الشروط الخاصة بالشهادة الطبية:

- تحتل المحررات الرسمية الصادرة عن أي سلطة من سلطات الدولة بأهمية كبيرة، حيث خصص المشرع للشهادة الطبية إطارا قانونيا معيناً من حيث استعمالها وكيفية تقديمها ومدى حجيتها لذلك خصص لها شروطا خاصة تتمثل فيما يلي:
- 1- أن تقدم لضابط الحالة المدنية أو الموثق من طرف المقبلين على الزواج .
 - 2- أن تكون وفق النموذج المقرر في المرسوم التنفيذي رقم 154 / 06.

¹ صفوان محمد عضيات، مرجع سابق، ص 116.

² المرسوم التنفيذي رقم 154 / 06 المؤرخ في 2006/06/11، يحدد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر.

³ المرجع نفسه.

3- أن لا يقل تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر.

4- أن لا تسلم هذه الشهادة من قبل الطبيب إلا بناء على نتائج الفحص.

5- أن يكون التسليم للمعني فقط دون غيره من أجل الاستماع للنتائج هذه الفحوصات من قبل الطبيب الذي يملك الطريقة الصحيحة في إبصارها دون غيره.¹

خامساً: نطاق إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

ينقسم نطاق إجراء الفحص الطبي قبل الزواج إلى نطاق زمني والآخر مكاني:

1- النطاق الزمني (وقت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج):

إن الوقت الذي تجري فيه الفحوصات الطبية كان محل نقاش التشريعات التي نصت عليه وفي تقديرها أن يكون وقت إجراء الفحص للعازمين على الزواج؛ بعد العزم على النكاح وقبل الإعلان وإشهار الخطبة، ذلك أن إجراء الفحص بعد الخطبة قد يؤدي إلى التفرقة بينهما إذا ظهر في أحدهما أنه يحمل مرضاً وراثياً ينتقل إلى الذرية فيتم النفور من الشخص المريض ويتأخر زواجه في حين إذا تم قبل الإشهار وإعلان الخطبة يستطيع المريض أن يتدارك الأمر، فيحفظ سره ويسعى إلى العلاج.²

ومنهم من يرى أنه عادة يكون عند اقتراب موعد الزواج، إلا أن هذا التوقيت لا يفسح المجال للالتزام بتلك النتائج إذا كانت سلبية، فيؤخر زواجه أو يتراجع عنه لذا فمن المستحسن أن يتدخل التشريع لدفع المقبلين على الزواج بالتوجه إلى إجراء الفحص الطبي المبكر³، ومنهم من يرى أنه لا يشكل عائقاً من حيث التوقيت المهم ترخيص فكرة القيام به لدى الخاطبين، وحتى لا تكون هناك تأويلات إذا قام به الرجل والمرأة قبل زمن الخطبة، حتى تتم المحافظة على حرمة وشرف المخطوبة.⁴

¹ المرسوم التنفيذي رقم 154/06، مرجع سابق.

² فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيداً ومقاصداً دراسة مقارنة، ط1، دار النفائس الأردن، 2011م، ص 184.

³ ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، كلية الشريعة جامعة مؤتة الأردن، جامعة دمشق، المجلد 17، العدد: 1، 2001م، ص 286.

⁴ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به- دراسة مقارنة- ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008م، ص 108.

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي أوجب إجراء الفحص الطبي قبل إبرام عقد الزواج، حيث اشترط على طالبي الزواج تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر ممتدة إلى يوم إبرام العقد المدني للزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وتثبت هذه الشهادة خضوعهما للفحوصات الطبية وهذا حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 154 / 06 الذي يحدد شروط و كفاءات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون الأسرة المعدل لسنة 2005م.¹

2- مكان إجراء الفحص الطبي قبل الزواج (النطاق المكاني):

تجرى الفحوصات الطبية السابقة للزواج في الهياكل الصحية الطبية سواء أكانت عمومية أو خاصة، فالراغبون في الزواج يتقدمون للأطباء للحصول على هذه الشهادة بعد خضوعهم لفحوصات وتحاليل طبية، وقد تجرى في مراكز عامة غالبا كالمؤسسات العمومية الصحية التابعة للدولة وعلى سبيل المثال نجد في الجزائر مثلا المراكز الاستشفائية الجامعية والمؤسسات الاستشفائية العمومية، المؤسسات العمومية للصحة الجوارية...، حيث يخضعون إلى التحاليل الطبية المتاحة بذات المؤسسة العمومية لتحليل فصيلة الدم وفقا لنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 154 / 06 حيث نصت على: " ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة والعمل ولا سيما عن طريق ما يلي:

2-1- تطوير الوقاية.

2-2- توفير العلاج الذي يتماشى مع حاجيات السكان.

2-3- أسبقية الحماية الصحية لمجموعات السكان المعرضة للأخطار..."²

وعليه فإنه لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية إلا بناء على نتائج فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم .

فالمؤسسات العمومية هي المكان المخصص لإجراء هذه الفحوصات خاصة في الجزائر فالدولة تسهر على ضمان توفير هذه الخدمة الصحية في مختلف مؤسساتها وهيكلها؛

¹ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 292.

² المادة (3) من المرسوم التنفيذي رقم 154 / 06، ص 3.

فالققطاع العمومي هو الفضاء الأساسي الذي يوفر هذه الخدمات الصحية طبقا لنص المادة 20 من قانون 85/05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها حيث نصت على أنه: "يعد القطاع العمومي الإطار الأساسي الذي يوفر مجانية العلاج طبقا للمادة 67 من الدستور".¹ ، كما يمكن استصدار هذه الشهادة لدى القطاع الخاص والتي بموجبها يتمكن الطبيب من معرفة مدى خلو الطرفين من الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقا لنص المادة 208 من قانون رقم 85/05 حيث نصت على أنه: "تؤدي أعمال الصحة التي تمارس في نطاق القطاع الخاص في عيادات جراحة الأسنان وصيديات وعيادات الفحص الطبي والعلاج ومخابر التحاليل الطبية..."²

فالمرشح الجزائري لم يحصر المكان الذي تجري فيه الفحوصات الطبية ومثال على ذلك مخابر التحاليل الطبية التي يشرف عليها الأطباء سواء كانوا عامين أو متخصصين تهيئنا لهذا الغرض.

سادسا: عدم إجراء الفحص الطبي قبل الزواج وأثره على العقد:

في حالة عدم إقبال المقبلين على الزواج على هذا الإجراء وذلك بغية الحصول على شهادات طبية يقدمونها للجهات المختصة لإبرام عقد الزواج، فإننا نكون بين حالتين:

أ-عدم إبرام وتسجيل عقد الزواج قبل الدخول:

في حالة غياب الشهادة الطبية للمقبلين على الزواج، يمنع على الجهات المختصة إبرام وتسجيل عقد الزواج؛ فالمنع يقع على عاتق الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وفي حالة إبرام العقد وتسجيله دون شهادة طبية المنصوص عليها قانونا يتعرضان للجزاء العقابي والإداري³ ، وقد يتابعان جزائيا في حالة إخلالهما بتطبيق الإجراءات المتعلقة بإبرام عقد الزواج. وعليه فالواجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من توفر ما يطلبه القانون حينها يباشر تحرير وتسجيل العقد، أو يرفض في حالة ظهور شيء خلاف ذلك.⁴

¹ المادة (20) من المرسوم التنفيذي رقم 06 / 154، ص4.

² المادة (208) من المرسوم التنفيذي رقم 06 / 154، ص22.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص53.

⁴ المرجع نفسه، ص55.

ب- بقاء العقد صحيحا إذا تم الدخول:

في حالة الإقدام على الزواج في ظل توفر شروطه وأركانه الشرعية فهو زواج صحيح شرعا أو ما نسميه بالزواج العرفي، غير أنه ينبغي إتباع إجراءات معينة لإثباته، حفاظا على مصالح الزوجين والنسل مستقبلا، وفي ظل غياب جزاء صريح من المشرع في هذا الصدد يبقى التحايل قائما والفرصة سانحة أمام المقبلين على الزواج للتهرب من نتائج الفحص الطبي، وبالتالي فتح المجال أمام التدليس والغش والتزوير عند إنشاء هذه الرابطة العقدية وخصوصا أن المشرع ما زال يعترف بالزواج العرفي.¹

وعليه يرى بعض الفقهاء أنه يستحسن تقرير جزاء ليكون غرامة مثلا أو نحوها لحماية العقد، والمشرع الجزائري رتب عقوبة مالية في هذا الشأن غير أنها غرامة زهيدة قدرها 200 دينار جزائري، فهي غير رادعة.²

المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الاسرة الجزائري.

لا يوجد على المستوى الدولي - في الاتفاقيات الدولية - ما يلزم المخطوبين المقبلين على الزواج على إجراء الفحص الطبي بصفة صريحة، غير أنه وبصفة ضمنية يمكن أن نستخلص بعض المبادئ والأحكام العامة، وبعض التوصيات التي تنطوي تحت هذه المسألة، من خلال استقراء الإعلانات العالمية، والعهد والاتفاقيات الدولية.

حيث اعتبرت الاستشارة الدولية الأولى حول السيدا " VIH/SIDA " وحقوق الإنسان المنظم من قبل مركز حقوق الإنسان بجنيف من 26 إلى 28 جويلية 1989، أن كل سياسة تفرض كشفا عن الإصابة بفيروس فقدان المناعة المكتسبة قبل الزواج، يعتبر إجراء لا يتعارض مع جوهر الحق في الزواج، كما هو مضمون ومقرر في المواثيق الدولية لحقوق

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 140.

² على محي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة - دراسة طبية فقهية مقارنة، ط3، شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2008، ص 288.

الإنسان.¹

وعليه قسمت هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول منها تناولت فيه الفحص الطبي في الاتفاقيات الدولية، والثاني خصصته لذكر آثار الاتفاقيات الدولية على تقنين الفحص الطبي قبل الزواج.

الفرع الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في الاتفاقيات الدولية:

أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

لم يُصدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصاً صريحاً حول مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، إلا ما استنتج من بعض النصوص التي كُرسَتْ لفائدة الأسرة كالفقرة الثالثة من المادة 16 من هذا الإعلان والتي جاء فيها: " الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة."²، ومعناه أن الأسرة يبدأ تكوينها باقتران الزوجين وإنجاب ذرية، وعلى جميع المجتمعات والدول أن يوفرُوا الحماية والإجراءات اللازمة في هذا الصدد، كما نجد أيضاً في الفقرة الأولى من المادة 25 من هذا الإعلان نص على أنه: " لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته ويتضمن ذلك التغذية والمأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة..."³

فالمحافظة على الصحة والعناية الطبية هي من المبادئ والأحكام العامة البارزة في شكل حقوق كرسها هذا الإعلان، فهي تتخذ مدلولاً عاماً يندرج ضمنها إجراء المقبلين على الزواج لفحص طبي يكشف عن بعض الأعراض والأمراض، وذلك تفادياً لعنصر المفاجئة مستقبلاً.

¹ Haut-commissariat des nations unies aux droits de l'homme et programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA, p 53, para 96.
<https://www.google.com/search>

تم التصفح يوم: 2022/01/30 على الساعة 16:43.

² سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي 3 حقوق الإنسان، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010، ص13.

³ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على موقع: www.oic-iphrc.org/ar/data/docs/legal

تم التصفح: 2022/01/30، على الساعة: 20:10.

ثانيا: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

لم يتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية نصا واضحا وصريحا كذلك حول الفحص الطبي قبل الزواج، إلا أنه بالبحث في بعض بنوده المكرسة لحقوق الأشخاص الطبيعية، بدأ بحقوق أفراد الأسرة، حيث نصت المادة 23 / 1 و 2 معا على أنها: " الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة، ويكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج حق المعرفة به في التزويج وتأسيس أسرة..."¹ هذا النص جاء بنفس المقاصد التي جاء بها النص السالف الذكر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث اعتبر أن حماية أفراد الأسرة بما فيهم الزوجين من واجبات أي دولة أو مجتمع، والفحص الطبي قبل الزواج هو إجراء يندرج ضمن نطاق الواجبات، وعلى وجه الخصوص تحقيق الحماية الصحية للأسرة.

ومن جهة أخرى أشار هذا النص إلى حق الرجل والمرأة على حد سواء في تكوين أسرة عند بلوغهم سن الزواج، وأن فكرة الفحص الطبي قبل الزواج يمكن إدراجها ضمن متطلبات تكوين هذه الأسرة، فعند الرغبة في الزواج وإبرام عقده يصبح ضروريا بالنسبة لطرفي العقد أن يخضعا لفحص طبي خاص، ينتهي بمنحهما إشاراتا طبيا يضاف إلى باقي الوثائق اللازمة لإبرام عقد الزواج لدى الجهات المؤهلة لذلك قانونا.²

وعليه فإن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يكرس حقوقا هامة تكتسي طابعا مدنيا وسياسيا، ومن ضمن هذه الحقوق حق تمتع الأسرة بالحماية اللازمة وعلى رأسها الحماية الصحية والتي يتفرع عنها الفحص الطبي قبل الزواج، كما أنه يملك كل من الرجل والمرأة الحق في تأسيس أسرة يستتبع المرور على هذه الإجراءات التي نصت عليها أغلب تشريعات الدول.

www.nhrc-qaorg/wp-cont/uploads

¹ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

2014/01/، تم التصفح على موقع الانترنت: يوم 2022/01/31، على الساعة: 21:00 .

² علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2012-2013، ص181.

ثالثا: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية:

لم ينص هذا العهد أيضا صراحة على مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، لكن بالرجوع لبعض نصوصه، نجده قد أحاط الأسرة بأحكام ومبادئ تهدف إلى تحقيق الحماية الصحية اللازمة لها، حيث جاء في نص المادة 10 منه على أنه: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي:

أ- وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطوال نفوذها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيّلهم، ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين رضاء لا إكراه فيه"¹. ونصت أيضا المادة 12 من نفس العهد على أنه: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق

1 - كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه.
2 - تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل:

- العمل على خفض معدل موتى المواليد ومعدل وفيات الرضع وتأمين نمو الطفل نمو صحيا
- تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية.
- الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها.
- تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات والعناية الطبية للجميع في حالة المرض.

هاذان النصان فيهما إشارة توحى في بعض العبارات بفكرة الفحص الطبي قبل الزواج، وبالتحديد عند الإشارة إلى الوقاية والعلاج من جميع الأمراض والعلل، وهو ما يضمن بشكل نهائي دوام الرابطة الزوجية على أن تبني الدول سياسة الارتقاء الصحي، والذي سينعكس إيجابيا على تماسك الأسرة²، ويضاف إلى ذلك عبارة "تقر الدول الأطراف في هذا العهد وجوب منح الأسرة أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة

www.nhrc-qaorg/wp-cont/uploads

¹ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية

2014/01، على موقع الأنترانت، تم التصفح يوم: 2021/08/29، على الساعة: 21:30.

² بسام أحمد شهاب، عيوب الزواج وأثاره على في تقويض الروابط الزوجية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت عدد3، 2009، ص410.

ووجوب توفير الحماية الخاصة للأمهات." الواردة في المادة 10، ومعناه أن أي دولة طرف في هذا العهد تلتزم باتخاذ كل ما من شأنه أن يحقق هذا الهدف.

وعليه يمكن لكل مقبل على الزواج أن يستعلم عن حالة الطرف الآخر بواسطة الفحص الطبي، وكذلك عبارة " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان بالتمتع بأعلى مستوى الصحة الجسمية والعقلية، وعلى الدولة أن تلتزم باتخاذ التدابير اللازمة لممارسة هذا الحق وذلك بهدف تخفيض معدل الوفيات لدى المواليد، وتحسين سبل الصحة، والوقاية من الأمراض وعلاجها، ومكافحتها وتأمين الخدمات الطبية الواردة في المادة 12 من نفس العهد؛ فالدول تضطلع باتخاذ التدابير اللازمة لحفظ صحة الفرد وحمايتها من مختلف الأمراض، وأن إجراء الفحص الطبي هو جزء من هذا الإجراء.¹

رابعا: منظمة الصحة العالمية:

لم يصدر عن هذه المنظمة نص خاص بالفحص الطبي قبل الزواج، باعتبارها وكالة دولية مختصة ومسؤولة عن الصحة في العالم، غير أنه باستقراء أهدافها نجدها ترمي إلى ضمان الأمن الصحي العالمي، من خلال كشف المستجندات والنوازل المحدقة بالصحة العامة، ومكافحة الأمراض المزمنة والفتاكة كفيروس فقدان المناعة.²

وتعمل هذه المنظمة بشكل عام من أجل حصول جميع الشعوب على أعلى درجات الصحة الجسدية والعقلية والاجتماعية، والتعاون العلمي في المجال الطبي، ولا يقتصر مهامها على هذا الشيء فقط بل يتعداه إلى الإرشاد ووضع معايير عالمية، والتعاون مع الحكومات الوطنية لدعم برامج الصحة فيها ونقل التكنولوجيا الصحية إليها.³

خامسا: منظمة التعاون الإسلامي:

هناك الكثير من المنظمات والمواثيق والمجالس الإسلامية التي تراعي حقوق الإنسان، وتعنى بالرعاية الصحية للأفراد والأسر، وذلك من خلال البحث في أهدافها التي أسست من أجلها، ومن أهم المسائل التي اهتمت بها مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، وعلى رأسها

¹ أنظر: علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 181-182.

² منظمة الصحة العالمية على موقع <https://www.who.int/ar>

تم التصفح على الأنترنت، يوم: 2022/03/12، على الساعة: 23:00.

³ أنظر: علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 183-184.

منظمة التعاون الإسلامي، ويتفرع عليها مجمع الفقه الإسلامي الذي يتولى دراسة مشكلات الحياة المعاصرة¹، والذي صدر عنه في دورته الثامنة المنعقد بـ "بندر سيرى" "بيجون بيرونلي" بدار السلام في الفترة الممتدة من 21 إلى 27 جوان 1993، قرار يتعلق بالفحص الطبي قبل الزواج، حيث أسفر في بعض أحكامه "...بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) بعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

- في حالة إصابة أحد الزوجين بهذا المرض، فإن عليه أن يخبر الآخر، وأن يتعاون معه في إجراءات الوقاية كافة، وأوصى أيضا بما يلي:

أ- دعوة الجهات المختصة في الدول الإسلامية لاتخاذ التدابير للوقاية من الإيدز ومعاقبة من يقوم بنقله إلى غيره متعمدا.

ب- توفير الرعاية للمصابين بهذا المرض، ويجب على المصاب أو حامل الفيروس، أن يتجنب كل وسيلة تؤدي إلى العدوى.

ج- إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج لتجنب مخاطر الأمراض المعدية وأهمها الإيدز.² ما يلاحظ عن مجمع الفقه الإسلامي في قراره هذا وإن كان يتعلق بمرض نقص المناعة، إلا أنه يعبر لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج أهمية بالغة، ويظهر ذلك من خلال تحليل لمضامين هذا القرار، فهو يلزم أحد طرفي العلاقة الزوجية المصاب منهما بأن يعلم الطرف الآخر السليم، وأن يساعده من الوقاية من هذا الداء، ويجب على الطرف المصاب ألا يُعْدي الطرف السليم بأي وسيلة كانت ومنها العلاقة الزوجية، غير أن هذا الأمر لا يتحقق إلا بإجراء التحاليل الطبية الكاشفة لهذا الفيروس، إضافة إلى توصيات هذا القرار الموجهة إلى كل الجهات دون استثناء المؤهلة والمختصة في الدول الإسلامية بأن تتخذ الحيلة والحذر والتدابير

¹ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 185.

² قرار رقم 83 (13/8)، مجلة الفقه الإسلامي، عدد 8، ج 5، ص 9. <https://www.fiqhacademy.org.sa> تم التصفح: يوم 2022/02/16، على الساعة 21:22.

والوقاية وحماية الأفراد والأسر، ولن يتأتى ذلك إلا بالفحص الطبي قبل الزواج كوسيلة للحماية والوقاية قبل فوات الأوان.

وعليه نستنتج أن مجمع الفقه الإسلامي يعتبر مرجعا في تأصيل مسألة الفحص الطبي قبل الزواج من خلال الأحكام الواردة في هذا القرار، وفي هذا الصدد أوصى مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من 13 إلى 17 ديسمبر سنة 2003م الحكومات الإسلامية بأهمية الفحص الطبي قبل الزواج والتشجيع على إجرائه، والحرص على عدم إفشاء السر الطبي إلا لأصحابها المباشرين.

الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الفحص الطبي قبل الزواج في ق أ ج:

المشرع الجزائري لم يهتم بمسألة الفحص الطبي للمقبلين على الزواج في قانون 11/84 لم يخصها بتشريع خاص سواء في القواعد القانونية الخاصة بقانون الأسرة أو القواعد القانونية الأخرى، بالرغم من حرصه على صحة الأفراد والأسر والمجتمعات كما هو الشأن بالنسبة للدستور في المادة 63 حيث نصت على أنه: "تسهر الدولة على تمكين المواطن من:

- الحصول على ماء الشرب، وتعمل على المحافظة عليه للأجيال القادمة.
- الرعاية الصحية، لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها.¹

فالمشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة الفحص الطبي إلا سنة 1976 من خلال قانون الصحة العمومية، فقد أفرد آنذاك حكما خاصا بموجب المادة 115 حيث نصت على أنه: "تحدد بموجب مرسوم كفايات الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك لأجل حماية صحة العائلة."²، غير أن التنظيم لم يصدر وظلت هذه القاعدة القانونية فاقدة للفاعلية في مهدها، وفي سنة 1985 اصدر المشرع قانونا جديدا يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث ألغى هذه

¹ المادة (63) من المرسوم الرئاسي 20-252، المؤرخ في 27 محرم عام 1442هـ الموافق لـ 15 سبتمبر 2020م، المتضمن: تعديل الدستور، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 54، سنة 2020، ص 16.

² المادة (115) من الأمر رقم 76/79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن لقانون الصحة العمومية، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 101، ص 11.

المسألة نهائيا، ولم يرد أي نص من ذلك الحين ينص على الفحص الطبي قبل الزواج، الأمر الذي اعتبره آنذاك بعض الشراح فراغا تشريعا يجب تداركه.¹

فالمشرع الجزائري لم يعتبر الحالة الصحية للزوجين ركنا أو شرطا للزواج، فليس بالضرورة أن يكون هؤلاء بصحة جيدة حتى يكون زواجهم صحيحا²، فالمواد 04-09-09 مكرر - 10-33 لا تتضمن ذلك إطلاقا، وهو ما سار عليه أيضا القضاء الجزائري، بل ذهب أبعد من ذلك حيث اعترف بمريض مرض الموت واعتبره عقدا صحيحا قانونا؛ هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا: "أنه لا يوجد أي نص في الشريعة يبطل عقد زواج المريض مرض الموت"³، لكنه فاسد ولا ميراث فيه قانونا.⁴

وعليه فلا أثر لصحة الإنسان على تكوين عقد الزواج، إلا في نطاق ضيق، حينما يتعلق الأمر بعقم الزوج أو عجزه جنسيا.⁵

غير أنه في إطار السياسة التشريعية الجديدة للسلطة العامة في الجزائر التي تبنتها على كل المستويات، وأخص بالذكر تكييف التشريع الجزائري وفق التحولات الحاصلة في العالم ومسايرة مبادئ وأسس التشريع الدولي والامتثال لقرارات وتوصيات المنظمات الدولية، والتي لها صلة بحقوق الإنسان والرعاية الصحية ووقاية الأفراد والأسر والمجتمعات دون إغفال الدور الذي لعبته الدراسات الطبية والفقهية في الحث والدعوة على إيجاد قانون خاص بالفحص الطبي قبل الزواج، حيث ناشد بعض الشراح المشرع الجزائري إلى التكفل بهذه المسألة في إطارها القانوني.⁶

¹ ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في جسامه الجسد في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون- الجزائر، سنة 1996-1997، ص 69.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 140.

³ قرار المحكمة العليا، م. ع. غ. أ. ش، 2001/05/23، ملف رقم 251656، م. ق، 2002، عدد: 1، 306.

⁴ العربي بالحاج، الزواج والطلاق، ب. ط، دار هوم-الجزائر، 2018، ص 14.

⁵ قرار المحكمة العليا، غ. أ. ش، 13/مارس/1989، ملف رقم 52850، وهو غير منشور، مأخوذ عن العربي بالحاج من مرجع، "الشهادة الطبية قبل الزواج"، ص 102.

⁶ ماروك نصر الدين، مرجع السابق، ص 69.

إضافة إلى ذلك أن المشرع وجد نفسه مدفوعا لإحداث تشريع خاص نظرا لما ظهر من أمراض خطيرة يتعذر علاجها والتحكم فيها، كمرض فقدان المناعة، والعقم وغيرها من باقي العلل والأسقام التي قد تجرد الأسرة منفذا ووسيلة لانتشارها، مما يؤدي إلى وجود نسل ومجتمع مريضين.¹

وفي إطار هذه الظروف والعوامل أفرد المشرع الجزائري حكما خاصا بالفحص الطبي قبل الزواج في قواعد قانون الأسرة المعدل سنة 2005، فقتن المادة 7 مكرر، وأشار إليه - هذه المرة - صراحة عند إلزام المقبلين على الزواج بهذا الإجراء لثبوت خلوهما من الأمراض أو العوامل الصحية التي قد تؤثر سلبا على العلاقة الزوجية، إضافة إلى ذلك أصدر المشرع مرسوما تنفيذيا يبين كيفية تطبيق هذا الإجراء.²

والملاحظ كذلك أن المشرع عندما أقر هذا الإجراء، فإنه قد تأثر بما هو مقرر في القانون الدولي وما نصت عليه الاتفاقيات الدولية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالرغم من عدم التصريح به مباشرة، غير أنه يدخل في عموم بعض نصوصه التي كرست لفائدة الأسرة كالفقرة الثالثة من المادة 16، والفقرة الأولى من المادة 25 منه، فالحفاظة على الصحة والعناية الطبية هي من المبادئ والأحكام العامة البارزة في شكل حقوق كرسها هذا الإعلان، فهي تتخذ مدلولاً عاماً يندرج ضمنها إجراء المقبلين على الزواج لفحص طبي يكشف عن بعض الأعراض والأمراض، وذلك تفاديا لعنصر المفاجئة مستقبلا.

وتأثر أيضا بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الذي لم نجد فيه نصا واضحا وصريحا حول الفحص الطبي قبل الزواج، إلا أنه بالبحث في بعض بنوده المكرسة لحقوق الأشخاص الطبيعية، بدءا بحقوق أفراد الأسرة، نجد نصا عاما تناول الصحة بالنسبة لأفراد الأسرة والمجتمع هذا ما نصت عليها المادة 23/1 و2 منه.

وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الذي لم ينص صراحة هو الآخر على مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، ولكن بالرجوع لبعض نصوصه، نجد أنه قد أحاط الأسرة بأحكام ومبادئ تهدف إلى تحقيق الحماية الصحية اللازمة لها، حيث

¹ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 243.

² المرجع نفسه، ص 244.

جاء في نص المادة 10 و12 منه على حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية والوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة.

وتأثر أيضا بمنظمة الصحة العالمية والتي لم تصدر بدورها نصا خاصا بالفحص الطبي قبل الزواج، باعتبارها وكالة دولية مختصة ومسؤولة عن الصحة في العالم، غير أنه باستقراء أهدافها، نجدها ترمي إلى ضمان الأمن الصحي العالمي، من خلال كشف المستجدات والنوازل المحدقة بالصحة العامة، ومكافحة الأمراض المزمنة والفتاكة كفيروس فقدان المناعة.

ولا ننسى تأثيره أيضا بمنظمة التعاون الإسلامي التي تراعي حقوق الإنسان، وتُعنى بالرعاية الصحية للأفراد والأسر، وذلك من خلال البحث في أهدافها التي أسست من أجلها، ومن أهم المسائل التي اهتمت بها مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، وعلى رأسها منظمة التعاون الإسلامي، ويتفرع عليها مجمع الفقه الإسلامي الذي يتولى دراسة مشكلات الحياة المعاصرة، ويعتبر مرجعا في تأصيل مسألة الفحص الطبي قبل الزواج من خلال الأحكام الواردة في هذا القرار، حيث أوصى في دورته السابعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من 13 إلى 17 ديسمبر سنة 2003م الحكومات الإسلامية بأهمية الفحص الطبي قبل الزواج والتشجيع على إجرائه، والحرص على عدم إفشاء السر الطبي إلا لأصحابه المباشرين كما سلف الذكر.

وعليه فإن المشرع الجزائري في هذه المسألة قد تأثر بالاتفاقيات الدولية في تقنينه لقانون الفحص الطبي قبل الزواج، وإلزام المقبلين عليه بهذا الإجراء، الذي نصت عليه المادة 7 مكرر في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن هذا الأمر ايجابي لما فيه من حماية للأفراد والجماعات، وخصوصا استحسان هذه الفكرة من طرف منظمة التعاون الإسلامي والقرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الذي أوصى جميع الدول الإسلامية باتخاذ التدابير اللازمة في هذا الشأن.

المبحث الثالث: الصداق

شرع الإسلام الصداق للمرأة تكريماً لها، وبيانا لنية الرجل الحسنة من أجل التقرب منها، قصد بناء أسرة أساسها المودة والرحمة واحصائهما من الرذيلة، وفي هذا المبحث بيانا لأهم أحكام الصداق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وما هو سبب تغيير المشرع لحكمه من الركن إلى الشرط في التعديل الجديد لسنة 2005، لذلك قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ المطلب الأول تناولت فيه أحكام الصداق في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني خصصته لأحكام الصداق في قانون الأسرة الجزائري، والمطلب الثالث تناولت فيه أثر الاتفاقيات الدولية على الصداق في قانون الأسرة الجزائري، وكيف عُيِّر حكمه من الركن إلى الشرط؟

المطلب الأول: الصداق في الفقه الإسلامي

تم التطرق لتعريف الصداق لغة واصطلاحاً في الفصل المفاهيمي، فخصصت هذا المطلب لحكم الصداق وشروطه وأنواعه في الفقه الإسلامي، لذلك قسمته لفرعين؛ الفرع الأول تناولت فيه حكم الصداق وشروطه وأثر فسادده في الفقه الإسلامي، أما الفرع الثاني خصصته لأنواع الصداق.

الفرع الأول: حكم الصداق وشروطه ومقداره وأثر فسادده:

أولاً: حكم الصداق:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى عدم اعتبار الصداق ركناً ولا شرطاً في صحة الزواج ولا نفاذه ولا لزومه، وأنه حكم من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه، وأثر من آثاره التي تثبت بعده؛ وأنه واجب على الرجل ولا يجوز الزواج بدونه، لكن لا يشترط تسميته في العقد، ويصح عقد الزواج دون ذكره⁴، والدليل قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ

¹ الكساني، مرجع سابق، ج2، ص274.

² الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص58.

³ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص233.

⁴ القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص197.

قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ»، [سورة البقرة، الآية: 236]، غير أنه يستحب تسمية المهر في العقد، ولا يعقد النكاح إلا به¹، لأن النبي ﷺ زوج بناته وغيرهن ولم يكن يخلي ذلك من الصداق، وقال للرجل الذي زوجه المرأة التي وهبت نفسها للنبي: "هل من شيء تصدقه" فعندما لم يجد قال له: «التَّمَسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»².

فتسميته في العقد اقطع للنزاع والخلاف فيه³، وبالتالي فإن الصداق يعتبر أثرا من آثار عقد الزواج، فيجب على الرجل دفعه للمرأة ولو لم يسم في العقد لأنه لا يجوز الزواج بدونه إلا للنبي ﷺ⁴، وورد ذكر ذلك في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾، [سورة الأحزاب، الآية: 50]، فهذه خصوصية له ﷺ⁵.

واعتبر بعض المالكية الصداق ركنا من أركان الزواج⁶، وذهب البعض الآخر لاعتباره شرطا من شروط الصحة، كالعلامة الدردير⁷، ومنهم من ذهب إلى أنه يشترط في النكاح ولا

¹ زكريا بن محمد الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت: 926هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ب. ط، دار الفكر للطباعة والنشر، ب. م، 1414هـ/1994م، ج2، ص66/ الفيروزآبادي الشيرازي (ت: 476هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1403 هـ - 1983 م، ص165/ عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (ت: 652هـ)، المخر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف- الرياض، 1404 هـ - 1984م، ج2، ص31..

² أخرجه: مالك، الموطأ، تحقيق: صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي باب ما جاء في الصداق والحباء، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1406 هـ - 1985 م، ج2، ص526.

³ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص4

⁴ أبو عمر النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ/1980م، ج2، ص550/ البهوتي، مرجع سابق، ج3، ص63.

⁵ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص65.

⁶ أحمد النفراوي المالكي، مرجع سابق، ج2، ص4/ محمد بن يوسف الغرناطي (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1416هـ-1994م، ج5، ص42.

⁷ الدردير، مرجع سابق، ج1، ص375.

يجوز التواطؤ على تركه.¹

أ- أدلة وجوب الصداق:

أدلة وجوبه كثيرة نذكر منها:

1- من القرآن:

1-1- قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾، [سورة النساء، الآية: 4]، ووجه الدلالة إعطاء النساء مهورهن.

2- من السنة:

1-2- قال ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ»²

2-2- قال ﷺ: «فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»³

ثانيا: شروطه:

ورد في حاشية العدوي أنه: يشترط في الصداق ما يشترط في الثمن فيشترط فيه الطهارة والانتفاع والقدرة على التسليم، والمعلومية لا خمر، ولو كانت الزوجة ذمية، ولا آبق، وثمرة لم بيد صلاحها على التبقية.⁴

فكل ما جاز أن يمتلك ويبيع يكون عوضا جاز أن يكون صداقا⁵، مع السلامة من الغرر⁶، وأن يكون معلوما فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض.⁷

1-المهر غير موصوف:

إذا كان المهر غير موصوف كأن يتزوجها على عقد غير موصوف فهل يجوز ذلك أم لا؟

¹ الشوكاني، مرجع سابق، ج6، ص198/ الخطاب، مرجع سابق، ج3، ص419.

² سبق تخريجه.

³ أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، تحقق: محمد عبد القادر عطا، باب: ما يرد به النكاح من العيوب، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1424، هـ - 2003 م، ج7، ص350. قال الألباني حديث صحيح في صحيح الجامع، رقم الحديث. 2709.

⁴ أبو الحسن العدوي، مرجع سابق، ج2، ص42.

⁵ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص24.

⁶ أبو عمر النمري القرطبي، مرجع سابق، ج2، ص551.

⁷ ابن جزى، مرجع سابق، ص135/ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص25.

أختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

1-1- القول الأول:

ذهب الشافعي¹ إلى أن المهر إذا كان غير موصوف يمنع.

1-2- القول الثاني:

ذهب الحنفية² والمالكية³ والحنابلة⁴ في رواية لهم إلى جواز ذلك، وعلى أن يكون لها الوسط مما يسمى، وهناك من يرجع إلى العرف في تحديد الوصف.⁵

قال ابن رشد: "وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح؟ أو ليس يبلغ ذلك المبلغ، بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة؟ فمن قال: يجري في التشاح مجرى البيع - قال: كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف، كذلك لا يجوز النكاح، ومن قال: ليس يجري مجراه؛ إذ المقصود منه إنما هو المكارمة - قال: يجوز."⁶

2: ما يجوز أن يكون صداقا:

1-2- الصداق يكون عبارة عن منافع يستأجر عليها:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى الآتي:

1-1-2- القول الأول:

ذهب الإمام مالك في رواية له وأصبغ وسحنون⁷ والشافعية⁸ والحنابلة⁹ إلى جواز ذلك ذلك واستدلوا على ذلك بما يلي:

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج9، ص87.

² الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص282.

³ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص116.

⁴ عبد السلام أبو البركات (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف-الرياض، 1404هـ - 1984م، ج2، ص34.

⁵ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص117.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص25.

⁷ المرجع نفسه، ص24.

⁸ الشرييني، مرجع سابق، ج4، ص368.

⁹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص6.

2-1-1-2- من القرآن:

- قوله تعالى على لسان شعيب عليه السلام مخاطباً سيدنا موسى عليه السلام ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ﴾، [سورة القصص، الآية: 27]، شرع ما قبلنا شرع لنا إذا ورد في شريعتنا ولم يرد له ناسخ.¹

2-1-1-2- من السنة:

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم «أَنْكِحُوا الْأَيَامَى ثَلَاثًا عَلَى مَا تَرَاضَى بِهِ الْأَهْلُونَ، وَلَوْ قَبْضَةً مِنْ آرَاكِ»²، فإن تراضى الأهلون على أن يكون الصداق عن إجارة جاز ذلك. - والمنفعة يجوز أن يؤخذ عليها عوضاً في الإجارة فجازت أن تكون صداقاً.

2-1-2- القول الثاني:

ذهب الإمام أبو حنيفة³ والإمام مالك في رواية عنه لابن القاسم⁴ إلى عدم جواز النكاح بالإجارة؛ والرواية المشهورة عن الإمام مالك القول بالكراهة.⁵ واستدلوا بقولهم بما يلي:

- شرع ما قبلنا ليس شرع لنا فهو غير لازم.

- لا يجوز قياس النكاح عن الإجارة؛ فالإجارة في حد ذاتها مستثناة من بيع الغرر المجهول.⁶

2-2- تعلم القرآن مهراً:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص24.

² أخرجه: الدارقطني (ت: 385هـ)، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، باب: المهر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م، ج4، ص357. درجته ضعيف جداً، قال الألباني في ضعيف الجامع، حديث رقم 1348.

³ العناية شرح الهداية المؤلف: محمد الرومي البائري (ت: 786هـ)، ب. ط، دار الفكر الطبعة، ب. ب. ت، ج3، ص340.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص24.

⁵ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص716.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص24.

2-2-1- القول الأول:

ذهب اصبح¹ والمالكية والشافعية² والحنابلة³ في رواية لهم إلى أنه يجوز أن يكون تعلم القرآن مهراً بدليل قول النبي ﷺ «فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ». ⁴، ولأن تعلم القرآن منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقاً.

2-2-2- القول الثاني:

ذهب الأئمة أبو حنيفة⁵ ومالك⁶ والليثي ومكحول وإسحاق⁷، إلى أنه لا يجوز أن يكون تعلم القرآن مهراً؛ لأن الفروج لا تستباح إلا بالمال، وتعلم القرآن ليس بمال، ولأن تعلم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قرينة لفاعله، فلا يجوز أن يكون صداقاً كالصوم والصلاة ولأن التعليم لا ينضبط لأن المدة غير معلومة فأشبهه الشيء المجهول.⁸

¹ بن شاص (ت: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة، تحقيق: حميد بن محمد لحر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1423هـ - 2003م، ج2، 473.

² الروياني (ت: 502 هـ)، بحر المذهب، تحقيق: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2009م، ج9، ص388/ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج9، ص995.

³ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص11.

⁴ أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، حقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: خيركم من تعلم القرآن وعلمه، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج6، ص192.

⁵ برهان الدين محمود البخاري الحنفي (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ - 2004م، ج5، ص135/ ابن همام الحنفي (ت: 861هـ)، شرح فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ - 2003م، ج3، ص340.

⁶ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص81.

⁷ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص8.

⁸ المرجع نفسه والصفحة / ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص81.

ثالثاً: أكثر الصداق وأقله:

أ- أكثر الصداق:

أتفق الفقهاء¹ على أنه ليس لأكثره حد، ومنهم من نقل الإجماع على ذلك²، استناداً لقوله تعالى: ﴿وَأِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾، [سورة النساء، الآية: 20].

ب- أقل الصداق

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى القولين الآتين:

1- القول الأول:

الصداق المحدد هو من الحقوق المشتركة بين الله تعالى والعبد، فأقله هو حق الله تعالى، وما زاد فهو حق للمرأة، وقال بذلك الحنفية³ والمالكية⁴، إلا أنهم اختلفوا في هذا التحديد؛ التحديد؛ فقال الحنفية أقله عشرة دراهم فضية⁵، ولا يجوز أن يكون المهر أقل من ذلك. واستدل الحنفية:

1-1- من القرآن:

- بقوله تعالى: ﴿وَاحِلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾، [سورة النساء، الآية: 24]، اشترط الله عز وجل أن يكون المهر مالا، وما كان أقل من نصاب يعتبر شيئاً تافهاً، ولا تتعلق به النفوس، وعليه فلا يصح أن يكون مهراً⁶.

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص21/ علي بن خلف المنوفي (ت: 939هـ)، كفاية الطالب الرباني، تحقيق: أحمد حمدي إمام، ب. ط. ب. ن، ب. ت، ج2، ص37/ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص750.

² القرطبي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية - القاهرة، 1384هـ - 1964م، ج5، ص101/ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص77.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص276.

⁴ أبو الحسن العدوي، مرجع سابق، ج2، ص36.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص275.

⁶ المرجع نفسه، ج2، ص276.

2-2- من السنة:

استدلوا على ذلك بما نسب للنبي ﷺ «لَا مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ»¹، وقال المالكية² ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية، وذهب ابن شبرمة إلى أن أقله خمسة دراهم³، قياسا على نصاب قطع يد السارق عند كل واحد منهما؛ لأن البضع عضو مستباح يبدل من المال فلا بد أن يكون مقدرا قياسا على قطع اليد.⁴

- قال القاضي عبد الوهاب من المالكية: "إن المهر في النكاح حق لله تعالى بدليل أنهما إذا تراضيا على إسقاطه لم يجز، فإذا ثبت ذلك وجب أن يكون مقدرا كالزكوات والكفريات."⁵

2- القول الثاني:

لا حد في أقل مبلغ الصداق، فيجوز بكل ما تم عليه التوافق بين الطرفين، فالنكاح يجوز بقليل المال وكثيره ومن قال بذلك سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وسائر فقهاء التابعين بالمدينة والليث بن سعد وإسحاق وأبو ثور وابن وهب⁶، والشافعية⁷، الحنابلة⁸.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- قول النبي ﷺ: «الْتِمَسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»⁹، وعندما لم يجد شيئا قال له: له:

¹ أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، تحقق: محمد عبد القادر عطا، باب: ما يجوز أن يكون مهرا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج7، ص393. قال البيهقي في إسناده مجهولون وضعفاء، وقال عنه الزرقاني في مختصر المقاصد ضعيف، حديث رقم 1202.

² محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص288/ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص714/ علي بن خلف، مرجع سابق، ج2، ص37.

³ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص21/ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص72-73.

⁴ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص72-73.

⁵ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص714.

⁶ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص71-74-75.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج7، ص17/ السنيكي (ت: 926هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ب. ط، دار الفكر للطباعة والنشر، ب. ن، 1414هـ/ 1994م، ج2، ص71.

⁸ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص4.

⁹ سبق تخريجه.

«قَدْ زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»¹

قال ابن عبد البر: " لا تحديد في مبلغ الصداق."²

إن المرأة إذا رضيت بعلم الزوج وحفظه للقرآن أو بعضه من مهرها جاز ذلك، وكان ما يحصل لها من انتفاعها بالقرآن والعلم هو صداقها.³

- أن امرأة من فزارة جيئت للنبي ﷺ قد تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله ﷺ:

«أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ بِنَعْلَيْنِ؟» فَقَالَتْ: نَعَمْ فَأَجَّازَهُ⁴

- ما روي عن النبي ﷺ: «لَوْ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مِلءٍ كَفَّ مِنْ طَعَامٍ لَكَانَ ذَلِكَ صَدَاقًا.»⁵

- ما روي أنه ﷺ قال في الصداق: «مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ الْأَهْلُونَ وَلَوْ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكِ.»⁶

- ما ورد عن أبي طلحة خطب أم سليم فقالت: « خَطَبَ أَبُو طَلْحَةَ أُمَّ سُلَيْمٍ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا مِثْلُكَ يَا أَبَا طَلْحَةَ يُرَدُّ، وَلَكِنَّكَ رَجُلٌ كَافِرٌ، وَأَنَا امْرَأَةٌ مُسْلِمَةٌ، وَلَا يَحِلُّ لِي أَنْ أَتَزَوَّجَكَ، فَإِنْ تَسَلَّمَ فَذَاكَ مَهْرِي، وَمَا أَسْأَلُكَ غَيْرَهُ، فَأَسْلَمَ فَكَانَ ذَلِكَ مَهْرَهَا.»⁷

¹ أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: السلطان ولي، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج7، ص17.

² ابن عبد البر، مرجع سابق، ج16، ص77.

³ ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص162.

⁴ أخرجه: أبو عبد الله الشيباني (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، باب: حديث عامر بن ربيعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1421 هـ - 2001 م، ج24، ص451. قال أبو عبد الله الشيباني: إسناده ضعيف وكذلك الألباني في إرواء الغليل، الرقم1926، والأرنؤوط في تخريج المسند، الرقم الغليل، الرقم1926، والأرنؤوط في تخريج المسند، الرقم. 15679

⁵ أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، باب: ما يجوز أن يكون مهرا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج7، ص389. قال الذهبي في الهذب منكر وصالح ليس بحجة، رقم 2810/6.

⁶ سبق تخرجه.

⁷ أخرجه: النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي - أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط - قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، باب: التزويج على الإسلام، ط1، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1421 هـ - 2001 م، ج5، ص215. قال الألباني في صحيح النسائي: صحيح، رقم 3341.

قال ابن القيم: " إن الصداق شرع في الأصل حقاً للمرأة تنتفع به، فإذا رضيت بالعلم والدين وإسلام الزوج وقراءته للقرآن كان هذا من أفضل المهور وأنفعها وأجلها.¹

رابعاً: آثار فساد المهر:

إذا فسد المهر فهل يفسخ النكاح؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

1-القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أن فساد المهر لا يرتب فسخ العقد، والنكاح صحيح، ويوجب فيه صداق المثل.

2-القول الثاني:

ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى أنه يفسخ قبل الدخول، ويصح مع فرض مهر المثل بعد الدخول.⁵

3-القول الثالث:

ذهب المالكية في رواية لهم إلى أن العقد فاسد ويفسخ قبل الدخول وبعده.⁶ واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾، [سورة النساء، الآية: 24]، فعلق الإحلال بشرط الابتغاء بالمال الذي يصح تملكه فيكون مالا لنا حقيقة، ولأن النكاح عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض كالبيع، فإذا كان المهر فاسداً فسد العقد قياساً على نكاح الشغار.⁷

الفرع الثاني: أنواع الصداق:

للصداق عدة أنواع، وكل نوع له اعتبار معين، ونوردها على النحو الآتي:

¹ ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص162.

² ابن همام الحنفي، مرجع سابق، ج3، ص340.

³ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص47/ إسماعيل المزني (ت: 264هـ)، مختصر المزني، ب. ط، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ/1990م، ص178.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص22.

⁵ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص751.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص32.

⁷ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص751.

أولاً: أنواع الصداق باعتبار التسمية:

وينقسم إلى قسمين:

أ-الصداق المسمى:

وهو الصداق المتفق عليه عند العقد، أو الذي فرض بعده، ويستحب تسميته عند العقد، خروجاً من الخلاف والنزاع¹، ويشترط فيه الشروط السابقة التي ذكرتها في صحة الصداق.

ب-صداق المثل:

ويقصد به القدر الذي يرغب به مثلها فيه²، وأصل هذه التسمية قول ابن مسعود رضي الله عنه: "لها المهر مثل نسائها"³، والفقهاء اختلفوا ما المقصود بنسائها هل قريبتها من جهة الأب أم الأم؟ وما هي الصفات التي تعتبر في تحديد مهر المثل؟

1-آراء الفقهاء حول التسمية:

أختلف الفقهاء حول التسمية وبيان ذلك كالاتي

1-1- الحنفية:

يرى الحنفية إلى أنه ينظر إلى مثلتها من النساء من جهة الأب؛ لأن المهر يختلف بشرف النسب والنسب من الآباء لا من الأمهات، ويعتبر في ذلك المال والجمال والسن والعقل والدين والبلد والعصر.⁴

¹ زكريا السنيكي، مرجع سابق، ج2، ص55.

² علي بن خلف المنوفي، مرجع سابق، ج2، ص63.

³ أخرجه: ابن ماجه، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، كتاب النكاح، باب: الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ - 2009 م، ج3، ص86.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص287/ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص64.

1-2- المالكية:

أرجع المالكية ذلك إلى اعتبار أربع مقامات الحسب والجمال والمال والدين¹، واعتبر المالكية ذلك استناداً إلى حديث: «تُنَكِّحُ الْمَرْأَةَ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَلِجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ»²

وأنه لا ينظر إلى نساء عصبته، بل إلى أقرانها ممن يشبهها من عشيرتها وجيرانها بغض النظر عن عصبته³.

1-3- الشافعية:

يعتبر مهر المثل بمهر من تساويها من نساء عصبته في السن والمال والجمال والبكرة والثيوبه والبلد، فإن لم يكن لها نساء من جهة العصبه ينظر إلى أقرب النساء إليها فإن لم يكن لها أقارب من النساء أعتبر بنساء بلدها⁴.

1-4- الحنابلة:

لهم روايتان في اعتبار مهر المثل؛ الرواية الأولى كقول الحنفية، وأخرى كراي الشافعية⁵.

2- الحالات التي تستحق فيها المرأة مهر المثل:

- في نكاح التفويض؛ وهو النكاح الذي يتم فيه العقد دون ذكر الصداق وهو جائز لقوله تعالى: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً»، [سورة البقرة، الآية: 236]، فإذا دخل بها لها مهر المثل، وقال جمهور الفقهاء إذا توفي كذلك لها مهر المثل خلافاً للمالكية⁶ والإمام الشافعي في قول له⁷؛ وهذا مخصوص بحالة الوفاة فقط.

¹ علي بن خلف المنوفي، مرجع سابق، ج2، ص63.

² أخرجه: مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: استحباب نكاح ذات الدين، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1086.

³ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص756.

⁴ الشيرازي، مرجع سابق، ص167.

⁵ عبد السلام مجد الدين، مرجع سابق، ج2، ص37.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص31/ الشيرازي، مرجع سابق، ص167.

⁷ علي بن خلف المنوفي، مرجع سابق، ج2، ص63.

وقد استند من قال بأنه يفرض لها مهر المثل في حالة الوفاة بالأثر الذي ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن هذه المسألة فقال: "أَقُولُ فِيهَا بِرَأْيِي فَإِنْ كَانَ صَوَابًا فَمِنْ اللَّهِ وَجَلَّ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَمِنْ نَفْسِي قَالَ: أَقُولُ: لَهَا مِثْلُ مَهْرِ نِسَائِهَا، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ، فَقَامَ مَعْقِلُ بْنُ سِنَانٍ الْأَشْجَعِيُّ، فَقَالَ: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَرُوعِ بِنْتِ وَاشِقٍ مِثْلَ ذَلِكَ." ¹

- إذا دخل رجل بامرأة بعد العقد عليها على أن لا مهر لها، فيفرض لها مهر المثل.
- إذا كان المهر فاسداً كان يكون المهر شيئاً محرماً وتم الدخول. ²
- إذا كان في نكاح الشغار فمن بين صوره فرض مهر المثل. ³
- في الاختلاف في الصداق فبعد التحالف يرجع إلى مهر المثل عند الشافعية.
- الدخول بشبهة كمن تزوج امرأة ودخل بها وهي أخته من الرضاعة وعندما تم الدخول لم يكن عالماً بأنها محرمة عليه. ⁴

ثانياً: أنواع الصداق باعتبار الدفع:

ينقسم الصداق من حيث الدفع إلى ثلاثة أقسام:

أ- الصداق المعجل:

جاء في السنة ما يدل على جواز الصداق المعجل، أن علياً لما تزوج فاطمة بنت رسول الله ﷺ قال: أَرَدْتُ أَنْ أَخْطُبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ابْنَتَهُ فَذَكَرْتُ أَنْ لَا شَيْءَ لِي، فَذَكَرْتُ عَائِدَتَهُ وَصَلَتْهُ فَخَطَبْتُهَا إِلَيْهِ فَقَالَ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟» فَقُلْتُ: لَا، فَقَالَ: «أَيْنَ دِرْعُكَ الْحُطَمِيَّةُ؟»

¹ أخرجه: ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق: كمال يوسف الحوت، باب: الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها ولم يفرض لها المهر، ط1، مكتبة الرشد-الرياض، 1409هـ، ج3، ص556. قال شعيب الأرنؤوط إسناده صحيح، في تخريج مشكل الآثار، الصفحة أو الرقم: 5321.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص235.

³ سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي، وتقتين الأسرة الجزائرية-رسالة ماجستير- نوقشت سنة 1999م، جامعة الأمير عبد القادر، ص110-111.

⁴ سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي، وتقتين الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص110-111.

قُلْتُ: هِيَ عِنْدِي، قَالَ: هَاتِيهَا، فَرَزَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ¹، وتفصيل الصداق المعجل على حسب كل مذهب كالآتي:

1-الحنفية:

يصح كون المهر معجلاً أو مؤجلاً كله أو بعضه إلى أجل قريب أو بعيد أو أقرب الأجلين - الطلاق أو الوفاة - عملاً بالعرف والعادة في كل البلدان الإسلامية، ولكن بشرط ألا يشتمل التأجيل على جهالة فاحشة، فلا يصح التأجيل لتفاحش الجهالة.²

2-المالكية:

ذهب المالكية³ إلى أنه إن كان المهر معيناً حاضراً في البلد كالدار والثوب والحيوان، وجب تسليمه للمرأة أو وليها يوم العقد، ولا يجوز تأخيره في العقد، ولو رضيت بالتأخير، فإن اشترط التأجيل في العقد فسد العقد، إلا إذا كان الأجل قريباً كالأيومين والخمسة، ويجوز للمرأة التأجيل من غير شرط، ويكون تعجيله من حقها.

وإن كان المهر عينا غائباً عن بلد العقد، صح النكاح إن أجل قبضه بأجل قريب بحيث لا يتغير فيه غالباً، وإلا فسد النكاح.⁴

وإن كان المهر غير معين كالنقود والمكيل والموزون غير المعين، فيجوز تأجيله كله أو بعضه، ويجوز التأجيل إلى الدخول إن علم وقته كالخصاد أو الصيف أو قطاف الثمر، والتأجيل إلى الميسرة إذا كان الزوج غنياً، بأن كان له سلعة ينتظر قبض ثمنها، أو له أجر في وظيفة، فإن كان فقيراً لم يصح العقد، ويجوز التأجيل إلى أن تطلبه المرأة منه، فهو كتأجيله للميسرة.⁵

¹ أخرجه: سعيد بن منصور(ت: 227هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، باب: ما جاء في الصداق، ط1، الدار السلفية - الهند، 1403هـ - 1982م، ج1، ص196. قال شعيب الأرنؤوط في تخريج سنن أبي داود صحيح، رقم 2125/ قال ابن دقيق العيد في الاقتراح في بيان الاصطلاح، صحيح، ص106. الصفحة أو الرقم: 2125 : صحيح، وقال الألباني حديث صحيح في صحيح النسائي، الصفحة أو الرقم: 3376.

² الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص288.

³ أنظر: بن عرفة، مرجع سابق، ج2، ص297-298.

⁴ أنظر: الصاوي، مرجع سابق، ج2، ص432.

⁵ أنظر: بن عرفة، مرجع سابق، ج2، ص297.

3-الشافعية: لا يشترط تعجيل المهر، بل يصح تعجيله كله قبل الدخول، ويصح تأجيله كله، أو تأجيل بعضه إلى ما بعد الدخول، وإذا كان المهر مع أجل، كان للزوجة الحق في حبس نفسها عن زوجها حتى تقبض معه جل مهرها.¹

4-الحنابلة:

أجاز تأجيل المهر كله أو بعضه لأجل معلوم؛ لأنه عوض في معاوضة؛ فإن أطلق ذكره اقتضى الحلول وإن أجل لأجل مجهول كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح؛ لأنه مجهول وإن أجل ولم يذكر الأجل.²

ب-الصدّاق المؤجل:

وهو تأجيل الصدّاق بعضه أو كله، وأن لا تسلم المرأة نفسها لزوجها دون معرفة وقت استحقاق المؤجل بالتصريح بوقته أو بالرجوع إلى العرف في تعيين وقته حتى يمكن المطالبة بالمؤجل حين حلول وقته.³

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لرجل: «أَتَرْضَى أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلَانَةً؟» قال: نَعَمْ، وقال للمرأة: «أَتَرْضَيْنَ أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلَانًا؟» قالت: نَعَمْ، فزَوَّجَ أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ، فدخل بها الرجل، ولم يفرض لها صدّاقاً، ولم يُعْطِهَا شَيْئاً، وكان ممن شهد الحُدَيْيَّةَ، له سهم بخير، فلما حضرته الوفاة، قال: إن رسول الله ﷺ زَوَّجَنِي فُلَانَةً، ولم أفرض لها صدّاقاً ولم أُعْطِهَا شَيْئاً، وإني أُشْهِدُكُمْ أَنِّي أُعْطِيتُهَا مِنْ صَدَاقِهَا سَهْمِي بخير، فَأَخَذَتْ سَهْمًا، فباعته بمئة ألف.⁴

ورأي المذاهب الأربعة في هذه المسألة كما يلي:

¹ مصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط4، دار القلم، دمشق-سوريا، 1413هـ-1992م، ج4، ص78.

² الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص222/ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص178/ البغوي، مرجع سابق، ج5، ص510.

³ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج7، ص85.

⁴ أخرجه، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، باب: فمن تزوج ولم يسمي لها الصدّاق حتى مات، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ - 2009 م، ج3، ص455.

1- الحنفية:

لو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع، وإذا أوفاه مهرها نقلها إلى حيث شاء¹ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾، [سورة الطلاق، الآية: 6]، وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها، وهو قول الفقيه أبي الليث لأن الغريب يؤذى، وقال ظهير الدين المرغيناني: "الأخذ بقول الله تعالى أولى من الأخذ بقول الفقيه أبي الليث."²

ورد بأن الفقيه هو الذي أخذ بقول الله تعالى لأن قوله تعالى: ﴿مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ وفي قرى المصر القرية لا تتحقق الغربة³، كما وقد روى ابن أبي شيبة من حديث كريب بن هشام، وكان من أصحاب عبد الله أنه تزوج امرأة على أربعة آلاف ودخل بها قبل أن يعطيها شيء⁴، وهذا فيه دلالة على جواز الصداق المؤجل.

2- المالكية:

فصل المالكية في حكم التأجيل فقالوا:

- إن كان المهر معينا حاضرا في البلد وجب تسليمه للمرأة أو لوليها يوم العقد، ولا يجوز تأخيره في العقد ولو رضيت بالتأخير، فإن اشترط التأجيل في العقد قيد العقد، إلا إذا كان الأجل قريبا كالأيومين والخمسة، ويجوز للمرأة التأجيل بغير شرط، ويكون تعجيله من حقها، وإن كان المهر المعين غائبا عن بلد العقد صح النكاح، وإن أجل قبضه بأجل قريب، بحيث لا يتغير فيه غالبا وإلا فسد النكاح.⁵

وإن كان المهر غير معين فيجوز تأجيله كله أو بعضه ويجوز التأجيل إلى الدخول إن علم وقته، والتأجيل إلى الميسرة إذا كان الزوج غنيا؛ بأن كان له سلعة ينتظر قبض ثمنها، وإن كان

¹ العيني، مرجع سابق، ج 5، ص 189.

² المرجع نفسه، ج 5، ص 191.

³ البابري، المرجع السابق، ج 3، ص 317-318.

⁴ العيني، المرجع السابق، ج 2، ص 637.

⁵ الصاوي، مرجع سابق، ج 2، ص 280.

فقيرا لم يصح العقد، ويجوز التأجيل إلى أن تطلبه المرأة منه، فهو تأجيل من الميسرة، وعليه يشترط لجواز التأجيل أن يكون الأجل معلوما وغير بعيد.¹

3-الشافعية:

إذا كان المهر مؤجلاً، فلا حق للزوجة في حبس نفسها عن زوجها، لأنها رضيت بالتأجيل، فسقط حقها في حبس نفسها، ولكن يشترط أن يكون الأجل محدداً²، ويجوز فرض مؤجل بالتراضي وفوق مهر المثل.³

4-الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أنه إذا أجل الصداق صح التأجيل، فإن عين أجلاً أنيط به، وإن لم يعين أجلاً، بل أطلق فمحله الفرقة البائنة بموت أو غيره عملاً بالعرف والعادة.⁴ قال ابن قدامة: "المهر صحيح ووقت حلوله هو الوقت الفرقة لأن الإمام أحمد -رحمه الله - قال: "إذا تزوج على مهر عاجل وآجل لا يحل الأجل إلا بموت أحد الزوجين أو بالفرقة في حال حياتهما."⁵

ج- الصداق المعجل في بعضه والمؤجل في بعضه الآخر:

وهذا عرض لآراء المذاهب الفقهية الأربعة في هذه المسألة:

1-الحنفية:

ذهب الحنفية إلى جواز حلول بعضه وتأجيل بعضه؛ فإذا اتفقا على حلول البعض فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط، وأما إذا اشترط تأجيل الكل فليس لها الامتناع أصلاً، إذا لم يشترط الدخول قبل حلول الأجل فلو اشترط ورضيت، ليس لها الامتناع اتفاقاً، أما إذا

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص22.

² مصطفى الخن، مرجع سابق، ج4، ص78.

³ الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، ب. ط، دار الفكر - بيروت، ب. ت، ج4، ص424.

⁴ البهوتي (ت: 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، ب. ط، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ب. ت، ج1، ص535.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص222.

كان التأجيل إلى مدة معينة لا يتعجل بالطلاق كما يقع في ديار مصر في بعض الأنكحة أنهم يجعلون بعضه حالا وبعضه مؤجلا إلى الطلاق أو إلى الموت وبعضه منجما.¹

2- المالكية:

فإن مالك قد كره الصداق بعضه معجل وبعضه مؤجل إلى ست سنين²، وقال إنما الصَّدَاق فيما مضى ناجز كله، فإن وقع شيء منه مؤخرا فلا أحب طولته، وقال ابن القاسم يفسخ إن كان أكثر من عشرين سنة ثم رجع إلى أربعين ثم قال خمسين وستين، وأما المؤجل أو بعضه إلى غير معين من موت أو فراق وشبهه ففسد³، ويفسخ قبل البناء ويمضي بعده بصداق المثل.⁴

3- الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أنه لو نكح بألف بعضها مؤجل بمجهول كما يقع في زمننا من قولهم يحل بموت أو فراق فسد ووجب مهر المثل لا ما يقابل المجهول لتعذر التوزيع مع الجهل بالأجل أو بألف مثلا على أن لأبيها أو غيره ألفا من الصداق أو غيره، أو على أن يعطيه بالتحفية أو غيره ألفا كذلك، فالمذهب فساد الصداق ووجوب مهر المثل.⁵

4- الحنابلة:

يجوز أن يتزوجها على مهر معجل ومؤجل إلى وقت معلوم، فإن لم يذكر محل الأجل، لا يصح ويرجع إلى مهر المثل⁶، وقال القاضي المهر صحيح ومحل الفرقه؛ فإن أحمد قال: إذا تزوج على العاجل والآجل، لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة.⁷

¹ أنظر: ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص190.

² الخطاب، المرجع السابق، ج3، ص262.

³ ابن الحاجب، المرجع السابق، ج1، ص277.

⁴ محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، ب. ط، دار الفكر - بيروت، 1409هـ-1989م، ج3، ص421.

⁵ الرملي، مرجع سابق، ج6، ص342-343.

⁶ محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هيم - ماهر ياسين الفحل، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425 هـ - 2004 م، ج1، ص402.

⁷ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص222.

الفرع الثالث: ثبوت الصداق وتشطيره واسقاطه:

أولاً: ثبوت كل الصداق:

يثبت كل الصداق في الحالات التالية:

1- الحالة الأولى: الدخول الحقيقي:

موجب الصداق كله بالدخول ومعناه الوطاء وهذا ما اتفقت عليه المذاهب السنية الأربعة الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴

ومستندهم في ذلك ما يأتي:

- قال الله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، [سورة النساء، الآية 24]، ويفهم من هذه الآية أن الوطاء موجب للمهر.⁵

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾، [سورة النساء، الآية 20]، يفهم منها أنه إذا أراد زوج أن يطلق زوجته فلا يحل له أن يأخذ من مهرها شيئاً مهماً كثر؛ لأنه قد استقر فأصبح من حقها بمجرد دخوله بها.⁶

- قال تعالى أيضاً: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، [سورة البقرة، الآية 237]، يتبين بأن المرأة لها الحق في نصف المهر وإذا طلقت قبل الدخول بها فهذا دليل على أنها تستحقه بأكمله بعد الدخول بها.⁷

أما الخلوة فمختلف فيها؛ هل اجتماع الزوجين في مكان آمن لا يطلع عليهما أحد موجب للصداق وتستحق به المهر كاملاً؟ أم لا.

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص291.

² القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص717/ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص22/ ابن جزري، مرجع سابق، ص198.

³ النووي (ت: 676هـ)، المجموع شرح المذهب، ب. ط، دار الفكر، ب. ت، ج16، ص345.

⁴ عبد السلام مجد الدين، مرجع سابق، ج2، ص35.

⁵ أنظر: القرطبي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية- القاهرة، 1384هـ - 1964 م، ج5، ص112.

⁶ القرطبي، مرجع سابق، ج5، ص99.

⁷ المرجع نفسه، ج5، ص205.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

القول الأول:

ذهب الحنفية¹ والحنابلة² في الرواية الراجحة عندهم إلى أنه يجب المهر بأكمله بالخلوة، غير أنهم اختلفوا في تحديد شروط هذه الخلوة، فالحنفية اشترطوا أن تكون الخلوة صحيحة. يقول الإمام الكاساني -رحمه الله-: "الخلوة الصحيحة ألا يكون هناك مانع من الوطء لا حقيقي ولا شرعي ولا طبيعي، أما المانع الحقيقي فهو أن يكون أحدهما مريضاً يمنع الجماع أو صغر لا يجمع مثلها... أما المانع الشرعي فهو أن يكون أحدهما صائماً صوم رمضان أو محرماً بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء... أما المانع الطبيعي فهو أن يكون معهما ثالث."³

أما الحنابلة فلم يشترطوا هذه الشروط، وقالوا بأن كل خلوة موجبة للصدّاق بأكمله. وفي ذلك يقول الإمام الخزقي -رحمه الله-: "وإذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمهما حكم الدخول بجميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يجرمان وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سليمان من هذه الأشياء."⁴ بل ذهب الإمام أحمد -رحمه الله- إلى أنه يثبت الصدّاق بأكمله إذا لمسها أو قبلها ولو من غير خلوة.⁵

القول الثاني:

ذهب المالكية⁶ والشافعية⁷ في الجديد إلى أن الخلوة لا يثبت بها المهر بأكمله، واستثنى المالكية من ذلك:

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص291.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص61.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص292-193.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص61-64.

⁵ المرجع نفسه، ج8، ص66.

⁶ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص717/ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص22/ ابن جزي، مرجع سابق، ص198.

⁷ الشيرازي، مرجع سابق، ص166.

-إذا أدت إلى الوطء وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب: "...ولأن الوطء يتعلق به أحكام كثيرة كالحل والحصانة والتحليل للزوج الأول والغسل، ووجدنا الخلوة لا يتعلق بها شيء من ذلك، فكذلك يجب أن لا يتعلق بها كمال المهر."¹

إذن المرأة تستحق المهر كاملاً بالدخول بها، أما الخلوة فمختلف فيها، وأضاف الفقهاء كذلك بأن من حق عدم تمكين زوجها من الاستمتاع بها حتى تقبض صداقها، ولكن إذا تبرعت وسلمت نفسها حتى وطئها، أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع لأن الوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن.²

2-الحالة الثانية: موت أحد الزوجين:

ذهب الحنفية³ والمالكية⁴ والحنابلة⁵ إلى أن موت أحد الزوجين يوجب الصداق ويرث أحدهما الآخر ولو لم يتم الدخول.

وملاحظة بأن المالكية⁶ والشافعية⁷ قالوا بسقوط المهر إذا قامت المرأة بقتل زوجها، وقال وقال المالكية كذلك بأن المهر يسقط بالموت في حالة نكاح التفويض مع قولهم بالتوارث بين الزوجين في هذه الحالة الأخيرة.⁸

¹ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص720.

² عبد السلام مجد الدين، مرجع سابق، ج2، ص38/ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص767/ الشيرازي، مرجع سابق، ص166

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص291.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص22.

⁵ عبد السلام مجد الدين، مرجع سابق، ج2، ص35.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص22/ ابن عرفة، مرجع سابق، ج2، ص301.

⁷ القزويني (ت: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب والكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1997 م، ج8، ص196.

⁸ الخرشي، مرجع سابق، ج3، ص260/ محمد الأمير المالكي (ت: 1232هـ)، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي بجايشية: حجازي العدوي المالكي تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، ط1، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك [موريتانيا - نواكشوط]، 1426 هـ - 2005 م، ج4، ص154.

3- الحالة الثالثة:

ذهب المالكية¹ إلى أنه إذا مكثت الزوجة مع زوجها سنة كاملة دون مسيس يجب لها الصداق.

ثانيا: تشطير الصداق:

تستحق المرأة نصف المهر في حالة واحدة فقط؛ وهي إذا طلقت من نكاح صحيح قبل الدخول الحقيقي هذا عند الحنفية² والمالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾، [سورة البقرة، الآية: 237]

ثالثا: إسقاط الصداق:

يسقط الصداق في الحالات التالية:

- أ- عند حصول الفرقة بين الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة بسبب من الزوجة: وفي هذا يقول القرطبي من المالكية: "كما لو ارتدت قبل الدخول سقط صداقها."⁶
- ب- إذا وهبت المرأة الصداق لزوجها أو أبرأته منه.⁷
- ج- إذا مات الزوج قبل الدخول في نكاح التفويض يسقط الصداق وهذا عند المالكية.⁸

¹ الزرقاني (ت: 1099هـ)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1422 هـ - 2002 م، ج4، ص17.

² الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص291.

³ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص754.

⁴ الشيرازي، مرجع سابق، ص167.

⁵ عبد السلام مجد الدين، مرجع سابق، ج2، ص35.

⁶ القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ/1980م، ج2، ص556.

⁷ ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ج12، ص251.

⁸ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص715.

د- إذا قتلت الزوجة زوجها فيسقط صداقها عند المالكية¹ والشافعية².

رابعاً: الاختلاف في الصداق:

أ- الاختلاف في قيمة الصداق بعد قبضه:

وهو اختلاف بينهما في قيمة الصداق كأن يقول أعطيتها 150 ألف دينار وتقول هي بل اعطاني 100 ألف دينار ولا بينة لأحدهما، فما الحكم في ذلك؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى الآراء التالية:

1- القول الأول:

القول قول من يدعي مهر المثل وبذلك قال الحنفية³ والحنابلة⁴ في رواية لهم.

2- القول الثاني:

إن كان قبل الدخول تحالفاً وتفاسخاً، وإن كان بعد الدخول القول قول الزوج مع يمينه وبذلك قال المالكية⁵.

3- القول الثالث:

إذا اختلفا تحالفاً ورجع إلى مهر المثل، وبذلك قال الشافعية⁶.

ب- الاختلاف في قبض الصداق:

كأن يقول الزوج بأنه دفع الصداق، وتقول الزوجة بأنها لم تقبضه.
اختلف الفقهاء في هذه المسألة، ونوضح ذلك من خلال ما يأتي:

¹ ابن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص302.

² أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، ب. ط، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357 هـ - 1983 م، ج7، ص374.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص305-306.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص39-40.

⁵ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص768/ ابن جزري، مرجع سابق، ص199/ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص34.

⁶ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص72/ زكريا السنيكي، مرجع سابق، ج2، ص61/ الشيرازي، مرجع سابق، ص168.

1-القول الأول:

ذهب الحنفية¹ والمالكية² إلى أن القول قولها قبل الدخول، والقول قوله بعد الدخول. ولقد قال الإمام مالك بذلك لأن العرف بالمدينة كان عندهم بأن لا يتم الدخول إلا بدفع الصداق³، وقيل إذا لم يوجد هذا العرف فالقول قولها.

2-القول الثاني:

القول قول الزوجة مع يمينها وبذلك قال الشافعية⁴ والحنابلة⁵.

ج-الاختلاف في الجنس:

كأن تقول هي مهري المتفق عليه هو سيارة فخمة، وقوله هو مهر ك عبارة عن طاقم من ذهب، فما الحكم؟

اختلف الفقهاء في مسألة اختلاف الزوجين في جنس الصداق إلى الآراء التالية:

1-الحنفية:

فذهب الحنفية⁶ إلى أن القول قول من يدعي مهر المثل مع يمينه.

2-المالكية:

وذهب المالكية⁷ إلى التفريق بينهما؛ إذا كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده، فإن كان كان قبل الدخول فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن كان بعده ثبت النكاح ولها مهر المثل ما لم يكن أكثر مما أدعت أو أقل مما أعترفت.

3-الشافعية:

وذهب الشافعية⁸ إلى أنهما يتحالفان ويرجع إلى مهر المثل.

¹ ابن العابدین، مرجع سابق، ج3، ص148.

² القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص717/ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص769/ ابن جزري، مرجع سابق، ص200.

³ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص35.

⁴ الشيرازي، مرجع سابق، ص167.

⁵ عبد السلام أبو البركات، مرجع سابق، ج2، ص39.

⁶ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص307.

⁷ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص34.

⁸ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص72.

4-الحنابلة:

أما الحنابلة¹ فالقول عندهم هو قول الزوج مع يمينه.

المطلب الثاني: الصداق في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع الجزائري بدوره أحكام الصداق ضمن قانون الأسرة الجزائري في المواد 14-15-16-17 حيث ذكر ضمن هذه المواد حكمه وشروطه وأنواعه، لذلك قسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع؛ الفرع الأول تناولت فيه حكم الصداق وشروطه، والفرع الثاني خصصته لأنواع الصداق، والفرع الثالث الاختلاف في الصداق، والفرع الرابع أثر تخاف الصداق في قانون الأسرة الجزائري، والفرع الرابع

الفرع الأول: حكم الصداق وشروطه:

نص المشرع الجزائري على شروط الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"²، فمن خلال المادة يمكننا أن نستنتج أن شروط الصداق هي: -أن يكون الصداق مما يجوز التعامل فيه شرعا: أي أن يكون مباحا شرعا³، فالأساس الشرعي للصداق هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية، فالقاعدة العامة أن كل ما يجوز التعامل فيه شرعا وقانونا يصح أن يكون مهرا، كالقنطار من العسل، أما ما يجوز التعامل فيه قانونا ولا يجوز شرعا فلا يصح كالقنطار من الخمر.⁴ -أن يكون الصداق من النقود أو مما يتقوم بالمال؛ يجب أن يكون المهر المقدم للزوجة يقوم بالمال كالذهب والفضة والعقار، كذلك يجوز أن يكون الصداق من المنافع المشروعة والتي

¹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص41.

² المادة (14) من قانون الأسرة الجزائري المعدل

³ العربي بالحاج، مرجع سابق، ص204/ نصر سلمان وسعاد سطحي، مرجع السابق، ص 622/ حسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى المحكمة العليا من سنة 1912 إلى 2001 ، ملحقات: الموائيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، المرجع السابق، ص. 20

⁴ عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة-الجزائر، 2006، ص181-182.

يجوز أخذ أجرة عليها، كتعليم المرأة القرآن.¹

والملاحظ أن المادة 14 من ق أ ج أصبحت مجرد تعريف للصدّاق وركزت على القيمة المادية له وتركّت القيمة المعنوية، وكان من الأجدر تجنب التعريفات باعتبارها من مهام الفقه والقضاء، وكان من المستحسن أيضا عدم تكرار عبارة بأن الزوجة تتصرف في صدّاقها حسب مشيئتها مادام ذلك مضمونا بالمادة 37 من ق أ ج والتي كرست مبدأ التفريق في الأموال بين الزوجين، واستقلال الذمة المالية لهما.²

المشروع هنا خالف المالكية واتبع الحنفية والحنابلة؛ فهما يعتبران أن الصدّاق ملك للمرأة تتصرف فيه كما تشاء، بينما المالكية ذهبوا إلى أن ما يدفعه الزوج لزوجته لا يعتبر كله صدّاقا؛ إنما هو عبارة عن مبلغ تستعين به على شراء ثيابها، وتجهيز بيت الزوجية.³

الفرع الثاني: أنواع الصدّاق في قانون الأسرة الجزائري:

أولا: أنواع الصدّاق باعتبار التسمية:

أ- الصدّاق المسمى:

والمقصود به تسميته عند العقد، ويثبت بمجرد اتفاق الزوجين معا مهما بلغت قيمته، طالما تم بالإرادة ورضا الطرفين، أو ما أنفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي، وهو ما أشارت إليه المادتان 9 مكرر و 15 من قانون الأسرة: "يحدد الصدّاق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".⁴

ويفهم من عبارة "يحدد" في نص المادة أنه يجوز تسمية الصدّاق بعد إبرام العقد، ولا يؤدي عدم تحديد قيمة الصدّاق في العقد إلى بطلان الزواج، بل تستحق الزوجة صدّاق المثل

¹ عيسى حداد، مرجع سابق، ص 182.

² العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 344.

³ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط 1 مجددة، دار مكتبة المعارف ناشرون، 1435هـ - 2014م، ج 3، ص 279.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 207/ لحسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى المحكمة العليا من سنة 1912 إلى 2001 ، ملحقات: الموثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، المرجع السابق، ص 50.

ويعتبر من جملة الصداق المسمى في العقد، ما جرى عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة قبل الزفاف ثياباً أو نحوه.¹

ويعتبر من جملة الصداق المسمى في العقد ما جرى به عرف الناس عليه من تقديم الزوج للزوجة البكر قبل الزفاف ثياباً أو نحوه؛ وهذا المعروف بين الناس يكون كالمشروط في العقد ويجب إلحاقه بالصداق.²

وفي حالة اختلاف الزوجين في قبض حال الصداق، فالقول قول الزوجة قبل الدخول، والقول قول الزوج بعد الدخول طبقاً لنص المادة 17 من ق أ ج³، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا أيضاً.⁴

وإن كان الصداق المسمى أقل من مهر المثل، فإنه يتعين في هذه الحالة أن يوافق عليه كل من الزوجة ووليها إن كانت دون سن الرشد القانوني طبقاً لنص المادة 11 / 2 من ق أ ج، وأما إن كانت راشدة فإنها تستقل وحدها بتحديد الصداق وإبرام العقد دون أن يتدخل وليها أو يعترض على ذلك ولو تزوجت بأقل من مهر أمثالها طبقاً لنص⁵ المادة 11 / 1 والمادة 13، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 1994.⁶

ب- صداق المثل:

وهو الصداق الذي يعطى عادة لمثل المرأة المعنية بالأمر، من حيث الأوصاف والصفات السن والجمال والبكارة الثيوبة...

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 207.

² العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 350.

³ المادة (17) من قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 18/06/1991، ملف رقم 73515، م. ق، 1992، عدد 4، ص 69/ غ. أ. ش، ملف رقم 59335، م. ق، 1992، عدد 1، ص 29 / غ. أ. ش، 12/01/1987، ملف رقم 54198، م. ق، 1990، عدد 4، ص 80.

⁵ المادتان (11 و 13) من قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

⁶ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 30/03/1993، ملف رقم 90468، م. ق، 1994، عدد 3، ص 66، وعلق عليها علي فيلاي سنة 2000، العدد 1، ص 72.

وتقدير صداق المثل هي مسألة يستقل بها قاضي الموضوع، غير أنه يجب عليه أن يبين عناصر المقارنة التي اعتمد عليها في تحديده.¹

1- الحالات التي تستحق فيها المرأة مهر المثل في قانون الأسرة الجزائري:

- إذا سمي لها المهر مما لا يصح التزامه شرعا.

- إذا لم يسم لها الصداق عند العقد طبقا للمادة 15 / 1 من ق أ ج، وهذا ما يسمى عند المالكية بنكاح التفويض.

- في النكاح الفاسد؛ فإنه يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه ويصحح بعد البناء بصداق المثل طبقا للمادة 33 / 1 من ق أ ج.²

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا، من أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد طبقا لأحكام المادة 33 من ق أ ج، وبما أن قضية الموضوع حينما رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور وليها، فإنهم خالفوا القانون الأمر الذي يتعين معه رفض وإبطال القرار المطعون فيه.³

وما يلاحظ في هذا الخصوص أن المشرع لو أضاف هذه الفقرة عند تعديله الأخير لتكملة المادة 15 / 2 بما يلي: "تراعي المحكمة في تقديرها الوسط الاجتماعي للزوجين، والمستوى العام للمهور، والعرف السائد في المكان الذي يتواجد فيه الزوجان." ⁴ ، وهذا لبيان لبيان عناصر المقارنة التي يجب على قاضي الموضوع اعتمادها في تحديده لصداق المثل.

وقد تحدث المشرع الجزائري عن هذا النوع من الصداق في المادة 54 من ق أ ج حين عرضه كبديل للخلع، وخاصة عند عدم الاتفاق على المبلغ الذي تقدمه الزوجة إلى الزوج كمقابل للخلع.⁵

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، مجلس قضاء تلمسان، 1967/12/28، م. ج، 1968، العدد 4، ص 1413.

² العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 352.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م. ق، 2002 المذكور سابقا.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 209.

⁵ عيسى حداد، مرجع سابق، ص 185.

ثانيا: الصداق باعتبار الدفع في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 15 من ق أ ج على أنواع الصداق من حيث الدفع، فجاء كما يلي: "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا"¹ وقد أوجب النص أن يتم تحديد الصداق في عقد الزواج، سواء كان الدفع أي أثناء إبرام العقد أو مؤجلا إلى أجل آخر²، وبذلك فإن المشرع الجزائري يوافق مذهب الجمهور في جواز تعجيل أو تأجيل المهر كله أو بعضه³، وهذا حسب العرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان⁴، على عكس المالكية الذين يكرهون أن يكون المهر مؤجلا.

أ- الصداق المعجل:

وهو الذي يدفعه الزوج إلى الزوجة مباشرة أو من ينوبها ويمثلها⁵، ويدفع كاملا قبل الدخول أو بعد إبرام العقد مباشرة، وهو ما جاء في نص المادة 15 من ق أ ج "سواء كان معجلا"⁶

ب- الصداق المؤجل:

وهو المؤجل إلى ما بعد الدخول، حيث تتم تسمية الصداق وتحديد قيمته أو نوعه أثناء إبرام العقد ويتفق الطرفان على تسليمه في وقت لاحق⁷، وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق وفقا لنص المادة 15 من ق أ ج أو "مؤجلا"⁸، وتجدر الإشارة هنا أن العرف السائد في الجزائر لا يقر التأجيل، إذ لا يتصور الدخول الحقيقي والبناء دون أن تكون الزوجة قد قبضت مهرها.⁹

¹ المادة (15) من قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² لحسين بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص 60.

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 154-155.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 212.

⁵ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 47.

⁶ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 155.

⁷ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 47.

⁸ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 155.

⁹ سلمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار طليطلة، الجزائر، 2010م، ص 71.

ج- الصداق المعجل في بعضه والمؤجل في بعضه الآخر:

وهو أن يتفق طرفا العقد على دفع جزء من الصداق قبل الدخول وتأجيل الباقي منه إلى تاريخ محدد بعد الدخول.¹

ويقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "إذا لم يحدد تاريخ معين لدفع المؤجل، فإنه ينصرف إلى تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة."²

رابعا: مقدار الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى للصداق تاركا ذلك للظروف الاجتماعية المحيطة بالزواج، كما أنه لم يحدد الحد الأعلى له ولذلك نجد القانون اعتبره ما يدفع من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا؛ فبين أنه يطلق في تقدير المهر ولم يحده بحد معين عملا بقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾، [سورة النساء، الآية: 20]، بما مؤداه أن المهر ليس له حد أعلى وإنما أمره متروك للناس وأعرافهم³، وبالتالي لا مانع من أن يدفع الزوج لزوجته ما شاء من المهر طالما كان قادرا⁴ طبقا لنص المادة 14 من ق أ ج "ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا"⁵ ما يدفع نخلة للزوجة من نقود ونحوها. وهذه إشارة على أن المشرع سلك مسلك الشريعة الإسلامية في التيسير ورفع الحرج بما يتناسب وجميع طبقات المجتمع غنيها وفقيرها، أي أنه لا يعجز الفقراء ولا يقيد إرادة البعض الآخر في رفع مبلغ الصداق.⁶

خامسا: ثبوت الصداق وإسقاطه وتشطيره في قانون الأسرة الجزائري:

أ- حالات استحقاق الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

1- ثبوت كل الصداق:

يثبت كل الصداق في الحالات التالية:

¹ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 155.

² عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 49.

³ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ب. ط دار الكتب القانونية، مصر، 2004م، ص 55.

⁴ عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 185.

⁵ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 211.

⁶ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 148.

1-1- الحالة الأولى: الدخول الحقيقي:

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصدّاق في المادة 16 من ق أ ج حيث نصت على أنه: " تستحق الزوجة الصّدّاق كاملا بالدخول.¹، وبعد إبرام عقد الزواج صحيحا وتمام الدخول بالزوجة.

والمشرع أخذ بما ذهب إليه عامة الفقهاء²، وتستحق كذلك كامل الصّدّاق المسمى، والصّدّاق متى تأكد للزوجة، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.³

فسبب الصّدّاق العقد وقد حصل إبرامه طبقا للمواد 9 مكرر و15 من ق أ ج وكان وقت أدائه من العقد إلى الدخول طبقا للمادة 16 من نفس القانون، والسبب يلزم من وجوده وجود المسبب حتما، فإن الأفضل أن يؤدي الصّدّاق بحصول سببه وفقا لنص المادة 15 من ق أ ج، غير أنه بالدخول تستحق الزوجة كامل الصّدّاق والمتعة، وإذا مات عنها فلها الميراث وعليها العدة طبقا للمواد 16-58-126-132 من ق أ ج.⁴

واعتبر القضاء الجزائري أيضا أن الخلوة الصحيحة موجبة للصّدّاق كاملا والعدة بعد الفراق، ونفقة العدة على الزوجة المطلقة.⁵

1-2- الحالة الثانية: الوفاة:

وفقا لنص المادة 16 من ق أ ج أعطى المشرع الجزائري للزوجة كامل الصّدّاق بالوفاة؛ وفاة أحد الزوجين، والمشرع هنا لم يفرق بين الموت الطبيعي والقتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، والمشرع لم ينص عن هذه الحالة ما إذا كانت الوفاة غير طبيعية كالانتحار أو القتل على حكم استحقاقها للمهر، وثبت النسب.⁶

وهذا ما أكدته أيضا قرار المحكمة العليا في أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصّدّاق المسمى، ويترتب عليه توابع العصمة، كما أن خلوة الاهتداء أو إرخاء الستور يعتبر دخولا

¹ المادة (16) من قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 159.

³ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 82.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 216.

⁵ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، م. ق، 1991، عدد 1، ص 33.

⁶ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 372.

حقيقيا يوجب الصداق كله وثبوت العدة بعد الطلاق وثبوت النسب¹، وهذا سد للذريعة ودفعاً للقليل والقال وعموم البلوى، وهذا هو الراجح قانوناً، والمشرع في هذه المسألة أخذ برأي الحنفية² والمالكية³، ويقول القرطبي في هذا المقام: "والصحيح استقراره بالخلوة مطلقاً"⁴ مطلقاً.⁴

1-3- الحالة الثالثة: موت أحد الزوجين:

إذا مات أحد الزوجين ثبت الصداق كاملاً؛ لأن الموت يقرر جميع الأحكام المترتبة على عقد الزواج ومنها الزواج، وتأخذ الزوجة من تركة زوجها ما تبقى من صداقها كاملاً إذا كان ديناً في ذمة الزوج المالك طبقاً لنص المادتين 126-130 من ق أ ج⁵، وأما في حالة وفاة الزوجة يطالبوا ورثتها الزوج بما تبقى من صداق المالكة، ويقسم عليهم حسب الأنصبة المقدرة شرعاً.⁶

والجدير بالذكر أن المشرع نص بشكل عام ومطلق على أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج طبقاً لنص المادة 16 من ق أ ج، ولم يحدد المشرع المذهب الذي اتبعه؛ لأن الحنفية ذهبوا إلى أنه في حالة موت الزوج قبل الدخول ودون تسمية الصداق فالزوجة تستحق صداق المثل⁷، بينما ذهب المالكية إلى أنها لا تستحق أي صداق وإنما تجب لها المتعة فقط.⁸

2- حالة استحقاق الزوجة نصف الصداق في ق أ ج:

نص المادة 16 من ق أ ج، بأنه تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول؛ فإذا حصل الطلاق في عقد الزواج الصحيح، وقد سمي الزواج صداقاً سواء كانت

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، م. ق، 1990، عدد 1، ص 67.

² القرطبي، مرجع سابق، ج 5، ص 102.

³ ابن العربي، مرجع سابق، ج 1، ص 367.

⁴ القرطبي، مرجع سابق، ج 5، ص 102.

⁵ المادتان (126-130) من قانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁶ العربي بالحاج، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد 42، سنة 1999، ص 58.

⁷ الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 294.

⁸ الدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 301.

تلك الفرقة طلاقاً أو فسخاً ولم يدخل الزوج بزوجه بعد ولم يحصل خلوة بينهما، فللزوجة نصف الصداق المسمى في العقد.¹

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1997/07/13، من أنه لا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول، وفقاً لنص المادة 16 من ق أ ج، ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين معه القول، أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم.²

وما يلاحظ على نص المادة 16 أن استعمال لفظ الطلاق جاء بصيغة العموم، ولم يحدد المتسبب فيه.³

وبخلاصة القول أن استحقاق الزوجة نصف الصداق المسمى طبقاً لنص المادة 16 من ق أ ج يشترط فيه ثلاثة شروط:⁴

- أن يكون عقد الزواج صحيحاً.
- أن تكون الفرقة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي بسبب من قبل الزوج.
- أن يكون الصداق قد سمي في العقد ذاته تسمية صحيحة طبقاً لنص المادة 15 من ق أ ج.

3- حالة استحقاق الزوجة صداق المثل في قانون الأسرة الجزائري:

ويكون في حال عدم تحديد الصداق أو تسميته بعد الدخول، فهنا تستحق الزوجة صداق المثل، كما جاء في نص المادة 33 أنه يثبت صداق المثل بعد الدخول إذا تم الزواج

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 223.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1997/07/13، ملف رقم 92714، م. ق، 1995، عدد 1، ص 128.

³ الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 78.

⁴ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 377.

دون صداق¹، وهذا ما أيده قرار المحكمة الصادر بتاريخ: 1997/11/17 بقوله: " إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل".² غير أن المشرع لم يبين ماهية صداق المثل، وكيفية تحديده، وهو ما يستدعي الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد صداق المثل طبقا لنص المادة 222 من ق أ ج³

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى صداق المكره على الزنا رغم أهميته، وتناولته الشريعة الإسلامية، له في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة قولاً، حيث نجد نص على عقوبة جريمة الاغتصاب المعبر عنها في قانون العقوبات⁴ بجريمة هتك العرض في المادتين 335 و 336 من قانون العقوبات الجزائري فنجده يضع عقوبات أصلية وأخرى تكميلية في المادة 9 مكرر⁵، ليس من ضمنها تقديم تعويض مالي إلى المغتصبة كتعويض على الضرر المادي والنفسي الذي أصابها، فلو أن المشرع قد أضاف إلى العقوبات المقررة عقوبة إلزام المغتصب تعويض المعتدى عليها مادياً كعقوبة تكميلية إضافية لربما شكلت هذه وسيلة ردع إضافية للمعتدي إضافة إلى العقوبات المقررة السالبة للحرية والعقوبة كل من ارتكب جنائية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".⁶

وتنص المادة 337 من ق ع على أنه: " إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادماً بأجر لدى الأشخاص أو كان موظفاً أو من رجال الدين أو إذا

¹ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 161.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1993/07/13، ملف رقم 210422، أ. ق. غ. أ. ش، 1995، عدد خاص، ص 53.

³ محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 161.

⁴ الأمر 66-166 المؤرخ في 14 صفر عام 1346 الموافق 4 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة العدد 49، المؤرخ في 21 صفر عام 1346 الموافق 11 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم.

⁵ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ط 14، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 95-96.

⁶ المرجع سابق، ص 97.

كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجريمة بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 336 و336¹.

ب: حالات إسقاط الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري تناول فقط حالة واحدة لإسقاط الصداق؛ وهي في الزواج الفاسد سوى فسخ بطلاق أو بغير طلاق لأن مجرد العقد الفاسد لا يثبت الصداق لأن سبب وجود الصداق في الزواج الفاسد لا يكون إلا في الدخول الحقيقي طبقا للمادة 33/2 من ق أ ج، ولسد هذا النقص التشريعي نرجع لحالات سقوط الصداق في الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 من ق أ ج.

وهذه الحالات كالاتي:

- إذا فسخ العقد قبل الدخول لسبب من أسباب الفسخ.
- إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول وقبل أن يسمى لها الصداق في نكاح التفويض.
- إذا وقع الطلاق قبل الدخول دون اختيار الزوج ولو سمي للزوجة الصداق كما إذا تبين في الزوجة عيبا يعطيه الحق في أن يرده، لأن الفرقة هنا معللة، والزوج لم يستمتع بزوجه بعد.
- إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا وعدوانا قبل الدخول.²

الفرع الثالث: الاختلاف في الصداق:

تناول المشرع الجزائري جميع الحالات التي يكون فيها المهر محلاً للنزاع بقاعدتين أساسهما الدخول من عدمه، وذلك في نص المادة 17 من ق أ ج التي تنص على أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين."³

¹ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 101-102.

² الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 274.

³ المادة (17) من قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ويستخلص من نص هذه المادة أنه إذا حدث خلاف بين الزوجين حول الصداق قبل الدخول وعجز الزوج عن إثبات صدق ما يدّعيه، فالقول قول الزوجة أو ورثتها في حالة وفاتها مع اليمين.¹

وتطبق القاعدة القائلة بالبينة على من ادّعى و اليمين على من أنكر.²

أما إذا وقع الاختلاف بعد الدخول؛ فالقول قول الزوج مع يمينه إذا كان على قيد الحياة، أما إذا كان قد توفي فيحلّ محله ورثته للإثبات³

وما يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بمصلحة المرأة قبل الدخول، أما بعد الدخول فوضع الحق في جانب الزوج، وبهذا يكون قد وازن بين مصلحة الجهتين، كما أنه راعى العرف السائد في ذلك، حيث لا يتم الدخول إلاّ بعد دفع الصداق.

الفرع الرابع: أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرّع الجزائري على حكم تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في المادة 33 / 2 من ق أ ج على أنه: " إذ تم الزواج بدون شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".⁴

وعليه فالمشرّع الجزائري لم يعتبر الصداق أثرا من آثار عقد الزواج، ولا ركنا من أركانه حيث لم يرتب على إغفاله بطلان العقد، بل رتب عليه جزاء فاسخا حيناً ومثبتا حيناً آخر.⁵

ولهذا فيجوز فسخ الزواج إذا ما تخلف شرط الصداق وكان قبل الدخول، غير أنه يثبت حتما بعد الدخول بصداق المثل، وتترتب عليه جميع آثاره.⁶

وقد فصلت غرفة الأحوال الشخصية في قرارها المؤرخ في 1997/11/17 الصداق لا

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 140

² محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 217.

³ محمد محده، مرجع سابق، ص 283.

⁴ المادة (33) من قانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 120.

⁶ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 234.

يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضى للزوجة بصداد المثل.¹ وعليه فإن الحالة الوحيدة التي يفسخ فيها العقد بسبب الصداد؛ هي حالة الاتفاق على إسقاطه، ويكون ذلك قبل الدخول، بينما يثبت بعده بصداد المثل.² وأخيرا نخلص إلى أن الزوجة تستحق الصداد بعقد النكاح، وتختلف حالات استحقاقها له بين استحقاقها لكل المسمى، واستحقاقها لنصفه واستحقاقها لصداد المثل، كما يثبت لها الحق في قبض الصداد والتصرف فيه شرعا وقانونا بكل الطرق المشروعة كما تشاء وحدها دون مزاحمة من أحد، أما مسائل النزاع المتعلقة بالصداد فهي كثيرة لا يمكن حصرها إلا أن المشرع حصرها في الاختلاف قبل الدخول وبعده، وعن تخلف الصداد في عقد الزواج فالاختلاف الفقهي في تكييف الصداد نتج عنه اختلافهم في أثر تخلفه، أما قانونا فإنه يرتب الفسخ قبل الدخول وثبوت الزواج بصداد المثل بعده قانونا، أما حول سقوط الصداد فإنه يحصل عندما نكون بصداد تحقق إحدى الحالات المقررة شرعا وقانونا لسقوطه.

المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الصداد في ق أ ج

نتناول في هذا المطلب الصداد في الاتفاقيات الدولية، ومدى تأثيرها على المشرع في تغيير حكمه في التعديل الجديد 2005، لذلك قسمته لفرعين؛ الأول منه عرضت فيه الصداد في الاتفاقيات الدولية، وما هي البنود التي نصت عليه، والفرع الثاني: خصصته للكلام حول كيف أثرت هذه الاتفاقيات الدولية على المشرع لتغيير حكم الصداد؟ وهل كان التأثير إيجابيا أو سلبيا؟

الفرع الأول: الصداد في المواثيق الدولية:

على الرغم من كون المهر حقا أصيلا من حقوق المرأة عند الزواج، إلا أن الاتفاقيات الدولية وصفته بأنه ثمن العروس واعتبرته عنفا ضدها، وفقا لما ورد في البنود التالية:

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1998/11/17، ملف رقم 210422، أ. ق. غ، أ. ش، 1995، عدد خاص، ص53.

² عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص50.

أولاً: الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء:¹

نص الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء في المادة الثانية منه على ما يلي: " يفهم العنف ضد المرأة أنه يشمل -على سبيل المثال لا الحصر- ما يلي: -العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك الضرب والتعدي الجنسي على الأطفال الإناث والعنف المتصل بالمهر، واغتصاب الزوجة وختان الإناث وغيره من الممارسات التقليدية المؤذية للمرأة والعنف غير زوجي والعنف المرتبط بالاستغلال".²

ثانياً اليونيسف:

عد تقرير اليونيسف للعنف المنزلي الصادر عام 2000 " طقوس الزواج المهر/ ثمن العروس " واحد من العوامل التي تسهم في استمرار العنف المنزلي.³

ثالثاً: مشروع صندوق السكان التابع للأمم المتحدة:

ورد أيضاً في مشروع صندوق السكان التابع للأمم المتحدة سنة 2006 عن النوع الاجتماعي ما يلي: " يعتبر الزوج الذي يدفع المهر المرتفع أنه عقد صفقة مع أهل الزوجة ويتوقع بالمقابل أن تلبى جميع احتياجاته".

رابعاً: الصداق في اتفاقية سيداو:

نصت المادة 16 من هذه الاتفاقية على: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

¹ فاطمة عبد الرؤوف، العنف ضد المرأة قراءة في إشكاليات الفكر النسوي، على موقع الأنترانت:

www.alrased.net/main/articles.aspx?selected_article_no=3519

تمت الزيارة: يوم 2022/09/17، على الساعة: 50 : 23 دقيقة.

كميلية حلمي، دور القيم في مواجهة العنف المنزلي، ورقة مقدمة في المؤتمر الدولي، مواجهة ظاهرة العنف الأسري الواقع

² المادة(2) من الاعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء، على موقع الأنترانت

www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women

تم التصفح يوم 2022/09/17، على الساعة: 20 : 00.

3 UNICEF, DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS, op. cit, No. 6, Page:7 تم التصفح يوم: 2022/09/20، على الساعة: 03: 30 صباحاً

أ- نفس الحق في عقد الزواج¹

هذه المادة تكلمت عن إلغاء كل سبل وألوان وصور التمييز بين الرجل والمرأة فيما يخص الأمور الأسرية وأخص بالذكر هنا عقد الزواج، والذي من شروطه الصداق الذي يعطيه الرجل للمرأة مقابل الاستمتاع بها، فهذه المادة دعت إلى إلغاء كل الفوارق بين الجنسين ومن بينها الصداق فهي تعتبره شكلا من أشكال التمييز والفرقة بينهما.

الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية عن الصداق:

أعتبر المشرع الجزائري الصداق ركنا في قانون 11/84 حيث نصت المادة 9 منه على: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق.²، ثم جاء تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل في المادة 33، حيث نصت على أنه: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد ويطل إذا اختل أكثر من ركن.³

غير أنه مع التعديل الجديد لقانون الأسرة لسنة 2005 جعل المشرع له خصائص كل من الشرط والأثر؛ فمن خصائصه كشرط فساد العقد المنعقد من دون تسمية الصداق طبقا لنص المادتين 9 مكرر و15 من ق أ ج، وخصائصه كأثر لعقد الزواج؛ صحة العقد الذي لم يتعرض فيه العاقدان لصداق ونفاذ العقد الفاسد لصداقه بالدخول، وهنا تستحق الزوجة صداق المثل طبقا لمص المادة 33 / 2 من ق أ ج.⁴

وسبب ذلك يرجع لمصادقة الجزائر على بعض المواثيق الدولية، والتي لها علاقة بالأسرة حيث ترتب على ذلك أثر والمتمثل في تعديل المنظومة التشريعية الوطنية وعلى رأسها قانون الأسرة، وأمام الضغوطات الخارجية والمتمثلة في إلزام لجان هذه الاتفاقيات الدول المصادقة على بنودها بتنفيذ ما وجد في هذه البنود فكان على المشرع أن يستجيب لها.

¹ أنظر: المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

على موقع الأنترانت: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b022.html>

تم التصفح يوم: 2022/10/31، على الساعة: 10:35.

² أنظر: المادة (9) من قانون 11 / 84 قبل التعديل.

³ أنظر: المادة (33) من قانون 11 / 84 قبل التعديل.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 202.

فالمهر يعتبر حقا أصيلا من حقوق المرأة عند الزواج، إلا أن الاتفاقيات الدولية وصفته بأنه ثمن

العروس واعتبرته عنفا ضدها كما ورد في الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء¹، حيث نصت المادة الثانية منه على ما يلي: "يفهم العنف ضد المرأة أنه يشمل - على سبيل المثال لا الحصر - ما يلي:

-العنف البدني والجنسي والنفسي الذي يحدث في إطار الأسرة بما في ذلك الضرب والتعدي الجنسي على الأطفال الإناث والعنف المتصل بالمهر، واغتصاب الزوجة وختان الإناث وغيره من الممارسات التقليدية المؤذية للمرأة والعنف غير زوجي والعنف المرتبط بالاستغلال".² هذا الإعلان وصف المهر الذي يعطى للمرأة كأنه عوض مقابل ممارسة العلاقة معها، وأصبع عليه صفة العنف؛ فشبهه بحال المرأة عندهم، فهي تستغل جنسيا بمقابل مالي، لذلك وجب منعه واعتباره صورة بشعة من صور العنف الجسدي والنفسي.

غير أن حقيقة المهر عكس ذلك فهو بمثابة عربون محبة يعطيه الرجل للمرأة عند الزواج. وكذلك اليونيسيف فبدورها وصفت المهر كذلك في تقريرها بأنه سبب للعنف المنزلي في القرار الصادر عنها عام 2000 واصطلحت عليه اسم "طقوس الزواج المهر أو ثمن العروس" وعدته أهم عامل من العوامل التي تسهم في استمرار العنف المنزلي³.

¹ فاطمة عبد الرؤوف، مرجع سابق.

www.alrased.net/main/articles.aspx?selected_article_no=3519

تمت الزيارة: يوم 2022/09/17، على الساعة: 50 : 23 دقيقة/ كميلية حلمي، دور القيم في مواجهة العنف المنزلي، ورقة مقدمة في المؤتمر الدولي، مواجهة ظاهرة العنف الأسري.. الواقع، على موقع الأنترنت:

http://musanadah.com/index.php?action=show_d&id=41

تمت زيارة الموقع: يوم 22/09/17، على الساعة: 12:30

² المادة (2) من الاعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء، على موقع الأنترنت

www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women

تم التصفح يوم 2022/09/17، على الساعة: 20 : 00.

³ UNICEF, DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS, op. cit, No. 6, Page:7.

تم التصفح يوم: 2022 /09/20، على الساعة: 03 : 30.

إضافة إلى مشروع صندوق السكان التابع للأمم المتحدة الذي وصف المهر بأنه بمثابة الصفقة التي يعقدها الزوج مع أهل الزوجة ويجب عليها في المقابل أن تلبي جميع احتياجاته، ونعت أيضا في اتفاقية سيداو بأنه شكل من أشكال التمييز ضد المرأة وأن للمرأة لها نفس الحق في عقد الزواج طبقا لنص المادة 16 منها.¹

فهذه المادة تكلمت عن إلغاء كل سبل وألوان وصور التمييز بين الرجل والمرأة فيما يخص الأمور الأسرية ومنها الصداق في عقد الزواج، لذلك وجب إلغاؤه من تشريعات الدول، والجزائر تعيش ضمن مجتمع دولي وجب عليها أن تتبع ما يصدر عنها من قوانين وقرارات، لأنها صادقت على بنود هذه الاتفاقيات، وهناك تقارير ترفع للأمين العام للأمم المتحدة وهو بدوره يرفعها للجان هذه الاتفاقيات تبين مدى تطبيق الدول المصادقة على بنود هذه الاتفاقيات، فإن جاء التقرير سلبيا، تتعرض هذه الدول لعقوبات دولية إما أن تكون في شكل ضغوطات أو تهديدات طلبات العضوية المقدمة من طرفها للانضمام لهيئات أو منظمات دولية أخرى.

المشرع هنا لم يستجب استجابة كلية لإلغاء الصداق من قانون الأسرة، لأنه وجد نفسه أمام قوتين ضاغطين داخلية وخارجية، الداخلية والمتمثلة في ديانة وأصالة المجتمع الجزائري، والخارجية في إلزام لجان هذه الاتفاقيات لاستجابة لمبادئها المصادقة عليها، فاستجاب المشرع استجابة نسبية، حيث عمد إلى البحث عن رأيا فقهي ليعتمده أو جمع من كل مذهب رأي في مسألة ليخرج في الأخير برأي ملفق، أو أنه عمد لحالة واحدة فقد، والباقي لم ينص عليها الأمر الذي يحولنا إلى المادة 222 من ق أ ج، فقام بتعديل حكم الصداق في قانون الأسرة من الركن إلى الشرط، لأنه لو تم الدخول بدون صداق يصح بصداق المثل طبقا لنص المادة 33 من ق أ ج.

¹ جامعة منيسوتا، مكتب حقوق الإنسان، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

أنظر: المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/b022.html>

على موقع الأنترانت:

تم التصفح يوم: 2022/10/31، على الساعة: 10:35.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

تمهيد:

الشروط الموضوعية للزواج المتعلق بعقد الزواج غير الزوجين، نص عليها المشرع في المادة 9 مكرر من ق أ ج؛ وهي الولاية ودور الولي في عقد الزواج والشهادة عليه وانعدام الموانع الشرعية التي تحول دون اتمامه وتحقيق أهدافه ومقاصده، لذلك خصصت هذا الفصل لدراستها، مع بيان أثر الاتفاقيات الدولية على المشرع في تغيير أحكامها في التعديل الأخير 2005، ويحتوي هذا الفصل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: آثار الاتفاقيات الدولية على الولاية ودور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الإشهاد على الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على الولاية في عقد الزواج:

ولاية الشخص على غيره لها مقاصد وأهداف، وشرعت من أجل نصرة المولى عليه ورعاية لمصالحه العاجلة والآجلة، وتكون في الأمور المتعلقة به، ومن بينها الزواج، وهذه الولاية لها أحكام تضبطها وتحدد دور الولي فيها، ولقد نصت عليها الشريعة الإسلامية، وحددت دور الولي فيها، وقننت أحكامها القوانين الوضعية ومنه قانون الأسرة الجزائري، الذي وضع لها حكما ثم غيره عند التعديل الأخير لسنة 2005، فما سبب ذلك؟

وعليه فقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ عنونة الأول منه الولاية ودور الولي وشروطه في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني تناولت فيه أحكام الولاية ودور الولي وشروطه في قانون الأسرة الجزائري، والمطلب الثالث بينت فيه أثر تغيير حكم الولاية ودول الولي في قانون الأسرة الجزائري عند التعديل الأخير لسنة 2005.

المطلب الأول: الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

راعت الشريعة الإسلامية الولاية ودور الولي في عقد الزواج، وأولت له اهتماما كبيرا، لذلك خصصت هذا المطلب لدراستها، فقسمته إلى فروعين؛ الفرع الأول عنوانه أقسام الولاية، والفرع الثاني عنوانه دور الولي وشروطه وعلى من تقتصر الولاية في عقد الزواج.

الفرع الأول: أقسام الولاية :

تنقسم الولاية باعتبار قوة الولي في صلاحيته لمباشرة شؤونه وشؤون غيره إلى قسمين:

أولا: الولاية القاصرة:

وهي ولاية الشخص على نفسه وماله، دون توقف على إجازة أحد، وهي تثبت للشخص

الكامل الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل وعدم الحجر عليه¹.

ثانياً: الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره، بإقامة من الشارع، الذي أقامه مقامه، ولا تثبت له إلا إذا ثبتت له الولاية على نفسه، كولاية الأب والجد والعصبة². وتنقسم هذه الولاية باعتبار عدة³:

أ- باعتبار عمومها وخصوصها:

تنقسم الولاية المتعدية باعتبار سعة مجالها إلى:

1- ولاية عامة:

وهي استحقاق تصرف عام على الأنام⁴؛ وهي الثابتة لرئيس الدولة أصالة، له ولاية عامة على من يتولى أمرهم، وللقضاء نيابة عنه بصفتهم حكماً لا بصفتهم الشخصية.

2- ولاية خاصة:

وهي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكماً، وفيها يملك الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للأشخاص المعينين، وهي تثبت للفرد بتسليط من الشارع أصلاً، كولاية الأب والجد على الصغار، أو بتسليط من الأصيل نيابة عنه، كالوصي والقيم ومتولي الوقف⁵.

ب- باعتبار مصدرها:

تنقسم إلى

1- ولاية أصلية:

وهي الولاية التي تثبت ابتداءً، من غير أن تكون مستمدة من الغير، والشارع جعل له

¹ عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 104.

² ناصر سلمان، مرجع سابق، ص 153.

³ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، ص 127.

⁴ الحصكفي (ت: 1088هـ)، الدر المختار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، 1423هـ-2002م، ج1، ص75.

⁵ صالح جمعة الجبوري، الولاية على النفس، ط1، مؤسسة الرسالة، بغداد، 1396هـ، ص33.

الولاية مباشرة لسبب ملتصق بها لا يفارقه، وهذه الولاية لا تقبل الإسقاط ولا التنازل عنها كولاية الأب والجد، فإن ولايتهما ثبتت ابتداء بسبب الأبوة، وليست مستمدة من غيرها¹.

2- ولاية نيابة:

وهي الولاية المستمدة من غيرها بإقرار الشارع، يكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه، كولاية القاضي والوصي؛ فإن القاضي يستمد ولايته من الحاكم الإمام، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته من الحاكم الإمام، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة ممن أقامه وصياً، فهو نائب عنه في الوصايا وفيما يتولاه من شؤون القاصر.²

ج- باعتبار موضوعها:

وتنقسم إلى:

1- ولاية على المال:

وهي سلطة شرعية تمكن صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات الخاصة بالمال وتنفيذها، ويشمل كل ما يتعلق بأموال المولى عليه من حقوقه على الغير وحقوق الغير عليه، فيلزم الولي بحفظ مال موليه من الضياع والهلاك، أو الاعتداء من قبل الغير، والعمل على تنميته واستثماره بالأوجه المشروعة، كما يلزمه الإنفاق من هذا المال على صاحبه وعلى من تلزمه نفقته بالمعروف في طعام أو كسوة أو تعليم، مراعيًا في ذلك أوجه الإنفاق المشروعة من غير إسراف ولا تقتير، كما يجب عليه أن يكون أمينًا في التصرف في مال موليه غير مفسد إلى أن يسلم إليه ماله عند انتهاء الولاية عليه³، وهذا النوع ليس محل دراستنا.

2- ولاية على النفس:

وهي الولاية على النفس فقط، تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج، فالولي في هذه الأمور له حق إنشاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه،

¹ شوكت محمد عرسان عليان، السلطة القضائية في الإسلام - دراسة موضوعية مقارنة - ب. ط، جامعة الأزهر، مصر، ب. ت، ص 97.

² صالح جمعة الجبوري، مرجع سابق، ص 34.

³ أنظر: الشريبي، مرجع سابق، ج 2، ص 217.

وهذه كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية أو ناقصتها في التزويج، إذا لم يوجد الأب أو الجد، أو وجد أحدهما مع عدم أهليته للولاية.¹

3- أقسام الولاية في الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

ولاية التزويج قد تكون ولاية إجبار، وقد تكون ولاية اختيار، وتفصيل ذلك كالآتي:

3-1- ولاية إجبار عند فقهاء الشريعة الإسلامية وترتيب الأولياء:

3-1-1- ولاية إجبار عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

وهي التي يستقل فيها الولي بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه دون مشاركة أحد، ويكون العقد نافذاً على المولى عليه، ولا يجب عليه استشارتها أو الأخذ برأيها بسبب الصغر أو الجنون أو البكارة²، فالولي يستبد فيها بإنشاء العقد على المولى عليه.³ وعرفها ابن العابدين بقوله: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى".⁴ فولاية الإجبار لها مقاصد وهي حماية الضعيف من جانبيين الوجود والعدم.

- فمن جانب الإيجاد: وتكون بإقامة كل ما يدفع الضعف، أو يعين التغلب عن آثاره.

- أما من جانب عدم: وتكون باتخاذ الوسائل الكفيلة بدفع الاختلال الذي قد يلحق بمصلحة الضعيف.

والفقهاء قد اتفقوا على ولاية الإجبار، غير أنهم اختلفوا في علة وجوبها، وبيان ذلك كالآتي:

3-1-1- ولاية الإجبار عند الأحناف:

وسع الأحناف هذه الولاية من حيث منحها لجميع الأولياء، لكن ضيقوها باقتصارهم على القُصَّر ومن في حكمهم، ومناطق هذه الولاية عجز المولى عليه من التصرف بنفسه على

¹ الشربيني، مرجع سابق، ج2، ص217.

² أنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج2، ص222/أنظر: بن أبي زيد القيرواني (ت: 386هـ)، النوادر والزيادات، ط1، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1999، ج4، ص401.

³ نصر سلمان، مرجع السابق، ص154.

⁴ ابن العابدين، مرجع سابق، ج3، ص55.

وجه النظر والمصلحة، لقصور عقله، هذا ويلحق بالصبي غير المميز المجنون، المعتوه غير المميز.¹ وعليه فإن علة الإجبار عندهم هي الصغر والمجنون، لأنهما يدلان على ضعف العقل وبالتالي عدم إدراك المصلحة.

وتثبت ولاية الإجبار عندهم لكل الأقارب ابتداء من الأب والجد والابن، وانتهاء بذوي الأرحام، وتثبت عند أبي حنيفة الأرحام فالسلطان²، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى ثبوتها للعصبة في بعض الروايات.³

والولاية عند الأحناف مقيدة بالكفاءة ومهر المثل⁴، وعلى هذا فإنه رغم صحة العقد، لا يكون ملزماً للقاصر، أو فاقد الأهلية فيمكنه فسخه بعد زوال سبب نقص أو عدم الأهلية، فإذا كانت المرأة صغيرة مثلاً وزوجها وليها جبراً بغير كفاءة أو بمهر دون مهر المثل، كان لها عند بلوغها أن تحيز العقد أو تفسخه؛ وهذا ما يسمى خيار البلوغ، وكذلك الأمر بالنسبة للمجنونة، فإذا زال عنها جنونها، كان لها حق فسخ العقد؛ ويسمى بخيار الإفاقة، غير أن هذا الأمر مشروط إن كان الولي غير الأب أو الجد عند أبي حنيفة⁵، أما إذا زوجها الحاكم فلا خيار لها عنده، أما أبو يوسف فلا يثبت لها الخيار بعد العقد، لأن العقد ملزم، سواء أكان الولي أباً أو غيره، قياساً على حديث النبي ﷺ لما تزوج عائشة رضي الله عنها، وبلغت لم يعلمها بالخيار بعد البلوغ، فلو كان الخيار ثابتاً لها لأعلمها به.⁶

وإن كان الولي مشهوراً بسوء الاختيار، بأن كان فاسقاً، وزوجها سكيراً، أو شريراً أو دينياً، فإن عقده يكون باطلاً على الراجح في المذهب.⁷

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص241.

² بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج5، ص93.

³ السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص219/ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج3، ص133.

⁴ ابن العابدین، مرجع سابق، ج4، ص175.

⁵ أنظر: المرجع نفسه، ج3، ص66.

⁶ المرجع نفسه، ج2، ص315.

⁷ ابن الهمام (ت: 861هـ)، شرح فتح القدير، ب. ط، دار الفكر، ب. ت، ج3، ص293.

3-1-1-2-ولاية الإجماع عند المالكية:

ضيق المالكية من ولاية الإجماع من ناحية تثبتها لهم، وجعلوها محصورة في أربعة أشخاص وهم الأب ووصيه والسيد والحاكم، وتنحصر سلطة الأب بخصوص الإجماع في أربعة أصناف من النساء؛ ويحق له أن يبرم عقد زواجهن دون أخذ إذنهن وهن؛ المرأة الصغيرة والمجنونة والبكر البالغ والشيبة التي ظهر فسادها¹، وتفصيل ذلك كالآتي:

تجبر الصغيرة، ويمكن للأب أن يزوج ابنته الصغيرة دون موافقتها، سواء كانت بكراً أو ثيباً؛ ذهبت عذريتها بزواج صحيح، أو بغير وطء كالساقطة، فله جبرها، واختلف فيما إن كان ذهاب العذرية زناً أو اغتصاب والمشهور هو الجبر في المشهور²، غير أن ابن الجلاب رأى عدم جبرها؛ لأن الثيب بالزنا كالثيب بالزواج³، أما عبد الوهاب فقد فرق بين تكرار الزنا وعدم تكراره، ففي الأولى لا تجبر لذهاب حيائها، والثانية تجبر⁴، وذهب ابن رشد إلى أن المرأة التي زنت تأخذ حكم الثيب في عدم إجبارها؛ لأنها عرفت أمور الوقائع والمقدمات، ولها حكم البكر في إذنها وهو صمتها لأنها تستحي أن تنطق بالرضا.⁵

3-1-1-3-ولاية الإجماع عند الشافعية:

ذهب الشافعية⁶ إلى أن علة الإجماع الجنون والبكارة؛ تجبر البكر وللأب تزويج البكر صغيرة وكبيرة بغير إذنهما، واستدلوا بعدة أدلة منها:

¹ أنظر: القرافي، مرجع سابق، ج4، ص217/أنظر: أبي الوليد ابن رشد، ج2، ص6.

² أبو الحسن الرجاعي (ت: بعد 633هـ)، مناهج التَّحْصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيلِ في شَرْحِ المدونة وحلِّ مُشْكِلَاتِهَا، ط1، دار ابن حزم، 1428هـ - 2007م، ج3، ص298.

³ ابن الجَلَّاب (ت: 378هـ)، التفریع، تحقیق: سید کسروی حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1428هـ - 2007م، ج1، ص362.

⁴ الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5، ص57/ أبو الحسن الرجاعي، مناهج التَّحْصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيلِ في شَرْحِ المدونة وحلِّ مُشْكِلَاتِهَا، مرجع سابق، ج3، ص299.

⁵ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص6.

⁶ الدميري، مرجع سابق، ج7، ص72/ ولي الدين المهراني (ت: 628هـ)، تحرير الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن فهمي محمد محمد الزواوي، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، 1432هـ - 2011م، ج2، ص534.

- قول النبي ﷺ « الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا. »¹

- وحديث «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا. »²

- وكذلك حديث «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ. »³

وإذا كانت الثيب أحق بنفسها من وليها، دل ذلك على أن ولي البكر أحق بها منها.

قال الشافعي: " دَلَّ إِنْكَاحُ أَبِي بَكْرٍ عَائِشَةَ النَّبِيِّ ﷺ ابْنَةً سِتٍّ وَبَنَاهُ بِهَا ابْنَةً تَسْنَعُ عَلَى أَنَّ الْأَبَ أَحَقُّ بِالْبَكْرِ مِنْ نَفْسِهَا"⁴؛ فالبكارة علة للإجبار.

وأما المصابة بالفجور حكمها حكم الأبكار، ولو زالت البكارة بالسقطة أو الإصبع، أو حدة الطمث، أو بطول التعنيس - فظاهر المذهب - أنها كالأبكار⁵، وذهب ابن خيران وابن أبي هريرة؛ أنها كالثيب، وذهب القاضي أبو حامد إلى أن التي وُطئت مجنونة أو مكرهة أو نائمة حكمها حكم الأبكار؛ لبقاء الحياء، وهذا خلاف ظاهر المذهب.⁶

وأما مسألة ذكر المرأة للولي أنها ثيبٌ ولم يُعلم لها زوج ففي المسألة قولان:

- قال الماوردي: "لا يسألها."⁷

وقال الشاشي: "عندي أنه يسألها؛ ولا تأثير لذهاب البكارة بغير الوطء."⁸

¹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، باب: استئذان الثيب في النكاح، ج2، ص1037.

² أخرجه: مالك، الموطأ، ط4، دار الإمام مالك للطباعة، باب: استئذان البكر والأيم في أنفسهما، البليدة-الجزائر، 1442هـ-2020م، ص295.

³ أخرجه: أبي داود، سنن، تحقيق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي، باب: في الثيب، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430هـ - 2009م، ج3، ص439. قال الألباني صحيح: في صحيح النسائي، الصفحة أو الرقم: 3263.

⁴ الشافعي(ت: 204هـ)، الأم، ب. ط، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ-1990م، ج5، ص19.

⁵ الدِّمِيرِي أَبُو الْبَقَاءِ الشَّافِعِي (ت: 808هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق: لجنة علمية، ط1، دار المنهاج (جدة)، 1425هـ - 2004م، ج7، ص72.

⁶ الدِّمِيرِي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج7، ص74.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج9، ص60.

⁸ الدِّمِيرِي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج7، ص73.

وتجبر المجنونة أو المجنون ويجوز للأب والجد تزويجها؛ لأن المجنون إذا انضم إلى الصَّغَر تأكدت الولاية، وهي ليس لها حال تستأذن فيه، ولهما ولاية الإجماع على الجملة؛ فاقترضت المصلحة تزويجها.

قال الشافعي: " فِي الْكَبِيرِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ لِأَبِيهِ أَنْ يُزَوَّجَهُ لِأَنَّهُ لَا أَمْرَ لَهُ فِي نَفْسِهِ."¹ وذهب بعض الخراسانيين وبعض البصريين لا تزوج الثيب الصغيرة المجنونة.²

أما إن كانت كبيرة ومجنونة جاز للأب والجد والحاكم تزويجها، لأن له الولاية العامة، مع تضمنه مصلحة المهر والنفقة، وثبوت الولاية على مالها، وإذا زوج الحاكم وراجع أقاربها، ففي المسألة وجهان:

الوجه الأول: قيل أنها واجبة؛ فإن شاورهم فلم يشيروا بشيء استقل الحاكم.

والوجه الثاني: قيل إنها مستحبة، شاور عصباتها، فإن لم تكن شاور أقاربها؛ كالأخ والعم من الأم والخال، وقيل: يزوجه القريب من الأخ والعم؛ لأن النسيب أشفق وأولى من الحاكم، فعلى هذا لا ينفرد القريب، ولكنه يحتاج إلى مراجعة الحاكم؛ فيقوم إذا الحاكم مقام إذنها، فإن امتنع القريب زوج الحاكم كما في العضل.³

وتزويجه هذا إن توقع الشفاء، ويكون في هذه الحالة واجباً عليه، قال ابن الصباغ: "لا يزوجه الحاكم إلا إذا قال أهل الطب: إن شفاءها في ذلك، فلو انتفى ذلك، وأراد التزويج لكفاية النفقة أو لمصلحة أخرى، ففيه وجهان:

الوجه الأول: أنه يجوز؛ كما لو زوج الأب لمجرد المصلحة.

والوجه الثاني: المنع؛ لأن تزويجها يقع إجباراً، وغير الأب والجد لا يملك الإجبار، وإنما يصار إليه للحاجة النازلة منزلة الضرورة، وهذا الأصح.⁴

¹ الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج5، ص22.

² ابن الرفعة (ت: 710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، ط1، دار الكتب العلمية- لبنان، 2009، ج13، ص32.

³ المرجع نفسه، ج13، ص33.

⁴ المرجع نفسه، ج13، ص32.

وإذا بلغت عاقلة ثم جنت عادت الولاية للأب في الأصح، واليتيمة البالغة المجنونة يزوجه السلطان عند ظهور الحاجة، ويشاور أقاربها، والمشاورة واجبة في أحد الوجهين، وقيل: يزوج بمجرد المصلحة دون الحاجة.

قال الرافعي: "ظاهر المذهب أن الأب والجد عند عدمه يزوجان المجنونة، كما يزوجان الصغيرة، ولا فرق بين أن تكون صغيرة، أو كبيرة بكرة أو ثيباً..."¹ واستحب الشافعي -رحمه الله- في حالة غيبة الولي، أن يشاور السلطان ذوي الرأي من أقاربها، فإن لم يكن فيهم ولي شاور خالها، وأباً أمها.²

وعليه فإن مناط ثبوت الولاية على الأنثى - عند الشافعية - هي البكارة، لأن البكر صغيرة كانت أم كبيرة، جاهلة لأمر الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج فلا ولاية على الثيب الصغيرة كانت أم كبيرة، فالثيب الصغيرة لا تزوج حتى تبلغ، وعلى الغلام الصغير، وعلى المجنونة والمجنون الكبيرين.

2-1-1-4-ولاية الإجماع عند الحنابلة:

ذهب الحنابلة³ - في المشهور عندهم - إلى أن علة الإجماع البكارة مع الصغر وتفصيلها كالآتي:

أجمع الحنابلة على أن الإجماع يكون بين البكر والصغيرة؛ فالبنت إن لم تبلغ تسع سنين، بشرط أن يكون الزوج كفئاً، قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن نكاح الأب ابنته الصغيرة البكر جائز، إذا زوجها من كفء."⁴ ومن أدلتهم:

- قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾. [سورة الطلاق، الآية: 4]، فجعل للآئي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر،

¹ المرجع نفسه، ج8، ص12.

² ابن الرفعة، مرجع سابق، ج13، ص36.

³ الزركشي (ت: 772 هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخزقي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ب. ط، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1423 هـ - 2002 م، ج2، ص342.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص40.

ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسخ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق، ولا إذن لها يعتبر.

-وقول عائشة رضي الله عنها: "تَزَوَّجَنِي النَّبِيُّ ﷺ وَأَنَا ابْنَةُ سِتٍّ، وَبَنَى بِي وَأَنَا ابْنَةُ تِسْعٍ".¹
أما البالغة لا تجبر عنده، لأنها جائزة التصرف في مالها، أشبهت الشيب الكبيرة.²
وأما الرواية الثانية لأحمد بأنه ليس للأب إجبار البنت على الزواج³، والدليل على ذلك قوله ﷺ «لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَكَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ». ⁴، وهذا ما جنح إليه ابن تيمية⁵ وابن القيم.⁶
وعليه فإن المشهور في المذهب أن علة الإجبار هي البكارة مع صغر مخصوص.
أما الجنون فنفرق هنا بين حالتين:

الحالة الأولى:

إذا كانت مما يقع عليها الإجبار، لو كانت عاقلة، كأن تكون صغيرة، فإن لوليها إجبارها على الزواج حين جنونها؛ لأنه إذا ملك إجبارها وهي عاقلة فمن باب أولى يملك إجبارها وهي مجنونة.⁷

الحالة الثانية:

كون المرأة لا تجبر لو كانت عاقلة، كأن تكون ثيبا كبيرة، ففي هذه الحالة تنفرع المسالة إلى

¹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: تزويج الأب البكر، ب.ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب.ت، ج2، ص1039.

² الزركشي، مرجع سابق، ج5، ص81.

³ ابن قدامي، مرجع سابق، ج7، ص47.

⁴ أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ب.ط، دار طوق النجاة، 1422هـ، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والشيب، ج7، ص17.

⁵ ابن تيمية (ت: 728 هـ)، مجموع الفتاوى، تحقق: أنور الباز - عامر الجزار، ط3، دار الوفاء، 1426 هـ / 2005 م، ج32، ص22.

⁶ ابن قيم الجوزية (ت: 751 هـ)، زاد المعاد، ط27، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1415 هـ / 1994 م، ج5، ص88.

⁷ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص18.

ثلاثة:

1- أن يكون وليها هو الأب أو الوصي، فيحق لهما تزويجها ولو كانت ثيبا كبيرة، لأنه جعل للأب تزويج المعتوه، فالمرأة أولى.¹

2- أن يكون وليها الحاكم، ففيها وجهان:

الوجه الأول:

ليس له تزويجها بحال؛ لأن هذه ولاية إجبار، فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها.

الوجه الثاني:

له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة.

3- من وليها غير الأب والحاكم، فقال القاضي: " لا يزوجه إلا الحاكم، فيكون حكمها حكم القسم الثاني؛ لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها."²

ومن شروط الإجماع كفاءة الزوج، فإن زوج الأب ابنته من زوج غير كفء كان زواجه باطلا في إحدى الروايات³، وفي رواية أخرى أنه صحيح؛ لأن النهي متعلق بحق الآدمي وهذا الحق يمكن تداركه بإثبات حق الخيار.⁴

3-1-2- ترتيب الأولياء في ولاية الإجبار:

أما مسألة من له الولاية وترتيب الأولياء عند المذاهب السنية الأربعة كما يأتي:

3-1-2-1- الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن الولاية هي ولاية الإجبار فقط، وتثبت للأقارب العصبات، الأقرب فالأقرب؛ ثبوتها للأب والجد وغيرهما من العصبات بنفس ترتيبهم في الميراث؛ البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ثم المعتق، ثم الإمام والحاكم.⁵

¹ ابن قدامة ، المرجع نفسه، ج 7، ص 36.

² مرجع سابق، ج 7، ص 37.

³ البهوتي، مرجع سابق، ج 11، ص 294.

⁴ ابن تيمية، مرجع سابق، ج 32، ص 24.

⁵ أنظر: ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار، ج 3، ص 55/ أنظر: محمد بن أحمد السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، ج 4، ص 219.

3-1-2-2-المالكية:

ذهب المالكية إلى ثبوتها للأب فقط، ويقوم مقام الأب وكيله في الحياة، ووصيه بالتزويج بعد الوفاة.¹

3-1-2-3-الشافعية:

ذهب الشافعية إلى أن الولي المخير يكون أحد الثلاثة الأب فقط حرصاً على مصلحة المولي عليه، فإن انعدم الأب حل محله الجد وإن علا، والسيد.²

3-1-2-4-الحنابلة:

أما الحنابلة فهو الأب، ثم وصي الأب بعد موته، ثم الحاكم عند الحاجة.³

3-2-ولاية الاختيار عند فقهاء الشريعة الإسلامية وترتيب الأولياء:

3-2-1-ولاية الاختيار عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

فهي حق الولي في تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورضاه، ويقال لصاحبها ولي مُخَيَّر⁴، غير أن الفقهاء اختلفوا في تسميتها كالاتي:

3-2-1-1-تسمية ولاية الاختيار عند الفقهاء:

الحنفية:

سمها الأحناف ولاية ندب واستحباب، وثبتت للمرأة البالغة العاقلة الراشدة.⁵

المالكية:

يسمونها المالكية ولاية الاختيار وثبتت للمرأة البالغة الثيب.⁶

¹ أنظر: أبو العباس أحمد الصاوي المالكي (ت: 1241هـ)، الشرح الصغير، ج2، 363.

² شمس الدين، الشربيني الشافعي (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ص149.

³ ابن قدامة، ج5، ص52.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج9، ص6693.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج5، ص53.

⁶ ابن عرفة، مرجع سابق، ج2، ص222.

الشافعية:

ويسمىها الشافعية ولاية الشركة، وتثبت للثيب وإن كانت صغيرة.¹

الحنابلة:

يسمىها الحنابلة بولاية الشركة أيضاً، وتثبت للثيب وإن كانت صغيرة.²

3-2-1-2- مسألة انفراد المرأة بإنشاء عقد زواجها:

اختلف الفقهاء حول مسألة انفراد المرأة بإنشاء عقد زواجها، وذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز للمرأة العاقلة البالغة أن تزوج نفسها، وتتولى صيغة العقد، بشرط أن يكون الزوج كفاءً، ويستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج، قال أبو حنيفة: " المرأة لا تملك أن تزوج نفسها من غير كفاءٍ".³

القول الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶، إلى أنه ليس للمرأة أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج.

3-2-1-3- البكر البالغ والثيب الصغير:

مسألتى البكر البالغ والثيب الصغير هي محل خلاف بين الفقهاء إلى الأقوال التالية:

3-2-1-3-1- مسألة البكر البالغ:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص242.

² المرجع نفسه، ج2، ص242.

³ برهان الدين مازة (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ-2004م، ج3، ص37.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص6.

⁵ زكريا السنيكي (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ب. ط، دار الكتاب الإسلامي، ب. ت، ج3، ص127.

⁶ عبد الرحمن النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط1، ب. ن، 1397هـ، ج6، ص256.

القول الأول: يجوز للأب أن يزوج البكر البالغ دون استئذانها، ومن قال بذلك مالك¹ والليثي والشافعي² وفي رواية لأحمد³ وإسحاق⁴.

واستدلوا بالآتي:

- حديث: النبي ﷺ «الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ يُزَوَّجُهَا أَبُوهَا»⁵

- وحديث: النبي ﷺ «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»⁶

فدل ذلك كله على أن البكر خلاف الثيب فيجوز إجبارها، وإذا كانت الثيب أحق بنفسها من وليها، دل ذلك كله على أن البكر أحق بها منها.⁷

- وكذلك حديث: النبي ﷺ «تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا»⁸ وحديث النبي ﷺ «لَا تُنْكَحُ

الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا»⁹، ولا شك أن المفهوم من هذا الحديث بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة.¹⁰

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص6.

² النووي (ت: 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ، ج9، ص204.

³ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص384.

⁴ العسقلاني، فتح الباري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، ب. ط، دار المعرفة - بيروت، 1379هـ، ج9، ص193.

⁵ سبق تخريجه.

⁶ سبق تخريجه.

⁷ نصر سلمان، مرجع سابق، ص156.

⁸ أخرجه، البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: النكاح، ط1، دار طوق النجاة، النجاة، 1422 هـ، ج9، ص25.

⁹ أخرجه: أبو داود، سنن، حقق: شعيب الأرناؤوط - محمد كامل قره بللي، باب: في الاستثمار، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ - 2009 م، ج3، ص434. قال أبو داود حديث حسن.

¹⁰ نصر سلمان، مرجع سابق، ص156.

وكذلك أيضا حديث النبي ﷺ «لَا تُنْكَحُ الْبُكَرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، وَلَا الثَّيْبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ.

»¹، ولا شك أن الاستئذان على سبيل الاستطابة فقط لا الوجوب، ونظير ذلك ما ورد في

حديث ابن عمر «وَأَمَرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ»²

قال "الإمام الشافعي": " لَيْسَ لِأُمِّهَا فِيهَا أَمْرٌ وَلَكِنْ عَلَى مَعْنَى اسْتِطَابَةِ النَّفْسِ".³

الحديث فرق بين البكر والثيب فبين بأن الأولى تستأذن والثانية تستأمر، وهذا يدل على

أن البكر خلاف الثيب، وبالتالي تجر خلافا للثيب.⁴

رد على أصحاب هذا القول بالآتي:

1-أخذ أصحاب هذا القول بدليل الخطاب، بينما عموم الأحاديث بينت أن البكر لا تزوج

إلا برضاها، والعموم أقوى من دليل الخطاب؛ ويتقوى هذا العموم بوجود نص في المسألة حيث

أخرج مسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما زيادة وهو أنه قال ﷺ: «وَالْبُكَرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا»⁵،

قال "ابن رشد" في هذا الحديث: " هو نص في موضع الخلاف".⁶

2-النبي ﷺ عندما فرق بين البكر والثيب، جعل إذن الأولى الصمت، وإذن الثانية النطق، ولم

يفرق بينهما في الإيجاب أو عدمه، فالبكر تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها، فتخطب إلى

وليها، ووليها يستأذنها، فإذا سكنت فهذه علامة رضاها، لأنها لو لم تكن راضية لتكلمت

وأبدت رأيها، أما الثيب فقد زال عنها حياء البكر، فتكلم في نكاحها، فتخطب إلى نفسها،

¹ أخرجه، البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: النكاح، ط1، دار طوق النجاة، النجاة، 1422 هـ، ج9، ص25.

² أخرجه: البيهقي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، باب: في نكاح الآباء الأبنكار، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج7، ص186. قال عبد الغني أبو الحسن أحمد ماجد في تخریج وتحقيق أحاديث فتح الباري اسناده ضعيف، رقم الحديث: 12363.

³ الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج5، ص180.

⁴ نصر سلمان، أحكام الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص156.

⁵ سبق تخريجه.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص6.

فإذا رضيت تأمر وليها أن يزوجه، وعليه أن يزوجه إذا أمرته بذلك، فهو مأمور من جهة الثيب، ومستأذن للبكر.¹

3- إن القول بأن علة الإجماع هي البكارة؛ معنى ذلك أنها موجبة للحجر، فهذا القول مخالف لأصول الإسلام، لأن الشارع لا يجعل البكارة سبب للحجر في أي موضع من المواضع عليها.²

القول الثاني:

يشترط استئذان البكر البالغ، ولا يجوز إجبارها على الزواج، ولو كان المجرأ أباً، فلو عقد عليها دون استئذان لم يصح، وبه قال الحنفية³ والأوزعي والثوري وأبو ثور⁴، وفي رواية للحنابلة، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية⁵، وتلميذه ابن القيم⁶.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- ما رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ قَالُوا: كَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ تَسْكُتَ.»⁷

2- عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال «يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي؟ قَالَ: رِضَاهَا صَمْتُهَا.»⁸، وفي رواية مسلم: «وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا، وَرَبِّمَا وَرَبِّمَا قَالَ: وَصَمْتُهَا إِقْرَارُهَا.»⁹

¹ ابن تيمية، مرجع سابق، ج32، ص25.

² المرجع نفسه.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص240.

⁴ بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج5، ص80.

⁵ ابن تيمية، مرجع سابق، ج32، ص25.

⁶ ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص88.

⁷ سبق تخريجه.

⁸ أخرجه البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ط1، دار طوق النجاة، 1422 هـ، ج7، ص17.

⁹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، ب.ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب.ت، ج2، 1037.

هذه الأحاديث تبين بأن البكر لا تنكح إلا برضاها، وهذا يدل على عدم جواز الإكراه، ولقد وضع الإمام البخاري الأول والثاني تحت باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثير إلا برضاها.¹

3- حديث خنساء بنت خدام الأنصارية: أنّ أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأنت النبي ﷺ فردّ نكاحها".²

4- ما روي في السنن أيضا من حديث ابن عباس أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ.³

5- الأصل في العقود أن تُبنى على التراضي وعدم الإكراه، وحتى في حالة الزوجية وكرهت الزوجة زوجها واستحالت العشرة، فلا تجبر على العيش معه، ولها الخلاص منه، إما عن طريق الحكمين، إذا رأيا بأنه من المصلحة التفريق بينهما.⁴

والحقيقة أن القول بعدم تزويج البكر إلا برضاها، هو القول الراجح، لأنه يتماشى مع طبيعة الزواج الذي لا يبنى إلا على التراضي والمحبة والمودة بين الطرفين، إضافة إلى أن المفهوم الذي أخذ به أصحاب القول الأول لا يُقدم على منطوق الأحاديث الصحيحة الصريحة التي استدلت بها أصحاب القول الثاني الذي يرى عدم إجبارها على الزواج من أي شخص مهما كانت درجة قرابته ولو كان الأب مثلا.

يقول ابن تيمية: " فإن الأب ليس له أن يتصرف في مالها إذا كانت رشيدة إلا بإذنها وبضعها أعظم من مالها فكيف يجوز أن يتصرف في بضعها مع كراهتها ورشدها... وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح؛ فهذا مخالف للأصول والعقول والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على

¹ نصر سلمان، مرجع سابق، 158.

² أخرجه: النسائي ت: 303هـ، السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، باب: الثيب يزوجه أبوها وهي كارهة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406هـ-1986م، ج6، ص86. صحيح.

³ أخرجه: ابن ماجه، سنن، (ت: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: من زوج ابنته وهي كارهة، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ج1، ص603. قال الالباني صحيح في صحيح أبي داود، ص2096.

⁴ أنظر: ابن تيمية، مرجع سابق، ج32، ص29.

بيع أو إجارة إلا بإذنها ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على مباحضة ومعاشرة من تكره مباحضته ومعاشرته والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة..¹ قال ابن القيم: " فإن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها، ويخرج بضعتها منها بغير رضاها إلى من يريده هو، وهي من أكره الناس فيه، أبغض شيء إليها؟ ومع هذا فينكحها إياه قهراً بغير رضاها إلى من يريده، ويجعلها أسيرة عنده..²

3-1-2-3- مسألة الثيب الصغير:

اختلف العلماء في الثيب الصغير، هل تزوج برضاها؟ أم يجوز للأب إجبارها؟ إلى قولين:

-القول الأول:

ذهب الحنفية³ والمالكية⁴ وفي رواية للحنابلة⁵ إلى أنه يجوز للأب إجبار ابنته الثيب الصغير على الزواج، لأن علة الإجبار متوفرة وهي الصغر. يقول القاضي عبد الوهاب: "أما صغار النساء فلا يزوجهن أحد من الأولياء سوى الآباء وللآباء إنكاحهن ابكاراً وثيباً..⁶

¹ ابن تيمية، مرجع سابق، ص 22-23.

² ابن القيم، مرجع سابق، ج 5، ص 89.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 244.

⁴ القاضي عبد الوهاب (ت: 422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط 1، دار ابن حزم، 1420هـ - 1999م، ج 2، ص 688.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 385.

⁶ القاضي عبد الوهاب، التلقين، تحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، ط 1، دار الكتب العلمية، 1425هـ - 2004م، ج 1، ص 112.

-القول الثاني:

ذهب أبو تمام من المالكية¹ والشافعية² وفي رواية للحنابلة³، إلى أنه لا يجوز الإجمار، لأن علة الإجمار البكارة؛ والثيب لا تتوفر فيها هذه العلة ولا سيما قد جربت الحياة الزوجية فهي أدرى بمصلحتها من جهة، وقوله ﷺ «الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»⁴ وقوله أيضا «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيْبِ أَمْرٌ»⁵ من جهة أخرى

وبعد عرضي لأقوال الفقهاء في هذه المسألة أرى لمسألة أخرى في غاية الأهمية وهي:

3-2-1-4-مسألة الثبوة الرافعة للإجمار:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

ذهب المالكية⁶، والحنفية⁷، إلى أن الثبوة التي يرفع بها الإجمار هي التي تكون بوطء في النكاح، أو شبهة نكاح، أو ملك أو شبهته، دون زنا والغصب، أو بسبب السقوط من المرتفع أو حمل شيء ثقيل.

يقال القاضي عبد الوهاب: "ودليلنا أن المعنى الذي لأجله ارتفع إجمار الثيب بالنكاح أن الحياء الذي يكون في البكر، والانقباض، يزول عنها وتصير من أهل الاختيار، وهذا لا يوجد في المزني بها، لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ارتكبته، وللعار الذي لحقها لما زهد الناس فيها، فلم يرتفع الإجمار عنها، ولأن ذهاب البكارة إذا لم يحصل معها

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص7.

² الجويني (ت: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهارسه: عبد العظيم محمود الدّيب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ - 2007م، ج12، ص42.

³ الزركشي، مرجع سابق، ج2، ص345.

⁴ سبق تخريجه.

⁵ سبق تخريجه.

⁶ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص282.

⁷ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص244.

الإجبار فذهاب الحياء لا يزيل الإجبار كالطفرة والثوبة، ولأن البكارة يتعلق بها حجران حجر في المال وإجبار التزويج، ثم ثبت أن ولاية المال لا تسقط عنها بهذا الفعل، كذلك الإجبار.¹

-القول الثاني:

ذهب الشافعية² إلى رفع الإجبار عن كل ثيب سواء أزالته بكرتها بنكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة أو بزنا ولو زالت بكارتها بوثة أو بأصبع أو بطول مكث أو وطئت في دبرها فلها حكم الثيب على الأصح.

الفرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج وشروطه والولاية القاصرة:
أولاً: حكم الولي:

سنعالج مسألتين الأولى نظرة الفقهاء للولي هل هو شرط أو ركن، والمسألة الثانية هل يصح الزواج بدون ولي؟ أم لا؟

أ- المسألة الأولى: نظرة الفقهاء للولي بأنه شرط أو ركن؟

اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في نظرهم إلى الولي من مذهب إلى آخر فمنهم من جعل الولي ركناً في عقد الزواج، ومنهم من قال أنه شرط وذلك على قولين:

القول الأول:

ذهب الأحناف³ والحنابلة⁴ وبعض المالكية كالقاضي عبد الوهاب⁵ إلى أن الولي شرط في عقد النكاح وليس ركناً.

القول الثاني:

أما باقي المالكية⁶ والشافعية¹ قالوا بأنه الولي ركن من أركان عقد الزواج؛ زوج، زوجة، ولي، ولي،

¹ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص689.

² النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي - بيروت 1392هـ، ج9، ص204.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص241.

⁴ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص46.

⁵ أبو التميمي الصقلي، مرجع سابق، ج9، ص43.

⁶ أنظر: القرافي، مرجع سابق، ج4، ص217.

شاهدان، صيغة.

ب- المسألة الثانية: هل يصح النكاح بدون ولي؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى عدة أقوال:

القول الأول:

ذهب المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها سواء أكانت بكراً أو ثيباً.

قال ابن المنذر: "روى هذا القول عن عمر بن الخطاب، وعن علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريرة، وبه قال سعيد بن المسيّب، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك، والشافعي، وعبيد الله ابن الحسن - العنبري - وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد."، وقال أيضاً: "إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك."⁵

واستدلوا بعدة أدلة منها:

1- من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَعْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، الآية: 232]، هذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم

¹ البهوتي، مرجع سابق، ج 5، ص 47.

² القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق: حميش عبد الحق، ب. ط، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، ب. ت، ج 2، ص 727/ القرائي، الفروق، مرجع سابق، ج 3، ص 102.

³ شمس الدين الأسيوطي (ت: 880هـ)، جواهر العقود، تحقيق: مسعد عبد الحميد - محمد السعدني، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1996 م، ج 2، ص 6.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 385.

⁵ ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 7/ ابن المنذر (ت: 319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، ط 1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، 1425 هـ - 2004 م، ج 5، ص 14.

حق في الولاية لما نكحوا عن العضل، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة، الآية: 221] قالوا: وهذا خطاب للأولياء أيضا.¹

وقال الشافعي: "هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها."²

وقال ابن حجر: "هي أصرح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى، ولايتها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه."³

-قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء، الآية: 34]، لقد فضل الله عز وجل الرجال على النساء بإسناد القوامة لهم، ولا شك أن الولاية تعتبر من القوامة.⁴

-قال تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء، الآية: 25]، هذه الآية صريحة في اشتراط إذن الولي فدل ذلك على أن النكاح لا يصح بدون ولي.⁵

2-من السنة:

-عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ - ثلاث مرات - فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا.»⁶

يقول ابن جزى: "فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرة كانت أو ثيبا أو دنيئة رشيدة أو سفيهة حرة أو أمة أذن لها وليها أو لم يأذن فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده وإن أطال وولدت الأولاد ولا حد في الدخول للشبهة وفيه الصداق المسمى."⁷

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص37.

² الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص178.

³ ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج9، ص187.

⁴ القرطبي (ت: 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، ب. ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ-2003م، ج3، ص73.

⁵ القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص74.

⁶ أخرجه: أبو داود، سنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب: في الولي، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430هـ - 2009م، ج3، ص425. صححه: ابن معين، وأبو عوانة، وابن خزيمة، وابن حبان، والحاكم، والبيهقي.

⁷ ابن جزى، مرجع سابق، ج1، ص133.

وأما أدلة اشتراط الولاية في النكاح من السنة النبوية، فهي أظهر وأشهر، بل هي العمدة في هذه المسألة عند كثير ممن ذهبوا إلى اشتراط الولاية في النكاح، ومنها:

- حديث ما رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ»¹
- حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا؛ فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تَزُوجُ نَفْسَهَا»²

هذا الحديث صريح الدلالة على أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها مطلقاً، لا بولاية ولا بوكالة أذن لها وليها أم لم يأذن لها³.

كما أن الجملة الأخيرة من هذا الحديث تدل على أن مباشرة المرأة لعقد النكاح إنما هو من شأن الزواني، فليس للمسلمة مباشرته في النكاح الشرعي، لئلا تتشبهه بالبغايا في عاداتهن ووقاحتهن، وهذا كما يدل على التقييد والتنفيذ كذلك يدل على البطلان لذلك النكاح الذي عقدته المرأة.

-القول الثاني:

إن الولاية ليست شرطاً في نكاح الحرة المكلفة البالغة العاقلة - بكرة كانت أم ثيباً - تزويج نفسها إلا أنه خلاف المستحب، وسواء أكان الزوج كفواً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح،

¹ أخرجه، البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: النكاح، ط1، دار طوق النجاة، 1422 هـ، ج7، ص15.

² أخرجه: ابن ماجه، سنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: لا نكاح إلا بولي، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ب. ت، ج1، ص606. قال الألباني حديث صحيح دون جملة الزانية، في صحيح ابن ماجه حديث رقم 1539.

³ جمال الدين الزيلعي (ت: 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامه، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، 1418هـ/1997م، ج3، ص182.

ولالأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤاً لها، وهذا المشهور عند أبي حنيفة¹، وبه قال زفر²، وهو رواية عن أبي يوسف في ظاهر المذهب.³
واستدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة.

1- من القرآن :

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة، الآية 232].

قال الجصاص: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ معناه لا تمنعهنَّ أو لا تضيقنَّ عليهنَّ في التزويج، وقد دلَّت هذه الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليٍّ، أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الوليِّ.
والثاني: نهي عن العضل إذا تراضى الزوجان⁴

- قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [سورة البقرة، الآية 234].

قال الجصاص: "ومن دلائل القرآن على ذلك أي على تزويج المرأة نفسها قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، فجاز فعلها في نفسها من غير شرط الوليِّ، وفي إثبات شرط الولي في صحّة العقد نفى لموجب الآية؛ فإن قيل: إنّما أراد بذلك اختيار الأزواج وألاً يجوز العقد عليها إلا بإذنها، قيل له: هذا غلط من وجهين: أحدهما: عموم اللفظ في اختيار الأزواج وفي غيره."⁵

¹ ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص117.

² الجصاص (ت: 370 هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1415 هـ-1994 م، ج1، ص400.

³ ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص117.

⁴ الجصاص، مرجع سابق، ج1، ص400.

⁵ مرجع نفسه، ج1، ص401.

والثاني: أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلّق به أحكام النكاح، وأيضاً قدر ذكر الاختيار مع العقد بقوله: «إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ».

2- من السنة:

- حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ

تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»¹

ووجه الدلالة من هذا الحديث الأيّم اسم لامرأة لا زوج لها، بكراً كانت أم ثيباً، وقد أثبت النبي صلى الله عليه وسلم لكلّ من الوليّ والأَيّم حقاً ضمن قوله "أحق"، وجعلها أحقّ بنفسها من وليّها ولن تكون أحقّ منه بنفسها إلا إذا صح تزويجها نفسها بغير رضاه، وهذا يمنع أن يكون له حقّ في منعها العقد على نفسها كقوله صلى الله عليه وسلم «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ أَوْ سَقْبِهِ»² وقوله لأُمّ الصغير: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»³

ثانياً: شروط الولي:

يقصد بها الشروط الواجب توفرها في الولي، وهناك شروط محل اتفاق بين الفقهاء وشروط أخرى محل خلاف بينهما، لذلك نقسم هذه الشروط إلى قسمين:

أ- الشروط المتفق عليها بين الفقهاء:

وهما شرطان:

1- كمال الأهلية:

¹ أخرجه: مسلم بن الحجاج (ت: 261هـ)، صحيح مسلم، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1037.

² أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، باب: في الهيبة والشفعة، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج9، ص27.

³ أخرجه: أبو داود (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، باب: من أحق بالولد، محمد محيي الدين عبد الحميد، ب. ط، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ب. ت، ج2، ص282.

يكون بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه والسكران، وكذا مختل النظر بهرم، أو خبل، والرقيق، هذا ما ذهب إليه الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴. وذهب الفقهاء بخصوص شرط الحرية إلا ما نقل عن الحنابلة، إلى أنه يشترط في الولي أن

يكون حرا وليس عبدا، وارجعوا ذلك لعدة أسباب:⁵

-أنه لا يرث أحد وأن من أسباب الولاية الميراث.

-من لا يملك الولاية على نفسه فمن باب أولى لا يملكها على غيره.

-الولاية من باب الملكية، فلا يصح أن يكون الشخص مالكا ومملوكا في الوقت نفسه غير أن هناك رواية أخرى للحنابلة أن العبد يكون وليا.⁶

قال ابن العثيمين: " الصحيح أن هذا ليس شرطا؛ لأن الأمر لا يتعلق بمال أو تصرف مالي لنقول أن العبد لا يملك بل يتعلق بالولاية بل أبا يحتاط لابنته ما لا يحتاطه غيره؛ لذا لا يعقل أن تسلب عنه الولاية كونه بالغاً عاقلاً وذا دين، ولا سيما أن تزويجه لابنته لا يفوت حق سيده ولا يضره."⁷

2- اتفاق دين الولي والمولى عليه:

فلا ولاية لغيرا لمسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [سورة التوبة، الآية: 71] وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [سورة الأنفال، الآية: 73] وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [سورة النساء، الآية: 141] ولحديث النبي ﷺ: «

¹ الكاساني، بديع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص237.

² الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص230.

³ الشربيني، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج3، ص156.

⁴ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5، ص54.

⁵ المرجع نفسه، ج2، ص327.

⁶ مصطفى السيوطي الرحيباني(ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415هـ - 1994م، ج5، ص65.

⁷ ابن العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1427هـ، ج12، ص74.

الإسلامُ يعلو ولا يُعلَى»¹، والسبب في اشتراط اتحاد الدين؛ هو اتحاد وجهة النظر في تحقيق المصلحة، ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر هذا عند جمهور الفقهاء²، وتفصيل ذلك كالآتي:

2-1-الحنفية:

ذهب الحنفية³ إلى أنه لا ولاية للكافر على المسلم؛ لأنها تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز، ومن أجل ذلك صينت المسلمة من نكاح الكافر، وإن كان الولي مسلماً والمولى عليها كافراً فلا ولاية له عليها، لأن المسلم لا يرث الكافر والكافر لا يرث المسلم، لقوله ﷺ «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»⁴؛ فولاية الكافر على المسلمة ممنوعة قياساً على منع التوارث بينهما، غير أن المسلم إن كان سيداً لأمة كافرة، أو سلطاناً أو نائباً له كانت له الولاية عليها، بموجب الولاية العامة⁵، وكذلك لا ولاية للمرتد مطلقاً لا على المسلم أو الكافر أو المرتد، ولا يجوز له الزواج من مسلمة أو كافرة أو مرتدة.⁶

2-2-المالكية:

وذهب المالكية⁷، إلى أنه لا ولاية للكافر على المسلم، غير أنهم استثنوا الأمة الكافرة تحت تحت سلطة سيدها المسلم فيزوجها لكافر، أو معتقة أعتقها في بلاد الإسلام، فيزوجها لمسلم أو كافر إن كانت كتابية.⁸

¹ سبق تخريجه.

² ينظر: الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص239.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص239.

⁴ أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج8، ص156.

⁵ ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص194.

⁶ الكاساني، بديع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج2، ص239.

⁷ الصاوي المالكي، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج2، ص363.

⁸ الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج3، ص188.

2-3- الشافعية:

أما الشافعية¹، فقالوا بعدم ذلك أنه لا يكون الكافر وليا على المسلمة لا بسبب النسب، ولا بسبب الحكم، ولا بسبب الملك²، أما إن كانت كافرة فقد ذهبوا إلى النظر في أمرها من نواحي ثلاثة؛ فإن كان أمام الولاية بالنسب وساواها في الدين، ولو كانت المرأة نصرانية ولها أخ مسلم وآخر يهودي والثالث نصراني ورابع مجوسي، فلا ولاية للمسلم عليها ويشترك باقي الإخوة في الولاية عليها؛ لأن الكفر ملة واحدة، وإن كان لها أخ مرتد فلا ولاية له عليها، وإن كانت هي مرتدة فلا ولاية لأحد عليها³، أما إن كانت الولاية بسبب الحكم، ولم يوجد لها قريب من الكفار كان لحاكم المسلمين أن يزوجه بكفاء مسلم أو كافر⁴، وكان وليها من شاركها في النسب.

2-4- الحنابلة:

فالحنابلة⁵، ذهبوا إلى أنه لا ولاية أيضا للمرتد مطلقا لا على المسلم ولا على الكافر، ولا حتى على مرتد مثله، بل ولا ولاية له على نفسه، فلا يجوز له الزواج من مسلم أو كافر أو مرتد⁶.

2-1-1- الولاية بالملك:

ويقصد بها الولاية على المملوكين، ففي ذلك وجهان:

الوجه الأول:

يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة وهذا ظاهر قول الشافعي، وهو أيضا قول المرزوي والإصطخري⁷.

¹ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص55

² الشافعي، مرجع سابق، ج6، ص39.

³ الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص116.

⁴ الشافعي، مرجع سابق، ج6، ص39.

⁵ البكري، مرجع سابق، ج3، ص353.

⁶ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص239.

⁷ الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص117.

لا يختلف الحنابلة كثيرا عن الشافعية في هذه المسألة، إلا الأمة التي تكون تحت يد المسلم، أو السلطان إذا لم يكن للذمية ولي¹، واختلفوا في أم ولد كافر إن أسلمت، أو كتابية أو مدبرته، فهل يزوجها سيدها الكافر؟ أم لا؟ وذلك على قولين:

القول الأول:

له أن يزوجها؛ لأن ولاية الملك لا يشترط لها أهلية فهو يملكها، وكما له إجارتها له تزويجها.

القول الثاني:

ليس لسيدها أن يزوجها؛ لأنها مسلمة²، أما بالنسبة للكفار فيزوجون بعضهم، وتشترط فيهم الشروط المطلوبة في المسلم من العدالة والأهلية وغيرها³.

ب-الشروط المختلف فيها:

1-الذكورة:

اختلف الفقهاء في هذا الشرط إلى قولين:

1-1-القول الأول:

الذكورة شرط عند الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة، فلا تثبت ولاية الزواج للأنثى؛ لأن المرأة لا تثبت لها ولاية على نفسها، فعلى غيرها أولى⁴، وتفصيل ذلك كالآتي.

1-1-2-المالكية:

ذهب المالكية⁵ إلى أن الولاية مسلوقة عن المرأة، وليس لها أن تزوج نفسها أو غيرها، واستثنوا أن لها ولاية في الجملة بحيث يكون لها التوكيل في العقد دون مباشرته وهذا في مسائل ثلاثة:

¹ بن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص363.

² بن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص363.

³ الزركشي(ت: 772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، ب. ط، الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1423 هـ - 2002 م، ج2، ص332.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص12.

⁵ الخرشي، مرجع سابق، ج3، ص187.

المسألة الأولى:

إذا كانت المرأة مالكة، فلها أن توكل رجلاً مستوفياً لشروط الولاية، يباشر عقد مملوكاتها.

المسألة الثانية:

إذا كانت المرأة وصية عن امرأة أخرى، فلها أن توكل رجلاً يعقد على من هي تحت وصيتها.

المسألة الثالثة:

المرأة التي أعتقت امرأة أخرى فلها أن توكل من يعقد زواج مولاتها المعتقة.¹

1-1-3- الشافعية:

يرى الشافعية² أن عقد الزواج لا يصح إلا بولي ذكر، ولا يجوز للمرأة أن تعقد زواج غيرها لا بولاية ولا بوكالة، واستدلوا بأدلة منها:

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 34] ، ووجه الدلالة من الآية، أن القوامة على النساء قيام الرجال بمصالحهن ومنها تزويجهن.

- قوله ﷺ «لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا.»³

1-1-4- الحنابلة:

والذي عليه الحنابلة⁴، ليس للمرأة أن تزوج غيرها لا بولاية ولا بوكالة، فإن فعلت لم يصح العقد؛ لأن الولاية يعتبر فيها الكلام والمرأة ناقصة قاصرة لقصور النظر لنفسها.

غير أن هناك روايتين أخرتين نقلا عن الإمام أحمد.

الأولى: يجوز للمرأة تزويج أمتها ومعتقتها وذلك بتوكيل رجل.

والثانية: تفيد بتزويج الأمة باعتبار الأمة مالا.¹

¹ عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص490

² الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص149.

³ أخرجه: ابن ماجه، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: لا نكاح إلا بولي، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية،

ب. ت، ج1، ص606. صححه الألباني في الإرواء، رقم الحديث: 1841.

⁴ بن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص364.

1-2- القول الثاني:

قال الحنفية² ليست الذكورة شرطاً في ثبوت الولاية، فللمرأة البالغة العاقلة الراشدة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن غير، بطريق الولاية أو الوكالة.

2-العدالة:

وهي استقامة الدين، واختلف فيها الفقهاء على قولين:

1-2- القول الأول:

أنها شرط وهذا عند الشافعية³ والحنابلة⁴، فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: « لا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدَي عَدْلٍ وَوَلِيٍّ مُرْشِدٍ »⁵، لأن الولاية تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة، فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال.

2-2- القول الثاني:

ذهب الحنفية⁶ إلى أن العدالة ليست شرطاً في ثبوت الولاية، فللولي عدلاً كان أو فاسقاً تزويج ابنته؛ لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه ورعاية المصلحة لقريبه، ولأن حق الولاية عام، ولم ينقل أن ولياً في عهد الرسول ﷺ ومن بعده منع من التزويج بسبب فسقه، والراجح هذا ؛ لأن حديث ابن عباس ضعيف، ولأن "المرشد" ليس معناه العدل، بل الذي يرشد غيره

¹ المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص67.

² محمود بن أحمد، مرجع سابق، ج5، ص14.

³ كمال الدين، الدّميري أبو البقاء الشافعي (ت: 808هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق: لجنة علمية، ط1، دار المنهاج - جدة ، 1425هـ - 2004م، ج7، ص58.

⁴ عبد الرحمن المقدسي (ت: 624هـ)، العدة شرح العمدة، تحقيق: صلاح بن محمد عويضة، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426هـ - 2005م، ج1، ص390.

⁵ أبو بكر الحسين البيهقي (ت: 458هـ)، السنن الكبير، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، باب: لا نكاح إلا بشاهدين عدل، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ - 2003م، ج14، ص144، قال ابن الجوزي ضعيف، وكذلك ضعفه أبو حذيفة، نبيل بن منصور في أنيس السّاري في تخريج وتحقيق الأحاديث التي ذكرها الحافظ ابن حجر العسقلاني في فتح الباري، ج6، ص6375.

⁶ العيني، مرجع سابق، ج4، ص610.

إلى وجوه المصلحة، والفاسق أهل لذلك، ويقول الكاساني: "العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا وللفاسق أن يزوج ابنه وبنته."¹

وذهب المالكية² إلى أن العدالة شرط كمال في العقد، ويستحب وجودها؛ وفسق الولي لا يقدر في صحة العقد بل في كماله فقط.

وهناك رواية أخرى للشافعية³، ترى بأن العدالة ليست شرطاً؛ فالأولون الفسقة زوجوا بناتهم، فالوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي، وإن عم الفسق البلاد والعباد، وقيل الشرط عدم الفسق وليست العدالة.

ورواية ثانية للإمام أحمد، وهو ظاهر كلام الخراقي، أنه لم يذكر الفاسق مع من ليست لهم ولاية.⁴

3-الرشد:

ومعناه هنا عند الحنابلة⁵ معرفة الكفاء ومصالح النكاح، وعند الشافعية⁶ هو عدم تبذير المال، والرشد شرط عندهم.

وذهب الحنفية⁷ والمالكية⁸ إلى أن الرشد ليس شرطاً فيصح للسفيه ولو محجوراً عليه أن يتولى تزويج غيره، لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفیه ذي الرأي بإذن

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص239.

² عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص490/ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص16.

³ الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص209.

⁴ المرداوي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، مطبعة السنة المحمدية، 1375 هـ - 1956م، ج8، ص80.

⁵ كمال الدين الدِّميري أبو البقاء الشافعي، مرجع سابق، ج7، ص57.

⁶ مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، ب. ن، 1415هـ - 1995م، ج5، ص65.

⁷ أبي الوليد ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص12.

⁸ المرجع نفسه والصفحة.

موليته، وبإذن وليه، فإن زوج ابنته مثلاً بغير إذن وليها، ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة، فإن كان صواباً أبقاه وإلا رده، فإن لم ينظر فهو ماض.¹
وأضاف المالكية شرطين آخرين هما:

4- خلو الولي من الإحرام بحج أو عمرة:

اختلف الفقهاء بعد الإحرام مانعاً من موانع الولاية في الزواج، ومنهم من عدّه غير مانع، وذلك على قولين:

القول الأول:

يرى جمهور الفقهاء من المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴، بأن المحرم بحج أو عمرة أو بما فليس له أن يزوج نفسه أو غيره لا بولاية ولا بوكالة لقول النبي ﷺ «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ»⁵، فإن عقد المحرم زواجه كان العقد باطلاً أو مفسوخاً وهذا كما يلي بيانه:

عند المالكية:

يرى المالكية⁶ فسخ العقد قبل الدخول وبعده حتى ولو أنجبت أولاداً؛ فيفسخ قبل الدخول الدخول ولا صداق فيه، أما بعد الدخول فيفسخ وتستحق المرأة الصداق، وهذا الفسخ هو

¹ الزرقاني (ت: 1099هـ)، شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1422 هـ - 2002 م، ج3، ص326.

² الخطاب، مرجع سابق، ج3، ص418.

³ البجيري (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ب. ط، دار الفكر، بيروت، 1415هـ - 1995م، ج3، ص394.

⁴ البهوتي (ت: 1051 هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق: الناشر مكتبة الرياض الحديثة، ب. ط، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض، 1390هـ، ج3، ص72.

⁵ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب تحريم نكاح المحرم، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1030.

⁶ الخرشي، مرجع سابق، ج3، ص187/ النفراوي، مرجع سابق، ج2، ص7/ ابن أبي زيد القيرواني، متن الرسالة، ب. ط، المكتبة الثقافية، بيروت - لبنان، ب. ت، ص106.

طلاق على مشهور المذهب على أن التحريم لا يكون مؤبداً، والمعتبر هو عدم الإحرام وقت العقد، وهذا يتعلق بالولي الخاص؛ فالمحرم بأحدهما لا يصح منه تولي عقد النكاح، وعدم الإكراه؛ فلا يصح الزواج من مكروه، لكن هذا الشرط لا يختص بولي عقد النكاح¹، بل هو عام في جميع العقود الشرعية.

وعند الشافعية: ذهب الشافعية² إلى أن هذا النكاح مفسوخ، وقيل باطل بغير طلاق؛ فإن دخل بها فلا مهر لها، إلا إن كان قد سمى لها الصداق، ويفرق بينهما فرقة مؤقتة؛ ويصح له أن يعقد عليها ويتزوجها بعد التحلل من الإحرام، وهذا شرط عام للزوج والزوجة والولي الخاص. أما الولي العام - الحاكم أو القاضي - فقد اختلف فيه أصحاب هذا المذهب على ثلاثة أقوال:³

القول الأول:

عدم جواز تولي القاضي أو الحاكم عقد الزواج إن كان محرماً مثله مثل الولي الخاص.

القول الثاني:

يرون جواز تولي القاضي أو الحاكم عقد الزواج إن كان محرماً، فهو يختلف عن الولي الخاص؛ وقاسوا ذلك على عقد زواج الكافرة.

القول الثالث:

يرون جواز تولي الحاكم فقط عقد الزواج إن كان محرماً، لأن الحاكم ولايته أعم من ولاية القاضي.⁴

والحنابلة:

للحنابلة في هذه المسألة روايتان:

الأولى: إذا كان الوكيل أو الولي محرماً بمفرده بطل العقد.

¹ النفراوي ، مرجع سابق، ج3، ص649.

² الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص88.

³ الماوردي، مرجع سابق، ج4، ص126.

⁴ المرجع نفسه والصفحة.

الثانية: قال الإمام أحمد لا يفسخ العقد.¹

أما بالنسبة للإمام الأعظم إذا أحرم بحج أو عمرة ففيه الروايتان:

الأولى: يجوز له تولي زواج غيره؛ لأن ولاية الحكم يجوز فيها ما لا يجوز في ولاية النسب.
والثانية: يمنع فيها ما يمنع غيره، ويتولي ذلك خلفاؤه، وهو الأشهر في المذهب.²

القول الثاني:

ذهب أصحابه إلى أن إحرام الولي لا يمنعه من تولي عقد الزواج، وهم الحنفية.

الحنفية:

ويرون بأن الذي يحرم بحج أو عمرة أو بهما معا لا يمنع من أن يبرم عقد زواج موليته، كما يمكنه أن يبرم عقد زواجه إن أراد، والذي يحظر هو الوطاء ودواعيه وليس العقد.³
واستدل على ذلك:

- من السنة: وهو فعل النبي ﷺ فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قد تزوج ميمونة وهو محرم.⁴

- ومن الأثر: قول أنس رضي الله عنه عندما سئل عن نكاح المحرم: " وَمَا بَأْسُ بِهِ، هَلْ هُوَ إِلَّا كَالْبَيْعِ ".⁵

ثالثا: الولاية القاصرة وعقد الزواج في الفقه الإسلامي:

الولاية القاصرة وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون التوقف على رضا أحد، ولقد اتفق الفقهاء على ثبوتها للرجل البالغ العاقل، فإن زوج نفسه ممن يشاء كان زواجه صحيحا غير موقوف على اجازة أحد، وليس لغيره حق الاعتراض عليه سواء تزوج بمهر المثل أو أكثر منه أو تزوج بمن تناسبه أو لا تناسبه.

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية لها على ثلاثة أقوال:

¹ بن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص364/ المرداوي، مرجع سابق، ج8، ص67.

² المرداوي، مرجع سابق، ج3، ص492/ الزركشي، مرجع سابق، ج3، ص252.

³ ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص111.

⁴ أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: تزويج المحرم، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج3، ص15.

⁵ الطحاوي (ت: 321هـ)، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار وغيره، ط1، عالم الكتاب، 1414هـ-1994م، ج2، ص73.

القول الأول:

ذهب المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى أنه لا يصح النكاح بدون ولي، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها، سواء أكانت بكرًا أو ثيبًا. يقول ابن جزى: " فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها بكرًا كانت أو ثيبًا أو دنية أو رشيدة أو سفيهة أو حرة أو أمة أذن لها وليها أو لم يأذن فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده وإن أطال وولدت الأولاد ولا حد في الدخول للشبهة وفيه الصداق المسمى⁴. واستدلوا بعدة أدلة منها:

1- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾، [النساء:34]، ووجه الدلالة فقد فضل الله عز وجل الرجال عن النساء بإسناد القوامه لهم، ولا شك أن الولاية تعتبر من القوامه⁵.

2- من السنة:

- قول السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ»⁶ ووجه الدلالة من الحديث الحديث أنه ليس للمرأة الحق في تزويج نفسها ولا غيرها فلا بد من وجود الولي.

القول الثاني:

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الولي ليس شرطًا في النكاح بل هو مندوب، وبالتالي يصح النكاح بدون ولي وهذا الرأي قال به ابن أبي ليلة وزفر والشعبي والزهرى⁷.

¹ أبو محمد عبد الوهاب المالكي، مرجع سابق، ج2، ص727.

² الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص232.

³ ابن قدامة، مرجع سابق ج7، ص8.

⁴ ابن جزى، مرجع سابق، ص133.

⁵ أبي الوليد ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص10.

⁶ أخرجه: محمد بن إسماعيل البخاري(ت: 256هـ)، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: لا

نكاح إلا بولي، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج7، ص15.

⁷ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص10.

فيجوز للمرأة البالغة العاقلة عندهم أن تزوج نفسها بدون ولي ولا يجوز له الاعتراض على ذلك إلا إذا لم تحسن الاختيار وزوجت نفسها من غير كفاء لها وبأقل من مهر المثل.¹ ونسب إلى الإمام مالك -رحمه الله- بأنه يرى الولاية سنة لا فرض ويقول في ذلك ابن رشد: "ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على نكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد لها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة."² واستدلوا بعدة أدلة منها:

- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ﴾ [سورة البقرة، الآية: 232]، ووجه الدلالة من الآية أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بدون ولي.

- من السنة:

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»³ ووجه الدلالة من الحديث أن المرأة التي لا زوج لها، لها الحق في تولي أمر نفسها، فهذا يخول لها حق عقد الزواج بدون وليها سواء أكانت بكراً أو ثيباً.⁴

القول الثالث:

ذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب.⁵

¹ بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج5، ص109.

² أبي الوليد ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص10.

³ أخرجه: مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: قسم التحقيق والبحث العلمي، باب: باب استئذان البكر والثيب، ط4، دار الإمام مالك، ب. ن، 1442هـ-2020م، ج2، ص524.

⁴ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص12.

⁵ أبي الوليد ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص36.

المطلب الثاني: أحكام الولاية ودور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

سأتناول في هذا المطلب أحكام الولاية ودور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، حيث قسمته إلى فرعين؛ الأول منها خصصت الكلام فيه عن الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة، والفرع الثاني تناولت فيه دور الولي والشروط اللازم توفرها فيه في قانون الأسرة الجزائري، وبيان ذلك كالاتي:

الفرع الأول: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة:

اتجه المشرع الجزائري في التعديل الأخير 2005م إلى اعتبار الولاية شرط صحة في عقد الزواج هذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر ق أ ج¹، غير أنه ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره هذا ما نصت عليه المادة 11 ق أ ج²، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، ولها أن تباشره بنفسها متى كانت راشدة؛ بلغت 19 سنة كاملة، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة، فالولي أبوها أو أحد أقاربه أو أي شخص تختاره، فالمشرع استبدل معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة هذا ما أكدته المادة 11 ق أ ج "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فعند بيانه للولي عطف على الأب من يليه ب "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان لهذه المرأة أب أو جد أو أخ أو أي قريب آخر.³

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 2007 لا يشترط أن يكون ولي الزوجة أباه، بل قد يكون أخاها أو عمها في حالة وجود مانع لوالدها أو بتكليف منه.⁴

المشرع بهذه المادة قلص من دور الولي في حق المرأة الراشدة، فإن غاب - الولي - وتم الدخول صحح بصداق المثل، وإن علم بعدم حضوره يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه؛ هذا

¹ انظر: المادة (9 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري.

² العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 420.

³ ينظر: بن شويخ الرشيد، ص 65-66.

⁴ المحكمة العليا، م ع غ أ ش 2007/02/14، ملف رقم 381880، م م ع، 2007، عدد 2، ص 486.

ما أكدته المادة 33 ق أ ج بقولها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".¹

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 2002، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى اثبات الزواج العربي للمرأة الثيب لعدم حضور وليها، فإنهم خالفوا القانون.¹

والمشروع الجزائري في المادة 11 المعدلة جعل أمر الزواج للبالغة العاقلة الراشدة يعود لنفسها ويستوي في ذلك أن تكون ثيباً أو بكراً، وحضور الولي يكون حسب اختيارها ومصلحتها. والظاهر من اجتهاد المحكمة العليا أنها أخذت برأي الحنفية على صحة انفراد المرأة الراشدة في اختيار مؤنسها وشريك حياتها، فلها أن تعقد على نفسها بشكل عام، أو توكل من تشاء من الأولياء وفقاً للمادة 11 من ق أ ج.²

وأما وجوب الولي -الأب- في عقد الزواج فيكون إلا في زواج القصر هذا ما نصت عليه المادة 11/2 ق أ ج بقولها: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم؛ وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".³

والملاحظ أن المشروع من خلال نص المادة 11 في فقرتها الثانية قد راعى الترتيب وعنصر الشفقة التي تقوم على أساسهما الولاية بحيث في حالة عدم وجود الأقارب الأولين يؤول الأمر إلى القاضي الذي يعد بدوره ولياً من لا ولي له، حيث أبقى المشروع للولي الشرعي دوره الحقيقي في حالة تزويج القصر، وفي هذه الحالة اعتمد المشروع على القرابة والترتيب فيها وأعطى للقاضي دوره الذي ينبغي أن يقوم به.⁴

وبهذا النص يكون المشروع قد قرر حماية القصر في عقد الزواج ولم يخرج عن القاعدة العامة الموجودة في القوانين الأخرى لما توليه من أهمية لهذه الفئة التي بحاجة إلى حماية أكثر.⁵

¹ المحكمة العليا، م ع غ ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م. ق 2002، عدد 2، ص 244.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 249.

³ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 405.

⁴ عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، ص 146.

⁵ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 116.

والملاحظ أن المشرع الجزائري في التعديل الجديد جعل الولاية شرط صحة في عقد الزواج، غير أنه ترك حرية الاختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، كما أن انعدام الولي قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة 9 مكرر تطبق في حدود المادة 33 ق أ ج المعدلة¹، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا إلى أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصدّق المثل إذا احتل ركنا واحدا.²

هذا قرار صائب لأن المشهور عند المالكية أن الولاية هي شرط صحة لعقد النكاح، وإلا كان فاسدا، غير أن ابن القاسم له رأي آخر فهو يعدّها سنة.³

الفرع الثاني: دور الولي والشروط اللازم توفرها فيه في قانون الأسرة الجزائري أولا: دور الولي في قانون الأسرة الجزائري:

الولاية في الزواج ليست حجرا بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح، و سببها ليس راجعا إلى نقص في أهلية المرأة، بل للحفاظ على سمعتها وكرامتها وشرفها.⁴ ونظرا لخطورة عقد الزواج، وتبعاته المادية والمعنوية الجسيمة تحتاج المرأة - لا محالة - لرأي أو استشارة وليها الشرعي ولتأكد من اختيارها ومصلحتها وضمان حقوقها⁵، كما أن تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة وليها والزيادة على ما فيه من إعلان رغبتها في الجنس، ومواجهتها للرجل وجه لوجه قد تؤدي إلى مآس اجتماعية وعائلية كثيرة منها: إغفالها مناقشة الشروط التي ترغب إدخالها في العقد، وخطأها يسبب المساس بشرف أهلها.⁶

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 249.

² المحكمة العليا، م ع غ ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م. ق 2002، عدد 2، ص 244.

³ ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 8.

⁴ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 405.

⁵ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج 6، ص 434.

⁶ محمد محمده، مرجع سابق، ص 205-206.

إن زواج المرأة مرتبط بسمعة عائلتها، والزواج رباط له مقاصد وغايات شتى، ومباشرة المرأة لعقد الزواج أمر لا يليق بمحاسن العادات، ويخالف المألوف في الحياة الاجتماعية، لذلك قال ﷺ «لا نكاح إلا بشاهدي عدل، وولي مرشد».¹

أما مسألة شروط الولي لم يذكر منها شيئا المشرع في ق أ ج، ولسد هذا النقص وطبقا لنص المادة 222 من ق أ ج نطبق ما ورد في الفقه الإسلامي.

ثانيا: ولاية الإجماع والاختيار في القانون الجزائري:

إن المتتبع للولاية في تشريع الأحوال الشخصية، يلاحظ أنها أخذت أبعاد عديدة، ابتداء من قانون رقم 57/ 778، وانتهاء بالتعديل الأخير بأمر رقم 02-05-2005، وسنقسمها إلى مرحلتين:

1-المرحلة الأولى: أحكام الولاية ما قبل صدور قانون 1984:

نص قانون رقم 57/ 778 في مادته الأولى والثانية على أن القاصر الذي لم يبلغ 12 سنة ذكورا وإناثا والمحجور عليهم يكونون تحت الولاية، ويعني أن الأب يمارس ولاية الإجماع على ابنه ما لم يبلغ 21 سنة، والأصل أن هذا التحديد مأخوذ من القانون الفرنسي وليس من الفقه الإسلامي.²

ثم جاء الأمر 59/ 274 المتضمن لعقود الزواج في الجزائر، فلم تكن هناك ولو إشارة لولاية الإجماع على الراشدة ولا على القاصر، وقد ورد في المادة 2 منه أن الزواج ينعقد برضا الزوجين، ويكون التعبير عن الرضا شفاهة وعلنا من الشخص المعني وإلا كان العقد باطلا.³ ونص هذا الأمر على الغاء الوكالة في الزواج كذلك.

¹ سبق تخريجه

² محمد الحسيني حنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة عين شمس - مصر، العدد الثامن، جويلية 1974، ص 176.

³ شهاني سمير، مرجع سابق، ص 123.

أما رضا القصر فيجب أن يكمل برضا الولي طبقاً لنص المادة 4/4 منه¹، وبقي الأمر كما هو عليه في ظل قانون 244/63.

2-المرحلة الثانية : أحكام الولاية في قانون 11 / 84:

نظّم المشرع الجزائري أحكام الولاية في قانون 11 / 84، بموجب النصوص 9 و 11 و 12 و 13 حيث تنص المادة 9 ق أ ج "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق".

نستنتج من نص المادة أن المشرع اعتبر الولاية ركناً في عقد الزواج إلى جانب كل من الرضا والصادق والشهود ونتيجةً لذلك إذا تخلف ركن الولي عُدَّ العقد باطلاً² طبقاً للنظرية العامة لبطلان العقد المقررة في القانون المدني.³

غير أنه وبمقارنة هذا النص مع كل من نص المادة 32 من ق أ ج على أنه: "يُفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه..."، ونصت المادة 33 ق أ ج على أنه: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صادق يُفسخ قبل الدخول ولا صادق فيه ويثبت بعد الدخول بصادق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا ختل أكثر من ركن واحد"، يتبين لنا جلياً غموض وتناقض بين هاتين النصوص فكيف يترتب على تخلف ركن الفسخ وليس البطلان، الأمر الذي يُفسر أن المشرع أخلط بين المصطلحين القانونيين "الفسخ" و"البطلان" فمصطلح الفسخ الوارد في المادة 32 من ق أ ج لا يتماشى من الناحية القانونية وفحوى النص ذاته.⁴

ذلك أن الفسخ يرد على عقد صحيح مكتمل الأركان، فترتبه يكون جزاء إخلال أحد المتعاقدين طبقاً لنص المادة 1/119 من ق م : "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يُطالب بتنفيذ العقد أو فسخه،

¹ المرجع نفسه، ص 125.

² توفيق شندارني، فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص 40.

³ رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1994-1995، ص 50.

⁴ الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، البليدة، جامعة سعد دحلب، 2001-2002، ص 198-199.

مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك " فالنص صريح بأن الفسخ أثر يترتب في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.¹

وبالرجوع للمادة 33 من ق أ ج نجدها رتبت الفسخ عند اختلال ركن واحد فقط، وحددته في الولي والصدّاق والشهود، ولم تذكر الرضا، مما يُستشف منه أن غياب ركن الرضا وحده يترتب عليه البطلان وليس الفسخ، من جهة ومن جهة أخرى، فإن كل من الولي والصدّاق والشهود هي شروط صحة وليست بأركان، وهذا بمفهوم المخالفة، فلماذا ميز المشرع بين الأركان الأربعة إذن؟²

وأما طبيعة الولاية التي أخذ بها المشرع من خلال استقراء نصوص المواد 11 و12 و13 حيث تنص المادة 11 من ق أ ج على أنه: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". وتنص المادة 12: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون".

غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها، وتنص المادة 13 على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يُجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

ويرى الدكتور محمد محمده - رحمه الله - أن المشرع عبّر صراحة عن اتجاهه في منع ولاية الإيجاب في الزواج في المادة 13، على اعتبار رفعه لسن زواج المرأة إلى 18 سنة، فلم ير مبررا بعد ترشيدها لإبقاء الولاية عليها جبرا، ذلك لما أصبح لديها من الخبرات والتفكير الناضج ما

¹ بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالكايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص153.

² بن عومر محمد الصالح، مرجع سابق، ص155.

يؤهلها إلى اتخاذ القرارات الملائمة لمصلحتها، وهو أمر منطقي ويتمشى مع قول الفقه¹، حيث يقول ابن القيم: "لا تُجبر البكر البالغ على النكاح ولا تتزوج إلا برضاها."² ومن جهة أخرى فإن المشرع لا يسمح للمرأة بإبرام عقد الزواج بنفسها بل لابد لها من ولي ينوب عنها، طبقاً للمادة 11، وبمقارنتها مع المادة 33 من ق أ ج يتضح مخالفة المشرع لمذهب الإمام مالك الذي قال عندما سُئل عن حال المرأة التي تُزوج نفسها دون ولي فأجاب: "بأنه لا يُقر هذا النكاح أبداً على أي حال وإن تطاول وولدت منه أولاداً لأنها هي التي عقدت النكاح فلا يجوز ذلك على حال."³

وبذلك ذهب الدكتور محدة إلى القول: "بمطالعتنا النصوص لا نرى المشرع سار على أي من هذه الآراء، بل سلك مسلكاً مُخالفًا، فهو منع ولاية الإجماع بنص المادة 13 ولم يجز للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، بل جعل ذلك من حق الولي طبقاً للمادة 11 ولم يتطلب تتولى حضورها في أي نص قانوني آخر... ومن ثم فإننا نقول على المشرع ما دام سائراً نحو منع ولاية الإجماع عليه النص صراحة عن حضور المرأة أثناء عقد الزواج."⁴ وعليه يمكننا القول بأن المشرع لم يأخذ صراحة لا برأي الجمهور أو الحنفية، إنما أخذ بهما معاً.

وبهذا يكون المشرع قد أعطى أساساً للولي صفة المباشرة، مع استئذان المرأة وحصول رضاها، مؤسساً رأيه من خلال تغير الظروف والأحوال، فالمرأة لم تبق كما كانت عليه من قبل حبيسة المنزل والرجل من حولها صندوق مُغلق لا تعلم عنه شيئاً، بل أصبحت تعمل مع الرجل جنباً إلى جنب في شتى المجالات الجامعة والبرلمان والوزارة والشكنة العسكرية.⁵

¹ محدة محمد، الخطبة والزواج - دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية -، ط 2، دار الشهاب، الجزائر، 2000، ص 192-193.

² ابن القيم، مرجع سابق، ج 5، ص 88.

³ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج 2، ص 119.

⁴ محمد محده، مرجع سابق، ص 194.

⁵ الأكحل بن حواء، مقارنة بين تزويج المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الأصالة، جانفي 1978، العدد: 53، ص 111.

وذهب العربي بلحاج إلى أن المشرع قد أخذ برأي الجمهور استناداً إلى نص م 11 ق أ ج فتفوض المرأة وليها ليقوم مقامها في إبرام العقد، يُضاف إلى هذا أنه جعل من الولاية اختيارية تعتمد على موافقة المرأة، غير أن الولي هو من يمثلها ويعبر عن إرادتها¹، وشروطها في مجلس العقد في حدود مهمته،² فلا يَمْنَعُها إذا رغبت فيه طبقاً لنص المادة 12 من ق أ ج، ولا يُجبرها إذا أعرضت عنه طبقاً لنص المادة 13 من نفس القانون، وهذا ما ذهب إليه أيضاً عبدالفتاح تقية حيث يرى أن الناظر إلى المادة 11 من ق أ ج يجد الموافقة مع ما ذهب إليه فقهاء المالكية وجمهور الفقهاء من اشتراط الولي في النكاح.³

وبالتالي فإن المشرع الجزائري أجاز للمرأة البالغة أن تُباشِر عقد زواجها بنفسها طبقاً للمادة 9، على أن يكون ذلك بموافقة الولي طبقاً للمدتين 11 و 13 من ق أ ج، وهذا من منطق أن الولي أدري بشؤون موليته ويعمل على الحفاظ على مصلحتها.⁴

وفي السياق نفسه، أشارت "دنوبي هجيرة" إلى أن نصوص 11 و 12 و 13 من قانون الأسرة يكتنفها بعض الغموض والتناقض أحياناً، واختلطت الأمور بين إذن ومنع، وبكر وثيب.⁵

وهو ما ذهب إليه عبد العزيز سعد عند الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد عالج الولاية باعتماد عدة أحكام وقواعد مُتداخلة يكتنفها شيء من الغموض، فعند تعليقه على المادة 11 من ق أ ج إشارة إلى أنه إضافةً إلى توفر رضا الخطيبين لانعقاد الزواج، فإن رضا الفتاة لا يكفي وحده بل لابد من تطابقه مع رأي الولي، ليُبرَم العقد نيابةً عنها في الحالات التي يمنعها العُرف والخجل من حضور مجلس العقد الذي يحضره جنس الرجال.⁶

¹ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، ب. ط، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص123.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص124.

³ أنظر: عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص. 161

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص124.

⁵ دنوبي هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، 2000، العدد: 3، ص479.

⁶ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص123-124.

وفيما يخص منع الولي موليته في الزواج كان المشرع صريحاً بموجب المادة 12/1 من ق أ ج، حيث وضع قاعدة عامة تشمل البكر والثيب، شريطة توفر السن القانونية وأن يكون الزوج كُفء لها، أن تتزوج منه، ولو بعدم موافقة الولي المؤسسة على اعتبارات غير مصلحة الفتاة، وذلك بعد اللجوء إلى إذن القاضي، وبالرجوع إلى المادة 13 من القانون نفسه فإن المشرع اعتمد المذهب الحنفي، حيث لا يجوز إجبار الفتاة بكراً كانت أو ثيباً- لها أهلية الزواج- على الزواج إلا برضا.¹

ولقد وافق القضاء ما ذهب إليه المشرع، حيث قضت المحكمة العليا في بعض قراراتها بأنه: "ليس للمرأة أن تزوج نفسها وإن حضور وليها إلى جانبها هو شرط أساسي، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً يقضي به القاضي من تلقاء نفسه."²

المحكمة العليا كانت واضحة في اتجاهها الداعم لموقف المشرع في تأكيدها على الولي في عقد الزواج، وقضت أيضاً بأنه: "متى كان من المقرر شرعاً أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته: " لا نكاح إلا بولي وصدّاق وشاهدي عدل، وأيضاً لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثمّ فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية."³ ، ومن ثمّ أكدت المحكمة على وجوب رضا المرأة.

وعليه نستخلص أن المشرع في قانون 84/11 أخذ برأي كل من الجمهور والحنفية في مسألة الولاية، فعلى اعتباره الولي ركناً في عقد الزواج يكون موافقاً لرأي المالكية، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من غير ولي.

وبالنسبة لمسألة منع الولي موليته من الزواج، ذهب المشرع إلى ما ذهب إليه رأي الجمهور في عدم جواز المنع، آخذاً برأي المالكية بخصوص منع الفتاة البكر من الزواج من طرف وليها مراعاة لمصلحتها، أما بالنسبة لفحوى المادة 13 التي تمنع الولي من إجبار موليته على الزواج من غير تفرقة بين البكر والثيب، فقد جاءت متوافقة ورأي الحنفية؛ من أنه لا يجوز للولي أن

¹ المرجع نفسه، ص 122-123.

² المحكمة العليا، غ. ق. خ، 1966/12/07، م. ج. ج. 1، 1986، ص 139.

³ المحكمة العليا ، غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م. أ. ق، ص 267.

يُجبر البكر البالغ على الزواج، فالمشرع حاول التوفيق بين رضا المرأة ووليها على اعتبار أن عقد الزواج يختلف عن بقية التصرفات المالية لاعتبارات السالفة الذكر.

لم يجز المشرع للولي أن يجبر من هي تحت ولايته من النساء سوء أكان الولي أبا أو غيره، وأن يزوجه إلا برضاها طبقا لنص المادة 13 منه، وبهذه المادة يكون المشرع قد حسم هذه المسألة، وعليه فلا يحق للولي جبر ابنته سوء أكانت بكرا أو ثيبا.¹

وأما مسألة القصر في هذه المادة فيرى الرشيد بن شويخ بأن المشرع قد أغفل عن هذه المسألة ويجب أن نميز بين حالتين: حالة انعدام الرضا وحالة كونه معيبا.²

والملاحظ على هذا الرأي أن الأستاذ جعل عقد الزواج مثل العقود المدنية الأخرى كالبيع والرهن... وغيرها.³

وأما مسألة انعقاد الزواج في بلاد أجنبي يمارس ولاية الإجماع فعقد الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا على حد قول العربي بالحاج⁴ وعبد العزيز سعد⁵، هذا ما نصت عليه المادة 97 من قانون الحالة المدنية بأنه يشترط لصحة العقد زواج الجزائريين الذي عقد في بلاد أجنبي ألا يخالف الشروط التي يطلبها.

والمشرع في الحقيقة لم يغفل عن هذه المسألة كليا، بل أشار في المادة 33/1 من ق أ ج "يطل الزواج إذا احتل ركن الرضا"⁶، والملاحظ أن هذا النص صريح بما يكفي بأن إجماع المرأة على الزواج يؤدي إلى بطلان العقد.

¹ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 69.

² الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 68.

³ محمد الحسيني حنفي، مرجع سابق، ص 228 - 230.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 65.

⁵ الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 68.

⁶ أنظر: المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري.

وأما القضاء الجزائري فقرر أن زواج المرأة الذي يتم دون موافقتها أو جبرا عنها هو عقد فاسد، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 2001، إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق للقانون.¹

وجاء المادة 12/2 من ق أ ج 84-11 حيث منحت للأب دون غيره سلطة منع أبنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها، غير أن هذا المنع هو أصل؟ أو استثناء؟ يرى بعض شراح القانون أمثال الفيلاي إلى أن المنع هو استثناء وليس أصلا²، وأما المادة 13 من ق أ ج - قبل التعديل - فيرى بعض شراح القانون بأن أحكامها خاصة بالمرأة الراشدة دون القصر، لكن دون دليل، غير أنه بالرجوع إلى النص العام بنحده خاصا بالراشدة والقاصر كذلك.³

ب- ولاية الاختيار في التعديل الأخير:

من خلال استقراءنا لنص المادتين 11 و13 من ق أ ج المعدلتين بموجب الأمر 05-02 نلاحظ أنّ المشرع أخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصر فلا يمكن للأب أو غيره من الأقارب أن يزوجهما إلى شخص ليست رغبة فيه، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة من ق أ ج بقولها " :دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".⁴

ونصت المادة 13 المعدلة من نفس القانون بصريح العبارة: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجهما بدون موافقتها".¹

موافقتها".¹

¹ المحكمة العليا، م ع غ أش، 2001/02/12، ملف رقم 255711، م. ق 2002، عدد2، ص424.

² علي فيلاي، أمتناع الأب عن تزويج ابنته، تعليق على قرار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر دار الحكمة، الجزائر، العدد 41، رقم:1، سنة 2000.

³ شهابي سمير، مرجع سابق، ص 129.

⁴ المادة (11) من قانون الأسرة الجزائري.

أمّا فيما يخص المرأة الراشدة فقد خول لها القانون إبرام عقد زواجها حسب نص المادة 1/11 واشترط حضور الولي في عقد الزواج، وجعل رضاها هو الركن الأساسي في العقد بمقتضى المادة 9 من القانون نفسه ، وفي حالة تخلفه ينتج عنه البطلان طبقا لنص المادة 33 من القانون نفسه.²

وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري أن المقرر قانونا، أنه: لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلحا لها؛ وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، ومتى تبين في قضية الحال أن الأب أمتنع عن تزويج ابنته، دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.³

وعليه فإن المشرع أقبل على تطبيق ولاية الاختيار، ومقتضاها أخذ الأذن من المرأة وموافقتها على الزواج، وقيام الولي بإتمام صيغة العقد؛ يعني أنه أخذ بولاية النذب والاستحباب التي قال بها أبو حنيفة ومن وافقه، من أن المرأة الراشدة العاقلة لها أن تتولى صيغة العقد بنفسها، ويستحب كذلك قيام وليها بذلك.

المشرع لم يقف عند هذا بل تجاوز ما قال به أبو حنيفة فراح يعطي للمرأة جرأة الدخول إلى محافل الرجال، وتولي صيغة العقد بحضور وليها، الذي وكأنه شاهد على العقد لا وليا للزوجة والدليل على ذلك نص المادة 11 من ق أ ج، فأوكل للمرأة حق العقد ومنح للولي حق الحضور.⁴

¹ المادة (13) من قانون الأسرة الجزائري.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 123.

³ م ع غ أ ش 1993/03/30، ملف رقم: 90468، م ق 1994، عدد 3، ص 66، إ ق غ أ ش، عدد خاص، ص 47، تعليق أ. د علي فيلاي، أمتناع الأب عن تزويج أبنته، المجلة الجزائرية، سنة: 2000، العدد 1، ص 72.

⁴ شهباني سمير، مرجع سابق، ص 174.

أضف إلى ذلك أن أبا حنيفة حينما أعطى للمرأة هذا الحق قيده بشرطي الكفاءة ومهر المثل، وهذا ما ابتعد عنه المشرع ولم يدرجه في هذه النصوص، كما أعطى للولي إمكانية عدم الحضور والاقتصار على عبارة المرأة وهذا ما نستخلصه من المادة 2/33 الذي يقضي بفسخ العقد إذا تخلف الولي في حالة وجوبه، ومعنى ذلك أن الولي يكون واجبا للمرأة القاصر، وأما المرأة البالغة الراشدة يكون غير واجب.

وعليه فالمشرع موقفه متذبذب، فهو لم يقرر ولاية الاختيار كما عند الجمهور، ولم يتبع كذلك رأي أبي حنيفة وصاحبيه كما ورد ذكره؛ فهو اتخذ موقفا وسطا بينهما حيث عدّ رضا المرأة بالزواج واختيارها وتوليها إبرام العقد هذا من جهة، وأحقية حضور الولي لعقد زواج موليته، غير أنه لم يرتب أي أثر على عدم حضوره أو رفضه، فالمشرع قام بما يسمى بالتلفيق في هذه المسألة، ولم يأخذ بأي رأي من الآراء الفقهية ليكون قد خرج برأي ثالث في هذه المسألة.¹

ثالثا: شروط الولي وترتيب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري ضمن التعديل الجديد: أ- شروط الولي:

لم يضع المشرع شروطا للولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري باستثناء أن يكون كامل الأهلية، ولسد هذا النقص التشريعي يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق أ ج والأحكام العامة الواردة في القانون المدني؛ بأن يكون كامل الأهلية طبقا للمادة 40 ق م ج، كما أغفل أيضا على ترتيب الأولياء، واستبداله بحق الراشدة في اختيار ولي معين.

ب- ترتيب الأولياء:

¹ أنظر: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص 390/ شهاني سمير، شرط الولي في عقد الزواج المرأة الراشدة، مرجع سابق، ص 174.

سلك المشرع الجزائري مسلك مغاير في التعديل الجديد 2005 في مسألة ترتيب الأولياء لما كان عليه في قانون الأسرة القديم 84/11، فأبقى على نص المادة 11 وجعله ضمن الفقرة الثانية وحصره في فئة القصر فقط، بينما جعل الفقرة الأولى خاصه بالمرأة الراشدة وأعطى الولاية للأب ولباقي الأقارب ولأي شخص آخر تختاره هي بنفسها، والمشرع استعمل "أو" عند ذكر الأولياء والتي تفيد التخيير لا الترتيب.¹

كانت المادة 11 من القانون القديم رقم 84/11 تنص على أنه: " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربه الأولين والقاضي ولي من لا ولي له." ومعنى الأقربون هنا: الابن، وصي الأب، الأخ، الجد للأب، فالأقربون..؛ والقاعدة عند الملكية أنه إذا غاب الولي الأقرب فإن الولاية تنتقل للذي يليه.²

أما الولاية على الشخص القاصر دون ماله باستثناء الأب فإن له الولاية على النفس والمال معا طبقا للمادة 11/2 والمادة 87 من ق أ ج³ بينما الوصي والمقدم تكون ولايتهما على مال القاصر دون شخصه كقاعدة عامة المواد من 92 إلى 100 من ق أ ج وتنتهي الولاية على النفس بالبلوغ المادة 7 ق أ ج، وأما الولاية على المال فلا تنتهي إلا بالرشد القانوني المادة 40 ق م ج والمادة 86 ق أ ج.⁴

المطلب الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الولاية ودور الولي في عقد الزواج

تناولت في هذا المطلب كيف أثرت الاتفاقيات الدولية على دور الولي في عقد الزواج في التعديل الجديد لسنة 2005، حيث قسمته إلى فرعين؛ الأول منها تناولت فيه دور الولي في الاتفاقيات الدولية والثاني أبرزت فيه الأثر.

الفرع الأول: الولاية ودور الولي في الزواج في الاتفاقيات الدولية:

¹ أنظر: العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 244.

² أنظر: أبي الوليد ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 14.

³ قانون الأسرة الجزائري المعدل بأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁴ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 411.

جاءت بنود الاتفاقيات الدولية تنادي بإلغاء الولي وسلطته من عقد الزواج، وعدته نوعاً من الجبر وعدم الرضا وهو مانع من موانع حرية المرأة، ووجوده مدعاة للتمييز وعدم المساواة بين الرجل والمرأة ويظهر ذلك من خلال:

أولاً: الولي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

جاءت بعض المواثيق الدولية تنادي بحق المرأة في الرضا بالزواج وتكوين أسرة دون قيد أو شرط، حيث نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 16 منه على ما يلي: "وهما متساويان في الحقوق لدى التزويج وخلال قيام الزواج..."¹

كما نصت أيضاً المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين..."²

وجاء أيضاً في المادة 7 منه: "كل الناس سواسية... ولهم الحق في التمتع بالحماية متكافئة دون تفرقة..."³

وللإعلان العالمي قيمة قانونية، فهو أول وثيقة لحقوق الإنسان صادرة عن منظمة دولية عالمية، ويكتسب كذلك قيمة معنوية من خلال المبادئ التي تضمنها عندما يتعلق الأمر بسن التشريعات التي تهتم بحقوق الإنسان.⁴

ثانياً: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:

ونصت أيضاً على هذا الحق المادة 1 من اتفاقية 1964م، كذلك الميثاق الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية في المادة 23 منه بقولها: "لا يتم الزواج بدون الرضا الكامل الحر للأطراف المقابلة عليه..."¹

¹ اتفاقية الرضا بالزواج عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والمصادقة بقرارها 1763 ألف د 17، المؤرخ في 7/ تشرين الثاني -نوفمبر 1962، تاريخ بدء النفاذ ديسمبر 1964.

² أنظر: نص المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

³ المرجع نفسه.

⁴ حسن صباريني غازي، مرجع سابق، ص. 237

ثالثاً: اتفاقية الرضا:

ومن ضمن ما جاءت به هذه الاتفاقية المساواة بين الجنسين، فمتى بلغا سن الرشد تزوجا دون أي فوارق بسبب العرق أو الجنس أو الدين فهنا إشارة إلى حذف الولي وسلطته من عقد الزواج؛ لأن وجود الولي في عقد الزواج يعني عدم تطبيق المساواة، حيث نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه: " للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله." ²

ونصت المادة 1 من المبدأ الثاني على أنه: "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا كلا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود، وفقاً لأحكام القانون." ³

ونصت المادة 2 من نفس المبدأ على أنه: "لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتنعت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون، ولم يسحب ذلك الرضا." ⁴

رابعاً: اتفاقية القضاء على أشكال التمييز العنصري ضد المرأة:

نصت المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة حيث نصت على: " أن تتخذ جميع الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية أ - نفسه الحق في عقد الزواج.

ب - نفسه الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج - نفسها الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه..." ⁵

¹ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، الاجتماع 16 نيويورك، 27/ حزيران/ 2010.

² انظر: المادة (1) من اتفاقية الرضا.

³ انظر: المادة (2/ أ) من اتفاقية الرضا.

⁴ انظر: المادة (2/ ب) من اتفاقية الرضا.

⁵ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، الاجتماع 16 نيويورك، 27/ حزيران/ 2010.

هذه المادة مدعاة لإلغاء الولاية ودور الولي في عقد الزواج.

الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الولاية ودور الولي في الزواج:

نظّم المشرع الجزائري أحكام الولاية في قانون 11/84، بموجب المواد 9 و 11 و 12 و 13 حيث تنص المادة 9 ق أج "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق".¹

نستنتج من نص المادة أن المشرع اعتبر الولاية ركنا في عقد الزواج إلى جانب كل من الرضا والصدّاق والشهود، ونتيجة لذلك إذا تخلف ركن الولي عُدَّ العقد باطلاً² طبقاً للنظرية العامة لبطلان العقد المقررة في القانون المدني كما سلف الذكر.³

ثم اتجه المشرع الجزائري في التعديل الأخير 2005م إلى عدّ الولاية شرط صحة في عقد الزواج هذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر ق أج⁴، غير أنه ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية بحيث تمكنها لأبيها أو لأحد أقاربها أو لأي شخص تختاره، هذا ما نصت عليه المادة 11 ق أج⁵، فالمرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، ولها أن تباشره بنفسها متى كانت راشدة؛ راشدة؛ بلغت 19 سنة كاملة، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر على معيار القرابة، فالولي هو أبوها أو أحد أقاربه أو أي شخص تختاره، فالمشرع استبدل معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة هذا ما أكدته المادة 11 ق أج "تقعد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".⁶، فعند بيانه للولي عطف على الأب من يليه ب "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب فيكون لأي شخص أن يحضر العقد حتى ولو كان لهذه المرأة أب أو جد أو أخ أو أي قريب آخر.⁶

¹ أنظر: المادة (9) من قانون الأسرة القديم 11/84.

² توفيق شندارني، فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص.40.

³ رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1994-1995، ص.50.

⁴ قانون الأسرة الجزائري المعدل بأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

⁵ العربي بالحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.420.

⁶ أنظر: بن شويخ الرشيد، ص.65-66.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 2007 لا يشترط أن يكون ولي الزوجة أبوها، بل قد يكون أخوها أو عمها في حالة وجود مانع لوالدها أو بتكليف منه.¹

المشرع بهذه المادة قلص من دور الولي في حق المرأة الراشدة، فإن غاب- الولي- وتم الدخول صحح بصداد المثل، وإن علم بعدم حضوره يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه؛ هذا ما أكدته المادة 33ق أ ج بقولها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدخول بصداد المثل".²

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قرار لها سنة 2002، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العربي للمرأة الثيب لعدم حضور وليها، فإنهم خالفوا القانون.³

غير المشرع وجهته اتجاه الولي في التعديل الجديد من ركن إلى شرط هذا ما نصت عليه المادة 11 و13 من ق أ ج وإلغاء للمادة 12 عند التعديل ويرجع هذا التغيير في التشريع لعدة أسباب أهمها مصادقة الجزائر على الكثير من الاتفاقيات الدولية والتي تدعو في بعض مبادئها لتغيير منظومة تشريعات الدول المصادقة على الاتفاقيات الدولية والتي تنص في مبادئها على إلغاء الولاية والولي في عقد الزواج جملة وتفصيلا وبيان ذلك كالتالي:

كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي ينادي بحق المرأة في الرضا بالزواج وتكوين أسرة دون قيد أو شرط، حيث نصت المادة 16 منه على ما يلي: "وهما متساويان في الحقوق لدى التزويج وخلال قيام الزواج...".⁴

كما نصت أيضا المادة 2 منه على أنه: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين...".⁵

¹ المحكمة العليا، م ع غ أ ش 2007/02/14، ملف رقم 381880، م م ع، 2007، عدد 2، ص 486.

² المحكمة العليا، م ع غ أ ش 2007/02/14، ملف رقم 381880، م م ع، 2007، عدد 2، ص 486.

³ المحكمة العليا، م ع غ ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م. ق 2002، عدد 2، ص 244.

⁴ اتفاقية الرضا بالزواج عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والمصادقة بقرارها 1763 ألف د 17، المؤرخ في 7/ تشرين الثاني -نوفمبر 1962، تاريخ بدء النفاذ ديسمبر 1964.

⁵ أنظر: نص المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ونصت أيضا المادة 7 منه : " كل الناس سواسية...ولهم الحق في التمتع بالحماية متكافئة دون تفرقة..."¹

فهذه المواد 2 و 7 و 16 كلها ترى بحق المرأة في الرضا في اختيار من ترغب فيه دون المساس بحريتها واختيارها، وحقوقها مساوية لحقوق الرجل على السواء، وحضور الولي يقف حجر عثرة في وجه حرية المرأة واختيارها وعدم مساواتها بالرجل، لذلك وجب نزعها من تشريعات الدول المصادقة على بنود هذا الإعلان، ولأن الإعلان العالمي قيمة قانونية، فهو أول وثيقة لحقوق الإنسان صادرة عن منظمة دولية عالمية، ويكتسب كذلك قيمة معنوية من خلال المبادئ التي تضمنها عندما يتعلق الأمر بسن التشريعات التي تهتم بحقوق الإنسان.²

وكذلك بالنسبة للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية حيث نصت المادة الأولى منه على هذا الحق والمادة 23 منه بقولها: "لا يتم الزواج بدون الرضا الكامل الحر للأطراف المقابلة عليه..."³

هذا العهد نص كذلك في المادة 23 على رضا المرأة وعدم جبرها أو منعها من اختيار من تراه مناسبا لها، لأن حضور الولي في الزواج جبر في حد ذاته.

إضافة إلى اتفاقية الرضا، ومن ضمن ما جاءت به هذه الاتفاقية المساواة بين الجنسين، فمتى بلغا سن الرشد تزوجا دون أي فوارق بسبب العرق أو الجنس أو الدين فهنا إشارة إلى حذف الولي وسلطته من عقد الزواج، لأن وجود الولي في عقد الزواج يعني عدم تطبيق المساواة للأطراف المقابلة على التعاقد دون الرجوع للأديان أو الأعراف أو النظر للجنس فالمرأة مثلها مثل الرجل لا تحتاج لولي هذا ما نصت عليه المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه: " للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله."⁴

¹ أنظر: نص المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

² حسن صباريني غازي، مرجع سابق، ص 237.

³ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، مرجع سابق.

⁴ أنظر: المادة (1) من اتفاقية الرضا.

و هو ما نصت عليه كذلك المادة 1 من المبدأ الثاني من اتفاقية الرضا على أنه: "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا كلا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود، وفقاً لأحكام القانون"¹، هذه المادة كذلك طريق للإكراه وعدم الرضا وحضور الولي في عقد الزواج ضد مصلحة الرضا.

ونصت المادة 2 من نفس المبدأ على أنه: "لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتنعت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون، ولم يسحب ذلك الرضا."²

وكذلك نصت هذه الاتفاقية في المادة 2 فقرة (ب) على إلغاء الوكالة في الزواج لأنها سبيل للإكراه وعدم الرضا بقولها: "لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتنعت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون، ولم يسحب ذلك الرضا."³، هذه المادة نصت صراحة على إلغاء الوكالة من عقد الزواج، لأن الوكالة ربما يتصرف الوكيل بعكس ما وكل به كأن يتوكل على زواج ابنته دون رضاها، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى إلغاء الوكالة في الزواج بإلغائه المادة 20 في التعديل الجديد.

وكذلك اتفاقية القضاء على أشكال التمييز العنصري ضد المرأة حيث نصت المادة 16 منها على: "أن تتخذ جميع الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية أ - نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه..."⁴

¹ انظر: المادة (2 / أ) من اتفاقية الرضا، مرجع سابق.

² انظر: المادة (2 / ب) من اتفاقية الرضا، مرجع سابق.

³ انظر: المادة (2 / ب) من اتفاقية الرضا، مرجع سابق.

⁴ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، الاجتماع 16 نيويورك، 27 / حزيران / 2010.

هذه المادة مدعاة لإلغاء الولاية ودور الولي في عقد الزواج، لأنها تدعو للمساواة بين الرجل والمرأة.

وتكريسا لهذا لمبدأ من قبل الدولة الجزائرية حال إبرامهما لعقد الزواج في الجزائري ألغى المشرع المادة 12 في التعديل الجديد وعدل المادتين 11 و13.¹

وعليه فالجبر لم يعد يمارس أبدا لا على الراشدة ولا على القاصرة أيضا، فحضور الولي أصبح لازما إلا إذا كان المولي عليه قاصرا وبغير جبر.

وبرغم من تحفظ الجزائر على هذه المادة إلا أن الانتقاد الذي وجه للجزائر من قبل لجنة سيداو على التقريرين الثالث والرابع المتعلقين بعدم إلغاء الجزائر لشرط الولي كلية، وجد المشرع نفسه أمام قوتين ضاغطين الأولى توقيع الجزائر على هذه الاتفاقيات وخصوصا سيداو، والثانية أصالة المجتمع الجزائري المحافظ، فسعى المشرع إلى تجسيد مبدأ المساواة وذلك بتأكيد على رضائية العقد وإلغاء ولاية الإجبار حتى على القصر لكي لا يتناقض معها من غير سحب للتحفظات الواردة على المادة 16 من اتفاقية سيداو.

إن تعديل المشرع للمادة 11 ما هي إلا محاولة لجس نبض الشارع الجزائري تمهيدا لإلغائها كليا كما تطالب بذلك لجنة سيداو.

إن عمليات الضغط التي تمارسها هذه الاتفاقيات ضد الدول لتغير منظومتها التشريعية وخصوصا المتعلق بالأسرة هو أمر لا يمت بصلة لحقوق الإنسان كما تدعي هذه المنظمات، فالكل دولة دينها وعاداتها وأعرافها غير أن هذه الدول لا حول لها ولا قوة مما تضطر لفرضها على شعوبها.

إن الفرض العنيف للقواعد القانونية غير قابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون ويدفع إلى تكريس عدم الثقة التي تسفر على النزاع بين المواطن والمشرع، فالحكومة تنوي إدخال عناصر عدم التمييز العنصري والمساواة

¹ بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة والمواثيق الدولية، ص 321.

بين الجنسين على نحو تدريجي دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية كما فعلت كثير من الدول العربية بشكل عام وتونس والمغرب بشكل خاص.¹

هذا أمر في غاية الخطورة لأنه قد يؤدي مستقبلا إلى إلغاء الولي جملة وتفصيلا في عقد الزواج فقدما كان الولي ركنا في قانون 1984، ليصبح شرطا في التعديل الأخير في 2005 وربما يفرض تعديلا آخر يلغي الولاية ودور الولي كليا-علما- إن غياب الولي في عقد الزواج له مهالك كبيرة، وخصوصا وأن هناك من اتفاقية سيداو حتى وإن تحفظت الدول على بعض ما جاء فيها، إلا أنها تحمل خطرا وهي المادة 28 / 2 والتي تنص على أنه: " لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها." فهذه الفقرة لها دلالات في تغيير وجهات النظر في التشريع، وشيئا فشيئا حتى ترفع هذه الدول التحفظات نهائيا.

¹ أعمار يحياوي، مرجع سابق، ص 205-206.

المبحث الثاني : أثر الاتفاقيات الدولية على الإشهاد على الزواج في ق أ ج

لا بد من الإشهار والإعلان لعقد الزواج لخروجه من دائرة السر والكتمان، لأنها تتعارض مع مقاصد الزواج، لذلك شرعه الله تعالى في شريعته، وقتته كذلك المشرع الجزائري في قانون الأسرة شأنه شأن التشريعات العالمية، وأقرته كذلك الاتفاقيات الدولية، وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث، والذي قسمته إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول تناولت فيه حكم الإشهاد في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني إلى التكييف القانوني للإشهاد في قانون الأسرة الجزائري، والمطلب الثالث خصصته لإبراز أثر الاتفاقيات الدولية على المشرع عند تقنينه للإشهاد في قانون الأسرة الجزائري في التعديل الجديد لسنة 2005.

المطلب الأول: حكم الإشهاد في النكاح وشروطه في الفقه الإسلامي:

شرع الله تعالى الإشهاد على الزواج لإخراجه من السر إلى العلن سد لذريعة الشبهة والتهمة بالباطل المفضيتان للفساد، فبين حكمه ووضع له شروطا، وهذا ما سأتطرق إليه في هذا المطلب، لذلك قسمته إلى فرعين؛ الفرع الأول تطرقت فيه لحكم الإشهاد في الشريعة الإسلامية، والفرع الثاني تكلمت فيه عن شروطه، وبيان ذلك كالآتي:

الفرع الأول: حكم الإشهاد في النكاح في الفقه الإسلامي:

أولا: الشهادة شرط من شروط النكاح:

اتفق الفقهاء على أن الشهادة من شروط النكاح، ولكن اختلفوا، بأنها شرط تمام يؤمر به عند الدخول؟ أو شرط صحة يؤمر به عند العقد؟ وذلك إلى قولين.¹

1-القول الأول:

ذهب المالكية² 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.

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص44

² المرجع نفسه والصفحة/ القرافي، مرجع سابق، ج4، ص398/ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص745/ ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ج2، ص4.

يقول ابن جزئي في الشهادة على النكاح: " ولا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول."¹

وفي رواية للإمام أحمد -رحمه الله- يصح العقد بدون شهود.²
واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾، [سورة النور، الآية:32].

فالمولى سبحانه وتعالى في جميع الآيات التي تتحدث عن النكاح لم يشترط الشهادة لانعقاد عقد الزواج.

- عن أنس رضي الله عنه قال: « أَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ خَيْرٍ وَالْمَدِينَةِ ثَلَاثًا يُبْنَى عَلَيْهِ بِصَفِيَّةَ بِنْتُ حُيَيٍّ، فَدَعَوْتُ الْمُسْلِمِينَ إِلَى وَلِيمَتِهِ فَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ خُبْزٍ وَلَا لَحْمٍ أَمَرَ بِالْأَنْطَاعِ، فَأُلْقِيَ فِيهَا مِنَ التَّمْرِ وَالْأَقِطِ وَالسَّمْنِ، فَكَانَتْ وَلِيمَتُهُ» فَقَالَ الْمُسْلِمُونَ: إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ، أَوْ مِمَّا مَلَكَتْ يَمِينُهُ، فَقَالُوا: إِنَّ حَجَبَهَا فَهِيَ مِنْ أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ، وَإِنْ لَمْ يَحْجُبْهَا فَهِيَ مِمَّا مَلَكَتْ يَمِينُهُ فَلَمَّا ارْتَحَلَ وَطَى لَهَا خَلْفَهُ وَمَدَّ الْحِجَابَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ النَّاسِ. »³

ومن خلال هذا الحديث يتبين لنا بأن النبي ﷺ تزوج صفية بدون شهود، لأنه لو كان هناك شهود ما خفي ذلك عن الصحابة، ولما ترددوا في معرفة هل تزوجها؟ أو هي مما ملكت يمينه؟

وردَّ المخالفون للمالكية في هذه المسألة بما يلي:

- احتمال أن الناس حضروا التزويج غير الذين ترددوا.

- وعلى التسليم أن يكون الجميع ترددوا فذلك مذكور في خصائصه ﷺ أن يتزوج بدون ولي

¹ ابن جزئي، مرجع سابق، ص 131.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص8.

³ أخرجه: البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: اتخاذ السراري من اعتق جارته من زوجها، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج7، ص6.

ولا شهود ولا صدق.¹

- قال ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال».²

فالفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب، والإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي والاختلاف فيما يعقد بين المتناكحين.³

- الغرض من الإشهاد التوثيق، فلم يكن شرطاً في انعقاد النكاح كالرهن والكفالة.⁴

- إن كل من لم يحتج إلى حضوره في إيجاب أو قبول لم يكن حضوره شرطاً في عقد النكاح أصله الزوجة.⁵

- إن عقد البيع يصح بدون إشهاد، رغم أن المولى ﷺ ذكر معه الإشهاد في قوله: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾، [سورة البقرة، الآية: 282]، فالنكاح الذي لم يذكر فيه الإشهاد أولى بأن تحكم عليه بصحة بدون إشهاد.

وفي ذلك يقول ابن عبد البر: "إن البيوع التي ذكر الله فيها الإشهاد عند العقد قد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، فالنكاح الذي لم يذكر الله فيه الإشهاد أخرى بأن لا يكون الإشهاد فيه من شروط فرائضه."⁶

القول الثاني :

ذهب الحنفية⁷ والشافعية⁸ والحنابلة في الرواية المشهورة عن الإمام أحمد⁹ إلى أن الإشهاد

الإشهاد

¹ ابن حجر، مرجع سابق، ج9، ص129.

² أخرجه: ابن ماجه، سنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية، ب. ت، ج2، ص611. قال الألباني حديث ضعيف في الإرواء، ج7، ص50.

³ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج5، ص417.

⁴ محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص745.

⁵ المرجع نفسه والصفحة.

⁶ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج5، ص471.

⁷ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص252.

⁸ ابن حجر، مرجع سابق، ج9، ص129/ النووي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، مرجع سابق، ج2، ص35.

⁹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص9.

شرط صحة في العقد، ولا يُعدّ النكاح صحيحاً بغير إسهاد.

و استدلو على ذلك بما يلي :

1. قول النبي ﷺ : «الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكَحْنَ أَنْفُسُهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ»¹

2. قوله ﷺ « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ ».²

وردّ عليهم المالكية بما يأتي:

- البينة المقصود بها الإعلان أو الإشهار عند الدخول، وحديث النبي ﷺ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ... » روي بأسانيد ضعيفة، فأحيانا يروي موقوفاً وأخرى مراسلاً.

ولكن ردّ على ردّ المالكية بأن هذا الحديث قويّ بشواهد، مع ملاحظة أن الشيخ ناصر الدين الألباني صحح هذا الحديث.³

وردّ الإمام القراني على أصحاب القول الثاني في إسنادهم على حديث : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » بما يلي:

أ- أن النفي دائر بين القضاء والفتوى، ولم ينص على أحدهما فهو مطلق فيهما ونحن نحمله على القضاء، فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا ببينة، أما الحل فثابت بدون بينة.

ب- إنه دائر بين العقد والدخول، ونحن نحمله على الدخول.

¹ أخرجه: الترمذي، السنن ، تحقيق: بشار عواد معروف، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، ب. ط، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ج2، ص402. مرفوعاً وموقوفاً وبين الترمذي بأن المرفوع أصحّ، قال : هذا حديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه إلا ما زوي عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعاً/ البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج7، ص204. والحديث هذا اللفظ عن ابن عباس مرفوعاً، ضعفه الألباني في الإرواء، ج6، ص261.

² أخرجه الدارقطني (ت: 212هـ)، السنن، باب النكاح من غير ولي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، المجلس العلمي - الهند، يطلب من المكتب الإسلامي - بيروت، 1403هـ، ج6، ص195. ذكر ابن حبان في صحيحه أن إسناده حسن/ وصححه الشيخ الألباني في الإرواء، ج6، ص241.

³ انظر: محمد ناصر الدين الألباني (ت : 1420هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، ط2، المكتب الإسلامي - بيروت، 1405 هـ - 1985 م، ج6، ص235-258.

ج- إن الصّدق مذكور مع عدم شرطيته في العقد بدليل نكاح التفويض فكذلك الشهادة قياسا بطريق الأولى.

د - على الكمال، ويؤيده ذكر الصّدق وهو معتر في الكمال.¹

ثانيا: حكم الإشهاد مع التواصي بالكتمان:

لو تمّ الإشهاد على عقد النكاح مع أمر الشاهدين بالكتمان، هل هذا يُعَدُّ نكاح السرّ أم لا ؟

ذهب غالبية الفقهاء إلى أن هذه الصورة لا تعدّ من نكاح السرّ، لأنّ الإشهاد قد وقع وبالتالي فالعقد صحيح.²

أما المالكية³ فقالوا تعدّ هذه الحالة نكاح سرّ؛ لأن شرط صحة العقد الإعلان وفي هذه الحالة لم يتوفر هذا الشرط، ولأنّ هذه ذريعة للفساد، وفرق بين الحلال والحرام الإعلان، وإذا حدث ذلك يُقرّق بينهما بتطليقة، وللمرأة الصّدق إن كان قد أصابها ويعاقب الشاهدان.⁴

الفرع الثاني: شروط الشهود في الفقه الإسلامي:

أولاً: الإسلام :

اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في الشهود وعدم قبول شهادة الكافر وبه قال الحنفية⁵ والمالكية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ ، وذلك لقوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾، [سورة [سورة البقرة، الآية: 282]، وقوله أيضا: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ﴾، [سورة الطلاق، الآية: 2]، والكافر ليس مريضاً ولا هو منا، إذا لم تقبل شهادة المسلم الفاسق فالأولى ردّ شهادة

¹ القرائي، مرجع سابق، ج4، ص399.

² ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص44.3/ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص22.

³ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج2، ص129/ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج5، ص470/ القرائي، مرجع سابق، ج4، ص398.

⁴ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج2، ص130.

⁵ بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج5، ص13.

⁶ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج4، ص81.

⁷ الشافعي، مرجع سابق، ص49.

⁸ البهوتي، مرجع سابق، ج6، ص17.

الكافر¹، والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾، [سورة النساء، الآية: 141].

أ- مسألة: إذا كانت الزوجة كتابية فهل يسقط هذا الشرط في الشهود أم لا؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

1-القول الأول :

ذهب الإمامان الشافعي² وأحمد³ ، إلى عدم قبول شهادة الكتائبين، لأن زواج المسلم لا لا بد وأن يعلن بين المسلمين ويكون ذلك بحضور الشاهدين المسلمين.

2-القول الثاني:

ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف⁴ إلى قبول شهادة الكتائبين لأن الشهادة في هذه الحالة على زواج المرأة الكتابية.

ثانيا: البلوغ :

اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ في الشاهد فلا تقبل شهادة الصبي⁵، وذلك لقوله تعالى: تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾، [سورة البقرة، الآية: 283].
فالملوكي وَعَلَى أخبر في هذه الآية بأن الشاهد الذي يكتم الشهادة هو آثم، والصبي لا يأثم، إذن فهو ليس بشاهد⁶، إضافة إلى أن الصبي لا يقبل قوله على نفسه فيما يتعلق بإقراراته، فمن باب أولى لا يقبل قوله على غيره⁷.

¹ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج3، ص745.

² النووي، مرجع سابق، ج7، ص30.

³ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص9.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص352.

⁵ ابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص330/ ابن عرفة، مرجع سابق، ج4، ص165/ أبو بكر البكري، مرجع سابق، ج4، ص277/ البهوتي، مرجع سابق، ج2، ص648.

⁶ القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص415.

⁷ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص10.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

ثالث: العقل واليقظة:

اتفق الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ على ردّ شهادة المجنون والمغفل، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾، [سورة يوسف، الآية: 81]، وقوله أيضا: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، [سورة البقرة، الآية 282]، المجنون غير مرضي ولا علم له بما شهد به.

وقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ أَوْ يُفِيقَ»⁵، وذلك يفيد أنه لا حكم لقوله⁶.
رابعا: العدد :

لا بد وأن يكون عدد الشهود اثنين ولا تقبل الشهادة بأقل من ذلك لقوله ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»⁷ ويستحب الاكثار من الشهود، خاصة في المناطق التي يقل فيها الورع والوازع الديني.
خامسا: العدالة:

لم يتفق أبو حنيفة⁸ مع بقية الفقهاء على اشتراط العدالة في الشهادة على النكاح، خالفه غيره مشرطين إياها وقد استندوا إلى أدلة منها:
- قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، [سورة الطلاق، الآية: 2]

¹ ابن عابدين مرجع سابق، ج5، ص462.

² ابن جزري، مرجع سابق، ص295.

³ الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص436.

⁴ بهاء الدين المقدسي، مرجع سابق، ج1، ص687/ ابن تيمية، المحرر في الفقه، ط2، مكتبة المعارف - الرياض، 1404هـ - 1984م، ج2، ص247.

⁵ أخرجه: النسائي، السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، باب: من لا يقع طلاقه من الأزواج، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406 - 1986، ج6، ص156. قال الألباني: صحيح، في سنن النسائي، ص3432.

⁶ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج3، ص1524.

⁷ سبق تخريجه.

⁸ بدرالدين العيني، مرجع سابق، ج9، ص112.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وقوله أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَيٍّْ فَتَبَيَّنُوا...﴾، [سورة الحجرات، الآية: 6]، فدلّت الآية الأولى على وجوب اشتراط العدالة في الشهود، ودلت الثانية على ردّ شهادة الفاسق.

- وقوله ﷺ: « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ »¹

عقد الزواج اعتبره المولى ﷺ ميثاقاً غليظاً، حيث قال: ﴿وَأَخَذَنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾، [سورة النساء، الآية: 21]، فالإشهاد عليه من باب الكرامة، ولا كرامة للفساق.

- تعدّد الشهادة وسيلة إثبات عند الجحود، فكيف يعتمد فيها على شهادة الفاسق، كما أنه ينبغي أن تكون في الشاهد صفات يتحلّى بها وينفرد بها حتى تكون له مزية عن غيره، توجب له رتبة الاختصاص بقبول قوله.²

- وقد استند من لم يشترط العدالة في شهود عقد النكاح إلى أن الفاسق له ولاية على نفسه فيحوز له أن يُنشئ العقد على نفسه، فمن باب أولى أن يشهد على إنشائه، ولأن الغرض من الإشهاد الإعلان ويتحقق ذلك بشهادة العدول أو الفساق، كما أن الفاسق يصح له أن يتولى أمر العامة، فتقبل شهادته.³

سابعاً: عدم وجود التهمة:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁴ والمالكية⁵ والشافعية⁶ إلى ردّ الشهادة مع وجود التهمة مثل شهادة الأصول للفروع أو الفروع للأصول، وكذلك الحنابلة⁷ ودليلهم في ذلك:

¹ سبق تخريجه.

² القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص396.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص255.

⁴ المرجع نفسه، ج6، ص272.

⁵ ابن رشد (ت: 520هـ)، المقدمات الممهدات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1408 هـ - 1988م، ج2، ص288.

⁶ النووي، مرجع سابق، ج2، ص220/ الحصني، تقي الدين الشافعي (ت: 829هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطحي ومحمد وهي سليمان، ط1، دار الخير - دمشق، 1994م، ج2، ص358.

⁷ محمد بن صالح العثيمين (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، 1422هـ، ج15، ص438.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

- حديث أن النبي ﷺ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَدَّ شَهَادَةَ الْخَائِنِ، وَالْخَائِنَةِ وَذِي الْعِمْرِ عَلَى أَخِيهِ، وَرَدَّ شَهَادَةَ الْقَانِعِ لِأَهْلِ الْبَيْتِ، وَأَجَارَهَا لِغَيْرِهِمْ».¹

ويفهم من ذلك أن النبي ﷺ ردَّ شهادة الخائن للحقوق والمضمر للعداوة، وكل من يجرّ نفسه نفعا بشهادته² مثل الخادم المنقطع لخدمة أهل البيت.

وبالتالي فلا تقبل شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول، ولا لصديق لصديقه ولا العدو لعدوه، أي أنه لا تقبل الشهادة إذا وجدت تهمة المحاباة أو العداوة.³

وذهب الحنفية⁴ إلى أن عدم وجود التهمة ليس شرطاً في صحة العقد، لكنها شرط في إثباته عند الإنكار، لأن الغرض من الإشهاد للاشتهار لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والإنكار، والتهمة تدفع بالحضور من غير قبول - فعندهم - لو تزوج رجل امرأة بشهادة ابنه لا منها أو ابنها لا منه يجوز ذلك، وإن وقع الإنكار إن وقعت شهادتهما لواحد من الأبوين لا تقبل، وإن وقعت عليه تقبل، لأن شهادة الابن لأبويه غير مقبولة وشهادتهما عليه مقبولة.

8 - الذكورة:

هل يشترط أن يكون الشهود على النكاح رجالاً، أم تقبل شهادة النساء في ذلك؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى القولين الآتين :

القول الأول : ذهب جمهور الفقهاء المالكية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷ إلى اشتراط الذكورة في

في

¹ أخرجه: أبو داود، السنن، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، باب من تردّ شهادته، ب. ط، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ب. ت، ج3، ص306. قال الألباني: حسن.

² شرف الحق العظيم آبادي، عون المعبود على شرح سنن أبو داود، تحقيق: أبو عبد الله النعماني الأثري، ط1، دار ابن حزم، 1426هـ - 2005م، ج10، ص8-9.

³ أنظر: محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ج3، ص1529-1532.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص256.

⁵ أبو بكر الكشناوي (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك، ط3، دار الفكر، بيروت - لبنان، ب. ت، ج3، ص221.

⁶ النووي، المجموع شرح المذهب، ب. ط، دار الفكر، ب. ت، ج20، ص255.

⁷ ابن تيمية، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج2، ص334.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

شهود النكاح وعدم قبول شهادة النساء.

وأدلتهم ما يأتي:

1- من القرآن:

- قوله ﷺ: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۖ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۖ ﴾ [سورة الطلاق، الآية: 2]

وردت في الآية كلمة " ذوي " التي لا تصلح إلا للمذكر، بخلاف ذواتا التي لا تصلح إلا للمؤنث، فافتضى ذلك قبول شهادة الذكور دون الإناث.¹

2- ومن السنة:

- قوله ﷺ: « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. »²

- وعن الحجاج بن أرطاة، عن ابن شهاب الزهري أنه قال: " مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح. " ³

3- ومن المعقول:

إن النكاح يلحق بالحدود، لأن به يتم استحلال الفروج، ومعلوم أن المرأة لا تقبل شهادتها في الحدود.⁴

ونجد بأن الله ﷻ قبل شهادة النساء في الأموال ، كما هو واضح من خلال آية المدائنة والنكاح ليس بمال⁵

¹ القرطبي، مرجع سابق، ج 18، ص 159.

² سبق تخريجه.

³ أخرجه: ابن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، كتاب الحدود، باب شهادة النساء في الحدود، ط1، مكتبة الرشد - الرياض، 1409هـ، ج 10، ص 58. وهذا الأثر ضعيف أن الحجاج بن أرطاة كان كثير الضعف و التدليس، ولم ير الزهري، انظر: ترجمته في تقريب التهذيب، لابن حجر، ج 1، ص 152. وميزان الاعتدال في نقد الرجال، ج 1، ص 458.

⁴ ابن حجر، مرجع سابق، ج 5، ص 266.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 10.

القول الثاني :

ذهب الحنفية¹ وفي رواية للحنابلة² إلى قبول شهادة رجل وامرأتين.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۖ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ...﴾، [سورة الطلاق، الآية: 2]، و " ذوي عدل " المقصود بهما رجلين أو رجل وامرأتين، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ۚ﴾، [سورة البقرة، الآية: 282].

قال الجصاص: " ظاهر هذه الآية يقتضي جواز شهادتهن مع الرجل في سائر عقود المداينات وهي كل عقد على دين سواء أكان بدله مالا أو بضعا أو منافع أو دم عمد، لأنه عقد فيه دين"³

2- من السنة:

- قوله ﷺ: « لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ »⁴، والمقصود بالشاهدين رجلين أو رجل و امرأتين.

قال الإمام السرخسي: " ينعقد النكاح بشهادة رجل و امرأتين عندنا"⁵

- إن عقد النكاح يلحق بعقد البيع في كونه عقد معاوضة واشتماله على الناحية المالية

¹ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص32/ بدر الدين العيني، مرجع سابق، ج5، ص14/ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص279.

² ابن تيمية، مرجع سابق، ج2، 332.

³ الجصاص (ت: 370هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1415هـ - 1994م، ج1، ص609.

⁴ سبق تخريجه.

⁵ السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص33.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

أي المهر والنفقة، فتقبل شهادة النساء مثلما قبلت في عقد البيع.¹

تاسعا: سلامة الحواس:

ونعني بها لا بد من سماع كلام المتعاقدين لكي يصح الإشهاد، واختلف الفقهاء في شهادة الأعمى والأخرس؛ منهم من ردّها ومنهم من قبلها وهذا الخلاف موجود حتى في المذهب الواحد.²

المطلب الثاني: حكم الإشهاد في قانون الأسرة الجزائري

قنّ المشرع الجزائري أحكام الإشهاد في الزواج واعتبره شرطا من شروطه، وهذا ما سأتناوله في هذا المطلب، فقسمته إلى فرعين؛ الفرع الأول خصص الحديث عن حكم الإشهاد وشروطه في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، والفرع الثاني تناولت فيه وقت الشهادة في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: حكم الإشهاد وشروطه في قانون الأسرة الجزائري:

عدّ المشرع الجزائري الإشهاد شرطا من شروط الزواج في قانون الأسرة، هذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر من ق أ ج بقولها: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج."

يستنتج من هذا النص أن المشرع يشترط الإشهاد لصحة الزواج، وبذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائري إلا بحضور شاهدي عدل، ويعتبر الزواج فاسدا إذا اختل هذا الشرط³ طبقا لنص المادة 33/ 2 من ق أ ج بقولها: " إذا تم الزواج بدون شاهدين... يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويصحح بعد الدخول بصداق المثل."

والإشهاد على الزواج يمثل وسيلة إثبات هامة يجوز الاعتماد عليها أمام القضاء، للحكم

¹ ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج5، ص266/ ابن قدامة، الشرح الكبير، مرجع سابق، 29، ص262.

² الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص266/ ابن رشد، ج2، ص271/ أبو بكر الدمياطي، مرجع سابق، ج4، ص277/ ابن قدامة، مرجع سابق، ج29، ص262.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص129.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

بوجود الرابطة الزوجية في حالة جحود أحد الزوجين للعلاقة الزوجية الصحيحة.¹

وامتياز عقد الزواج على سائر العقود المدنية الأخرى، وذلك لشرف محله ولخطورة آثاره المتعلقة بالأعراض والأنساب وثبوت النسب والإرث وغيرها.²

وعلى هذا الأساس، اشترط القانون في المادة 9 مكرر من ق أ ج لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين لإعلانه وإشهاره بأن يسمع الشاهدان معا كلام المتعاقدين، وأن يفهم المراد منه حتى يتحقق الغرض من الشهادة.³

وقد استقر قرار المحكمة العليا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة، ومراعاة شروطه وأركانه⁴، وأن المراد من الإشهاد على الزواج هو حضور الشهود في مجلس العقد، لإفادة بأنه حدد فيه الصداق وأنه تم تبادل الإيجاب والقبول.⁵

والمشرع الجزائري أخذ في هذه المسألة برأي الجمهور الذين يعدون الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج وإلا كان فاسدا ويفسخ العقد بدون شاهدين قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

أولاً: حكم زواج السر في قانون الأسرة الجزائري:

أشارت المحكمة العليا في قراراتها المختلفة إلى أن الزواج السري لا يقره الشرع ولا القانون، لأنه مخالف للشروط والأركان المنصوص عليها في قانون الأسرة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.⁶

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/02/23، ملف رقم: 315403، م. م. ع، 2005، العدد: 1، ص 275 / إ. ق. غ. أ. ش 20/04 / 1999، ملف رقم: 221329، عدد خاص، ص 60 / م. ع. غ. أ. ش، 1998/09/23، ملف رقم 204254، م. ق، 2000، عدد 2، ص 173.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 253.

³ الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 66-67 / محمد محده، الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص 286-287.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 30 / 04 / 1990، ملف رقم 75344، م. ق، 1992، العدد 4، ص 65.

⁵ أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 60.

⁶ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 03 / 07 / 2002، ملف رقم 261925، م. ق، 2003، عدد 2، ص 272-273.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وعلى هذا الأساس، فإن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي¹، كما أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها الشرعي، ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً للأحكام الشرعية الإسلامية² - بالإضافة إلى هذا - فإن الزواج الشرعي يقوم على العلنية والإشهار ومراعاة شروطه وأركانه³. ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا - ولما كان ذلك - فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية⁴. كما أن العلاقات الجنسية، بين الرجل والمرأة، حتى ولو ثبتت لا تفيد الزواج المشروع وكل ما نتج عنها لا يفيد البنوة المشروعة⁵.

ثانياً: شروط صحة الإشهاد على الزواج:

نظراً لخطورة عقد الزواج، ولأهمية الإشهاد عليه يشترط في الشاهدين الشروط الآتية:

أ- شروط صحة الإشهاد على الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

لم يدرج المشرع في ق أ ج شروط الشاهدين ولسد هذا النقص في التشريع نلجأ لأحكام المادة 222 من ق أ ج والأحكام الواردة في القانون المدني وقانون الحالة المدنية.

1- يجب أن يكون الشاهدان بالغين عاقلين:

ومن ثم فلا تصح شهادة الصبي وكذلك المجنون والمعتوه طبقاً للمادة 42 من ق م ج⁶ المعدلة بالأمر 05 / 10، والمادة 85 من ق أ ج⁷، وقد اشترطت المادة 33 من قانون الحالة

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1994/03/22، ملف رقم 102746، ن. ق، عدد 50.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1990/03/19، ملف رقم 58788، م. ق، 1991، عدد 1، ص 59 / المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/11/05، ملف رقم 34030، م. ق، 1990، عدد 2، ص 82.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1990/04/30، ملف رقم 75344، مذكور سابقاً.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2002/07/03، ملف رقم 261925، مذكور سابقاً / المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م. ق 1989، عدد 4، ص 79 / المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1975/4/21، ملف رقم 12529، غير منشور، أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 53.

⁵ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1989/12/11، ملف رقم 56707، غير منشور، أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 57.

⁶ أنظر: المادة (42) من القانون المدني.

⁷ أنظر: المادة (85) من قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70/20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 أن يكون الشاهدان على الزواج بالغين 21 سنة على الأقل.¹

2- يجب أن يكون الشاهد مسلماً:

إذا كان كلا من الزوجين مسلمين وهذا بإجماع العلماء، وذلك بأن الشهادة ولاية فلا تكون لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾، [سورة النساء، الآية 141]، ويصح عند الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية أن يتزوج المسلم امرأة كتابية بشهادة كتابين.²

3- يجب أن يكون الشاهد عدلاً:

لم يدرج المشرع الجزائري مسألة اشتراط العدالة في شاهدي عقد الزواج، ولكن بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من ق أ ج.

وعليه يجب أن يكون الشاهد عدلاً لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، [سورة الطلاق، الآية: 2]، وقوله ﷺ «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»³

ومعنى اشتراط العدالة في الشاهد بأن يكون غير معروف بالفسق والمجون؛ فإن شهادة الفاسق لا تصلح لإثبات الزواج عند المالكية والشافعية والحنابلة كما سلف ذكره.

وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري من خلال استقراء بعض قرارات المحكمة العليا منها: "أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدي عدل".⁴

وعليه فالمحكمة العليا نهجت منهج الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في اشتراط العدالة في الشاهدين.

¹ أنظر: المادة (33) من القانون الحالة المدنية.

² الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص253-254

³ سبق تخريجه.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1984/09/24، ملف رقم 34438، م. ق، 1990، عدد1، ص64.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

4- أن يكون الشاهدان على الزواج ذكرين على الأقل:

صاغ المشرع الجزائري المادة 9 مكرر من ق أ ج المعدلة بالأمر رقم 02 / 05 في صيغة العموم والإطلاق، بحيث جاءت موافقة لما ذهب إليه الحنفية في هذه المسألة بجواز الشهادة في عقد النكاح برجل وامرأتان في عقد الزواج.¹

أما قانون الحالة المدنية فقد نصت المادة 33 منه صراحة على أنه يجب أن يكون الشاهدان بالغين 21 سنة على الأقل سواء أكانوا من الأقارب أو غيره دون تمييز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل أشخاص معينين.²

في حين ذهبت المحكمة العليا إلى رأي جمهور الفقهاء في اشتراط الذكورة في الشاهدين على الزواج³، كما أن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي⁴، فإن المحكمة العليا نقضت القرار الصادر عن المجلس القضائي الذي جاء خاليا من أية حجة أو بينة على الزواج؛ وهي شهادة العدلين الذكرين، وأقوال امرأتين لا يعتد بشهادتيهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخطئ في فهم أنواع الشهادات في الفقه.⁵

غير أن المحكمة العليا في قرار حديث لها ذهبت بشهادة شاهد وامرأتان وهما قريبتان للطاعنة (الزوجة) هي مقبولة شرعا وقانونا وفقا لأحكام المادة 64 / 2 من ق إ م الأمر الذي جعل القرار المنتقد عرضة للنقض والإبطال.⁶

وعليه فالسند الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا هو ما ذهب إليه الحنفية في هذه المسألة.

الفرع الثاني: وقت الشهادة في قانون الأسرة:

ذهب المشرع الجزائري إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء معتبرا أن الشهادة شرط صحة

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 261.

² المادة (33) من الأمر رقم 20 / 70 في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 15/12/1986، ملف رقم 43889، م. ق، 1993، عدد2، ص37.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 22/03/1994، ملف رقم 102746، ن. ق، 1990، عدد1، ص50.

⁵ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 15/12/1986، ملف رقم 43889، م. ق، 1993، عدد2، ص37.

⁶ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 14/02/2007، ملف رقم 381880، مذكور سابقا.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

في عقد الزواج، حيث جعل من حدوث الشاهدين¹ أثناء تبادل الرضا بالزواج، شرطا من ضمن شروط صحته طبقا لنص المادة 9 مكرر من ق أ ج، كما أن المحكمة العليا أشارت في قراراتها المشهورة أنه يشترط لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين، وأنه يشترط أيضا أن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين ويفهمانه، حتى يتحقق الغرض من الشهادة وهو الإعلان²؛ ويعني ذلك أن يسمع الشاهدان فعلا الايجاب والقبول المتبادل بين الأطراف المعنيين بأمر العقد في مجلسه تطبيقا لأحكام المادة 9 مكرر من ق أ ج³.

وعلى هذا الأساس، فإن تخلف الشاهدين العدلين لا يؤثر على قيام العقد وإنما يؤثر على صحته، ويعدّ العقد فاسدا من الناحية القانونية، طبقا لأحكام المادة 33/2 من ق أ ج المعدلة⁴، وأن عقد الزواج يكون صحيحا؛ متى تحقق إسهاد رجلين عدلين على الزواج في مجلس واحد⁵.

وأما كتابة العقد وفقا للمادة 18 من ق أ ج المعدلة، فهي لتوثيقه رسميا، ضمانا للحقوق الشرعية والقانونية.⁶

ونص ق أ ج في المادة 18 منه على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق، أو موظف مؤهل قانونا؛ الذي هو ضابط الحالة المدنية مع مراعاة ما ورد في المواد 9 و9 مكرر و20 من ق أ ج."

وقد أشارت المحكمة العليا في قراراتها أن عقد الزواج يعدّ صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة والشاهدين وصادق وإبرامه أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا طبقا للمواد 4 و9 و9 مكرر و18 من قانون الأسرة الجزائري.⁷

¹ أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص60، هذا الاجتهاد للمحكمة العليا غير منشور.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1990/04/30، ملف رقم 75344، م. ق، 1992، عدد4، ص65.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1999/04/20، ملف رقم 221329، إ. ق. غ. أ. ش، 1993، عدد1، ص60.

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1988/02/29، ملف رقم 48184، م. ق، 1992، عدد1، ص49.

⁵ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1982/11/22، ملف رقم 28784، إ. ق، 1996، عدد1، ص45.

⁶ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م. ق، 1996، عدد2، ص69.

⁷ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص263.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وفي قرار مشهور للمحكمة العليا أنها نقضت القرار الصادر عن المجلس القضائي الذي قضى ببطالان عقد الزواج العرفي الذي تم إبرامه بمكان تقام فيه الدعارة والفساد، مع أن مكان إبرام العقد لا يدخل ضمن أركان الزواج ولا في صحته، وذلك أن الزواج ينعقد بأي مكان من الأرض سواء بداخل المسجد أو خارجه.¹

وهو ما سار عليه أيضا المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، من أن الفاتحة ليست شرطا في عقد الزواج؛ وإنما هي للتبرك فقط، وأن العقد الشرعي ما توفرت فيه شروطه، وأن تسجيل عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية يعد توثيقا للعقد الشرعي حفاظا على حقوق الله والعباد.²

المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الإشهاد في الزواج

التوقيع على الاتفاقيات الدولية يؤثر على منظومات الداخلية للدول وتشريعاتها، والجزائري وقعت على عدة اتفاقيات دولية الأمر الذي جعلها تحدث تغيرا في قانون الأسرة الجزائري وأخص بالذكر الإشهاد على الزواج، وهذا ما تناولته في هذا المطلب، فقسمته إلى فرعين؛ الفرع الأول خصصته للإشهاد في الاتفاقيات الدولية، والفرع الثاني تناولت فيه أثر هذه الاتفاقيات على الإشهاد وهل أن التأثير كان إيجابيا؟ أو سلبيا؟

الفرع الأول: الإشهاد في الاتفاقيات الدولية:

أولا: اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج:

جاءت هذه الاتفاقية لتجسيد الرضا وتحديد الحد الأدنى للزواج وتوحيد سنه وتسجيل الزواج والإشهاد عليه وإخراجه من حيز الكتمان إلى الإشهار والعلانية، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون."³

¹ أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 60.

² انظر: بيان المجلس الإسلامي الأعلى عقد دورته 31 المنعقدة يومي: 26-27/ 12/ 2006؛ جريدة الخبر، يوم 04/01/2007، ص 3.

³ أنظر: المادة (1) من اتفاقية الرضا.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية في الإشهاد على الزواج في قانون الأسرة المعدل 2005:

عَدَّ المشرع الجزائري الشهادة ركنا من أركان الزواج في قانون 11 / 84 برضا الزوجين وبولي الزوجة والشاهدين والصدّاق، فالمشرع أحسن صنعا بإشراكه الشهادة في العقد، وجعلها ركنا سائرا في ذلك على ما رواه أشهب بحيث يفهم من رواية هذا الأخير وجوبها اثناء انعقاد العقد.¹

المشرع الجزائري جعل الشهادة في الزواج ركنا إذا تخلف ينتج عنه البطلان المطلق وهذا في أمر رقم 274 - 59 حيث نصت المادة الثانية منه على أنه: " ينعقد الزواج برضا الزوجين ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلنا ومن صاحب الشأن شخصا وبحضور شاهدين بالغين ذلك أمام القاضي أو ضابط الأحوال المدنية وإلا كان العقد باطلا ويجوز لكل من الزوجين أن يطلبوا أن يكون الآخر مسلما."²

فالمشرع هنا جعل الإشهاد واجبا عند انعقاد عقد الزواج وفقدانه يؤدي الى بطلان عقد الزواج بطلانا مطلقا، أما قانون الأسرة 11 / 84 فلقد جعل الإشهاد ركنا في المادة 9 منه السالفة الذكر ولم يرتب على فقدانه البطلان بعد الدخول طبقا لما جاء في المادة 33 الشيء الذي جعله يخالف ما عُرف به جمهور الفقهاء الركن ومقصودة في كتبهم كما جعل أيضا المواد تأتي غير متناسقة ولا متجهة وجهه واحدة، وإلا فكيف نفسر قول الفقهاء أن الشهادة شرط للعقد أو للدخول كما قال به المالكية.³

ولكن إذا فقد هذا الشرط فسخ العقد ولو تم الدخول بينهما.

المشرع في قانون الأسرة يقول إن الركن في المادة 9 من ق أ ج - والكل يعلم ما معنى الركن - ثم يأتي في المادة 33 ويقول إذا فقد أحد هذه الأركان ولم يعلم بأمره إلا بعد الدخول

¹ محمد محده، مرجع سابق، ص 286.

² أنظر: المادة (2) من الأمر رقم 274 - 59، المؤرخ في: 1959/02/04 م، والمرسوم الصادر، بكيفية تطبيق نفس الأمر في: 1959/09/17 م، والمتعلقة بالزوج الفرنسي وهي مادة معدلة بموجب القانون الفرنسي.

³ محمد محده، مرجع سابق، ص 292.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

فإن الزواج يثبت ويستمر، فالذي جعله شرطا يعرف قيمة الشرط وأثاره على العقد، أما المشرع عندنا فلقد جعلها ركنا ولكنه لا يدري ما أثر فقده على العقد مما جعل الخل واضحا.¹

وعليه فإن المشرع في قانون 84 / 11 ذهب إلى أن الزواج بدون إشهاد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لأنه ركن على حسب تعبيره وهذا عند العلم به قبل الدخول، لكن إذا تم الدخول بدونه يصح بصدّق المثل فعده المشرع هنا فاسدا وذلك للآثار المترتبة على الدخول.

ومع التعديل الجديد لسنة 2005 عدّه المشرع الجزائري في قانون الأسرة شرطا من شروط الزواج هذا ما نصت عليه المادة 9 مكرر من ق أ ج بقولها: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج."

يستنتج من هذا النص أن المشرع يشترط الإشهاد لصحة الزواج، وبذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائري إلا بحضور شاهدي عدل، ويعتبر الزواج فاسدا إذا اختل هذا الشرط² طبقا لنص المادة 33 / 2 من ق أ ج بقولها: " إذا تم الزواج بدون شاهدين... يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويصحح بعد الدخول بصدّق المثل."

والإشهاد على الزواج يمثل وسيلة اثبات هامة يجوز الاعتماد عليها أمام القضاء للحكم بوجود الرابطة الزوجية في حالة جحود أحد الزوجين لهذه العلاقة الصحيحة.³ وامتياز عقد الزواج على سائر العقود المدنية الأخرى، وذلك لشرف محله ولخطورة آثاره المتعلقة بالأعراض والأنساب، وثبوت النسب والإرث وغيرها.⁴

¹ محمد محمّد، مرجع سابق، ص 292.

² عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 129.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 2005/02/23، ملف رقم: 315403، م. م. ع، 2005، العدد: 1، ص 275 / إ. ق. غ. أ. ش 20/04 / 1999، ملف رقم: 221329، عدد خاص، ص 60 / م. ع. غ. أ. ش، 204254، ملف رقم 2000، عدد 2، ص 173.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 253.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وعلى هذا الأساس، اشترط القانون في المادة 9 مكرر من ق أ ج لصحة عقد الزواج حضور شاهدين لإعلانه وإشهاره بأن يسمع الشاهدان معاً كلام المتعاقدين، وأن يفهم المراد منه حتى يتحقق الغرض من الشهادة.¹

وقد استقرت قرارات المحكمة العليا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة، ومراعاة شروطه وأركانه.²

وأن المراد من الإشهاد على الزواج هو حضور الشهود في مجلس العقد لإفادة بأنه حدد فيه الصداق، وأنه تم تبادل الإيجاب والقبول.³

غير المشرع الجزائري في قانون الأسرة في التعديل الجديد حكم الإشهاد من ركن في القانون القديم 11/84 إلى شرط صحة في عقد الزواج في المادة 9 مكرر، ويرجع ذلك إلى مصادقة الجزائر على اتفاقية الرضا من جهة؛ والتي جاءت لتجسيد الرضا وتحديد الحد الأدنى للزواج وتوحيد سنه وتسجيل الزواج والإشهاد عليه وإخراجه من حيز الكتمان إلى الإشهار والعلانية، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "لا ينعقد الزواج قانوناً إلا برضا الطرفين رضاً كاملاً لا إكراه فيه، وبإعراجهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقاً لأحكام القانون."⁴

المشرع هنا غير وجهة الإشهاد في عقد الزواج من الركن إلى الشرط ليبيدي مدى استجابته للأمين العام للأمم المتحدة عند رفع التقارير التي يثبت فيها تطبيق المبادئ التي صادق عليها في هذه الاتفاقية، مع الأخذ بعين الاعتبار أصالة وديانة المجتمع الجزائري ليجتنب عن رأي فقهي يناسب ما صادق عليه ليجد رأي الجمهور الذين يرون بأن الإشهاد شرط في صحة عقد الزواج.

¹ الغوتي بن ملح، مرجع سابق، ص 66-67/ محمد محده، مرجع سابق، ص 286-287.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، 30/04/1990، ملف رقم 75344، م. ق، 1992، العدد 4، ص 65.

³ أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 60.

⁴ أنظر: المادة (1) من اتفاقية الرضا.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

هذا التأثير هو شيء ايجابي لأنه لا يخرج على ما جاء به الفقه الإسلامي ورأي الجمهور لأنه اشترط لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين، بخلاف المالكية الذين يرون استحبابه عند العقد ووجوبه عند الدخول.

وتغيير الحكم من الركن إلى الشرط في التعديل الجديد ما هو إلا اختلاف في التسمية فقط؛ فقد ترك الأحكام السابقة نفسها والمتمثلة في أنه يبطل الزواج بطلانا مطلقا عند عدم الإشهاد عليه قبل الدخول، ويصح بصدّق المثل بعد الدخول، وبالتالي فالمشرع عدّه من الأنكحة الباطلة قبل الدخول ومن الأنكحة الفاسدة إذا تم الدخول.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

المبحث الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على انعدام الموانع الشرعية للزواج

ولكي يكون عقد الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره الشرعية والقانونية يجب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة وأن يكونا مختلفين في الجنس، وتفصيل ذلك يكون من خلال هذا المبحث، حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب؛ المطلب الأول تطرقت فيه لانعدام الموانع الشرعية وضرورة اختلاف الزوجين في الجنس في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني خصصته لانعدام الموانع الشرعية للزواج في قانون الأسرة الجزائري، والمطلب الثالث تناولت فيه أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج بين الزوجين.

المطلب الأول: انعدام الموانع الشرعية بين الزوجين في الفقه الإسلامي

حرم الشارع على الرجل الزواج من محارمه، كما حرم على المرأة الزواج من محارمها، إما بسبب المصاهرة أو الرضاع أو التماثل في الجنس، لذلك اشترطت الشريعة الإسلامية في صحة عقد الزواج ألا تكون المرأة عند العقد محرمة عن الرجل حرمة مؤبدة أو مؤقتة، وهذا ما تناولته في هذا المطلب، فقسمته إلى فرعين؛ الأول منها تحدثت فيه عن المحرمات المؤبدة في الفقه الإسلامي، والفرع الثاني خصصته للحديث عن المحرمات المؤقتة، وبيان ذلك كالآتي:

الفرع الأول: المحرمات المؤبدة:

المحرمات حرمة مؤبدة ثلاثة أصناف:

1- محرمات بسبب النسب أو القرابة.

2- المحرمات بسبب المصاهرة.

3- محرمات بسبب الرضاع.

وتفصيل ذلك كالآتي:

أولاً: المحرمات بسبب النسب أو القرابة والحكمة من ذلك:

أ- المحرمات بسبب النسب أو القرابة:

وهن اللواتي ورد النص على تحريمهن في قوله ﷻ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾، [سورة النساء، الآية: 23].

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وهو ما قال به جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴.

1- الأم:

وهي كل امرأة لها عليك ولادة، يرتفع نسبك إليها بالبنوة سواء أكانت منك على عمود الأب أو الأم.

2- البنت:

وهي كل امرأة لك عليها ولادة تنسب إليك بواسطة أو بغير واسطة إذا كان مرجعها إليك.

3- الأخت:

وهي كل امرأة لأبويك عليها ولادة أي أنها شاركتك في أصلك أو أحدهما.

4- العمة:

وهي كل امرأة لأجدادك عليها ولادة من جهة الأب وإن علون.

5- الخالة:

وهي كل امرأة لأجدادك عليها ولادة من جهة الأم وإن علون.

6- بنت الأخ:

وهي كل امرأة لأخيك عليها ولادة، ويحرم على الأب فروع فروع أبويه من النساء.

7- بنت الأخت:

وهي كل امرأة لأختك عليها ولادة فتحرم عليه بنت أخته وبنت ابنتها وإن نزلنا

ب- الحكمة من التحريم بسبب القرابة:

أما الحكمة من التحريم بسبب القرابة فترجع إلى:

¹ الزيلعي (ت: 743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ، ج2، ص101.

² ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص37/ ابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص371.

³ الشيرازي، التنبيه، مرجع سابق، ص160/ البيضاوي (ت: 691هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، إعداد وتقديم: محمد عبد الرحمن المرعشلي، ب. ط، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ب. ت، ج2، ص76.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص256-257.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

- إن هذا التحريم يتمشى مع الفطرة الإنسانية لأنه حتى بالنسبة للحيوانات نجد بعضها لا يطلب أليفه من عشه أو جاره بل يسعى لعش آخر أو جار آخر، ونجد هذا التحريم اجمعت عليه الكتب السماوية ورغم التحريف والتبديل الذي مس التوراة والإنجيل إلا أن هذا التحريم ما زال ثابتاً.¹

- إن عقد الزواج شرع لإنشاء علاقة بين الرجل والمرأة أساسها المودة والرحمة وهذه العلاقة موجودة فطرياً بين الأم وابنها والأب وبنته والأخوة...²

- لو أبيض الزواج بين هؤلاء الأقربين لكان من الواجب ألا يخلو الرجل بإحدى هؤلاء القربيات ولا يختلط بهن لكي لا يتولد الطمع فيهن، ولكي لا تكون هناك مفسد وفي تحريم التلاقي والخلوة حرجاً ومشقة فكيف لا تلتقي وتختلط الأم بابنها والأب بابنته والأخ بأخته، فلكي يرفع الحرج وتدرأ المفسد شرع التحريم على التأييد لتقطع الأطماع.³

- إن علاقة القرابة تتناقض مع العلاقة الزوجية من حيث طبيعتها ومن حيث الحقوق والواجبات.

- إن الزواج من هؤلاء القربيات يفسد العلاقة الكريمة التي تربط بينهم والعواطف النبيلة التي تنبع من الفطرة لأن الأصل في علاقة القرابة أن تستمر، ولقد نهى الإسلام على قطع الرحم لكن بالنسبة للزواج فقد تعثره ظروف تؤدي إلى الانفصال فلذا وجدت هذه الحرمة.⁴

ثانياً: المحرمات بالمصاهرة والحكمة من ذلك:

أ- المحرمات بالمصاهرة:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية⁵ والمالكية⁶ والشافعية⁷ على أن المحرمات بالمصاهرة

¹ محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 167.

² نصر سلمان، مرجع سابق، ص 101.

³ أنظر: محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 167-169.

⁴ نصر سلمان، مرجع سابق، ص 102.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 258.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج 2، ص 37.

⁷ الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، ط 1، دار المنهاج،

1428هـ-2007م، ج 12، ص 223.

وكذلك والحنابلة¹ وهم:

1- زوجات أصوله وإن علون:

فتحرم عليه زوجة أبيه وزوجة جده أو لأمه وإن علوا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾، [سورة النساء، الآية: 22].

2- زوجات فروعه وإن نزلوا:

فتحرم عليه زوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾، [سورة النساء، الآية: 23].

3- أصول زوجته:

فتحرم عليه أمها وأم أمها وأُم أبيها وإن علون لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾، [سورة النساء، الآية: 23].

ب- الحكمة من التحريم بسبب المصاهرة:

أما الحكمة من التحريم بسبب المصاهرة فيرجع إلى:

- أن زوجة الأب هي بمنزلة الأم، فشرع هذا التحريم لكي لا يخلف الأبن أباه فيصبح ندا له، وغالبا ما يكره الزوج زوج امرأته السابقة، فلو لم يكن هذا التحريم لكره الابن أباه، وفي هذا التحريم إبطال لعادات الجاهلية التي كانت تعد زوجة الأب من الميراث فيحل عندهم أن يتزوج الابن زوجة أبيه ت.²

- إن المصاهرة هي رابطة كرابطة النسب؛ إذ هذا الرباط يجعل الزوجة جزء من عائلة الزوج، فأُمها بمنزلة أمه وأبوه بمنزلة أبيها، وغالبا ما تناديه كما تنادي أباه، وبنت الزوجة هي بمثابة البنت وهذا ما تنزع عليه الفطرة فجاء هذا التحريم متماشيا مع دواعي الفطرة السليمة.³

- إن العلاقة بين الأبناء والآباء أو بين الأمهات والبنات علاقة مبنية على الاستمرارية وعدم الانقطاع، ومنع كل ما يسبب الحقد والكراهية، فالابن إذا طلق زوجته ورأى بأن أباه قد

¹ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج3، ص27.

² محمود جبر الفضيلات، مرجع سابق، ص76.

³ محمود مصطفى شلي، مرجع سابق، ص110.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

تزوجها فهذا يجعله يحقد على أبيه إذا رغب في الارتباط بمطلقة مرة أخرى، وكذلك لو كانت العملية عكسية.¹

- إن علاقة المصاهرة تؤدي إلى اختلاط الرجل بزوجة ابنه، والابن بزوجة أبيه وزوج الأم بالريبة وأم الزوجة بزوج البنت، فوجد هذا التحريم لقطع كل الاطماع التي تسبب علاقات غير مشروعة.²

ج- مسائل متفرقة خاصة بالتحريم بالمصاهرة:

1- مسألة: اشتراط الريبة أن تكون في الحجر لإثبات الحرمة:

ثبت حرمة الريبة سواء أكانت مع أمها وتحت رعاية زوج الأم أم لا، وأما قوله: **«الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ»**، [سورة النساء، الآية 23]، هذا الوصف ليس بتقييد بل خرج مخرج العادة والوجود أكثر بين الناس، وهذا ما ذهب إليه الحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶، ولبيان قبح التزويج بهن لأنهن يعشن غالباً تحت رعاية زوج الأم⁷، فيعتبر بمنزلة الأب وهي بالنسبة إليه كالبنت وهذا قول جمهور الفقهاء، وخالفهم داود الظاهري والذي اعتبر الوصف الموجود في الآية تقييداً.⁸

¹ نصر سلمان، مرجع سابق، ص103.

² محمود جبر الفضيلات، مرجع سابق، ص78.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص259.

⁴ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص703/ العدوي، مرجع سابق، ج2، ص52.

⁵ النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج16، ص218.

⁶ إسحاق الكوسج (ت: 251هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، ط1، عمادة البحث العلمي،

الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1425هـ - 2002م، ج4، ص1542

⁷ محمود مصطفى شلي، مرجع سابق، ص111.

⁸ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص38.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

2-مسألة: حرمة الربية بوطء الأم أو بما دون ذلك:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ على أن البنت تحرم بوطء بوطء الأم، واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج بشهوة أو بغير شهوة، وسبب خلافهم هو هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى: ﴿الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾، [سورة النساء، الآية: 23]، الوطء أو التلذذ بما دون الوطء؟ فغالبية الفقهاء من الحنفية⁵ والمالكية⁶ والحنابلة⁷ ذهبوا إلى أنه تثبت الحرمة بما دون الوطء وخالفهم في ذلك داود الظاهري والمازني والشافعي في الرواية المشهورة عنه حيث لم يثبت الحرمة إلا بالوطء.⁸

3-مسألة: هل الزنا تثبت به حرمة المصاهرة؟

من زني بامرأة هل تحرم عليه أصولها وفروعها؟ وهل تحرم هي على أصوله وفروعه؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

3-1-القول الأول:

ذهب المالكية⁹ والشافعية¹⁰ إلى أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة واستدلوا بحديث النبي ﷺ «لَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ إِنَّمَا يُحَرِّمُ مَا كَانَ بَيْنَكَ»¹¹، ومن المعلوم أن المصاهرة

¹ الجصاص (ت: 370 هـ)، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله عنايت الله محمد وغيره، ط1، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، 1431 هـ - 2010 م، ص4، ص357/ الزبيدي (ت: 800 هـ)، الجوهرة النيرة، ط1، المطبعة الخيرية، 1322 هـ، ج2، ص27.

² القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص815.

³ الجويني، مرجع سابق، ج12، ص313.

⁴ إسحاق الكوسج، مرجع سابق، ج4، ص1542.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص259.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص38.

⁷ إسحاق الكوسج، مرجع سابق، ج4، ص1542.

⁸ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص38.

⁹ القرافي، مرجع سابق، ج4، ص261.

¹⁰ الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص214.

¹¹ أخرجه: الدارقطني، سنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب: المهر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م، ج4، ص401.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

نعمة لأنها تلحق الأجانب بالأقارب فلا يكون المحذور شرعا سبب في النعم.

3-2- القول الثاني:

ذهب الحنفية¹ والحنابلة² إلى أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة والحنابلة ألحقوا اللواط بالزنا بالزنا

لأن النكاح هو حقيقة في الوطاء مجاز في العقد، ولأن كون الزنا حرام لا يؤثر بدليل أن الدخول بامرأة بناء على عقد فاسد تثبت به حرمة المصاهرة وإن كان الدخول حراما، مثل العقد على المرأة والدخول بها وهي معتدة من الغير، وهذا باتفاق الفقهاء، فيقاس الزنا على العقد الفاسد في إثبات حرمة المصاهرة.³

وملاحظ أن ما رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة موافق لما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، حين سئل في الرجل يزني بأمرأته قلت: "أرأيت إن زنى بأمرأته أو ابنتها، أتحرم عليه امرأته في قول مالك؟

قال: لنا مالك يفارقها ولا يقيم عليها."⁴

ولكن أصحاب الإمام مالك أخذوا بما هو موجود في الموطأ.

ثانيا: المحرمات بسبب الرضاع والحكمة من ذلك :

أ-المحرمات بسبب الرضاع:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁵ والمالكية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ إلى أن المحرمات

المحرمات بسبب الرضاع ثمانية أصناف وهم:

1-فروع الرجل من الرضاعة وفروع فروعه وإن نزلن.

¹ السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص207.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص117.

³ المرجع نفسه، ج4، ص118.

⁴ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج2، ص197-198.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص2/ ابن نجيم، مرجع سابق، ج3، ص98.

⁶ ابن رشد، البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج16، ص309.

⁷ الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص196.

⁸ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414 هـ - 1994 م، ج3، ص27.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

2- أصول الرجل من الرضاعة وأصول أصوله وإن علون.

3- فروع أبويه من الرضاعة وفروع فروعيهما وإن نزلن.

4- فروع أجداده من الرضاعة إذا انفصلن بدرجة واحدة وإن علون.

5- فروع زوجته من الرضاع وإن دخل بها وإن نزلن.

6- أصول زوجته من الرضاعة وإن علون.

7- زوجات فروعه من الرضاعة وإن نزلوا.

8- زوجات أصوله من الرضاعة وإن علوا.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾، [سورة النساء، الآية: 23]

- قال ابن رشد: " فكان ذلك من قوله ﷺ بيانا لما في كتاب الله ﷻ وزيادة في معانيه ودليلا على أن جميع القربات المحرمات بالنسب محرمات بكتاب الله بالرضاع، وإن كان الله ﷻ لم ينص فيه إلا على الأم والأخت خاصة فنبه بذكر الأخت على أن حرمة الرضاعة لا تختص بالمرأة المباشرة وإنما تسري إلى سائر القربات المحرمة بالنسب وأنه لا فرق في المعنى والقياس بين الأخت وبينهن في سريان ما حرمه الرضاع إلى جميعهن." ¹

2- ومن السنة:

- قوله ﷺ «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ» ²

- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " قيل للنبي ﷺ ألا تتزوج ابنة حمزة قال: « إنها ابنة أخي من الرضاعة»" ³

¹ ابن رشد، المقدمات والمهمدات، مرجع سابق، ج 1، ص 489.

² أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: ما يحل من الدخول والنظر إلى إلى النساء، ط 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج 7، ص 38.

³ أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ، ط 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج 7، ص 9.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

- أَنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ حَدَّثَتْهَا، أَنَّهَا قَالَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، انْكِحْ أُخْتِي عَزَّةَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَحِبِّينَ ذَلِكَ؟» فَقَالَتْ: نَعَمْ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَسْتُ لَكَ بِمُخْلِيةٍ، وَأَحَبُّ مَنْ شَرَكَنِي فِي خَيْرٍ أُخْتِي، فَقَالَ ﷺ: «فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَحِلُّ لِي»، قَالَتْ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَإِنَّا نَتَحَدَّثُ أَنَّكَ تُرِيدُ أَنْ تَنْكِحَ دُرَّةَ بِنْتَ أَبِي سَلَمَةَ، قَالَ: «بِنْتُ أَبِي سَلَمَةَ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَوْ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ رِيسَتِي فِي حِجْرِي مَا حَلَّتْ لِي، إِنَّهَا ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ، أَرْضَعْتَنِي وَأَبَا سَلَمَةَ ثَوْبَةُ فَلَا تَعْرِضَنَّ عَلَيَّ بَنَاتِكُنَّ وَلَا أَخَوَاتِكُنَّ.»¹

ب-الحكمة من التحريم بسبب الرضاع:

إن الرضيع يتغذى بجزء من جسم المرضعة حيث ينتقل هذا اللبن إلى جسمه فينبت اللحم وينشز العظم ويدق قلبه حنانا عليه مثل الأم التي أنجبت وغذت هذا الطفل وهو جنين في بطنها فمثلا تثبت الحرمة بالأمومة النسبية تثبت كذلك بالرضاعة فكلاهما ساعد في بقاءه على قيد الحياة بإذن الله تعالى، كذلك في اثبات الحرمة بسبب الرضاعة توسيع لدائرة الأسرة وتمتين للروابط بين أفراد المجتمع.²

ثالثا: أوجه التباين بين النسب والرضاع والمصاهرة:

"استثنى العلماء من عموم قوله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أربع نسوة يحرمن في النسب مطلقا، وفي الرضاع قد لا يحرمن."³

- لا تحرم عليك أم أخيك من الرضاعة وتحرم عليك أم أخيك من النسب لأن هذه الأخيرة إما أن تكون أما لك أو زوجة لأبيك فالأولى محرمة بالنسب والثانية محرمة بالمصاهرة.

- لا تحرم عليك أم حفيده من الرضاع وتحرم عليه أم حفيده بسبب النسب أو المصاهرة لأن هذه الأخيرة إما أن تكون بنت له وهي محرمة بالنسب أو زوجة ابنه وهي محرمة بالمصاهرة.

¹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: تحريم الربيبة وأخت المرأة، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1073.

² محمود جبر الفضيلات، مرجع سابق، ص78.

³ ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج9، ص142.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

- لا تحرم عليه أخت ابنه من الرضاعة وتحرم عليه أخت ابنه بالنسب أو بالمصاهرة لأن هذه الأخيرة إما أن تكون بنتا له أو ربيبة.

قال ابن حجر: " واستدرك بعض المتأخرين أم العم وأم العمة وأم الخال وأم الخالة فإنهن يحرمن في النسب لا في الرضاع..."¹

- لا تحرم عليه جدة ابنه من الرضاع وتحرم عليه جدة ابنه بسبب النسب أو المصاهرة؛ لأن هذه الأخيرة إما أن تكون أمه وهي محرمة عليه بالنسب أو أم زوجته وهي محرمة بالمصاهرة.²

- لا تحرم عليه أم العم والعمة من الرضاع وتحرم عليه أم العم والعمة بسبب النسب والمصاهرة لأن هذه الأخيرة، إما أن تكون جدة له أو زوجة لجده والأولى محرمة بالنسب والثانية بالمصاهرة.

- لا تحرم عليه أم خاله وخالته من الرضاع وتحرم عليه أم خاله وخالته من النسب والمصاهرة لأن هذه الأخيرة إما أن تكون جدة له من جهة الأم أو زوجة لجده من جهة الأم؛ فالأولى محرمة بالنسب والثانية بالمصاهرة.³

4- ماذا يثبت بالرضاع؟

إن الرضاعة تبيح ما تبيحه الولادة، وقد انعقد الإجماع عليه فيما يتعلق بتحريم النكاح وتوابعه، وانتشار الحرمة بين الرضيع وأولاد المرضعة وتنزيلهم منزلة الأقارب في جواز النظر والخلوة والمصاهرة، ولكن لا يترتب عليه باقي أحكام الأمومة من التوارث ووجوب الانفاق والعق بالملك والشهادة والعقل وإسقاط القصاص.⁴

5- عدد الرضعات المحرمة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى الأقوال الآتية:

¹ ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج 9، ص 142.

² المرجع نفسه، ج 9، ص 141.

³ المرجع نفسه والصفحة.

⁴ ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج 9، ص 141.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

5-1- القول الأول:

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن قليل الرضاع وكثيره يحرم وروي ذلك عن علي وابن عباس والثوري والأوزاعي والليث¹ وسعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة والحكم وحماد² وبذلك قال الحنفية³ والمالكية⁴ والإمام أحمد في رواية له.⁵ واستدلوا على ذلك بما يأتي:

من القرآن:

- قال الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾، [سورة النساء، الآية: 23]، فالآية أطلقت الحرمة ولم تخص قليل الرضاعة من كثيرها ومعلوم بأن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد دليل بتقيده.⁶

ومن السنة:

- حديث النبي ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»⁷
إن الله ﷻ علق التحريم باسم الرضاعة فأينما وجد اسمه وجد حكمه، وهذا الحديث ليس فيه ذكر لعدد الرضاعات بل ورد مطلقاً.⁸

¹ ابن حجر العسقلاني، مرجع السابق، ج9، ص146.

² ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج4، ص174.

³ المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، ب. ت، ج1، ص217.

⁴ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج2، ص295.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص171/ المقدسي (ت: 624هـ)، العدة شرح العمدة، ب. ط، دار الحديث القاهرة، 1424هـ 2003 م، ج1، ص407.

⁶ ابن عبد البر، مرجع سابق، ج6، ص249.

⁷ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: تحريم أبنه الأخ من الرضاع، ب. ط، دار إحياء إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1071.

⁸ الأمير الصنعاني (ت: 1182هـ)، سبل السلام، ب. ط، دار الحديث، ب. ت، ج2، ص310.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

5-2- القول الثاني:

ثلاثة رضعات فصاعدا يحرم، وبذلك قال أبو ثور وأبو عبيد¹ وابن المنذر وداود² والإمام أحمد في رواية له.³

ودليلهم في ذلك أن النبي ﷺ قال: «لَا تُحَرِّمُ إِلَّا مَلَاجَةً وَالْإِمْلَاجَتَانِ»⁴.

وفي رواية أخرى: «الرَّضْعَةُ وَالرَّضْعَتَانِ»⁵، وفي الرواية الثالثة: «لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَالْمَصَّتَانِ»⁶، فمفهوم الحديث يدل على أن التحريم لا يكون إلا فوق اثنتين.

5-3- القول الثالث:

لا تتم الحرمة إلا بخمسة رضاعات وإليه ذهب ابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاووس وهو إحدى الروايات عن السيدة عائشة رضي الله عنها⁷ وبذلك قال الشافعي⁸ وأحمد⁹ في رواية عنه.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

– أَنَّ عَائِشَةَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلِ بْنِ عَمْرِو جَاءَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ سَالِمًا – لِسَالِمِ مَوْلَى أَبِي حُذَيْفَةَ – مَعَنَا فِي بَيْتِنَا، وَقَدْ بَلَغَ مَا يَبْلُغُ الرِّجَالُ، وَعَلِمَ مَا يَعْلَمُ

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص41.

² النووي (ت: 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي – بيروت، 1392هـ، ج10، ص29.

³ ابن تيمية، مرجع سابق، ج2، ص112.

⁴ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: في المصاة والمصتين، ب. ط، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ب. ت، ج2، ص1074.

⁵ أخرجه: البيهقي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، باب: لا يحرم من الرضاع إلا خمس خمس رضعات، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1424هـ-2003م، ج7، ص750.

⁶ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: في المصاة والمصتين، ب. ط، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ب. ت، ج2، ص1073.

⁷ ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص508.

⁸ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص29.

⁹ ابن تيمية، مرجع سابق، ج2، ص111.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الرَّجَالُ. قَالَ: «أَرْضِعِيه تَحْرُمِي عَلَيْهِ»¹، وفي بعض الروايات «أَرْضِعِيه خَمْسَ رَضَعَاتٍ، رَضَعَاتٍ، فَيَحْرُمُ بِلَبْنِهَا»²

-وعن عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أَنَّهَا قَالَتْ: "كَانَ فِيْمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ، فَتَوَفَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ فِيْمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ".³

6-مدة الرضاع المحرمة:

اختلف الفقهاء في مسألة مدة الرضاع المحرمة إلى ثلاثة أقوال:

6-1-القول الأول:

ذهب أبو حنيفة⁴ إلى أن مدة الرضاع المحرمة حولان وستة أشهر (ثلاثون شهرا)، وذهب زفر⁵ إلى أنه ما دام الطفل لم يفطم فتثبت الحرمة بإرضاعه ولو كان سنه ثلاث سنوات.

6-2-القول الثاني:

ذهب المالكية⁶ إلى أن الزيادة اليسيرة في حكم الحولين كالشهر والشهرين لأن الطفل لا لا يستغنى بالطعام بعد يوم أو يومين من فطامه فكان ذلك كرضاعه في الحولين.

¹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: رضاعة الكبير، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1076.

² أخرجه، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، ب. ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1406 هـ - 1985 م، ج2، ص605.

³ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: ما يحرم بخمس رضعات، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1075.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص6.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص6.

⁶ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج2، ص297.

6-3- القول الثالث:

ذهب الشافعية¹ والحنابلة² إلى أن الرضاع المحرم ما كان في الحولين فقط ولا يزداد على هذه المدة، فلو ارضعت امرأة طفلاً بعد الحولين فلا تثبت به الحرمة.

7-رضاعة الكبير:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

7-1- القول الأول:

تثبت الحرمة برضاع الكبير وإليه ذهب السيدة عائشة رضي الله عنها وعلي وعروة والليث بن سعد وابن حزم وداود الظاهري وابن مسعود وابن عمر وأبو هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي.³

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

7-1-1- من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾، [سورة النساء، الآية: 23]، الرضاعة في الآية ورد مطلقاً غير مقيد بوقت مخصوص.

7-1-2- ومن السنة:

- حديث أَنَّ عَائِشَةَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلٍ بِنِ عَمْرِو جَاءَتِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ سَالِمًا - لِسَالِمِ مَوْلَى أَبِي حُذَيْفَةَ - مَعَنَا فِي بَيْتِنَا، وَقَدْ بَلَغَ مَا يَبْلُغُ الرِّجَالُ، وَعَلِمَ مَا يَعْلَمُ الرِّجَالُ. قَالَ: «أَرْضِعِيهِ تَحْرُمِي عَلَيْهِ».⁴

يدل هذا الحديث على أنه تثبت الحرمة برضاع الكبير.

¹ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص28.

² ابن تيمية، مرجع سابق، ج2، ص112.

³ ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص43.

⁴ سبق تخريجه.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

7-2-القول الثاني:

لا يحرم رضاع الكبير وبذلك قال جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

7-2-1-من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾، [سورة البقرة، الآية: 233]، دلت هذه الآية على أن الرضاعة تكون في فترة الصغر، وتثبت الحرمة به في هذه الفترة، فلا رضاعة في الكبر.

7-2-2-ومن السنة:

- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وَعِنْدَهَا رَجُلٌ، فَكَأَنَّهُ تَعَيَّرَ وَجْهَهُ، كَأَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ، فَقَالَتْ: إِنَّهُ أَخِي، فَقَالَ: «انْظُرْنَ مِنْ إِخْوَانِكُنَّ، فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ.»⁵

- عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يُحَرِّمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأُمَمَاءُ فِي الشَّدْيِ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ.»⁶

¹ الجصاص، أحكام القرآن مرجع سابق، ج 1، 496/ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 4، ص 5.

² ابن رشد، المقدمات والممهّدات، مرجع سابق، ج 1، ص 493/ مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ج 2، ص 298.

³ الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 28/

⁴ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 34، ص 39.

⁵ أخرجه: البخاري، الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: لا رضاع بعد حولين، ط 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج 7، ص 10.

⁶ أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3) وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج 4، 5)، باب: الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر، ط 2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، 1395 هـ - 1975 م، ج 3، ص 450. قال الألباني: صحيح

7-2-3- من الأثر:

- عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ، قَالَ: " لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا شَدَّ الْعَظْمَ وَأَنْبَتَ اللَّحْمَ."¹

فهذه الأحاديث تبين بأن الرضاعة المحرمة هي التي تكون في فترة التي يحتاج فيها الطفل اللبن ولا يستغني عنه، أما بالنسبة للكبير فإن جسمه تعود عن الأكل وجسمه يتغذى منها فلا تثبت الحرمة بإرضاعه.

أما حديث سالم فإنه خاص بقصة سهلة فلا يتعدى حكمه إلى غيرها والدليل على ذلك ما ورد في صحيح مسلم عن أم سلمة كانت تقول: " أَبِي سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يُدْخِلَنَّ عَلَيْهِنَّ أَحَدًا يَتْلُكَ الرِّضَاعَةَ، وَقُلْنَ لِعَائِشَةَ: وَاللَّهِ مَا نَرَى هَذَا إِلَّا رُخْصَةً أَرْخَصَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِسَالِمٍ خَاصَّةً، فَمَا هُوَ بِدَاخِلٍ عَلَيْنَا أَحَدٌ بِهَذِهِ الرِّضَاعَةِ، وَلَا رَأَيْنَا."²

7-3- القول الثالث:

الرضاعة المحرمة ما كانت في الصغر، وتحرم رضاعة الكبير إلا إذا دعت الحاجة والضرورة كرضاع من لا يستغني عن دخوله على المرأة ويعسر احتجابها عليه كما هو الشأن في حال سالم مع امرأة أبي حذيفة وبذلك قال ابن تيمية³ وابن القيم⁴. يقول ابن القيم: " وَالْأَحَادِيثُ النَّافِيَةُ لِلرِّضَاعِ فِي الْكَبِيرِ إِمَّا مُطْلَقَةٌ، فَتُقَيَّدُ بِحَدِيثِ سَهْلَةَ، أَوْ عَامَّةٌ فِي الْأَحْوَالِ فَتَخْصِيصُ هَذِهِ الْحَالِ مِنْ عُمُومِهَا، وَهَذَا أَوْلَى مِنَ النَّسْخِ وَدَعْوَى التَّخْصِيصِ بِشَخْصٍ بَعِيْنِهِ، وَأَقْرَبُ إِلَى الْعَمَلِ بِجَمِيعِ الْأَحَادِيثِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَقَوَاعِدُ الشَّرْعِ تَشْهَدُ لَهُ."⁵

¹ أخرجه: أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، باب: رضاعة الكبير، ب. ط، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ج2، ص222. قال الألباني في إرواء الغليل: حكمه ضعيف.

² أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: رضاعة الكبير، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1078.

³ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج34، ص59.

⁴ ابن القيم، مرجع سابق، ج5، ص523.

⁵ المرجع نفسه، ج5، ص527.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

مع العلم أن السيدة عائشة رضي الله عنها روت حديث سالم الميثب للحرمة برضاع الكبير هي التي روت الأحاديث النافية لرضاع الكبير، يقول ابن تيمية: "لَكِنَّهَا رَأَتْ الْفَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ رِضَاعَةً أَوْ تَعْدِيَةً، فَمَتَى كَانَ الْمَقْصُودُ الثَّانِي لَمْ يُحَرِّمْ إِلَّا مَا كَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ. وَهَذَا هُوَ إِرْضَاعُ عَامَّةِ النَّاسِ، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَيَجُوزُ إِنْ أُحْتِيجَ إِلَى جَعْلِهِ ذَا مُحَرِّمٍ، وَقَدْ يَجُوزُ لِلْحَاجَةِ مَا لَا يَجُوزُ لِغَيْرِهَا، وَهَذَا قَوْلٌ مُتَوَجِّهٌ".¹

يقول الصنعاني معقبا على رأي ابن تيمية: " فَإِنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْأَحَادِيثِ حَسَنٌ وَإِعْمَالٌ هَذَا مِنْ غَيْرِ مُخَالَفَةٍ لظَاهِرِهَا بِاخْتِصَاصٍ، وَلَا نَسْخٍ، وَلَا إِلْغَاءٍ لِمَا اعتَبَرْتُهُ اللَّعْنَةُ وَذَلِكَ لَهُ الْأَحَادِيثُ".²

8- الشهادة على الرضاع:

إن الشهادة على الرضاع من عدمه، من أهم وسائل الإثبات، وذلك لكونها سببا رئيسيا من أسباب التحريم المؤبد، يبنى عليها تحليل نساء، وتحريم الأخريات وما دامت المسألة بهذه الخطورة، فلزاما علينا تحري وجه الحق والصواب فيها، وذلك باستعراض الأقوال الواردة فيها قصد الوصول إلى قول راجح تسنده الأدلة القوية، وهذه بإجازة الأقوال الواردة في ذلك:

8-1- القول الأول:

قبول شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين وبه قال الحنفية³، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

8-1-1- من الأثر:

- ما رواه زَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ، أَنَّ رَجُلًا وَامْرَأَتَهُ أَتَيَا عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنه وَجَاءَتِ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: إِنِّي أَرْضَعْتُكُمَا فَأَبَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه أَنْ يَأْخُذَ بِقَوْلِهَا فَقَالَ: " دُونَكَ امْرَأَتُكَ "⁴

- عَنْ عِكْرِمَةَ بْنِ خَالِدٍ الْمَخْزُومِيِّ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنه أُتِيَ فِي امْرَأَةٍ شَهِدَتْ عَلَى

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج34، ص60.

² الصنعاني، مرجع سابق، ج2، ص313.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص14.

⁴ أخرجه: البيهقي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد الباقي عطا، باب: شهادة النساء في الرضاع، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج7، ص763. قال البيهقي: درجته مرسل.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ أَنَّهَا أَرْضَعَتْهُمَا فَقَالَ: " لَا حَتَّى يَشْهَدَ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ " ¹

8-1-2-ومن المعقول:

إن الله نص على قبول شهادة رجلين أو رجل وامرأتان في الأموال، ومن المعلوم أن الأموال مما يطلع عليه الرجال فيقاس عليها الرضاع لأن هو الآخر مما يطلع عليه الرجال، بدليل أن ثدي الأمة يجوز للأجانب النظر إليه لأنه لا يعدّ عورة، كما أن ثدي الحرة يباح لمخارمها النظر إليه. ²

ورد عن هذه الأدلة بما يلي:

- إن أثر زيد بن أسلم مرسل، ولا حجة في المرسل. ³

- ما أثر عن عمر بن الخطاب بعدم التفريق بشهادة المرأة منفردة هي من روايات الحارث الغنوي وهو مجهول. ⁴

8-2-القول الثاني:

قبول شهادة امرأتين وبه قال المالكية ⁵، واشترط مالك وابن القاسم فشو قولهم ⁶، ومنهم من لم يشترط، وهو قول مطرف وابن الماجشون ⁷، واشترط اللخمي زيادة على الفشو العدالة. ⁸

¹ أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد الباقي عطاء، باب: شهادة النساء في الرضاع، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج7، ص763. درجته مرسل.

² الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص14.

³ علاء الدين بابن التركماني (ت: 750هـ)، الجوهر النقي على سنن البيهقي، ب. ط، دار الفكر، ب. ت، ج7، ص221.

⁴ ابن حزم، مرجع سابق، ج8، ص488.

⁵ مالك بن أنس، مرجع سابق، ج2، ص171.

⁶ أبو بكر الصقلي (ت: 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط1، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1434 هـ - 2013 م، ج9، ص264.

⁷ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص63.

⁸ اللخمي (ت: 478 هـ)، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432 هـ - 2011 م، ج5، ص2165.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- إن كل جنس يثبت به الحق يكتفى فيه بشهادة اثنين كالرجال في الشهادات على جميع الحقوق باستثناء الزنا الذي يشترط فيه أربعة.¹
- إن الله تعالى لما قبل شهادة النساء مع الرجال في آية الدين اشترط لذلك امرأتين ولم يكتف بأقل من هذا العدد، وعليه فمن باب أولى أن يشترط عدم نقصان العدد عن اثنتين إذا كانتا منفردتين.²

8-3- القول الثالث:

قبول شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربعة نسوة في الرضاع وبه قال الشافعية³، وقد قيد القفال قبول ذلك في حالة ما إذا كان الرضاع من الثدي فإن كان من إناء حليب فيه لبن لم تقبل شهادة النساء، لكن تقبل شهادتهن أن هذا اللبن من هذه المرأة لأن الرجال لا يطلعون عليه غالباً.⁴

واستدلوا على ذلك:

8-3-1- من القرآن:

- بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، [سورة البقرة، الآية: 282].

ووجه الدلالة من الآية بأن المرأتين تقومان مقام الرجل واشترط في ذلك الاثنية فتقاس عليه الشهادة على الرضاع حيث تقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتان أو أربعة نسوة، ولا يقبل أقل من ذلك.⁵

¹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج10، ص137.

² أنظر: القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص191.

³ الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص36.

⁴ السنيكي، مرجع سابق، ج2، ص275.

⁵ عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ب. ط، المكتبة العصرية - بيروت - لبنان، 1988م، ج3، ص560.

8-4-القول الرابع:

ذهب الحنابلة¹ إلى قبول شهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلة، وهو قول آخر للشافعية² غير أنه قيد ذلك بحالة إذا كانت مرضعا ولم تطلب أجره، وذهب أحمد في رواية ثانية عنه إلى قبول شهادة المرأة الواحدة مع يمينها إن كانت مرضع، وبه قال طاووس.³

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

8-4-1-من السنة:

- عَنْ عُقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ يَحْيَى بِنْتِ أَبِي إِهَابٍ، قَالَ: فَجَاءَتْ أُمَّةٌ سَوْدَاءُ، فَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَأَعْرَضَ عَنِّي، قَالَ: فَتَنَحَّيْتُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، قَالَ: «وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمْتَ أَنْ قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ فَنَهَا عَنْهَا.»⁴

ووجه الدلالة من الحديث أنه لا يخفى أن النهي عند الأصوليين للتحريم، ولا يخرج على معناه إلا بقرينة صارفة وإن الاستدلال على عدم قبول المرأة المرضع بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾، [سورة البقرة، الآية: 282]، لا يفيد شيء لأن الوجوب بناء العام على الخاص، وشك أن الحديث أخص مطلقا فيفيد التحريم خاصة بعد أن كرر السؤال عدة مرات.⁵

وعليه فلا يكون، فالحق وجوب العمل بقول المرأة المرضع حرة كانت أو أمة حصل الظن بقولها أو لم يحصل لما ثبت في رواية " أن السائل قال: "وأظنها كاذبة " فيكون هذا الحديث الصحيح هادما لتلك القاعدة المبنية على غير أساس أعني قولهم: " إنها لا تقبل شهادة فيها تقريراً لفعل الشاهد."⁶

¹ البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص456.

² النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج20، ص257.

³ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص190.

⁴ أخرجه: البخاري: الجامع المسند الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، باب: شهادة الأماء والعبيد، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج3، ص173.

⁵ الناصر سلمان، مرجع سابق، ص122.

⁶ الشوكاني (ت: 1250هـ)، نيل الأوطان، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ط1، دار الحديث، مصر، 1413هـ-1993م، ج6، ص379.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

الفرع الثاني: المحرمات حرمة مؤقتة:

أورد العلماء تسعة موانع تمنع الزواج بصفة مؤقتة، فإذا زال المانع زالت الحرمة وهي كالآتي:

أولاً: موانع الزوجية:

يحرم الزواج بزوجة الغير، لقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا (23) وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾، [سورة النساء، الآية: 23-24]، ولا تحل إلا إذا توفى زوجها أو طلقها وانتهت عدتها.¹

ثانياً: موانع العدة:

اتفق الفقهاء على أن النكاح لا يجوز في العدة، كانت عدة حيض أو عدة حمل، أو عدة أشهر، واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها، فقال مالك، والأوزاعي، والليث² يفرق بينهما ولا تحل له أبداً، وقال أبو حنيفة³، والشافعي⁴، والثوري⁵: يفرق بينهما بينهما

وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية.

ثالثاً: موانع العدد:

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

² المرجع نفسه، ص70.

³ عبد الله الموصلي البلدحي (ت: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، ب ط، مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356 هـ - 1937 م، ج3، ص177.

⁴ القزويني (ت: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1997 م، ج8، ص93.

⁵ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

اتفق الفقهاء على جواز نكاح أربعة من النساء معا، وذلك للأحرار من الرجال، واختلفوا في موضعين:

في العبد، وفيما فوق الأربع، فقال مالك¹ في المشهور عنه: "يجوز أن ينكح أربعاً"، وبه قال أهل الظاهر، وقال أبو حنيفة² والشافعي³: "لا يجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط." وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا، وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك؟ وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا، واختلفوا في غير ذلك.⁴

رابعاً: مانع الجمع:

اتفق جمهور الفقهاء الحنفية⁵ والمالكية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ على أنه لا يجوز للرجل أن للرجل أن يجمع في النكاح بين الأختين لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾، [سورة النساء، الآية: 23]، وعندما عرضت أم حبيبة على النبي ﷺ أن يتزوج بأختها قال: «إِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِي». ⁹

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

² ابن نجيم، مرجع سابق، ج8، ص55.

³ محمد بن قاسم وبابن الغرابيلي (ت: 918هـ)، فتح القريب المحيب في شرح ألفاظ التقريب = القول المختار في شرح غاية الاختصار (ويعرف بشرح ابن قاسم على متن أبي شعجاع)، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، ط1، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1425 هـ - 2005 م، ج1، ص224.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

⁵ السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص196.

⁶ أبي زيد القيرواني، مرجع سابق، ج4، ص503.

⁷ الشافعي، مرجع سابق، ج4، ص5.

⁸ ابن عقيل (ت: 513 هـ) التذكرة في الفقه، تحقيق وتعليق: الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة، القاضي بمحكمة عفيف، ط1، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1422 هـ - 2001 م، ج1، ص167.

⁹ سبق تخرجه.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

لكن إذا توفيت زوجة الشخص أو طلقها فيجوز له الزواج بأختها، ولا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وذلك لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا».¹

وتثبت حرمة الجمع سواء أكانت هذه العلاقة بالنسب أو الرضاع.² يقول ابن جزى: " وَالضَّابِطُ لَذَلِكَ إِنْ كُلِّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا مِنَ الْقَرَابَةِ أَوْ الرِّضَاعَةِ مَا يَمْنَعُ تَنَاقُحَهُمَا لَوْ قَدَرْتَ أَحَدَهُمَا ذَكَرًا فَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا."³

خامسا: مانع الإحرام:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

أ-القول الأول:

ذهب مالك⁴ والشافعي⁵ والليث والأوزاعي⁶ وأحمد⁷ إلى أنه لا ينكح المحرم، ولا ينكح، ينكح،

فإن فعل فالنكاح باطل، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت⁸، استنادا إلى الحديث الذي رواه عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لَا يَنْكُحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ».⁹

¹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، ب. ط، دار دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1028.

² ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

³ ابن جزى، مرجع سابق، ج1، ص139.

⁴ ابن الجلاب (ت: 378هـ)، التفریع فی فقه الإمام مالک بن أنس، تحقيق: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1428 هـ - 2007 م، ج1، ص424.

⁵ الشافعي، مرجع سابق، ج2، ص131.

⁶ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

⁷ الشيباني (ت: 241هـ)، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، تحقيق: زهير الشاويش، ط1، المكتب الإسلامي - بيروت، 1401هـ - 1981م، ج1، ص235.

⁸ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص71.

⁹ أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: تحريم نكاح المحرم، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1030.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

ب-القول الثاني:

ذهب أبا حنيفة¹ إلى جواز نكاح المحرم استناداً إلى حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول ﷺ « تَزَوَّجَ مَيْمُونَةً وَهُوَ مُحْرَمٌ. »²
لكن السيدة ميمونة ذكرت بأن النبي ﷺ « تَزَوَّجَهَا وَهُوَ حَلَالٌ. »³

سادساً: مانع الزنا:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز نكاح الزانية مع الكراهة ومنعه غيرهم⁴، قال القاضي عبد الوهاب: " إذا زنت المرأة لم يفسخ النكاح، خلافاً لما يحكى عن الحسن⁵؛ لقوله ﷺ للسائل وقال له إن امرأته لا تَرُدُّ يَدَ لَامِسٍ، قَالَ: « طَلَّقَهَا » قَالَ: إِنِّي لَا أَصْبِرُ عَنْهَا، قَالَ: « فَأَمْسِكُهَا »⁶

سابعاً: مانع المرض:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

أ-القول الأول:

ذهب أبو حنيفة⁷ والشافعي¹ إلى جواز نكاح المريض؛ وروى الشافعي بلاغاً عن معاذ بن

بن

¹ السرخسي، مرجع سابق، ج4، ص191.

² أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: تحريم نكاح المحرم، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج2، ص1031.

³ أخرجه: ابن حبان (ت: 354هـ)، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، باب: شهادة ميمونة على أن هذا الفعل كَانَ مِنَ الْمُصْطَفَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، هَذَا وَهُوَ حَلَالٌ لَا حَرَامٌ، ط2، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1414 هـ - 1993م، ج9، ص443.

⁴ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص64.

⁵ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج2، ص701.

⁶ أخرجه، النسائي (ت: 303هـ)، السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، باب: ما جاء في الخلع، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406هـ - 1986م، ج6، ص170. قال الألباني: صحيح الإسناد، سنن النسائي، ص3465.

⁷ محمد بن الحسن الشيباني (ت: 189هـ)، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، ط3، عالم الكتب - بيروت، 1403هـ، ج3، ص495.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

جبل ﷺ أنه قال في مرض موته: " زوجوني لكي لا ألقى الله عزباً "، ولأنه استباحة عضو فتستوي فيه حالة الصحة والمرض كشراء الجوّاري.²

ب- القول الثاني:

ذهب المالكية³ في الرواية المشهورة عندهم إلى أن نكاح المريض المخوف عليه والمحجور عليه في ماله غير جائز، لأنه محجور عليه في ماله أن يخرج على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة والنكاح يتضمن هذا المعنى لأنه يوجب المهر والنفقة ولا حاجة به إلى الوطاء فيجب منعه منه، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة⁴، وفيه تهمّة الإضرار بالورثة بإدخال وارث زائد.⁵

ثامنا: مانع الكفر:

اتفق فقهاء الحنفية⁶ والمالكية⁷ والشافعية⁸ والحنابلة⁹ على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾، [سورة الممتحنة، الآية: 10]، واتفقوا أيضا على أن ينكح الكتابية الحرة، ولا يجوز للمسلمة أن ينكحها إلا مسلم.¹⁰

تاسعا: مانع طلاق الثلاث:

فمن طلق زوجته ثلاثا تصبح بائنا بينونة كبرى، ولا تحل له حتى تتزوج من شخص آخر زواجا صحيحا مبني على التأييد، ويتم الدخول بها، فإذا توفي الزوج الثاني أو طلقها بدون نية تحليلها لزوجها الأول، فيجوز للزوج الأول أن يتزوجها.¹

¹ الشافعي، مرجع سابق، ج4، ص108.

² الدميري، مرجع سابق، ج6، ص243.

³ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص69.

⁴ القاضي عبد الوهاب، مرجع سابق، ج1، ص787.

⁵ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص70.

⁶ السرخسي، مرجع سابق، ج30، ص237.

⁷ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص67.

⁸ الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص287.

⁹ شمس الدين الزركشي (ت: 772هـ)، شرح الزركشي، ط1، دار العبيكان، 1413 هـ - 1993 م، ج5، ص213.

¹⁰ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص67.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

عاشرا: مانع الاتفاق في الجنس:

أجمع الفقهاء على أن يكون الزوجان مختلفين في الجنس، ولا يجوز المساس بهذه الفطرة السليمة، وأن تكون الأنوثة والذكورة أصلية ومحقة فيهما. وعليه فإننا نجد أنفسنا أمام مسألتين في غاية الأهمية وهما:

أ-مسألة المثلية الجنسية:

وهي تلك العلاقة التي تجمع بين شخصين من نفس الجنس، فإن جمعت بين رجلين سميت لواطاً، وإن جمعت بين امرأتين كانت سحاقاً، واتفق العلماء قديماً وحديثاً على تحريم مثل هذه العلاقات وعدت من أشد الكبائر فحشاً.²

ب-مسألة المتحولين جنسياً:

لم تظهر هذه المسألة عند المتقدمين من الفقهاء لأنها لم تكن موجودة في عصرهم، ولقد تطرق المعاصرون إلى حكمها؛ وهنا يجب أن نميز بين حالتين:

1-الحالة الأولى: حالة التصحيح الجنسي:

وهي الحالة التي تجتمع فيها علامات الذكورة والأنوثة، وغلبت إحدى تلك العلامات على الأخرى بغرض تعيين جنسه الأصلي، وإزالة الاشتباه الواقع بسبب اجتماع تلك العلامات في آن واحد³، وهذا ما نص عليه مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.⁴

أما حكم تغيير الجنس لعلاج اضطراب الهوية الجنسية فقد كاد الفقهاء المعاصرون يجمعون على حرمة، وقد تبني هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم

¹ المرجع نفسه، ج3، ص68.

² انظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج9، ص79/ القرطبي، تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج7، ص243/ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج10، ص90/ ابن القيم، الجواب الكافي، مرجع سابق، ص170.

³ أنظر: المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المجلة العلمية، عدد: 22، ص301.

⁴ رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد في مكة المكرمة بتاريخ: 2005/06/01، ص262.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الإسلامي¹، وعدد من دور الإفتاء² والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث.³

2- الحالة الثانية: التحويل الكامل:

يقصد به تحويل الذكر الذي كملت أعضائه ذكوره، والأنثى التي كملت أعضائها أنوثتها، إلى النوع الآخر؛ وهي غير جائزة، وتعدّ جريمة يستحق فاعلها العقوبة؛ لأنه تغيير لخلق الله. والدليل على ذلك:

2-1- من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾، [سورة النساء، الآية: 119]، ووجه الدلالة من الآية تحريم تغيير خلق الله على وجه العبث، وعمليات تغيير الجنس اشتملت على هذا المحذور، وما يترتب عليه من استئصال للأعضاء التناسلية، وتعويضها بأخرى مشكلة جراحيا.⁴

2-2-2- من السنة:

-وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالنَّامِصَاتِ وَالْمُتَمَصَّاتِ، وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُغَيَّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ».⁵

ووجه الاستدلال من هذا الحديث الأمر الصريح الوارد فيه بتحريم تلك الأمور، وعدّها تغييراً لخلق الله، وجراحة تغيير الجنس يشمله هذا التحريم من باب أولى لكون التغيير الذي

¹ القرضاوي، فتاوى معاصرة، ب. ط، مكتبة وهبة، ب. ب، ب. ت، ج3، ص358-362.

كيف يتعامل الأزهر مع حالات تغيير الجنس؟ تم التصفح يوم: 2022/12/06، على الساعة: 17:52، على موقع الأنترانت: www.youm7.com/story/2019/3/15

³ المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المجلة العلمية، عدد: 22، سنة: 2017/07/12، ص 301.

⁴ محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط2، مكتبة الصحابة، جدة، 1415 هـ - 1994م، ص 200.

⁵ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: تحريم فعل الواصلة والمستوصلة، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب. ت، ج3، ص1678.

يطراً بسببها أشد وأعظم مما نهي عنه الحديث.¹

المطلب الثاني: انعدام الموانع الشرعية بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلاً للعقد أي أن لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج.

ولقد تناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة أحكام موانع الزواج من المادة 23 إلى المادة 31 من ق أ ج، كما نصت المادة 9 مكرر من القانون نفسه المضافة بالأمر 02-05 على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج." وتنقسم المحرمات من النساء طبقاً لنص المادة 23 من ق أ ج إلى قسمين المحرمات المؤبدة أو الدائمة والمحرمات المؤقتة.

الفرع الأول: المحرمات المؤبدة في قانون الأسرة الجزائري:

وهي المحرمات على سبيل التأييد بحيث لا يحل للمسلم الزواج بإحداهن في أي وقت من الأوقات وهي تنحصر كما جاءت في المادة 24 من ق أ ج في ثلاثة أسباب وهي:

أولاً: القرابة

ثانياً: المصاهرة

ثالثاً: الرضاع

وبخصوص المحرمات المؤبدة فإن القانون لم يذكر اللعان مانعاً من موانع الزواج ضمن مقتضيات المادة 24 من قانون الأسرة²، وإنما أشار إليه في المادتين 41 و138 من ق أ ج إلى أنه وسيلة مشروعته للطعن في ثبوت النسب³ عن طريق المحكمة العليا من أنه إذا وقع اللعان يسقط نسبه الولد ويقع التحريم بين الزوجين وهو ما قال به الفقهاء.

¹ صالح الفوزان، الجراحة الطبية عرض طبي ودراسة فقهية مفصلة، ط 2، دار التدمرية - الرياض، 1429 هـ / 2008 م، ص 703.

² المادة (24) من قانون الأسرة الجزائري.

³ المادتين (41-138) من قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

أولاً: حرمة القرابة:

ونص المشرع الجزائري في المادة 25 من ق أ ج بقوله: " المحرمات بالقرابة هي الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت." ¹

والحكمة من تحريم هذه الأصناف مأخوذة من الطبيعة البشرية والفطرة الإنسانية السليمة درء المفاسد التي تؤدي إلى قطيعه الرحم والانحلال الاجتماعي والخلقي، وبالتحريم يسد باب الطمع وتصبح الصلة بين الأقربين بريئة نقية، كما أن الزواج بين الأقربين يضعف النسل كما قرر ذلك العلماء والأطباء. ²

ثانياً: حرمة المصاهرة:

أشارت المادة 26 من قانون الأسرة بقولها: " المحرمات بالمصاهرة هي أصول الزوجة بمجرد العقد عليها إن حصل الدخول بها أرامل أو مطلقات أصول الزوجة وإن علوا، أرامل أو مطلقات الزوج." ³

وبخصوصي المادة 26 من قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع لم يتناول مسألة الزنا بالمرأة وطبقاً للمادة 222 من ق أ ج يتم الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية. ³

وعند التعديل القادم يقترح على المشرع إضافة الفقرة التالية: " أن الزنا بالمرأة لا يمنع نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح ابن الزنا لها ولا ابنته." ⁴

3- حرمة الرضاعة:

ثبت التحريم بالرضاع بالكتاب والسنة كما سلف الذكر وهو الذي نقله المشرع في المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، وأنه من الممكن إثبات الرضاع بشهادة النساء إذا أفشين ذلك عند إبرام العقد المطلوب فسخه لأجل الرضاع طبقاً لنص المادتين 29 و 34 من قانون الأسرة الجزائري، وقد ارتكزت المحكمة العليا في قرارها

¹ المادة (25) من قانون الأسرة الجزائري.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 172.

³ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 296.

⁴ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 175.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

المشهور المؤرخ في 18/01/2000، ملف رقم 232324 على شهادتي أم الطاعن التي أكدت بأنها أرضعت الطاعنة مع ابنها وعمرها ثلاثة أشهر رضاعه مشبعة وأن أم الطاعنة قامت بدورها بإرضاع الطاعن، كما أن الشاهد صرح أمام المحكمة بأنه حضر عند عقد الفاتحة وأخبرهم بأن الشخصين المراد زواجهما أخوه من الرضاعة.¹

وهذا اجتهاد سليم يسائر المذهب المالكي الذي يقبل إثبات الرضاعة بالشهادة بامرأتين من التقيات شريطة ألا يكون الأمر فاشيا بين الناس، وقال الإمام سحنون: "يثبت بشهادة امرأتين عدلين ولو لم يكن فاشيا بين الناس".²

وبخصوص قانون الأسرة الجزائري فإن المادة 29 منه سارت على غرار رأي الجمهور الذي لا يمنع الزواج منعا مؤبدا إلا إذا حصلت الرضاعة في الحولين الأولين من سن الرضاعة.³

وعلى هذا فإن رضاع المحرم هو الذي يحصل في العامين من الولادة خلال هذه المدة وهي التي تثبت اللحمية قليلة وكثيره وفقا لنص المادة 29 ولو رضاعة واحدة مشبعة وهو ما ذهبت إليه المالكية والحنفية كما سلف الذكر.

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون الأسرة اقتصر على ذكر محرمات الرضاعة من النسب ولم يذكر المصاهرة، فالمشرع قصد هنا عدم التوسع في هذه الحرمة، وهذا يتفق مع رأي الإمامين ابن تيمية⁴ وابن القيم⁵.

وعليه فإنه يحرم من الرضاعة ما يحرمه من النسب ولا تثبت محرمات عن طريق الرضاعة كما أن القانون يذكر مستثنيات الرضاعة في المادة 28 بقولها: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولد المرضعة وزوجها وإخوة جميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه."

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، 18/01/2000، ملف رقم 232324، م. ق، 2001، العدد 1، ص 262.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 175.

³ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 296.

⁴ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 32، ص 66.

⁵ ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5، ص 113.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجيين.

فالعلاقة الرضاعية المحرمة تكون قائمه فقط بين الرضيع والمرأة التي أرضعته وزوجها وسندها، وأثر التحريم بسبب الرضاع يبقى منحصرا في الرضيع وفروعه ولا يمتد مطلقا إلى إخوته وأخواته طبقا لما نصت عليه المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري، المرأة المرضعة تنزل منزلة الأم بالنسبة للطفل الرضيع، لأنها ساهمت في بناء جسمه فهي مثل أمه تماما، ولذلك سماها الله تعالى فإن حكم التحريم بالرضاع فهي المشابهة بين الأم المرضعة والأم الأصلية النسبية بسبب اشتراكهما في التغذية، مما يقتضي المشابهة في أحكام الإحلال والتقدير وقواعد التحريم¹، وفي هذا قال الشيخ أبو زهره تشجيعا على الإرضاع وإحياء للأطفال الذين ليس لهم أمهات يرضعنهم، وبذلك يكثر النسل والتكاثر.²

وقد نبه بعض الكتاب الغربيين إلى هذا المعنى الملحوظ، وأشاد به ونص المشرع الجزائري في المادة 32 أنه يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى والمادة 34 على أن الزواج قبل الدخول وبعده يترتب عليه ثبوت النسب.

الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة:

وهي الموانع الشرعية التي يكون فيها التحريم غير مؤبد بمعنى أن سبب التحريم فيها مؤقت، وحصرها المشرع في ستة أحوال: المطلقة ثلاث، الجمع بين المحارم، زواج المسلمة بغير المسلم، الزيادة على القدر المسموح به شرعا.³

أولا: المحصنة :

متى كانت المرأة في عصمة رجل سواء كان مسلما أو غير مسلم، يحرم على الغير الزواج بها وهذا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، [سورة النساء، الآية: 24] عطفًا على قوله سبحانه ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾، [سورة النساء، الآية: 24]، والمراد بالمحصنات في هذه الآية كالأمهات في تحريم الزواج وجود المرأة في عصمة رجل آخر ومن ثم فإن الزواج بها ولو توفرت أركانه فهو غير صحيح، وأن المحصنة تحرم على الزوج

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 177.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي القاهرة، ب. ت، ص 95.

³ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 302.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الثاني، وأن الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب طبقا لنص المادتين 30 و34 من قانون الأسرة الجزائري.¹

ثانيا: المعتدة من طلاق أو وفاة:

أشار المشرع الجزائري في المادة 30/2 إلى هذه المسألة وألحق بالمعتدة من طلاق أو وفاة المستبرئة من نكاح فاسد أو شبهة طبقا لنص المادة 34 من ق أ ج لأن الحمل في كل منهما لاحقا بغيره والحشية من اختلاط الأنساب قائمة وحرمة الزواج بالمعتدة قاصرة على الغير.²

وأما زوجها السابق الذي تعتد من زواجها به، فيجوز له أن يستأنف معها الزواج بدون عقد إن كانت في عدة من طلاق رجعي، ويعقد جديد إذا كانت في عدة من طلاق بائن غير مكملين لثلاث طبقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري.³

وقد أشارت المحكمة العليا بأن العدة تستوجب للمرأة المطلقة وت: عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، كما أنه يعتبر حالة الزواج التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاخرة رغم صدور الحكم بالطلاق.⁴

وبالإضافة إلى هذا فإن الزواج في العدة باطل ويفسخ قبل البناء وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، وهو ما ذهب إليه المالكية، وما أخذ به القضاء الجزائري.

ثالث: المطلقة ثلاثا:

إذا طلق الزوج زوجته المطلقة الثالثة حرمت عليه، ولا يحل له العقد عليها حتى تنكح زوجا غيره، وهذا ما أشارت إليه المادة 30/3 من ق أ ج وكذلك المادة 51 من نفس

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص178.

² العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص304.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص179.

³ المرجع نفسه، ص180.

⁴ المحكمة العليا، غ ج، 13/05/1986، ملف رقم 271، غير منشور؛ أنظر: العربي بالحاج، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص126/ المحكمة العليا م. ع. غ. أ. ش 06/06/1986، ملف رقم 39348 غير منشور؛ أنظر المرجع نفسه، ص124.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

القانون بقولها: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلاقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت أو يموت عليها بعد البناء."

ولا يكتفي بمجرد الزواج ثم الطلاق أو الوفاة كي تحل للأول الذي طلقها ثلاث مرات، بل لا بد ووفقا للمادة 51 من ق أ ج أن تتزوج آخر زواجا صحيح، وأن يدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا، وأن يطلقها أو يموت عنها وتقضي عدتها، وعند إذا يجوز لها أن تعود إلى الأول فتبطل الثلاثة السابقة ويملك عليها ثلاثة جديدة.¹

وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا إلى أنه من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامه بطلاقه لزوجته ثلاث، فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما طبقا لنص المادتين 51 و57 من ق أ ج.²

هذا اجتهاد صائب لأن الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا ويمنع تجديد العقد إلا بعد انقضاء عدة المطلقة من زوج آخر دخل بها فعلا دخولا حقيقيا شرعيا.³

والملاحظ أخيرا بأن المقصود ووفقا للمادة 51 من ق أ ج هي الزوجة المطلقة ثلاث مرات متتاليات وهي البائنة بينونه كبرى، أما إذا طلق الزوج زوجته طلقة واحدة تلفظ بها ثلاث مرات في مجلس واحد لا تحرم بها المطلقة عنه بأن ذلك الطلاق يعدّ طلقه بائنة يمكن للزوج مراجعة مفارقتها ولو لم تتزوج من غيره ويكون عقد المراجعة صحيحا، والحكمة من هذا التحريم هي حمل الزوج على التريث والروية فلا يقدم على ذلك إلا عند الضرورة وبعد التأمل وتفكير في عواقب ونتائج تصرفه، وكذلك فإن الزوجة حين تعلم خطورة الأمر فإنها لا تخلق

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص181.

² المحكمة العليا، غ. أ. ش، 17/02/1998، ملف رقم176551، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص171.

³ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص304.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الأسباب الداعية للشقاق والخلاف والنزاع.¹

ولم يأخذ المشرع برأي الجمهور في المطلقة ثلاثا في مجلس واحد، إنما أخذ برأي ابن تيمية وابن القيم.

رابعا: الجمع بين المحارم:

يحرم على الزوج المتزوج بامرأة وأختها من الرضاعة أو النسب ابتداء ودواما، أما إذا ماتت الزوجة الأولى زال المانع وكان له أن يتزوج أختها أو غيرها من المحارم، وإذا بانت منه بطلاق أو فسخ، فإنه يحرم ما دامت في العدة حتى تنقضي سواء كانت في طلاق رجعي أو بائن طبقا لنص المادة 30 / 2 والمادة 50 من ق أ ج، وهو ما ذهب إليه المشرع في المادة 30 / 4 بقولها: "كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء أكانت شقيقته أو الأب أو الأم أو من الرضاعة."

ويرى العربي بالحاج إعادة صياغة الفقرة الأخيرة- إذا كان هناك تعديل آخر- لأنها تحوي خطأ لغويا في آخر عبارة مما يؤدي إلى الفهم الخطأ، ويقترح صياغتها كالاتي: "أو بين المرأة وعمتها أو خالتها ويستوي أن تكون الأختان شقيقتين أو لأب أو لأم من الرضاعة" أو أن تكون "كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع"²

خامسا: زواج المسلمة بغير المسلم:

ونص القانون الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 30 صراحة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، لأن زواج المسلمة بغير المسلم يجعلها في مرتبة أدنى من الكفار وعرضة لإهانتها وإيذاءها في عقيدتها³، لأن القوامة تكون دائما للرجل مما يجعل المرأة والأبناء يخضعون لرحمة الزوج، ثم إنه زواج عديم الجدوى في مهب الريح لعدم توفر السعادة الزوجية الحقيقية فيه، إلا

¹ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 306.

² العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 182.

³ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 308.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

أن تكون المرأة قد انسلخت من الإسلام، ويلحق بهذا الحكم المرتد عن الإسلام اختيار بدون إكراه على تركه، فإنه يفرق بينه وبين زوجته على أساس مانع الكفر وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الأسرة القديم على أنه: " يبطل النكاح إذا ثبتت ردة الزوج "

أ- إباحة زواج المسلمين من الكتابية:

وبخلاف المرأة المسلمة فإنه يجوز للرجل المسلم أن يتزوج بكتابية كاليهودية والنصرانية ولا يصح للرجل المسلم أن يتزوج مجوسيه ولا وثنيه ولا بوذية وكذلك كل امرأة ملحدة لا دين لها ولا تؤمن بالدين السماوي، والمرتدة تأخذ حكم المشركة طبقا لنص المادة 32 من ق أ ج في نصها القديم والمادة 31 المعدلة والمادة 138 والمادة 222 من ق أ ج.¹

وقد اختصرت المادة 30/ 5 على منع زواج المسلمة من غير المسلم إلا أن الفقه الإسلامي يجيز زواج المسلم بالكتابية عند الضرورة طبقا لنص المادة 222 فإن الاختلاف الديني وإن كان قد يؤدي إلى تعكير صفوة الحياة الزوجية إلا أنه ما دامت القوامة للرجل فإنه لا خوف عليه في عقيدته علما بأن الديانات السماوية التي تؤمن بالكتاب المنزل تلتقي كلها في مبادئها العليا.²

والحكمة من هذا التحريم هي أوجه التباين والاختلاف بين الإسلام والأديان الوثنية فلا يمكن أن يكون معه المودة والسعادة بين الزوجين ولا يحصل معها الاستقرار، إذ كيف يكون هناك تلائم وتقارب بين الزوجين أحدهما يتقرب الى الله تبارك وتعالى بذبح بقرة وتوزيع لحمها للفقراء والمساكين، والآخر يقوم بعبادتها.³

أما بالنسبة لزواج المسلم من الكتابية يحوي بعض الآثار القانونية السلبية ونذكر منها على سبيل الخصوص ما يأتي:⁴

¹ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 185.

² العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 312.

³ المرجع نفسه، ص 313.

⁴ أنظر: العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 186.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

- لا توارث بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية لأن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث، أما الأولاد المزدادون من هذا الزواج فيرثون آباءهم بسبب الاتحاد في الدين طبقاً لنص المادة 222 من ق أ ج اثنان يتبع الأولاد والدهم في الدين سواء كانا ذكورا أو إناثا، وتبقى لنص المادة 62 من ق أ ج¹ والمادة 6 - 7 من قانون الجنسية.²

- تجوز الوصية بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية من ق أ ج.
- يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية وتخضع المادة 31 من قانون الأسرة المعدلة إلى أحكام القانون الدولي الجزائري الخاص.³

وأخيرا ينبغي للكافر أو الكتابي إذا اعتنق الإسلام بصفه جديده وحقيقه يمكنه أن يتزوج المسلمة وفقا للنص المادة 30 / 5، وهذا بعد احترام بعض الإجراءات التنظيمية التي فرضها القانون طبقا لنص المادة 31 من ق أ ج فإن أحكام قانون الأسرة على معتنق الإسلام طبقا لنص المادة 221 من قانون الأسرة ولو كان متحفظا بجنسيته الأصلية؛ لأنه في حالة اعتناق الإسلام يصبح الدين عنصرا للارتباط عوضا على الجنسية.⁴

وفي ما يتعلق بإباحة زواج المسلم من الكتابية ومن غير الكتابية، فإن الكثير من الدول العربية المعاصرة تأخذ بمبدأ فصل الدين عن الدولة وعلى كل حال فإن القانون الجزائري الداخلي لا يعترف بعقود الزواج المخالفة لأحكام المعقودة في البلاد الأجنبية تبقى لنص المادة 11 من ق م ج المعدلة بالأمر 10 / 05 المؤرخ في 20/06/2005⁵، كما أنه يرجح قانون الزواج في حالة الزواج المختلط على قانون الزوجة في حاله التعارض بين القانونين طبقا

¹ أنظر: المادة (62) من قانون الأسرة الجزائري.

² انظر: المادتان (6-7) من قانون الجنسية، الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 139 الموافق ل15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري المتمم والمعدل.

³ انظر: عليوش كمال، مرجع سابق، ج1، ص212.

⁴ أنظر: العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص185.

⁵ المادة (11) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

لنص المادة 12 من نفس القانون ويرجح قانون الأب على قانون الأبناء عند اختلاف جنسيتهم كلما صار نزاعا بينهما أمام القاضي طبقا لنص المادة 13 مكرر من القانون سالف الذكر.¹

ومن المعلوم أن كل خرق لقانون الأحوال الشخصية يعد مخالفا للنظام العام، وأنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها على عقد الزواج.²

سادسا: الزيادة على القدر المسموح به شرعا:

جعل المشرع الجزائري التعدد كاستثناء طبقا للمادة 8 من ق أ ج، واتبع المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في القدر المسموح به شرعا وهو أربع زوجات، طبقا للمادة 222 من ق أ ج.³

سابعا: حكم الزواج بإحدى المحرمات:

نصت المادة 34 من ق أ ج على أنه: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب". كما أن المادة 32 من قانون الأسرة المعدلة تقضي بأنه يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.⁴

ومن هنا فإن وجود مانع شرعي بين الزوجين سواء أكان دائما أو مؤقتا يجعل من الزواج باطلا ويكون الزواج منعدما شرعا وقانونا؛ لأن فسادا متفق عليه لدى المذاهب الفقهية، هذا ما نصت عليه كذلك المادة 222 من ق أ ج والمادة 32 المعدلة من نفس القانون.

وحكمت المحكمة العليا ببطان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 34 من ق أ ج ولو تلقائيا بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب من كل من له مصلحة في ذلك، ويترتب على هذا

¹ أنظر: عليوش كمال، مرجع سابق، ج 1، ص 212.

² أنظر: المرجع نفسه، ص 213.

³ أنظر: العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 199.

⁴ العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص 315.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الزواج بعد الدخول النسب ونفقه المعتدة وكذلك صداق المثل طبقا لنص المادتين 2/33 والمادة 34 من ق أ ج.¹

أشارت المحكمة العليا في قراراتها إلى أن الزواج الباطل هو زواج غير صحيح، ولا يمكن اصلاحه ويفسخ قبل الدخول وبعده مع ثبوت النسب والاستبراء كما أنه إذا كان الزوجان يسيئان القصد والنية؛ فإن الحد يطبق عليهما بالإضافة إلى هذا فإن الزواج الباطل لا يكون سببا للتوارث بين الزوجين طبقا لنص المادة 131 من ق أ ج.²

وذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أنه اعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة المتزوجة تحرم على الزوج الثاني، ويفسخ هذا الزواج قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، وأن قضاة الموضوع لما حكموا بالطلاق على مسؤولية الزوج بدون مراعاة لأحكام الفقه لم يبينوا حكمهم على أسس شرعية، الشيء الذي يجعل القرار واجب النقض في هذه المسألة.³

والملاحظ هنا بأنه يترتب على هذا الزواج بعد الدخول الصداق والاستبراء كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة، فلو تزوج الشخص بأخته للرضاعة مثلا دون علمهما وتم الدخول والحمل الخطأ فإن الولد يلحق بالزوج ولا يطبق الحد عليهما للشبهة قال ابن عاصم المالكي: "وحيث درء الحد يلحق الولد في كل ما من النكاح قد فسد."⁴

والملاحظ من خلال المواد المتعلقة بالمحرمات من المادة 23 الى المادة 31 من ق أ ج فإن المشرع لم يوضح مسألة الوطء المحرم أو الزنا من أسباب التحريم للزواج، فالفقه المالكي لم

¹ المحكمة العليا، إ ق غ أش، ملف رقم 210422، سنة: 1998/11/17، العدد 2، ص 53

² المحكمة العليا، غ أش، 18/01/2000، ملف رقم 232324، م ق 2001، العدد 1، ص 261.

³ المحكمة العليا مذكور سابقا.

⁴ التَّسْوِيلِي (ت: 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، 1418هـ - 1998م، ج1، ص 269.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

يقال بتحريمه؛ لأن ماء الزنا لا حرمة له ولا يكون الصهر بالزنا¹، في حين ذهب الحنفية إلى عدّ الوطاء المحرم كالزنا ونحوه سببا محرما للزواج.²

وأمام سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة يجعلنا نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا المادة 222 من ق أ ج، ونظرا لانتشار هذه الفاحشة في عصرنا أرى العمل بحرمة المصاهرة بالزنا، وأذهب إلى ما ذهب إليه العربي بالحاج وهذا لتكملة الفقرة الأولى والثانية من المادة 29 من ق أ ج -في التعديل القادم- احتياطا للدين وسد للذريعة على أن يقتصر في تطبيق التحريم على الفروع والأصول فقط، وأما ما عدا الأصول والفروع نأخذ برأي المالكية بعدم التحريم؛ لأن ماء الزنا لا حرمة له ولأن الحرام لا يجرم حالا.³

والمشرع لم يوضح أيضا حكم الرضاعة مع المصاهرة واكتفى بذكر محرم الرضاع من النسب في المادة 27 من ق أ ج.

وعليه يجب على القاضي عدم التوسع في هذه الحرمة وخاصة إذا علمنا أن الحرمة بالرضاع حرمة استثنائية؛ ولا توسع في الاستثناء، وهنا لا يمكننا الرجوع إلى نص المادة 222؛ لأننا لسنا أمام حالة سكت عليها القانون، وقد جاء نص المادة 27 صريحا بقولها: " يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب." ⁴، ولا مجال للعمل برأي الجمهور أو المالكية لسد النقص القانوني لطالما أن القانون رفض الأخذ بما سكت عنه صراحه، وقد أخذ هنا القانون الجزائري برأي ابن تيمية وابن القيم في عدم التوسيع في هذه الحرمة والاختصار والاقتصار على محرمات الرضاع من النسب، وكثيرا ما أخذ المشرع الجزائري بغير المذاهب الأربعة.⁵

سكت المشرع الجزائري عن حكم الزوجة المملعة؛ وهي التي تحرم على زوجها حرمة مؤبدة أو مؤقتة، كما أنه سكت عن الإيلاء والظهار سكوتا تاما .

¹ ابن رشد، مرجع سابق، ج3، ص64.

² الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص60.

³ أنظر: العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص200.

⁴ المادة (27) من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ أنظر: العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص200.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وعليه لا بد من توضيح هذه الأحكام يتم الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي حسب المادة 222 التي تقضي بأن من لاعن زوجته فإنها تحرم عليه حرمة مؤبدة وقد أشارت المادة 41 من ق أ ج إلى أن الطريق الشرعي لنفي نسب اللعان فقط بشروطه القانونية المعتمدة، فإن حصل بين الزوجين فلا توارث بينهما طبقا لنص المادة 138 من ق أ ج.¹

وبخصوص اللعان ذهبت المحكمة العليا إلى أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين، وأنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد قدره أسبوع من يوم رؤيه الزنا أو العلم بالحمل.²

ثامنا: مانع الاتفاق في الجنس:

نص المشرع الجزائري على أن الزواج يتم بين جنسين مختلفين وهما الرجل والمرأة عند تعريفه للزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من ق أ ج على أنه: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي..."³

والمشرع هنا صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج، وهما الرجل والمرأة، وهذه دلالة على اختلاف الجنس.

وعليه فإن المشرع الجزائري وبمفهوم المخالفة لا يسمح بزواج المماثلين في الجنس لأنه صرح بأن الزواج هو عقد رضائي بين الرجل والمرأة وعلى الوجه الشرعي.

أما بالنسبة لزواج المتحولين جنسيا فإن المشرع لم يتطرق لمثل هذه المسألة ولا القضاء، إلا أننا باستقرار بعض القواعد العامة لبعض القوانين التي لها علاقة بالموضوع مثل:

أ- قانون الأسرة الجزائري:

إن تغيير الشخص لجنسه يتعارض مع القواعد القانونية والشرعية وهو بذلك يتعارض مع قانون الأسرة؛ فجل قواعده مستمدة من الفقه الإسلامي والذي اشترط أن يكونا طرفا العقد

¹ أنظر: العربي بالحاج، الزوجية وأثارها، مرجع سابق، ص338.

² المحكمة العليا أ غ ش، 2000/12/25 ملف رقم 296020، م ق 2004، العدد ص289.

³ أنظر: المادة (4) من قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

رجل وامرأة طبقا لنص المادة 4 من ق أ ج.¹

ومن هذا المنطلق فإن الزواج المبرم بين شخصين من نفس الجنس لا أثر له طبقا لنص المادة 32 من ق أ ج بقولها: " يطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."

ويترتب على ممارسة هذا النوع من العمليات الجراحية المسؤولية الجنائية للطبيب، وفي حالة تقدم المغير لجنسه بطلب لعقد زواجه من الجهة المختصة، يجب على ضابط الحالة المدنية أن يرد طلبه ولا يقبله؛ لأنه لا يمكن تغيير شهادة الميلاد لأن فيها نوع الجنس الأصلي وكذلك بطاقة الهوية، ضف على ذلك الشخص الذي يريد الارتباط به يمكن أن يكون قد دلس عليه وهذا غلط يؤدي بالعقد إلى البطلان.²

فهذه الحالة ينكرها القانون نكرانا مطلقا؛ لأن الجنس الطبيعي هو الأساس في إباحة الزواج قانونا.³

إن المواطن الجزائري عضو في مجتمعه ومن ثم فهو مقيد في حرية التصرف في جسمه متى كان هذا التصرف يمس المجتمع الذي يعيش فيه...⁴

وفي حالة تغيير الشخص لجنسه وتزوج عرفيا وعرف بأمره فإنه يعاقب بالسجن من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 دج إلى 2000 دج طبقا لنص المادة 338 من ق ع ج⁵، ودون أن ننسى أحكام نص المادة 222 من ق أ ج في هذا الصدد.

¹ أنظر: المادة (32) من قانون الأسرة الجزائري.

² سعيدي محمد نجيب، التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة تلمسان - الجزائر، العدد: 2، سنة 2020، ص 413.

³ الجيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر، 2001م، ص 10.

⁴ مارك نصر، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية، ب. ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2010م، ص 473.

⁵ أنظر المادة (338) من قانون العقوبات الجزائري.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

ب- قانون العقوبات:

لا بد أن تكون العملية الجراحية لغرض طبي علاجي؛ لأن مهنة الطب شريفة، فإن خرج الطبيب عن هذه الرسالة يفقد حصانته ويتعرض للمسؤولية الجنائية وفقا للقواعد العامة لهذا القانون، لأن هذا النوع من العمليات يضر بالإنسان وتحدث له تشوهات، فالتشريع الجنائي الجزائري يعدها بمثابة بتر العضو أو إحداث عاهة مستديمة يعاقب فاعلها استنادا للمادتين 264 و 274 من ق ع ج، حيث نصت المادة 274 من ق ع ج على أنه: "كل من ارتكب جناية الخشاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة".¹ ونصت المادة 264 على أنه: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب

أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما".²

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: " وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".³

ولا يمكن للطبيب أن يدفع على نفسه المسؤولية الجنائية إذا قام بهذه العملية طبقا للمادة 39 من ق ع ج، حتى ولو كان المريض في حالة مزرية؛ لأنه لا يسمح له عن طريق الاتفاق خرق الأحكام الجنائية المنافية لهذا الأمر.⁴

¹ أنظر: المادة (274) من قانون العقوبات الجزائري.

² أنظر: المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري.

³ أنظر: الفقرة 3 من المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري.

⁴ سعيدي محمد نجيب، مرجع سابق، ص 415.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

أما بالنسبة للقضاء فلم يتطرق لمثل هذه المسألة، ويرجع ذلك لأصالة المجتمع الجزائري وديانته الإسلامية.

المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج

تناولت في هذا المطلب أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج، حيث قسمته إلى فرعين، تناولت في الأول منها إلى موانع الزواج في الاتفاقيات الدولية، أما الفرع الثاني تناولت فيه الأثر.

الفرع الأول: موانع الزواج في الاتفاقيات الدولية:

لم تتطرق الاتفاقيات الدولية لأغلب الموانع الشرعية للزواج، كما منصوص عليها في الفقه الإسلامي أو كما هي مقننة في قانون الأسرة الجزائري سواء أكانت موانع مؤبدة أو مؤقتة باستثناء مانع عدم الاتفاق في الجنس، لذلك سنركز الكلام على ما يسمى بالمساواة الجندرية¹، ومن بين المواثيق الدولية التي نادى بهذا المصطلح والذي أخذ بعد ذلك عدة أبعاد منها:

أولاً: منظمة الصحة العالمية:

أشارت هذه المنظمة سنة 2011م بقولها: "يشير الجندر إلى الخصائص المؤسسة مجتمعيًا للرجال والنساء مثل الأعراف والأدوار والعلاقات بين مجموعات الرجال والنساء وهي تختلف من مجتمع إلى مجتمع ويمكن تغييرها، ويشمل الجندر خمسة عناصر مهمة العلاقات والتسلسل الهرموني والتاريخي والسياقي والمؤسسي في حين يولد معظم الناس إما ذكورا أو إناثا فإنه يتم تعليمهم القواعد والسلوكيات المناسبة بما في ذلك كيفية تفاعلهم مع الآخرين من الجنس

¹ الجندر: عرفت الموسوعة البريطانية الهوية الجندرية الإنسان بنفسه كذكر أو أنثى ، وفي الأعم الأغلب فإن الهوية الجندرية والخصائص العضوية تكون على اتفاق، أو تكون واحدة، ولكن هناك حالات لا يرتبط فيها شعور الإنسان بخصائصه العضوية، ولا يكون هناك توافق بين الصفات العضوية وهويته الجندرية وإن الهوية الجندرية ليست ثابتة بالولادة — ذكر أو أنثى — بل تؤثر فيها العوامل النفسية والاجتماعية بتشكيل نواة الهوية الجندرية ، وهي تتغير وتتوسع بتأثير العوامل الاجتماعية كل ما نما الطفل. أنظر: الموسوعة البريطانية.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

نفسه أو الجنس الآخر داخل الأسرة، وعندما لا يتلاءم الأفراد مع المعايير الجندرية غالباً ما يواجهون الممارسات التمييزية.¹

ثم تطور المفهوم ليشمل الهوية الجندرية؛ وهي كل ما يشعر به الشخص في قرارة نفسه من خبرة داخلية وفردية بالجندر، بصرف النظر على الصنف المقيّد في شهادة الميلاد بما في ذلك إحساس الشخص بجسده وقد يشمل - شرط حرية الاختيار - تعديل مظهر الجسد أو وظائفه بوسائل طبية أو جراحية أو بوسائل أخرى وغير ذلك من وسائل التعبير عن النوع.²

ثانياً: صندوق الأمم المتحدة للسكان والتنمية:

ورد في هذا الهيئة التابعة للأمم المتحدة أن: " الرجال الذين يمارسون الجنس مع الرجال، وإلى جميع الرجال الذين ينخرطون في علاقات جنسية أو رومانسية مع رجال آخرين... بغض النظر عن الدوافع المتعددة للانخراط في الجنس بعض الرجال الذين يمارسون الجنس مع الرجال يشكلون أيضاً علاقات مع النساء أو متزوجون أو يبيعون بعض الجنس لرجال آخرين بغض النظر عن الهوية الجنسية... " ³

ثالثاً: اتفاقية سيداو:

نصت المادة 5 من على أنه: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يأتي:

¹ أنظر: منظمة الصحة العالمية، على موقع الإنترنت <https://www.un.org/ar/site-search>

تم التصفح: يوم 2022/12/14، على الساعة 18:30

² أنظر: مبادئ يوجياكرطا، حول تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان فيما يتعلق بالتوجيه الجنسي والنوعي، على موقع الإنترنت: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/CEDAW697.pdf>

تمت الزيارة يوم 2022/12/14، على الساعة 19:40.

³ أنظر: صندوق الأمم المتحدة للسكان والتنمية، على موقع:

<https://www.ohchr.org/ar/taxonomy/term/849?page=1>

تمت الزيارة يوم 2022/12/14، على الساعة 20:40.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

أ- تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد لكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة.¹

الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج في قانون الأسرة الجزائري:

ذكر أول مرة المشرع الجزائري مصطلح الموانع الشرعية في قانون الأسرة القديم 11/84، وأعتبرها شرط من شروط الزواج، وذكر لفظ الموانع إجمالاً في نص المادة 24 من ق أ ج القديم، ثم جاء بتفصيلها ابتداءً من نص المادة 25 إلى 29 من ق أ ج القديم، أما الموانع المؤقتة فقد أدرجها في نص المادة 30 من ق أ ج القديم، وأضاف مانع الكفر في نص المادة 31 من ق أ ج القديم.²

وذهب المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة 2005 إلى أن الموانع الشرعية من شروط انعقاد الزواج، وأن تكون المعقود عليها محلاً للعقد؛ وأن لا يكون بين الزوجين مانعاً من موانع الزواج.

ولقد تناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري أحكام موانع الزواج من المادة 23 إلى المادة 31 من ق أ ج، كما نصرت المادة 9 مكرر من القانون نفسه المضافة بالأمر 02-05 على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج."³

المشرع الجزائري لم يغير حكم الموانع الشرعية للزواج؛ بل أبقاه على حاله ضمن الشروط الموضوعية كما هو في قانون الأسرة القديم 11/84، فالمشرع الجزائري أخذ بما موجود في الفقه الإسلامي، ولم يتأثر عند التعديل الجديد بالاتفاقيات الدولية الداعمة للحرية الجندرية والتي يتطور مفهومها من زمن لآخر لتتخذ أبعاداً أخرى أكثر خطورة.

¹ أنظر: المادة (5) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

على موقع الإنترنت <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b022.html>

تمت زيارة يوم: 2022/12/16، على الساعة: 10:00

² أنظر: محمد محدة، الخطبة والزواج، مرجع سابق، ص 309-310-311-312.

³ المادة (9 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وحين ما نستقري بعض القوانين الغربية المناهضة لهذه الاتفاقيات والتي كانت سببا في إنشائها، نجد أنهم يشترطون في قوانينهم خلو الزوجين من القرابة من الدرجة الأولى والثانية في الزواج، كفرنسا وبريطانيا واسكتلندا -على سبيل المثال لا الحصر-، فهم يرفضون زواج الأقارب من الدرجة الأولى في قوانينهم، فبريطانيا مثلا تجرم هذا الفعل وتسميه "بسفاح القربى" واشترطوا على الرجل ما يأتي:

- يعدّ مخالفة للرجل أن يمارس الجنس مع امرأة يعرف أنها حفيدته أو ابنته أو أخته أو أمه.
- في القسم الفرعي السابق، تشمل "الأخت" الأخت غير الشقيقة ... لا يتم تتبعها من خلال الزواج الشرعي.

واشترطوا على المرأة ما يأتي:

- تُعدّ مخالفة لامرأة في السادسة عشرة (16 سنة) من عمرها أو أكثر أن تسمح لرجل تعرف أنه جدها أو والدها أو أخوها أو ابنها بممارسة الجنس معها بموافقتها.

- في القسم الفرعي السابق، يشمل مصطلح "الأخ" الأخ غير الشقيق ... لا يتم تتبعها من خلال قانوني.¹

كذلك قانون الزواج لعام 1949، ولعام 1977، وقانون الزواج (درجات العلاقات المحظورة) لعام 1986 في جميع أنحاء المملكة المتحدة، يحظر القانون على بعض الأقارب بالدم وأقارب الزوج وأقارب الزوجة أو أن يصبحوا شركاء مدنيين على سبيل المثال لا يمكن للمرأة أن تتزوج من جدها أو عمها ولا يمكن للرجل أن يتزوج ابنته أو أخته.

وكذلك في اسكتلندا تمنع زواج الأقارب من الدرجة الأولى لا يختلف عما ذكرناه في تشريع المملكة المتحدة، ولكن بشكل عام تطبق الأحكام نفسها.

وعندما يثبت أن المدعي يعيش مع قريب يظهر في قائمة العلاقات المحظورة، لا يمكن عدهما زوجين (LTAMC) أو شركاء مدنيين (LTACP)، لأنهما لا يستطيعان الزواج أو تكوين شراكات مدنية في القانون لذلك لا يمكن القول أنهما زوجان أو شركاء مدنيين، وقائمة العلاقات الممنوعة للزواج والشراكات الأهلية في جميع أنحاء المملكة المتحدة، يحظر

¹ يوم: 2022/11/03، على الساعة: 11:54.

¹ تم تصفح على موقع الوزارة لبريطانية

www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/69/part/I/crossheading/incest/enacted

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

القانون على بعض الأقارب بالدم وأقارب الزوج وأقارب الزوجة الزواج أو التسجيل كشركاء مدنيين، ولا يجوز لأي شخص أن يتزوج أو أن يصبح شريكاً مدنياً مع ما لم يقع ضمن الاستثناء أدناه، وهذه قائمة كالاتي:

طفل، الطفل بالتبني أو الطفل المتبنى السابق، ابن الزوج السابق أو الشريك المدني، الأبوين بالتبني أو الوالدين بالتبني السابق، الزوج السابق أو الشريك المدني للوالد، شقيق الوالدين، طفل الأخ أو الأخت.¹

وكذلك يمنع القانون المدني الفرنسي هذا النوع من الزواج على أنه لا يكون الشخصان الراغبان في الزواج الأقارب من الدرجة الأولى؛ يمنع زواج الأخوة والأشقة من الأم أو من أب مشترك...²

المشرع الفرنسي لم يتوقف عند هذا بل منع الزواج من المطلقة إلا بعد مرور 300 يوم من تاريخ طلاقها من الزوج الأول.³

فهي دلالة على أن الاتفاقيات الدولية لم تنص على شيء سلبي فيما يخص الموانع الشرعية للزواج وخصوصاً موانع القرابة من الدرجة الأولى والثانية. وأما بنسبة لموانع اختلاف الدين بين المسلمة وغير المسلم فلا يوجد شيء منها ضمن هذه التشريعات لأنها شعوب غير مسلمة.

غير أن الاتفاقيات الدولية لم تعدد اختلاف الدين مانعاً من موانع الزواج، حيث عدته مدعاة لعدم المساواة والعنصرية والفرقة وخصوصاً ما جاء في:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 16 منه على ما يلي: "وهما متساويان في الحقوق لدى التزويج وخلال قيام الزواج..."⁴

¹ تم تصفح على موقع الوزارة لبريطانية يوم: 2022/11/03، على الساعة: 11:54.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/4-5/69/part/I/crossheading/incest/enacted>

² Voir: droit. Org. Code civil. Dernier emedification 12/02/2020. Article:147.

³ Voir: Idem Article 161-162-163.

⁴ اتفاقية الرضا بالزواج عرضتها الجمعية العامة للأمم المتحدة للتوقيع والمصادقة بقرارها 1763 ألف د 17، المؤرخ في 7/ تشرين الثاني -نوفمبر 1962، تاريخ بدء النفاذ ديسمبر 1964.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

كما نصت أيضا المادة 2 من الإعلان نفسه على أنه: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين..."¹

وجاء أيضا في المادة 7 منه: " كل الناس سواسية...ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون تفرقة..."²

وللإعلان العالمي قيمة قانونية، فهو أول وثيقة لحقوق الإنسان صادرة عن منظمة دولية عالمية، ويكتسب كذلك قيمة معنوية من خلال المبادئ التي تضمنها عندما يتعلق الأمر بسن التشريعات التي تهتم بحقوق الإنسان.³

ونصت كذلك اتفاقية الرضا في المادة الأولى منها على أنه: " للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله..."⁴

ونصت المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة على: " أن تتخذ جميع الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية:

نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه..."⁵

دون أن ننسى مانع عدم الاتفاق في الجنس، والتي دعت إليه بعض الاتفاقيات الدولية بمباركة الأمم المتحدة، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من الاتفاقية نفسها والتي تدعم الحرية والمساواة الجندرية، والتي ظهرت في شكل مؤتمرات دولية كمؤتمر الصحة والسكان الذي أقيم في القاهرة سنة 1994م ومؤتمر بكين عام 1995م، ويأتي دور اللجان التي تؤسسها الأمم المتحدة لمتابعة تطبيق ما تصدره من اتفاقيات وعهود دولية، في الضغط على

¹ أنظر: نص المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

² المرجع نفسه.

³ حسن صباريني غازي، مرجع سابق، ص. 237

⁴ انظر: المادة (1) من اتفاقية الرضا، مكتب حقوق الإنسان، مرجع سابق.

⁵ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، مرجع سابق.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

الحكومات لتغيير قوانينها الوطنية، حيث أصدرت اللجنة المكلفة بمتابعة تطبيق تعليقها العام رقم 22 الذي نص على: "يجب على الدول إصلاح القوانين التي تعرقل ممارسة... الأنشطة الجنسية التي تتم بالتراضي بين البالغين (الزنى) أو هوية المتحولين جنسياً (الشذوذ) أو التعبير عنها".¹

وقد بلغ الأمر أن قام مجلس حقوق الإنسان في الأمم المتحدة في سبتمبر 2016 بتعيين أول خبير مستقل بالأمم المتحدة مسؤول عن متابعة تنفيذ الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وبالتحديد ما يتعلق بالتمييز بين الأشخاص على أساس ميولهم الجنسية أو هويتهم الجندرية، أي متابعة القوانين التي تعاقب الشواذ جنسياً في البلاد المختلفة، والعمل على إلغائها، والتعاون مع الدول من أجل حماية الشواذ جنسياً، وذلك من خلال القيام بزيارات قُطرية، وتقديم تقارير سنوية إلى مجلس حقوق الإنسان، وتوجيه النداءات العاجلة إلى الدول بشأن حماية الشواذ الموجودين فيها.²

وهذا مما يخشى منه مستقبلاً ربما يكون هناك تعديل لقانون الأسرة، وخصوصاً أنها أخذت بعداً آخر في مفهوم المساواة الجندرية؛ والمتمثل في إباحتها لزواج المثليين والمتحولين جنسياً، وخصوصاً وأن المادة 28/2 والتي تنص على أنه: "لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافياً لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها." فهذه الفقرة لها دلالات في تغيير وجهات النظر في التشريع وخصوصاً مجال الأحوال الشخصية، وشيئاً فشيئاً حتى ترفع هذه الدول التحفظات نهائياً، مع العلم أن سلطة الاتفاقيات الدولية أصبحت أسمى من القانون الداخلي شريطة أن يتم التصديق عليها وفق الشروط المنصوص عليها دستورياً طبقاً لنص المادة 154 من الدستور.

¹ أنظر: التعليق العام رقم: 22 (2016) بشأن الحق في الصحة الجنسية والإنجابية المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، على موقع الإنترنت

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc>

تم التصفح يوم: 2022/12/16، على الساعة 22:27.

² أنظر: الخبير المستقل المعني بالميل الجنسي والهوية الجنسية، مكتب الأمم المتحدة لحقوق الإنسان التابع للمفوض السامي، الأمم المتحدة، على موقع الإنترنت

news.un.org/ar/story/2020/06/1056732

تم التصفح يوم: 2022/12/16، على الساعة 22:55.

الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين.

وحتى وإن سلمنا باستحالة رفع التحفظات مستقبلاً فإن الجزائر لم تتحفظ على المادة 5 من اتفاقية سيداو والتي تشكل خطورة في المستقبل.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال دراسة الشروط الموضوعية للزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وكيفية تأثير المشرع الجزائري بالاتفاقيات الدولية عند تعديله لقانون الأسرة الجديد 02/05 تم التوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات أهمها:

أولاً: النتائج.

1- الشروط الموضوعية حصرتها المشرع في المادة 9 مكرر من ق أ ج منها ما هو متعلق بذات الزوجين ومنها ما تعلق بعقد الزواج؛ وهي الأهلية والفحص الطبي قبل الزواج والولي والإشهاد على العقد وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

2- توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة بـ 19 سنة كاملة لكل من الزوجين في التعديل الجديد، بعدما كانا مختلفين، في قانون 84/11، ويرجع سببه توقيع الجزائر على اتفاقيات دولية نادت بالمساواة بين الجنسين كاتفاقيتي الرضا وسيداو، وتحديد لها يناسب الشباب في هذا العصر نظرا لكثير من الأسباب والعوامل التي فرضت نفسها بقوة على الساحة الحياتية للشخص، وتعود مرجعية هذه الاتفاقيات إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الأول والثاني.

3- الفحص الطبي قبل الزواج أضافه المشرع مع التعديل الجديد، 2005 حينما وجد نفسه مدفوعا لإحداث تشريع خاص، نظرا لما ظهر من أمراض خطيرة يتعذر علاجها والتحكم فيها، كمرض فقدان المناعة، والعقم وغيرها من باقي العلل والأسقام التي قد تجدد الأسرة منفذا ووسيلة لانتشارها، مما يؤدي إلى وجود نسل ومجتمع مريضين، هذا من جهة وتأثره بالاتفاقيات الدولية من جهة أخرى، إلا أن هذا الأمر إيجابي لما فيه من حماية للأفراد والجماعات، وخصوصا استحسان هذه الفكرة من طرف "منظمة التعاون الإسلامي"، وهذه من النقاط الإيجابية التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية.

4- لقد غير المشرع الجزائري حكم الصداق من الركن إلى الشرط في التعديل الجديد وخصه بخاصيتي الشرط والأثر، ورتب على عدم تسميته في العقد بالفساد؛ فيفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويصحح بعده بصداق المثل، وسبب ذلك هو المصادقة على الاتفاقيات الدولية وأخص بالذكر الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء، واليونسيف ومشروع

صندوق السكان التابع للأمم المتحدة واتفاقية سيداو الذين وصفوه بأنه ثمن العروس وعدّه عنفا ضدها.

4- الولاية ليست انتقاصا من كرامة المرأة ولا حرّيتها والولي ليس مستبدا فهو الناطق باسمها ينقل إرادتها كما للشخص الذي يريد الزواج بها.

5- المشرع قلص دور الولي في الزواج وذلك بتغيير حكمه من الركن إلى الشرط في التعديل الجديد 2005 وإن أظهر عدم مخالفته لما موجود في الفقه الإسلامي إلا أننا نلتمس فيه التلفيق؛ لأنه أعطى للراشدة حق عقد زواجها بنفسها وهذا يتماشى ورأي الحنفية غير أنه لم يشترط الكفاءة كما اشترطوا ليخرج في الفقرة الثانية من المادة نفسها على جميع المذاهب، وسبب ذلك انضمام الجزائر للاتفاقيات الدولية وخصوصا سيداو التي ترفض سلطة الولي في الزواج والتي تعدّه صورة من صور الإكراه وعدم الرضا، وخصوصا النتيجة السلبية للتقارير من طرف لجنة سيداو بخصوص الجزائر في عدم انصياعها لما صادقت عليه.

6- ذكر المشرع مصطلح الموانع الشرعية في قانون الأسرة القديم 84/11، وعدّها شرط من شروط الزواج، وذكر لفظ الموانع إجمالا في نص المادة 24 من ق أ ج القديم، ثم جاء بتفصيلها ابتداء من نص المادة 25 إلى 29 من ق أ ج القديم 84/11.

7- لقد أبقي المشرع في التعديل الجديد 2005 على حكم الإشهاد على عقد الزواج، وهو شرط في صحة العقد وخصوصا وأن اتفاقية الرضا والتي صادقت عليها قد نصت على الإشهاد عند تسجيل عقد الزواج.

8- إن تأثر المشرع باتفاقية الرضا في هذا الصدد ما هي إلا نقطة مضيئة، وذلك لضمان حقوق الزوجة، وهذا ما أدرجه الفقه الإسلامي في إطار المصالح المرسلّة.

9- تغيير حكم أركان الزواج في قانون 84/11 إلى شروط موضوعية من قبل المشرع يرجع إلى تقرير اللجان المعنية لهذه الاتفاقيات؛ وخصوصا التقرير الثاني بشأن الجزائر فقد أشار الممثل إلى أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية، وقد أعرب رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة- رحمه الله- إلى تعزيز مجموعة من القوانين المعمول بها لتمكين المرأة من مجابهة الأعباء الاجتماعية والتمتع بالحقوق التي يكفلها الدستور، ومن

المنتظر مراجعة قانون الأسرة، ويمكن رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق عن هذه الاتفاقيات.

10- هذه الاتفاقيات تشكل خطرا ماديا ومعنويا، خصوصا وأن المادة 154 من الدستور في التعديل الجديد 2020 قد أعطت سموا للاتفاقية على حساب القانون الداخلي، وقد كلفت الأمم المتحدة مراقبين يجوبون العالم من أجل مراقبة الدول فيما صادقوا عليه من مبادئ هذه الاتفاقيات، ويمكن للأمم المتحدة التدخل لحماية ونشر المساواة ونصرة المضطهدين في نظرها.

11- مصطلح الحرية الجندرية يشكل خطرا على الشروط الموضوعية للزواج مستقبلا وخصوصا في عدم التحفظ على المادة 5 من اتفاقية سيداو، دون أن ننسى عباراته المطاطية المتعددة الاستعمالات.

12- الجندر دعوة باطلة ومشبوهة تناقض أحكام الإسلام وكذا قانون الأسرة الجزائري، وأنه مدعاة إلى الإباحة ونشر الفاحشة في المجتمع المسلم وتدمير للأسر وإفساد المرأة والرجل على حد سواء، وبناء على هذا لا يجوز الانتساب إلى هذه الدعوات المتطرفة التي تدعو إلى إلغاء جميع الفروقات بين الرجل والمرأة، والدعوة إلى إعطاء الحقوق للشواذ والمثليين والمتحولين جنسيا في تكوين الأسرة ذات الجنس الواحد والتي تتكون من رجلين أو امرأتين.

ثانيا: التوصيات:

1- دعوة المتأثرين بالمساواة الجندرية والمدافعين عنها إلى التوبة والإنابة والرجوع إلى الله سبحانه وتعالى قبل أن يحل بهم عذابه الأليم، وقد تواعد أيضا من أحب إشاعة الفاحشة بين المؤمنين كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾، [سورة النور، الآية: 19].

2- نلتمس من المشرع لو كان هناك تعديل جديد إضافة هذه الفقرة لتكملة المادة 15/2 بما يلي: "تراعي المحكمة في تقديرها الوسط الاجتماعي للزوجين، والمستوى العام للمهور، والعرف السائد في المكان الذي يتواجد فيه الزوجان." وهذا لبيان عناصر المقارنة التي يجب على قاضي الموضوع اعتمادها في تحديده لصداد المثل.

3- ضرورة التريث في المصادقة على بنود الاتفاقيات الدولية خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، وهذا أمر في غاية الخطورة لأنه قد يؤدي مستقبلا إلى إلغاء الكثير من الأحكام في عقد الزواج، وربما تفرض تعديلا آخر يلغي موادا أو يعدل أخرى، كإلغاء الولاية ودور الولي كليا-علما- أن غياب الولي في عقد الزواج له مهالك كبيرة، أو إلغاء الصداق أو العبث بالموانع الشرعية للزواج...، أناشد صناع القرار والمشرعين ومن لديهم غيرة على هذا الدين أو الوطن أو الأسرة الانتباه لهذا الأمر وما ينتج عنه من مخاطر جمة تعصف بالأسرة المسلمة وأمنها واستقرارها.

4- مناشدة المشرع الجزائري لاتباع الفقه الإسلامي والالتزام بضوابطه، والابتعاد عن ما يسمى بالتلفيق الفقهي والتأثر بالاتفاقيات الدولية؛ لأن قانون الأسرة له خصوصية أكثر من التشريعات الأخرى، لأنه يحكم أحكام الميثاق الغليظ وأثاره وصور فك هذه الرابطة المقدسة وآثارها.

الفہارس

1- فهرس الآيات القرآنية

الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ	البقرة	35	13
وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ	البقرة	221	164
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ	البقرة	232	164-166 179
وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ	البقرة	233	237
يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا	البقرة	234	166
لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ	البقرة	236	103-113
وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ	البقرة	237	120-122
وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ	البقرة	282	204-205 208-241 242
وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ	البقرة	283	207
وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ	أل عمران	68	20
وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً	النساء	04	104
وَابْتَاعُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ	النساء	06	52
وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ	النساء	20	108-120 130
وَأَخْذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا	النساء	21	209
وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ	النساء	22	227

فهرس الآيات القرآنية

-227-224 -229-228 -234 243 244-237	23	النساء	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ
-119-108 253	24	النساء	فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً
253-164	25	النساء	فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ
172-164	34	النساء	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ
249	119	النساء	وَلَا مَرْنَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ
111	124	النساء	وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ
-207-169 216	141	النساء	وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا
168	73	الأنفال	وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصْنِهِمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ
168	71	التوبة	وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ
208	81	يوسف	وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا
203	32	النور	وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ
14	07	الشعراء	أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى الْأَرْضِ كَمْ أَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ
106	27	القصص	قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ
107	50	الأحزاب	وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتُ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ
13	45	الدخان	كَذَلِكَ وَرَزَوْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ
11	18	محمد	فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا
209	06	الحجرات	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنِیَا
247	10	المتحنة	وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ
-208-206	02	الطلاق	فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

فهرس الآيات القرآنية

-212-211 216			
152	04	الطلاق	وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ
116	06	الطلاق	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ

2- فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
231	أَتُحِبُّنَ ذَلِكَ
116	أَتَرْضَى أَنْ أَرْوِّجَكَ فَلَانَةَ
237-235	أَرْضِعِيهِ تَحْرُمِي عَلَيْهِ
235	أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ، فَيَحْرُمُ بِلَبَنِهَا
110	أَرْضِيتَ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ بِنَعْلَيْنِ
169	الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى
204	أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْغُرْبَالِ
203	أَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ خَيْبَرَ وَالْمَدِينَةِ ثَلَاثًا
71	إِنَّ الدُّنْيَا حُلُوءَةٌ خَضِرَةٌ
210	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَدَّ شَهَادَةَ الْخَائِنِ، وَالْخَائِنَةِ وَذِي الْغُمْرِ
76	أَنَا عِنْدَ ظَنِّ عَبْدِي بِي
167	أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي
237	انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ، فَإِنَّمَا الرِّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ
106	أَنْكِحُوا الْأَيَّامَ ثَلَاثًا عَلَى مَا تَرَاصَى بِهِ الْأَهْلُونَ
231	إِنَّهَا ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ
244	إِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِي
149-157-167-179	الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا
164	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا
73	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ
204	الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكَحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ

246	تزوج ميمونة وهو محرم
246	تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ وَهُوَ مُحْرِمٌ
246	تَزَوَّجَهَا وَهُوَ حَلَالٌ
159	تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا
109	الْتَمَسَ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ
112	تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا، وَلِجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا
161-157-149	الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا
167	الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ أَوْ سَقْبِهِ
110	خَطَبَ أَبُو طَلْحَةَ أُمَّ سُلَيْمٍ، فَقَالَتْ: وَاللَّهِ مَا مِثْلُكَ يَا أَبَا طَلْحَةَ يُرَدُّ
235	الرَّضْعَةُ وَالرَّضْعَتَانِ
208	رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ
104	فَإِنْ مَسَّهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا
107	فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ
109	قَدْ زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ
234	لَا تُحَرِّمُ الْإِمْلَاجَةَ وَالْإِمْلَاجَتَانِ
235	لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةَ وَالْمَصَّتَانِ
172	لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا
165	لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا
159-153	لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبَكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ
157	لَا تُنْكَحُ الْبَكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ، وَلَا الثَّيِّبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ
157	لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا
238	لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا شَدَّ الْعَظْمَ وَأَنْبَتَ اللَّحْمَ

82-79	لا عَدْوَى وَلَا طَيْرَةً، وَلَا هَامَةً وَلَا صَفَرَ
108	لَا مَهْرَ أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ
183-173	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدَيَّ عَدْلٍ وَوَلِيِّ مُرْشِدٍ
178-164	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ
209-208-173	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيَّ عَدْلٍ
-211-209-204 216-212	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيَّ عَدْلٍ
245	لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا
231-229	لَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ إِنَّمَا يُحَرِّمُ مَا كَانَ بِنِكَاحٍ
238	لَا يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأُمْعَاءُ فِي الشَّذِيِّ
169	لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ
175	لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ
245	لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ
83	لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ
82-79	لَا تُورِدُوا الْمُمْرِضَ عَلَى الْمَصِحِّ
82	لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ
249	لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالنَّامِصَاتِ وَالْمُتَنَمِّصَاتِ
110	لَوْ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مِلءِ كَفٍّ مِنْ طَعَامٍ لَكَانَ ذَلِكَ صَدَاقًا
232	لَوْ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ رَبِيبَتِي فِي حِجْرِي مَا حَلَّتْ لِي
161-150	لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الشَّيْبِ أَمْرٌ
110	مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ الْأَهْلُونَ وَلَوْ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكِ
114	هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ؟ فَقُلْتُ: لَا، فَقَالَ: أَيْنَ دِرْعُكَ الْحُطَمِيَّةُ
159	وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا

فهرس الأحاديث النبوية

157	وَأَمَرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ
242	وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمْتَ أَنَّ قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا فَنَهَا عَنْهَا
159	يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي؟ قَالَ: رِضَاهَا صَمْتُهَا
234-231	يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ

3- فهرس الأثر

الصفحة	صاحبه	الأثر
73	عمر بن الخطاب	أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا جَنُونَ أَوْ جَذَامٌ أَوْ بَرَصٌ
152	عائشة	تَزَوَّجَنِي النَّبِيُّ ﷺ وَأَنَا ابْنَةُ سِتٍّ، وَبَنَى لِي وَأَنَا ابْنَةُ تِسْعٍ
177	أنس	وَمَا بَأْسٌ بِهِ، هَلْ هُوَ إِلَّا كَالْبَيْعِ
236	عائشة	كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ
239	أم سلمة	أَبَى سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يُدْخِلْنَ عَلَيْهِنَّ أَحَدًا بِتِلْكَ الرِّضَاعَةِ
113	ابن مسعود	لَهَا مِثْلُ مَهْرِ نِسَائِهَا، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ
238	ابن مسعود	لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا شَدَّ الْعِظَمُ وَأَنْبَتَ اللَّحْمُ
240	عمر بن الخطاب	دُونَكَ امْرَأَتُكَ
240	عمر بن الخطاب	لَا حَتَّى يَشْهَدَ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ

4- قائمة المصادر والمراجع.

أولاً: الكتب

1- القرآن الكريم وتفسيره

أ- القرآن الكريم رواية حفص عن عاصم.

ب- كتب التفسير:

- البغوي (ت: 510هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن، تحقيق: محمد عبد الله النمر- عثمان جمعة ضميرية- سليمان مسلم الحرش، ب. ط، دار طيبة، 1409 هـ - 1989 م.
- البياضوي (ت: 691هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، إعداد وتقديم: محمد عبد الرحمن المرعشلي، ب. ط، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ب. ت.
- الجصاص (ت: 370 هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1415 هـ - 1994 م.
- القرطبي (ت: 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية - القاهرة، 1384 هـ - 1964.
- مجاهد (ت: 104 هـ)، تفسير مجاهد، تحقيق: الدكتور محمد عبد السلام أبو النيل، ط1، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، 1410 هـ - 1989 م.

2- كتب السنة وشروح الحديث:

أ- كتب السنة:

- ابن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، كتاب الحدود، باب شهادة النساء في الحدود، ط1، مكتبة الرشد - الرياض، 1409 هـ.
- ابن حبان (ت: 354 هـ)، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط2، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1414 هـ - 1993 م.
- ابن ماجه (ت: 273 هـ)، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية - فيصل، ب. ت.
- أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ - 2009 م.

قائمة المصادر والمراجع.

- أبو عبد الله الشيباني (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1421 هـ - 2001 م.
- البخاري، الجامع المسند الصحيح (صحيح البخاري)، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: 1، دار طوق النجاة، 1422هـ.
- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان 1424 هـ - 2003 م.
- الترمذي (ت: 279هـ)، سنن الترمذي تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3) وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج 4، 5)، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، 1395 هـ - 1975 م.
- الدارقطني (ت: 385هـ)، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، باب: المهر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م.
- النسائي (ت: 303هـ)، السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406 هـ - 1986 م.
- النسائي: السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي - أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط - قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة - بيروت، 1421 هـ - 2001 م.
- سعيد بن منصور (ت: 227هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، باب: ما جاء في الصداق، ط1، الدار السلفية - الهند، 1403 هـ - 1982 م.
- علاء الدين بابر الترمكاني (ت: 750هـ)، الجوهر النقي على سنن البيهقي، ب. ط، دار الفكر، ب. ت.
- مالك، الموطأ، تحقيق: صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي باب ما جاء في الصداق والحباء، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1406 هـ - 1985 م.

-محمد ناصر الدين الألباني (ت : 1420هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، ط2، المكتب الإسلامي - بيروت، 1405 هـ - 1985م.
-مسلم بن الحجاج (ت:260هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: مجموعة من المحققين، ط: مصورة من الطبعة التركية المطبوعة في استانبول سنة 1334 هـ

ب- كتب شروح الحديث:

- أبو الحسنات عبد الحي الفرنجي محلي (ت: 1304هـ)، الجامع الصغير، ب. ط، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1411هـ - 1999م
- الطحاوي (ت: 321هـ)، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار وغيره، ط1، عالم الكتاب، 1414هـ - 1994م.
-أبو بكر بن العربي (ت: 543 هـ)، عارضة الأحوزي، ب. ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ب. ت.

-الأمير الصنعاني (ت: 1182هـ)، سبل السلام، ب. ط، دار الحديث، ب. ت.
-الشوكاني (ت: 1250هـ) ، نيل الأوطان، تحقيق: عصام الدين الصبابي، ط1، دار الحديث، مصر، 1413هـ - 1993م
-النووي (ت: 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ.

- شرف الحق العظيم آبادي، عون المعبود على شرح سنن ابو داود، تحقيق: أبو عبد الله النعماني الأثري، ط1، دار ابن حزم، 1426هـ - 2005م.
- محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: 1421هـ)، شرح رياض الصالحين، ب. ط، دار الوطن للنشر، الرياض، 1426 هـ.

3- المعاجم والقواميس

أ-المعاجم اللغوية

- أبو منصور (ت: 370 هـ)، مباحث في تهذيب اللغة، إشراف: محمد عوض مرعب، علّق عليها: عمر سلامي - عبد الكريم حامد، تقديم: الأستاذة فاطمة محمد أصلان، ب. ط، دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان، ب. ت.

- أحمد مختار(ت: 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008
- الفيومي(ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ب. ط، المكتبة العلمية - بيروت، ب. ن.
- ابن فارس (ت: 395هـ)، مقاييس اللغة، تحقق: عبد السلام محمد هارون، ب. ط، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1399 هـ - 1979 م.
- البطل(ت: 633هـ)، النَّظْمُ الْمُسْتَعْدَبُ فِي تَفْسِيرِ غَرِيبِ أَلْفَاظِ الْمَهْدَّبِ، تحقيق: مصطفى عبد الحفيظ سالم، ب. ط، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1988 م.
- الرازي (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، تحقق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية الدار النموذجية، بيروت، 1420 هـ - 1999 م.
- الفارابي (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين - بيروت، 1407 هـ - 1987 م.
- الفيروزآبادي (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 1426 هـ - 2005 م.
- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، (إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار) ب. ط، دار الدعوة، ب. ت.
- ب-المعاجم الاصطلاحية:**
- زغوم كمال، مصادر القانون الدولي، ب. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2004 م.
- سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010 م.
- عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون: الجزائر، 2007 م.

-فرانسواز بوشيه سولنييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ط1، دار العلم للملايين: لبنان، 2005م.

4- كتب الفقه وأصوله والسياسة الشرعية والقضاء.

أ- كتب الفقه:

- كتب الفقه الحنفي:

- الزَّيْدِيّ (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة، ط1، المطبعة الخيرية، ب. ب، 1322هـ.
- الزيلعي (ت: 743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلِّي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ.

- المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، ب. ط، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان، 1423 هـ - 2002م
- ابن العابدين (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، ب. ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ب. ت.

- ابن نجيم (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، ب. ت.

- ابن همام الحنفي (ت: 861هـ)، شرح فتح القدير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ - 2003م.

- أبو الحسن السُّعْدِي (ت: 461هـ)، الننف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، ط2 دار الفرقان - مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت - لبنان، 1404 - 1984.

- أكمل الدين محمد البابرتي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، ب. ط، دار الفكر، ب. ت.

- الجصاص (المتوفى: 370 هـ)، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله عنایت الله محمد وغيره، ط1، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، 1431 هـ - 2010 م.

- الحسن الشيباني (ت: 189 هـ)، الأصل، تحقيق ودراسة: الدكتور محمد بونوكالندار، ط1، ابن حزم، بيروت - لبنان، 1433 هـ - 2012 م.

- الحصكفي(ت: 1088هـ)، الدر المختار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ - 2002م.
- الكاساني(ت: 785هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م.
- الموصلي(ت: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات الشيخ: محمود أبو دقيقة، ب. ط، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، 1356هـ - 1937م.
- الميداني الحنفي (ت: 1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، حققه وفصله وضبطه وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، ب. ط، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ب. ت.
- بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1420 هـ - 2000 م.
- برهان الدين محمود البخاري الحنفي (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004م.
- جمال الدين الزيلعي (ت: 762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامه، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، 1418هـ/1997م.
- عبد الله الموصلي البلدحي (ت: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، ب. ط، مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356 هـ - 1937 م.
- محمد الرومي البابرقي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، ب. ط، دار الفكر الطبعة، ب. ب، ب. ت.
- محمد بن الحسن الشيباني (ت: 189هـ)، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، ط3، عالم الكتب - بيروت، 1403هـ.
- محمد بن فرامرز الشهير بملا (ت: 885هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ب. ط، دار إحياء الكتب العربية، ب. م، ب. ت.

-الفقه المالكي:

- إبراهيم الباجوري (ت: 1277هـ)، حاشية الباجوري على ابن القاسم المالكي، ط1، دار المنهاج، 1437هـ-2012م.
- ابن الجَلَّاب (ت: 378هـ)، التفریع فی فقه الإمام مالك بن أنس، تحقيق: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1428 هـ - 2007 م.
- ابن الجَلَّاب (ت: 378هـ)، التفریع، تحقيق: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ب. ت.
- ابن جزري الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية، ب. ط، ب. ن، ب. ت.
- ابن رشد (ت: 520هـ)، المقدمات الممهدات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1408 هـ - 1988م.
- ابن رشد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1395هـ-1975م.
- أبو التميمي الصقلي (ت: 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، 1434 هـ - 2013 م.
- أبو الحسن الرجراجي (ت: بعد 633هـ)، مناهج التَّحْصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيلِ فِي شَرْحِ الْمَدُونَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا، ط1، دار ابن حزم، 1428هـ - 2007م.
- أبو بكر الصقلي (ت: 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط1، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعتها)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1434هـ - 2013م.
- أبو بكر الكشناوي (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك، ط3، دار الفكر، بيروت - لبنان، ب. ت.

- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397 هـ)، أسهل المدارك، ط2، دار الفكر، بيروت - لبنان، ب. ت.
- أبو عمر النمري القرطبي (ت: 463 هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400 هـ/1980 م.
- أبو محمد عبد الوهاب المالكي (ت: 422 هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، تحقيق: حميش عبد الحق، ب. ط، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، ب. ت.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط1 مجددة، دار مكتبة المعارف ناشرون، 1435 هـ - 2014 م.
- الخرخشي (ت: 1101 هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، ب. ط، دار الفكر للطباعة - بيروت، ب. ت.
- الرصاع التونسي المالكي (ت: 894 هـ)، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1، ب. ن، 1350 هـ.
- الزرقاني (ت: 1099 هـ)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1422 هـ - 2002 م
- الصاوي المالكي (ت: 1241 هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ب. ط، دار المعارف، ب. ت.
- العدوي (ت: 1189 هـ)، حاشية العدوي، تحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ب. ط، دار الفكر - بيروت، 1414 هـ - 1994 م.
- القاضي عبد الوهاب (ت: 422 هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط1، دار ابن حزم، 1420 هـ - 1999 م، ج2، ص688.
- القاضي عبد الوهاب، التلقين، تحقق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، ط1، دار الكتب العلمية، 1425 هـ - 2004 م.

- القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ/1980م.
- اللخمي (ت: 478هـ)، التبصرة، تحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432 هـ - 2011 م.
- المازري (ت: 536هـ)، شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008 م.
- النفراوي الأزهري المالكي (ت: 1126 هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ب. ط، دار الفكر، 1415هـ - 1995م.
- ابن أبي زيد القيرواني (ت: 386هـ)، النوادر والزيادات، ط1، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1999م.
- ابن شاس (ت: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1423 هـ - 2003 م.
- خليل، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المحقق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429هـ - 2008م.
- شهاب الدين (ت: 732هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ط3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ب. ت.
- علي بن خلف المنوفي (ت: 939هـ)، كفاية الطالب الرباني، تحقيق: أحمد حمدي إمام، ب. ط، ب. ن، ب. ت.
- محمد الأمير المالكي (ت: 1232هـ)، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي بحاشية: حجازي العدوي المالكي تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، ط1، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك - موريتانيا - نواكشوط، 1426 هـ - 2005م.
- محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، ب. ط، دار الفكر - بيروت، 1409هـ/1989م.

- محمد بن يوسف الغرناطي (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1416هـ-1994م.

-الفقه الشافعي:

- البغوي(ت: 516)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط1، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997م.

- الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ-2007م.

- الحصني، تقي الدين الشافعي (ت: 829هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، ط1، دار الخير - دمشق، 1994م.

- الخطيب الشربيني (ت: 977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، ب. ط، دار الفكر - بيروت، ب. ت.

- العسقلاني، فتح الباري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، ب. ط، دار المعرفة - بيروت، 1379هـ.

-ابن الرفعة (ت: 710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، ط1، دار الكتب العلمية-لبنان، 2009، ج13، ص32.

-أبو بكر الدمياطي(ت: 1310هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1418هـ - 1997م.

-أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، ب. ط، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357هـ - 1983م

-إسماعيل المزني (ت: 264هـ)، مختصر المزني، ب. ط، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ/1990م.

-البُخَيْرَمِيّ (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ب. ط، دار الفكر، بيروت، 1415هـ - 1995م.

- الجويني (ت: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهارسه: عبد العظيم محمود الديب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ - 2007م
- الدِّميري أبو البقاء الشافعي (ت: 808هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق: لجنة علمية، ط1، دار المنهاج - جدة، 1425هـ - 2004م.
- السنيني (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ب. ط، دار الكتاب الإسلامي، ب. ت.
- السنيني (ت: 926هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ب. ط، دار الفكر للطباعة والنشر، ب. م، 1414هـ/1994م.
- الشافعي(ت: 204هـ)، الأم، ب. ط، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ - 1990م.
- الشافعي(ت: 204هـ)، الأم، تحقق: رفعت فوزي عبد المطلب، ط1، دار الوفاء، 2001م.
- الشربيني(ت: 977هـ)، مغني المحتاج، ط1، دار الكتب العلمية - لبنان، 1415هـ - 1994م، ج4.
- القزويني (ت: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1417هـ - 1997م.
- برهان الدين مازة (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ - 2004م.
- شمس الدين، الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م.
- الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ب. ط، المكتبة العصرية - بيروت - لبنان، 1988م.
- النووي (ت: 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ

قائمة المصادر والمراجع.

- الأسيوطي (ت: 880هـ)، جواهر العقود، تحقيق: مسعد عبد الحميد - محمد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، 1417 هـ - 1996م.
- الفيروزآبادي الشيرازي (ت: 476هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1403 هـ - 1983 م، ص165/
- مصطفى الحن ومصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط4، دار القلم، دمشق-سوريا، 1413هـ-1992م.
- الفقه الحنبلي:
- ابن قائد (ت: 1097هـ)، منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1419هـ - 1999م.
- إسحاق المروزي، المعروف بالكوسج (ت: 251هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، تحقيق: مجموعة من المحققين، ط1، الجامعة الإسلامية بالمدينة، 1425 - 2004م.
- الشيباني (ت: 241هـ)، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، تحقيق: زهير الشاويش، ط1، المكتب الإسلامي - بيروت، 1401هـ 1981م.
- المقدسي (ت: 624هـ)، العدة شرح العمدة، ب. ط، دار الحديث القاهرة، 1424هـ 2003م.
- زين الدين المنجي التنوخي (ت: 695 هـ)، الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش،
- شمس الدين الزركشي (ت: 772هـ)، شرح الزركشي، ط1، دار العبيكان، 1413 هـ - 1993 م.
- مصطفى السيوطي الرحباني (ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415هـ - 1994م.
- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ- 1994م

- ابن العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1427هـ.
- ابن تيمية (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف - الرياض، 1404هـ.
- ابن تيمية (ت: 728 هـ)، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزار، ط3، دار الوفاء، 1426 هـ / 2005 م.
- ابن تيمية، المحرر في الفقه، ط2، مكتبة المعارف - الرياض، 1404 هـ - 1984م.
- ابن عقيل (ت: 513 هـ) التذكرة في الفقه، تحقيق وتعليق: الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة، القاضي بمحكمة عفيف، ط1، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، 1422 هـ - 2001 م.
- ابن قدامة (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ب. ط، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.
- ابن قدامة، الكافي في فقه الأمام أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1414 هـ - 1994م.
- ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، الجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي أو الدواء والدواء، ط1، دار المعرفة - المغرب، 1417هـ، 1997م.
- ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، زاد المعاد، ط27، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1415 هـ / 1994م.
- إسحاق الكوسج (ت: 251هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، ط1، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1425هـ - 2002م.
- البهوتي (ت: 1051 هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق: الناشر مكتبة الرياض الحديثة، ب. ط، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض، 1390هـ.
- الزركشي (ت: 772 هـ)، شرح الزركشي على متن الخرقى، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ب. ط، ب. ن، ب. ت.

- الصالحى(ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، 1415 هـ - 1995 م.
- عبد الرحمن النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط1، ب. ن، 1397هـ.
- عبد السلام أبو البركات (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مكتبة المعارف - الرياض، 1404 هـ - 1984 م.
- محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، ط1، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425 هـ - 2004 م.
- منصور بن يونس البهوتى (ت: 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، ب. ط، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ب. ت.
- الفقه الظاهري.
- بن حزم الأندلسي (ت: 456هـ)، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ب. ط، دار التراث - القاهرة، ب. ت.
- الفقه العام:
- ابن المنذر (ت: 319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، ط1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، 1425 هـ - 2004 م.
- أحمد فرج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ب. ط، الدار الجامعية، 1988 م.
- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1961 م.
- محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، ب. ط، دار الفكر العربي، ب. ت.

- محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012م.
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم - دمشق، 1425هـ - 2004م
- ب- كتب أصول الفقه والقضاء والسياسة الشرعية:
- كتب أصول الفقه:
- السيوطي (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1411هـ - 1999م.
- ابن الهمام (ت: 861هـ)، فتح القدير، ب. ط، دار الفكر - لبنان، ب. ن.
- الآمدي (ت: 631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، ب. ط، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان
- الشوكاني (ت: 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط1، دار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م.
- القرافي (المتوفى: 684)، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق: خليل المنصور، ب. ط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1418هـ - 1998م.
- محمد الزرقا (ت: 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2، دار القلم - دمشق / سوريا، 1409هـ - 1989م
- كتب السياسة الشرعية والقضاء:
- الثَّسُولِي (المتوفى: 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، 1418هـ - 1998م
- 3- كتب قانون:
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، ط1، دار الخلدونية، القبة - الجزائر، 1429هـ - 2008.
- بوحالة الطيب، الفحوصات الطبية قبل الزواج، دار الفكر والقانون، ب. ط، 2010م.
- حسن صباريني غازي، الوجيز في حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1994م.

- حسن صباريني غازي، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته الأساسية، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997م.
- صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج- دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011م.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010م.
- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة-الجزائر، 2006.
- محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان " الحقوق المحمية، ط:1 دار الثقافة، 2007.
- مروك نصر، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية، ب. ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2010م.
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ط 14، دار هومة، الجزائر، 2012، ص95-96.
- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ب. ط دار الكتب القانونية، مصر ، 2004م .
- الجيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2001م
- العربي بالحاج، الأحكام الشرعية والطبية للمتوفي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد42، سنة 1999.
- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017م.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ب. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013م.
- الغوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000م.

-حسن صباريني غازي، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط2، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997 م.

-رشدي شحاته أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ب. ط، الاسكندرية- مصر، ب. ت.

-شوكت محمد عرسان عليان، السلطة القضائية في الإسلام -دراسة موضوعية مقارنة- ب. ط، جامعة الأزهر، مصر، ب. ت.

-صالح جمعة الجبوري، الولاية على النفس، ط1، مؤسسة الرسالة، 1396هـ

-الحسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى المحكمة العليا من سنة 1912 إلى 2001 ، ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل)، ط3، دار هومو- الجزائر، 2014م.

-محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ط2، دار الوعي، الرويبة- الجزائر، 1436هـ-2015م.

- كتب العقيدة:

-ابن تيمية، الفرقان بين أولياء الرحمن وأولياء الشيطان، حققه وخرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، ب. ط، مكتبة دار البيان، دمشق، 1405 هـ - 1985 م.

-الشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الاعتصام، تحقيق ودراسة: الجزء الأول: د. محمد بن عبد الرحمن الشقيير- الجزء الثاني: د سعد بن عبد الله آل حميد- الجزء الثالث: د هشام بن إسماعيل الصيني، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ - 2008 م.

- كتب طب:

-ابن سينا (ت: 428هـ)، القانون في الطب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1420هـ-1999م.

-محمد عابد الجابري، الكليات في الطب، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت - لبنان، ب. ت.

كتب متنوعة:

- الشهري سلمان، عش الزوجية، ط1، دار طويق للنشر والتوزيع الرياض، ب. ت، ص74.
- القرضاوي، فتاوى معاصرة، ب. ط، مكتبة وهبة، ب. ب، ب. ت.
- رابطة العالم الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المنعقد في مكة المكرمة بتاريخ:
2005/06/01.

- عبد الرحمن بن حسن النفيسة، الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، ب. ط، ب. ن، ب. ت.

- عبد الفتاح أحمد أبو كيلة ، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به-
دراسة مقارنة- ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008م.

- عكاشه عبد المنان، الزواج المثالي، ط1، مكتبة التراث الاسلامي، القاهرة- مصر،
1993م.

- على محي الدين القره داغي و علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة- دراسة
طبية فقهية مقارنة، ط3، شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-
لبنان، 2008م.

- محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، ط3، مكتبة الرسالة الحديثة، 1423هـ- 2002م.
ثالثا: المجالات العلمية والجرائد.

1-المجلات العلمية:

- الأكحل بن حواء، مقارنة بين تزويج المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة
الأصالة، جانفي 1978، العدد: 53.

- الصالح محمد أحمد، منهج الإسلام في الأخذ بالأسباب لإقامة الأسرة الراشدة، مجلة الأمن
والحياة، العدد: 226، ربيع الأول 1422هـ.

-أعمر يحياوي، الإجراءات الإيجابية، أي حل لمعالجة اللامساواة الفعلية بين الرجل والمرأة،
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية المجلد 45 ، العدد 1 ، 2008.

- العربي التومي، النقص التشريعي في أحكام الزواج والطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيسي البليدة 2 الجزائر، العدد:2، سنة: 2020.
- بسام أحمد شهاب، عيوب الزواج وأثاره على في تقويض الروابط الزوجية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت عدد3، 2009.
- تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر كلية الحقوق، العدد:1، سنة: 2000.
- حبيب خدش، الجزائر والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة م. ت. م. م. تيزي وزو، العدد الأول، سنة، 2004 ، ص66.
- حبيب خدش، الجزائر والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المحاماة م. ت. م. م. تيزي وزو، العدد: 1، سنة: 2004، ص66.
- دنوني هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد: 3، 2000.
- سعيد محمد نجيب، التغيير الجنسي من منظور قانوني وشرعي، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ، جامعة تلمسان -الجزائر، العدد: 2، سنة 2020م.
- شاهين وائل، الفحص قبل الزواج يقي من المشاكل الصحية، مجلة: الاقتصاد الإسلامي العالمية، دبي، جمادى الآخر-1415هـ/ديسمبر 1994، العدد 163.
- عبد الله حاج أحمد، إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، المجلة الدراسات الفقهية والقضائي الجزائري، المجلد:1، العدد:1، ديسمبر 2015.
- علي فيلاي، أمتناع الأب عن تزويج ابنته، تعليق على قرار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر دار الحكمة، الجزائر، العدد 41، رقم:1، سنة 2000.
- مصلح عبدالحى النجار، الفحص قبل الزواج في الفقه الإسلامي، مجلة: جامعة الملك سعود، العلوم التربوية والدراسات الإسلامية، الرياض المملكة العربية السعودية ، سنة: 1425هـ، مجلد:1.

-محمد الحسيني حنفي، تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة عين شمس -مصر، العدد الثامن ، جويلية 1974م.

-ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، كلية الشريعة جامعة مؤتة الأردن، جامعة دمشق، المجلد 17، العدد:1، 2001م.

2-الجرائد:

-بيان المجلس الإسلامي الأعلى عقد دورته 31 المنعقدة يومي: 26-27/ 12/ 2006؛ جريدة الخبر، يوم 04/01/2007م.

رابعا: ملتقيات وندوات علمية.

- الطبطباي، وليد، دور الزواج، في الوقاية من مرض الإيدز، ندوة: رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز ، المنعقدة في الكويت 1414هـ، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

-كميلية حلمي، دور القيم في مواجهة العنف المنزلي، ورقة مقدمة في المؤتمر الدولي، مواجهة ظاهرة العنف الأسري .. الواقع والمأمول، الاسكندرية -مصر، 2006م.

خامسا: الرسائل الجامعية

1-اطروحات الدكتوراه:

- الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، البلدة، جامعة سعد دحلب، 2001-2002م.

- بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016م.

-علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2012-2013.

- ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في جسامه الجسد في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون- الجزائر، سنة 1996-1997م.

-محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه ، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008-2009م.

2-رسائل الماجستير:

- توفيق شندارني، فسخ عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995-1996م.

- حكيم صاحب ، تماثيل المرأة في الجزائر والقانون الدولي ، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون، تخصص، القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية بكالوريوس القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 08 أكتوبر 2005.

- سهام صقر، أحكام الصداق في التشريع الإسلامي، وتقتين الأسرة الجزائرية-رسالة ماجستير - جامعة الأمير عبد القادر، سنة 1999م.

- مطاري هند، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وانعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة ماجستير ، مركز الجامعي لبويرة، معهد الحقوق، 2010-2011.

-رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1994-1995م.

-مختاري عبد الكريم، الممارسة الممارسة الجزائرية في مجال المعاهدات الدولية على ضوء دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانوني الدولي، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2003-2004م.

سادسا: القوانين وأوامر والمراسيم.

1-القوانين:

قانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المنشور بالجريدة الرسمية (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد3، سنة 2005.

-القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.

قانون رقم 05-07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، المعدل والمتمم الأمر 75 / 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن: القانون المدني الجزائري، المنشور في الجريدة الرسمية (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، 2007م.

2-الأوامر:

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ص 41.

- الأمر 66- 166 المؤرخ في 14 صفر عام 1346 الموافق 4 يونيو سنة 1966 ، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة العدد 49 ، المؤرخ في 21 صفر عام 1346 الموافق 11 يونيو سنة 1966 ، المعدل والمتمم.

-الأمر رقم 274 - 59، المؤرخ في: 04/02/1959 م، والمرسوم الصادر، بكيفية تطبيق نفس الأمر في: 17/09/1959م، والمتعلقة بالزوج الفرنسي وهي مادة معدلة بموجب القانون الفرنسي.

-الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، المتضمن لقانون الصحة العمومية، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 101.

-الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 139 الموافق لـ 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائري المتمم والمعدل.

3-المراسيم:

-المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 27 محرم عام 1442 هـ الموافق 15 سبتمبر 2020، المتضمن الدستور، المنشور بالجريدة الرسمية (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 54، سنة 2020.

- المرسوم الرئاسي رقم 51/96 ، مؤرخ في 22 جانفي 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ، ج ر ع 06، بتاريخ 24 جانفي 1996.

-المرسوم التنفيذي رقم 06/154 المؤرخ في 11/06/2006 يحد الشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون 84/11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، الصادر في 11/06/2006.

-المرسوم الرئاسي 20-252، المؤرخ في 27 محرم عام 1442هـ الموافق لـ 15 سبتمبر 2020م، المتضمن: تعديل الدستور، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 54، سنة 2020م.

سابعا: المواقع الالكترونية

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، على موقع الإنترنت
www.ioc-iphrc.org/ar/data/docs/legal instruments/Basic

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على موقع الإنترنت.
www.nhrc-qa.org/wp-cont/uploads

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية
www.nhrc-qa.org/wp-cont/uploads

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/b065.html> جامعة مينسوتا،

مكتب حقوق الإنسان -

- البروتوكول الإضافي
<http://www.droit humain.org/femme/comit/onu/htm>

- الأمم المتحدة ، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الفريق المعني بدور العدالة في تعزيز وتنفيذ حقوق المرأة. www.ohchr.org/ar/taxonomy/term/13145

- Collectif 95 Maghreb, Egalité, livre blanc sur les instrument internationaux relatives, aux droit de le femme et leur réception dans les législation nationales, des pays de Maghreb, Algérie, Maroc Tunisie,"Novembre, 1994

www.google.com/search?q=Collectif+95+Maghreb

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/b065.html>
- صحيفة المعلومات رقم 22 "التمييز ضد المرأة والاتفاقية واللجنة" الصادرة عن الأمم المتحدة - جنيف ، فبراير 1995م.
www.google.com/search?q=www.allstudy -نصر لطفي، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي www.allstudyjournal.com
- Haut-commissariat des nations unies aux droits de l'homme et programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA, op.cit,
<https://www.google.com/search>
- منظمة الصحة العالمية على موقع
<https://www.who.int/ar>
- قرار رقم 83(8/13)، مجلة الفقه الإسلامي، عدد 8.
<https://www.fiqhacademy.org.sa> -كميلية حلمي، دور القيم في مواجهة العنف المنزلي، ورقة مقدمة في المؤتمر الدولي، مواجهة ظاهرة العنف الأسري... الواقع
- www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women
- UNICEF, DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS, op. cit., (translated from English)
books.google.dz/books?hl=fr&lr=&id=FOn-h6oSVQwC&oi=fnd&pg=PA1&dq=UNICEF,+DOMES

TIC+VIOLENCE+AGAINST+WOMEN+AND+GIRLS

,op.+cit,+No.+6

- فاطمة عبد الرؤوف، العنف ضد المرأة قراءة في إشكاليات الفكر النسوي، على موقع الأنترانت:

www.alrased.net/main/articles.aspx?selected_article_no=3
519

https://zims- الموسوعة البريطانية :

ar.kiwix.campusafrika.gos.orange.com

- اتفاقية الرضا بالزواج -
www.ohchr.org/ar/instruments-
mechanisms/instruments/convention-consent-marriage-
minimum-age-marriage-and

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، الاجتماع 16 نيويورك،
27/ حزيران/ 2010.

.CEDAW/SP/2010/2

-الخبير المستقل المعني بالميل الجنسي والهوية الجنسية ، مكتب الأمم المتحدة لحقوق الإنسان
التابع للمفوض السامي، الأمم المتحدة، على موقع الإنترنت

news.un.org/ar/story/2020/06/1056732

5- فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	الإهداء
	شكر وعرفان
أ	المقدمة
	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمصطلحات المتعلقة بالموضوع
	المبحث الأول: مفهوم الشروط الموضوعية للزواج وأنواعها
11	المطلب الأول: مفهوم الشروط الموضوعية للزواج
11	الفرع الأول: تعريف الشرط
12	الفرع الثاني: تعريف الموضوعية
13	الفرع الثالث: تعريف الزواج
15	الفرع الرابع: تعريف الشروط الموضوعية للزواج
16	المطلب الثاني: أنواع شروط الزواج
17	الفرع الأول: أنواع الشروط الموضوعية للزواج باعتبار خضوعها في تكييفها لسلطة القاضي
25	الفرع الثاني: شروط الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: مفهوم الاتفاقيات الدولية ومرجعيتها	
31	المطلب الأول: تعريف الاتفاقيات الدولية
31	الفرع الأول: تعريف للاتفاقيات الدولية لغة
32	الفرع الثاني: تعريف للاتفاقيات الدولية اصطلاحا.
32	المطلب الثاني: مرجعية الاتفاقيات الدولية
32	الفرع الأول: تعريف المرجعية لغة
33	الفرع الثاني: تعريف المرجعية اصطلاحا
33	المطلب الثاني: مرجعية الاتفاقيات الدولية
33	الفرع الأول: تعريف المرجعية لغة واصطلاحا
33	الفرع الثاني: مرجعيتها
37	المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالموضوع وبعض المصطلحات ذات الصلة
37	الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية التي لها علاقة بالموضوع
46	الفرع الثاني: المصطلحات التي لها علاقة بالموضوع
الفصل الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية للزواج المتعلقة بذات الزوجين	

50	المبحث الأول: الأهلية في الزواج.
50	المطلب الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي.
50	الفرع الأول: آراء الفقه الإسلامي في سن الزواج
52	الفرع الثاني: زواج المعتوه والمجنون وخيارهما بعد الإفاقة
53	المطلب الثاني: الأهلية في قانون الأسرة الجزائري.
53	الفرع الأول: سن الزواج القانوني
57	الفرع الثاني: الإذن القضائي بزواج القصر.
58	الفرع الثالث: الأهلية المتعلقة بالخصومة الزوجية.
59	الفرع الرابع: زواج المجنون والمعتوه في قانون الأسرة الجزائري.
60	المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الأهلية في الزواج.
60	الفرع الأول: الأهلية في الاتفاقيات الدولية
63	الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على أهلية الزواج
	المبحث الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج.
71	المطلب الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي
71	الفرع الأول: بعض عيوب النكاح وأثارها عند الفقهاء القدامى
75	الفرع الثاني: مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج

84	المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري
84	الفرع الأول: تنظيم الشهادة الطبية في القانون الجزائري
86	الفرع الثاني: شروط الفحص الطبي قبل الزواج
92	المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري.
93	الفرع الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في الاتفاقيات الدولية
98	الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الفحص الطبي قبل الزواج في ق أ ج
	المبحث الثالث: الصداق
102	المطلب الأول: الصداق في الفقه الإسلامي
102	الفرع الأول: حكم الصداق وشروطه ومقداره واثـر فساده
111	الفرع الثاني: أنواع الصداق
119	الفرع الثالث: ثبوت الصداق وتشطيره واسقاطه.
125	المطلب الثاني: الصداق في قانون الأسرة الجزائري.
125	الفرع الأول: حكم الصداق وشروطه.
126	الفرع الثاني: أنواع الصداق في قانون الأسرة الجزائري.
135	الفرع الثالث: الاختلاف في الصداق

136	الفرع الرابع: أثر تخلف شرط الصداق في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
137	المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الصداق في ق أ ج
137	الفرع الأول: الصداق في الموائيق الدولية
139	الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية عن الصداق
	الفصل الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الشروط الموضوعية المتعلقة بعقد الزواج غير الزوجين
	المبحث الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على الولاية في عقد الزواج:
144	المطلب الأول: الولاية في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:
144	الفرع الأول: أقسام الولاية
162	الفرع الثاني: حكم الولي في عقد الزواج وشروطه والولاية القاصرة.
180	المطلب الثاني: أحكام الولاية ودور الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
180	الفرع الأول: الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة.
182	الفرع الثاني: دور الولي والشروط اللازم توفرها فيه في قانون الأسرة الجزائري
194	المطلب الثالث: آثار الاتفاقيات الدولية على الولاية ودور الولي في عقد الزواج
194	الفرع الأول: الولاية ودور الولي في الزواج في الاتفاقيات الدولية
196	الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الولاية ودور الولي في الزواج

المبحث الثاني : أثر الاتفاقيات الدولية على الإشهاد على الزواج في ق أ ج	
203	المطلب الأول: حكم الإشهاد في النكاح وشروطه في الفقه الإسلامي
203	الفرع الأول: حكم الإشهاد في النكاح في الفقه الإسلامي
207	الفرع الثاني: شروط الشهود في الفقه الإسلامي
214	المطلب الثاني: حكم الإشهاد في قانون الأسرة الجزائري
214	الفرع الأول: حكم الإشهاد وشروطه في قانون الأسرة الجزائري
218	الفرع الثاني: وقت الشهادة في قانون الأسرة
220	المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الإشهاد في الزواج
220	الفرع الأول: الإشهاد في الاتفاقيات الدولية
220	الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية في الإشهاد على الزواج في قانون الأسرة المعدل 2005
المبحث الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على انعدام الموانع الشرعية للزواج	
226	المطلب الأول: انعدام الموانع الشرعية بين الزوجين في الفقه الإسلامي
226	الفرع الأول: المحرمات المؤبدة
245	الفرع الثاني: المحرمات حرمة مؤقتة
251	المطلب الثاني: انعدام الموانع الشرعية بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

252	الفرع الأول: المحرمات المؤبدة في قانون الأسرة الجزائري
255	الفرع الثاني: المحرمات المؤقتة
266	المطلب الثالث: أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج
266	الفرع الأول: موانع الزواج في الاتفاقيات الدولية
268	الفرع الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الموانع الشرعية للزواج في قانون الأسرة الجزائري
275	الخاتمة
280	فهرس الآيات القرآنية
283	فهرس الأحاديث النبوية
287	فهرس الآثار
288	قائمة المصادر والمراجع
314	فهرس المحتويات