

الأهلية وأركان الزواج

الخطبة:

- المقدمة

- المبحث الأول: الأهلية في الزواج

- المطلب الأول: مفهوم الأهلية

- المطلب الثاني: عوارضها وموانعها

- المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي

- المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري

- المبحث الثاني: أركان عقد الزواج

- المطلب الأول: الرضا

- المطلب الثاني: الولي

- المطلب الثالث: الشهود

- المطلب الرابع: الصداق

- المبحث الثالث: الزواج وأركانه ما بين القانون 11/84 والأمر 02/05

- المطلب الأول: المادة 7 من القانون 11/84 والمادة 7 من الأمر 02/05

- المطلب الثاني: المادة 09 من القانون 11/84 والمادة 09 من الأمر 04/05

- المطلب الثالث: آثار ذلك على عقد الزواج

- الخاتمة

المقدمة:

الزواج سنة من سنن الله تعالى في الخلق والتكوين وهي شاملة لعالم الإنسان والحيوان والنبات لقوله تعالى: "سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون" -36 سورة يس-

وهو الأسلوب الأمثل الذي اختاره الله تعالى للتكاثر واستمرار حياة الإنسان لقوله عز وجل: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء".

ولم يشأ أن يترك العلاقة بين الذكر والأنثى تتم بشكل فوضوي بل وضع نظاما ملانما يسوده، ليحفظ الشرف ويصون الكرامة فجعل ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطا كريما مبنيا على رضاها وعلى أركان تضمن سلامة زواجهما.

فالزواج لغة يعني الضم والجمع.

أما الزواج شرعا فهو عقد بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والمحافظة على الأنساب .

وبناء على ما تقدم فسنتناول الأهلية في الزواج وأركانه وذلك ما بين القانون 11/84 والأمر 02/05 والتغيرات التي حدثت ومدى أهميتها.

المبحث الأول: الأهلية في الزواج

المطلب الأول: مفهوم الأهلية

الأهلية من الخصائص المميزة للإنسان، حيث يتوقف على توافرها فيه معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق ومدى ما يمكن أن يلتزم به من واجبات وأحكام الأهلية ينظمها قانون الأحوال الشخصية وهي عادة ما تستمد من مبادئ الدين سواء في الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين أو مبادئ الدين المسيحي بالنسبة للمسيحيين.

والأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

ونقول ابتداءً أن أهلية الوجوب أهلية تمتع بالحقوق والتزام بالواجبات حتى لو لم يمارس الشخص بنفسه حقه أو التزامه، أما أهلية الأداء فهي مباشرة الشخص للحق أو الواجب أي استعماله بنفسه () .

المطلب الثاني: عوارضها وموانعها

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يكن متمتعاً بقواه العقلية كما إذا كان مصاباً بجنون أو عته فإن أهليته لا تكتمل حتى ولو لم يصدر حكم بذلك، إذ مثل هذه العوارض تذهب بإدراك الشخص وتمييزه، أما إذا كان مصاباً بسفه أو غفلة فإن أهليته تكتمل ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه سن الرشد بغير الرد.

ومعنى ذلك أنه إذا شعر الولي بأن الصغير غير متمتع بقواه العقلية عند بلوغه سن الرشد، فعليه أن يعرض الأمر إلى المحكمة مطالباً باستمرار الولاية والوصاية عليه إلى ما بعد بلوغه سن الرشد، ومتى تأكدت المحكمة من ذلك، فإنها تقضي باستمرار الولاية عليه قبل بلوغه سن الرشد، وتظل الولاية قائمة إلى أن يزول سبب استمرارها بحكم من المحكمة.

على الرغم من اكتمال الشخص أهليته إلا أنه قد يوجد في ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية، وهذه الموانع هي الغيبة كمانع مادي والحكم بعقوبة جنائية كمانع قانوني، وكذلك اجتماع عاهتين في الشخص وهي مانع طبيعي.

المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي

لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وقالوا أن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بعد مرحلتى الطفولة والتميز وهي تظهر طبيعياً بعلامات توجد في الفتى كالاختلام وفي الفتاة كالحيض.

ورغم هذا قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ بـ15 سنة للذكر والأنثى.

في حين ذهب الفقه المالكي أن نهايته 18 عاماً في الفتى والفتاة وعلى هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولاً واحداً، وأما الصبي غير المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء ولكنه يكون موقوفاً على إجازة وليه، على أنه ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه وهذا طبقاً لقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا لهم أموالهم ".

وهذا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر، فلو كان الزواج يصح في سن الصغر لما كان لهذه الغاية معنى.

ولقد نص الشرع على أنه يمكن للإناث أن يتزوجن مع صغر السن ولو لم يحضن وهذا طبقاً للآية 4 من سورة الطلاق " واللاني يسئن من المحيض من نسانكم إن ارتبتم... " () .

وبالحديث عن العدة فالكلام يتعلق بالطلاق عن العدة فالكلام يتعلق بالطلاق، والطلاق لا يكون إلا من زوجية صحيحة فدللت بالافتضاء على صحة زواج الصغيرة. والواقع العملي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عقد قرانه على أمنا عائشة رضي الله عنها في السادسة ودخل بها في التاسعة.

وأما فيما يتعلق بالعقل فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج فيجوز عندهم أن يزوج الولي (أب أو غيره) المجنون أو المجنونة وكذا المعتوه أو المعتوهة ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارناً وعند أبي حنيفة وأصحابه، وقال الإمام زفر " إذا بلغ عاقلاً ثم طراً عليه الجنون فلا يملك أحد تزويجه " وقال الجعفرية " بل الولاية حينئذ للقاضي لا للأولياء ".

المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية والعائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة شؤون الحياة والأعباء الزوجية.

ولقد ذهب الفقهاء وعلى رأسهم ابن شبرمة و عثمان البني وأبو بكر الأصبم إلى أن زواج الصغير ليس في مصلحته بل هو باطل ولا يترتب عليه أثر ما وهذا ما نصت عليه المادة 07 ق.أ، ق 11/84 " تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 والمرأة 18 سنة... "

فعندما كانت أهلية الزواج في المادة 05 من الأمر الصادر في 04-02-1959 سنة بالنسبة و 18 للرجل

وفي المادة 01 من القانون المؤرخ في 29-06-1963، 16 بالنسبة للمرأة و 18 بالنسبة للرجل. ونجدها ارتفعت في المادة 07 من قانون الأسرة الصادرة في 09 جوان 1984 إلى 21 للرجل و 18 للمرأة.

وتم تعديل هذه المادة بموجب الأمر 02/05 الذي اعتبر السن القانوني للزواج 19 سنة للرجل والمرأة.

وقد سابر المشرع الجزائري هنا سن الرشد القانوني والمالي وكذا تكاليف ومطالب الحياة الزوجية ومسائل النمو الديمغرافي في الجزائر، غير أنه قدر الأوضاع والعادات في البلاد فأجاز للقاضي في نفس المادة أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة (م 07 ق 11/84). وهذا من السياسة الشرعية ضمانا لمصلحة الشاب والمجتمع وبعد مراعاة إجازة الولي (م 81،86 ق.أ) ويكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا بطلانا مطلقا ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة (المادة 03 ف01 من ق.أ، 29 جوان 1963)، أما بعد الدخول فيصبح البطلان بطلانا نسبيا ويمكن الطعن فيه من طرف الزوجين فقط (المادة 253 ق 29 جوان 1963) وهناك كذلك العقوبة الجنائية ضد كل من ساهم في انعقاد الزواج دون احترام شرط السن الشرعي وهي بالحبس 15 يوما- 03 اشهر أو بغرامة 400-1000 دج. والعقوبة تشمل ضابط الحالة المدنية أو قاضي الأحوال الشخصية وكذلك الممثلين الشرعيين للزوجين ().

ويكون تقدير السن الشرعي للزواج وقت انعقاد وليس وقت الدخول وهو يعتمد على البيانات الواردة في سجل الحالة المدنية للزوجين ويشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ (فكرة مأخوذة من المادة 21،82 ق.أ). وللقاضي الإذن بعد إجازة الولي بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من الأطباء في الأمراض العقلية، أن زواجه قد يفيد في شفائه وعليه يجب أن يكون كلا الزوجين عاقلين، بالغين خاليتين من الموانع الشرعية، وأن الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على إجازة الولي وترخيص من القاضي (7،83 من ق.أ)، وهذا قد نص المشرع الجزائري صراحة على أنه من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو العته أو السفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام قانون الأسرة م81.

إذا بلغ الشخص سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 34 ق.أ، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي ().

وكما ذكرنا آنفا فإن السن القانوني للزواج محدد صراحة بموجب نصوص قانونية فلا يمكن أن ينعقد عقد الزواج قبل بلوغ هذا السن القانوني هذا الأصل العام، لكن يجوز استثناء للقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، هذا ما قرره المادة 07 من الأمر 02/05.

وتمنح المادة للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

المبحث الثاني: أركان عقد الزواج

المطلب الأول: الرضا

هو عبارة عن إيجاب وقبول من طرفي العقد وهما الزوج والزوجة.

فالإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين دالا على رضاه بالعقد .

والقبول: هو اللفظ الذي يصدر ثانيا من المتعاقدين الآخر دالا على موافقته على رغبة الأول ولا يشترط ان يصدر الإيجاب من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع من الأول يعتبر إيجابا ولو كان من المرأة والثاني يكون قبولا.

وقد أجازت المادة 10 ق.أ.ج بأن يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويؤيد ذلك ما جاء في الآية 50 من سورة الأحزاب.

فما هي الصيغة اللفظية في الإيجاب والقبول ؟

وهل يجب أن يصاغ الإيجاب والقبول بمادة لغوية خاصة " كالزواج، النكاح "؟ ، أو يكفي كل ما يدل على ذلك ؟ ، والمتفق عليه عند الفقهاء أن لفظي الزواج والنكاح هما ما ينعقد بهما الزواج من غير دليل أو قرينة، لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة والشرع للدلالة على هذا العقد وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة.

أما الجمهور فلقد أجاز العقد بما عداهما من الألفاظ بكل ما يدل عليه الوضع اللغوي.

لكن الصيغة التي استعملها الشارع لإنشاء العقود هي صيغة الماضي، لأن دلالتها على حصول الرضا من الطرفين قطعية ولا تحتمل أي معنى آخر.

بخلاف الصيغة الدالة على الحال أو الاستقبال فإنها لا تدل قطعا على حصول الرضا وقت التكلم فلو قال الخاطب: " زوجني ابنتك، فقال: زوجتها لك، انعقد الزواج، لأن صيغة زوجني دالة على معنوي والعقد يصح أن يتولاه واحد من الطرفين " .

فإن قال " زوجني، فرد عليه: قبلت، كان مؤدى ذلك أن الأول وكل الثاني، والثاني أنشأ العقد عن الطرفين بعبارة " .

وقد يستثنى بعض الفقهاء عقد الزواج بالتعبير بما يراد به المستقبل، وذلك بان يقول الرجل "زوجيني نفسك على مهر قدره كذا"، وفيه معنى الأمر، فإن قالت "قبلت" تم ذلك الإيجاب والقبول.

على أن صيغة العقد بالمضارع يصح بها العقد، وإذا كانت بدلالة الحال على أنها للإيجاب لا للوعد، فلو قال الرجل "أتزوجك على مهر قدره كذا"، وقالت "أقبل أو قبلت" صح العقد، لأن دلالة الحال على أنهما لا يريدان المفاوضة، وإنما يريدان الإنجاز.

والاتفاق الفقهي حاصل بعدم الانعقاد بالألفاظ التي لا تدل على التملك للعين في الحال ولا على بقائه مدى الحياة "ابحتك نفسي، أعرتك نفسي، وهبتك نفسي" فالأصل أن لا ينعقد بهذا العقد لأنها لا تفيد التملك في الحال والبقاء مدى الحياة، إذ الأصل في الزواج الاستمرارية.

أما إذا كان بالألفاظ تدل على تملك العين في الحال وبقاء الملك من لفظ "ملكك نفسي، وهبتك نفسي" وفي ذلك ذهب الفقهاء إلى مذهبين:

- الأول: مذهب الحنفية والمالكية: وفيه أن عقد الزواج يصح بهذه الألفاظ، الآية 50 من سورة الأحزاب، بشرط وجود قرآن دالة على الزواج دون غيره "المهر..."

- الثاني: مذهب الحنابلة والشافعية: ويرون أن الزواج ليس بكافي العقود والأصل أن لا ينعقد بها الزواج، إذ أن أغلب الأدلة في النصوص الشرعية وردت بلفظ الزواج والنكاح، وللترجيح يميل الفقهاء إلى اعتبار لفظي الزواج والنكاح أصليين ثابتين وما كان مفيدا لمعناهما لا يثبت به الزواج إلا بالقرآن الدالة عليهما ().

المطلب الثاني: الولي

الولاية حق شرعي، ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه، وهي ولاية عامة وولاية خاصة، والولاية الخاصة ولاية على النفس، وولاية على المال.

والولاية على النفس هي المقصودة هنا أي ولاية على النفس في الزواج.

والولي هو أبو الزوجة أو الوصي أو الأقرب من عصبتها أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي" وقول عمر رضي الله عنه "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان".

ورأي الجمهور: أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة لم يصح النكاح وهو رأي كثير من الصحابة رضي الله عنهم.

ومن أدلتهم حديث عائشة وأبي موسى وبين عباس "لا نكاح إلا بولي".

وحديث عائشة "أما امرأة تكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإذا استجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

وحديث أبي هريرة "لا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها".

ومهما يكن من خلاف في ولاية المرأة فإنه يجب على الولي أن يبدأ بأخذ رأي المرأة ويعرف رضاها قبل العقد، إذ أن الزواج معاشرة دائمة وشركة قائمة بين الرجل والمرأة ولا يدوم الونام ويبقى الود والاتسجام ما لم يعلم رضاها.

ويشترط في الولي شروط متفق عليها بين الفقهاء.

1- كمال الأهلية: بالبلوغ والعقل والحرية، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه (ضعيف العقل) أو السكران وكذا مختل النظر بهرم أو خبل والرقيق، لأنه لا ولاية لأحد من هؤلاء ولا على نفسه.

2- اتفاق دين الولي والمولى عليه: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا المسلم على غير المسلم، أي لا يزوج عند الحنفية والحنابلة كافر مسلمة ولا عكسه، وقال الشافعية وغيرهم يزوج الكافر الكافرة سواء أكان زوج الكافرة كافرا أو مسلما، وقال المالكية "يزوج الكافرة الكتابية مسلم" ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر لقوله تعالى "والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض" - التوبة 71- وقوله تعالى "والذين كفروا بعضهم أولياء بعض" - الأنفال 73- وقوله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" - النساء 141-. والسبب في اشتراط اتحاد الدين هو وجهة النظر في تحقيق المصلحة ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر. ويستثنى من ذلك الإمام أو نائبه، لأن له الولاية العامة على جميع المسلمين.

وهناك شروط أخرى في الولي مختلف في اشتراطها وتتمثل أساسا في:

1- الذكورة: شرط عند الجمهور غير الحنفية فلا تثبت ولاية الزواج للأنتى، أما الحنفية فلا يعتبرون الذكورة شرطا في ثبوت الولاية فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير بطريق الولاية أو الوكالة.

2- العدالة: وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر وهي شرط عند الشافعية وعند الحنابلة لما رو عن بن عباس " لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد " لأنها ولاية تحتاج إلى النظر وتقدير المصلحة ويستثنى من هذا الشرط السلطان لأنه ولي من لا ولي لها. وذهب الحنفية والمالكية إلى أن العدالة ليست شرطا في ثبوت الولاية فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج ابنته أو ابنة أخيه مثلا لأن فسقه لا يمنع وجود الشفقة ورعاية المصلحة ولم ينقل أو وليا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعده منع التزويج بسبب فسقه.

3- الرشد: ومعناه عند الحنابلة معرفة الكفاء ومصالح النكاح لا حفظ المال. وعناه عند الشافعية هو عدم تبيذير المال. والرشد شرط عند الشافعية على المذهب والحنابلة في بحوث الولاية. وقال الحنفية والمالكية " ليس الرشد بمعنى حسن التصرف في المال شرطا في ثبوت الولاية فيصح للفسق ولو محجورا عليه أن يتولى تزويج غيره"، لكن يستحب عند المالكية أن يكون التزويج من السفه ذي الرأي بإذن موليته، وبإذن وليه فإن زوج ابنته مثلا بغير إذن وليه ندب أن ينظر الولي لما فيه المصلحة، فإذا كان صوابا أبقاه وإلا رده، فإذا لم ينظر فهو ماض () .
وتثبت الولاية للأقارب العصابات، الأقرب فالأقرب.

المطلب الثالث: الشهود

المراد بالشاهدين أن يحضر العقد اثنان فأكثر من الرجال العدول المسلمين، لقوله تعالى " وأشهدوا ذوي عدل منكم " -الطلاق 02- ، وقوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، وأما حكم الإشهاد على الزواج فقد ذهب جمهور العلماء إلى أن الزواج لا ينعقد إلا ببينة ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضورا حالة العقد ولو حصل إعلان عنه بوسيلة أخرى وإذا شهد الشهود أوصاهم المتعاقدين بكتف العقد وعدم إذاعته كان العقد صحيحا واستدلوا على صحته بما يلي () :

- أولا: عن بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة " رواه الترمذي.
- ثانيا: وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "، وهذا النفي يتوجه إلى الصحة وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطا لأنه قد استلزم عدم الصحة وما كان كذلك فهو شرط.

- ثالثا: وعن أبي الزبير أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال " هذا نكاح السر، ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت ". وقال الترمذي " والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم " قالوا " لا نكاح إلا بشهود لم يختلف في ذلك من مضى منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم ".

- رابعا: ولأنه يتعلق به حق المتعاقدين وهو الولد فاشتترط الشهادة فيه لنلا يجحد أبوه فيضيع نسبه.

- ويرى بعض أهل العلم أنه يصح بغير شهود: منهم الشيعة ويزيد بن هارون وابن المنذر.

- ويشترط في الشهود: العقل والبلوغ وسماع كلام المتعاقدين مع فهم أن المقصود به عقد الزواج، فلو شهد على العقد صبي أو مجنون أو أصم أو سكران فإن الزواج لا يصح إذ أن وجود هؤلاء كعدمه.

*شهادة النساء: يشترط الشافعية والحنابلة في الشهود الذكورة فإن عقد الزواج برجل وامرأتين لا يصح لما رواه أبو عبد عن الزهري أنه قال " مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ".

- ولأن عقد الزواج عقد ليس بمال، ولا المقصود من المال ويحضره الرجال غالبا فلا يثبت بشهادتين كالحدود.

- والأحناف لا يشترطون هذا ويرون أن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كافية لقول الله تعالى: " واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء " -البقرة 282- ولأنه مثل البيع في أنه عقد معاوضة فيعقد بشهادتين من الرجال.

المطلب الرابع: المهر

المهر هو حق مالي أوجبه الشرع للمرأة في نمة الرجل في عقد الزواج الصحيح أو في الدخول بشبهة، وفي مقابل الاستمتاع فأقل ما يقال عنه أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاطه فهو واجب لقوله تعالى " وأتوا النساء صدقاتهن نحلة " -النساء 04، وقوله صلى الله عليه وسلم " التمس ولو خاتما من حديد " ولا يوجد حد أقصى لقيمته لأن الشرع يحث على عدم المغالاة فيه.

والراجع في الفقه ألا تحديد لقيمته ويصلح من المهر كل مقوم معلوم وكل منفعة تقوم بالمال تصح أن تكون مهرا. م14 " هو ما يدفع نحلة من نقود أو غيرها".

*والمهر المسمى: هو الذي اتفق عليه الطرفان سواء ذكر في العقد أو لم يذكر ولكن حصل عليه التراضي ويجب للزوجة على زوجها لشترطين:

- أن تكون التسمية صحيحة.

- وإلا وجب لها مهر مثيلاتها وهو سلطة تقديرية للقاضي فتنص المادة 15 من القانون المدني على وجوب تحديد المهر، وقد يحدد المهر حسب الأعراف والعادات والزمان والمكان، أو مراعاة للسن والجمال والمكانة العلمية.

- وعبر القانون الجزائري عن المهر بكلمة " الصداق" وهو ركن من أركان عقد الزواج كما نصت عليه المادة 09 من قانون 11/84 "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"

- ويجوز في الصداق أن يكون نقودا أو أشياء أخرى قيمة مما هو مباح شرعا وهو ملك للزوجة ولها حرية التصرف فيه كما تشاء (م14 ق.أ)

- وتحديد الصداق ركن أساسي لعقد الزواج سواء كان حالا أو مؤجلا ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الحد الأدنى للصداق تاركا ذلك للظروف المحيطة بالزواج ولكن المشكلة هي غلاء الصداق ونفقات الأعراس مما يمثل عبئا على الرغبة في الإقدام على الزواج مما نتج عنه عزوف الكثيرين من الشباب عن الزواج.

*متى يسقط الصداق عن الزواج؟:

- الحالة 01: يسقط الصداق عن الزوج إذا برأته الزوجة منه.

- الحالة 02: بخيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون أي يصبح من الحق خيار فسخ الزواج قبل وقوعه.

- الحالة 03: إذا حصلت الفرقة بسبب الزوجة وذلك قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي (الخلوة الصحيحة)

- الحالة 04: إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة وذلك من قبل الزوج بفسخ بخيار بلوغ أو إفاقة حيث يسقط كل الصداق على أن تتم الفرقة بحكم قضائي يسقط الصداق كله وهو نفض للعقد من أساسه.

- الحالة 05: لا يثبت الصداق في الزواج الفاسد إلا بدخول حقيقي فإن كانت المفارقة قبل الدخول في الزواج الفاسد فلا تتحدث عن الصداق أصلا.

مؤكدات المهر:

-حددت مؤكداات المهر المادة 16ق.أ.ج وأولها: الدخول في النكاح الصحيح - وفاة الزوج - الخلوة الصحيحة.

1- الدخول الحقيقي:

-يؤكد المهر المسمى في العقد أو المتفق عليه بعده أو مهر المثل فإن حصل الدخول لا يسقط المهر بشيء إلا بإبراء الزوجة إذ هو من الحقوق الثابتة لها في ذمة زوجها كما يسقط نصفه إن حصل الطلاق قبل الدخول.

2-وفاة الزوج:

ينهي الموت عقد الزواج بعد أن تقرر أحكامه ومنها الميراث والمهر وسواء كان الموت طبيعيا أو بقتل أجنبي أو بقتل الزوج نفسه أو بقتل الزوجة زوجها، إذ يبقى المهر مؤكدا وكذا إن قتلت الزوجة نفسها على خلاف في الفقه عند من اعتبرها من المرتدين يسقط مهرها، أما الموت بقتل زوجها فيسقط المهر كله عند الجمهور بقولهم " إن حرمت بنص الشرع من الميراث بقتل زوجها فأولى أن تحرم من المهر".

3-الخلوة الصحيحة (بعد العقد):

وهي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان آمن لا اطلاع عليهما فيه ولم يكن ثمة مانع حقيقي أو طبيعي أو شرعي، فإن حصل ذلك الاجتماع وعلى ذلك النحو تأكد المهر ووجبت العدة ولو لم يحصل الاجتماع بدخول حقيقي وقد تحدثت المالكية عن خلوة الزيارات التي تقع بين الزوجين بعد العقد، والأصل فيه أن قول الزائر مع يمينه إذا كان في بيتهما، أما إذا كانت الزيارة في بيت ثان:

أ- إذا ادعت الوطأ وأنكر فالقول قوله مع يمينه.

ب- إن ادعى هو وأنكرت فالقول قوله ويلزم بالمهر كله.

المبحث الثالث: الزواج وأركانه ما بين 11/84 و الأمر 02/05

المطلب الأول: المادة 07 من القانون 11/84

- المادة 07 من ق 11/84: " تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 21 سنة وللمرأة 18 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو لضرورة "

- المادة 07 من الأمر 02/05: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي ان يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج "

وبالمقارنة بين المادتين نجد أن في المادة 7 من ق 11/84 قد اشترطت سن 21 للرجل و 18 للمرأة بينما قلصها الأمر 02/05 ب 19 سنة لكل من الرجل والمرأة. ويمكن أن نرجع ذلك إلى عدة أسباب من أهمها الموافقة مع سن الرشد وهذا طبقا للمادة 40 ق.م.

وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك في كل من القانون 11/84 والأمر 02/05 إذا كان هذا الأخير أضاف أنه يجب التأكد على قدرة الطرفين على الزواج وهذا يعني بالتأكد القدرات المالية، الصحية، الاقتصادية...

للزوج القاصر المرشد بقوة القانون حقه في التقاضي بخصوص ما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات.

المطلب الثاني: المادة 9 من ق 11/84 والأمر 02/05

- المادة 09 من ق 11/84: " يقوم عقد الزواج برضا الزوجين ويولي الزوجة وشاهدين وصادق "

- المادة 09 من الأمر 02/05: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "

- المادة 09 مكرر من الأمر 02/05: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج "

مما سبق نستنتج أن المشرع حصر أركان عقد الزواج في الرضا فقط بينما الأركان الأخرى فلقد أصبحت في الأمر 02/05 تعد شروطا أساسية. فأصبح الركن الأساسي والوحيد للزواج هو الرضا أي إيجاب وقبول كل من الزوجين.

- المادة 11 من الأمر 02/05: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره "

- " دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب أو أحد الأقارب الأولين والقاضي لمن لا ولي له "

وبالتالي فبعدما كان الولي هو الذي يتولى تزويج المرأة أصبحت المرأة الراشدة تعقد زواجها بنفسها وقد يكون بحضور وليها أو أي شخص آخر.

فلاحظ أنه بعدما كانت الولاية للأقارب العصابات والأقرب فالأقرب أصبحت بموجب الأمر 02/05 تمنح لأي شخص آخر مهما كان تختاره، أي قد يكون من الأقارب أو لا يكون.

- المادة 15 ق 11/84: " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا "

- المادة 15 أ 02/05: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق : تستحق الزوجة صداق المثل "

وبالتالي فإن الأمر هنا وضع حلا لحالة عدم تحديد قيمة الصداق وهو صداق المثل.

المطلب الثالث: أثر ذلك على عقد الزواج

إن الركن هو قوام الشيء وأساسه وهو ما يوجد من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم، ويترتب على ذلك ما معناه أن غياب أحدها يترتب البطلان أو يترتب عنه البطلان.

أما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقة الشيء ولكن يتوقف وجود الشيء شرعا عليه فهو في التعريف الأصولي " ما لم يلزم من وجوده لذاته وجود ولا عدم ولكن يلزم من عدمه العدم إذا انتفى الحكم كالتطهارة بالنسبة للصلاة، فلا نتحدث

عن الشروط إلا بالحديث عن الركن، إذ الشرط شرعا وصفا مكمل لمشروطه وهو خارج عن حقيقة الشيء فإذا لم يوجد الركن لا تتحدث عن وجود عقد أصلا".

وكخلاصة ، يمكننا القول أنه بغياب الركن يكون العقد باطلا ويعد في حكم المعدوم ولو تم الدخول بالزوجة، أما بغياب الشرط الواحد فيتم التفريق بين الزوجين لأن العقد لم ينشئ صحيحا، ويترتب على العقد آثار يعتد بها، ويستعمل عادة لفظ النسخ.

- المادة 33 من الأمر 02/05: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا، إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي" في حالة وجوبه "يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل "

فالمشرع في المادة 09 اعتبر الأركان 4 محاكيا بذلك فقه الإمام مالك، والأصل النظري ان تخلف أحد هذه الأركان يربط البطلان، والاتفاق على مبدأ إلغاء أحدها يبطل العقد، وبالعودة للمادة 33 ق11/84 نجد أن المشرع قد نزل بالولي والشاهدين والصداق إلى درجة شروط إذا تم إنقاص أو تعقيب أحدها قبل الدخول يترتب على ذلك ثلاثة حالات.

-بالقول بأنها شروط قبل الدخول يترتب عليها الفسخ .

-اختلال الركن ووقع الدخول يقدم مهر المثل.

بطلان العقد باختلال أكثر من ركن واحد، 33 من القانون صراحة.

الخاتمة:

من خلال الدراسة التي أجريناها عن الأهلية في الزواج وأركانه وذلك في ظل القانون 11/84 والتعديلات التي مستهما في المر 02/05 نجد أن المشرع قد غير في كثير من النصوص القانونية ولعل السبب في ذلك يدخل ضمن العولمة ومدى تأثيرها على النظام القانوني في الجزائر، على غرار الدول الأخرى وبالتالي فهي ضرورة لا بد منها، لكن القول بتدخل العولمة في تنظيم الوانين لا يعني أبدا التخلي عن الاستعانة بالإسلام والذي يمثل دين الدولة والركيزة الأساسية لتقنين القوانين لا سيما في قانون الأسرة.