

جامعة البليدة 02
كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات مادة قانون الأسرة

- السنة الثانية -
- المجموعة أ ، ب -
الأفواج من 01 إلى 32

الأستاذ الدكتور خليل عمرو

السنة الدراسية : 2021/2020

مقدمة عامة :

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان في هاته الحياة لعمارة الكون، وسخر له ما في الأرض جميعا قصد بقاء وإستمرار النوع الإنساني، إلى أن يرث الله الأرض وما عليها، وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى، وأودع في كل منهما ما يجعل أحدهما يميل للآخر، ليتحد الإزدواج بينهما، ويكون من ثمراتها التناسل من أجل عمارة الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله، ولكن المولى سبحانه وتعالى لم يترك البشر إلى ما تمليه عليهم طبيعتهم البشرية في أمر الإزدواج مثل بقية المخلوقات، بل قد سن لهم طريقة الزواج الذي يبنى على المودة والرحمة والإحسان بين الزوجين والمحافظة على الأسباب.

والزواج في الشريعة الإسلامية والأمة الإسلامية هو عماد الأسرة وأساسها، إذ بموجبه تلتقي الحقوق والواجبات التي تكون لكل من الرجل والمرأة، وكذا عليهما برباط ديني، إذ هو التمازج النفسي الذي عبر عنه المولى سبحانه وتعالى في قوله تعالى : (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن)¹ وفي قوله تعالى : (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة لعلكم تتفكرون)² .

هذا وإذا رجعنا إلى المجتمع الجزائري فإننا نجد قبل الإحتلال قد كان خاضعا في معاملاته لأحكام الشريعة الإسلامية بإعتباره مجتمعا عربيا مسلما.

أما أثناء الإحتلال الفرنسي فقد فرضت عليه مجموعة من القوانين قصد طمس الشخصية العربية الإسلامية للمجتمع وتفريقه وتمزيقه وإبعاده عن مقوماته خاصة في ميدان الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع ، إذ بادر بإصدار مجموعة من القوانين والمراسيم نذكر منها على سبيل المثال المرسوم المؤرخ في 1890/12/29 الذي ينص على أن أهل ميزاب يخضعون للمذهب الإباضي وكذا

1 - سورة البقرة - آية 187 .

2 - سورة الروم - آية 21 .

المرسوم المؤرخ في 12/08/1922 الذي أنشأ ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل، إذ نص على تطبيق العادات والتقاليد القبائلية فأعطى لها قوة القانون وأبعد تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية.

أما المناطق الأخرى فقد بقيت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن القائمين على هذا التطبيق قد لا تكون لهم ثقافة واسعة في مجال الشريعة الإسلامية.

وما إن إستقلت الجزائر حتى رجع العمل في كل ربوع الوطن في مجال الأحوال الشخصية بأحكام الشريعة الإسلامية، وعندئذ أصبح القضاة يعتمدون على قانون غير مسطور ولم تكن لهم مواد مدونة ولم تجمع أحكام الشريعة الإسلامية تحت كليات جامعة وترك للقضاة البحث عن أرجح الفتاوى في المذاهب الفقهية وأرجع الأقوال غير واضحة لهم، وهنا تكون الأحكام القضائية حول الوقائع الواحدة متضاربة ومتباينة.

والأكثر من ذلك لم يكن القضاة ملزمين بتطبيق مذهب معين، إذ حتى بعد صدور القانون المدني بالأمر رقم : 58/75 بتاريخ 26/09/1975 نجد أن المادة الأولى والتي تنص أنه في حالة إنعدام النص يكون الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وليس التقيد بمذهب معين على غرار قوانين الدول العربية¹.

وفي هذه الحالة كان من الضروري أن يكون للأمة الجزائرية قانون مسطور يأخذ قواعده وأساسه وفحواه من مبادئ الشريعة الإسلامية بإعتبار أن عقيدة ودين المجتمع الجزائري هو الإسلام .

1 - نصت المادة الأولى من القانون المدني على أنه " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفضها أو في فحواها .
وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وإن مجال الأحوال الشخصية لصيق بالشخص من يوم أن يكون جنينا في بطن أمه إلى أن يوارى التراب عكس بقية القوانين الأخرى التي لا تخص حالة الشخص في مختلف أطواره.

ونتيجة حاجة المجتمع إلى قانون مسطور ينظم حياة الأسرة والعلاقات القانونية بين أفراد الأسرة والمجتمع ، إلا أن هذا القانون لم يكتب له النور كبقية القوانين الأخرى نتيجة صراع الأفكار التي ظهرت في المجتمع الجزائري ، إذ ظل طيلة عشرين سنة من النقاش مر بها خلال فترات متعددة وفي قنوات متنوعة من القمة إلى القاعدة إلى أن جاءت سنة 1984 فكان القانون الذي هو بين أيدينا تحت رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 1984/06/09 ، حيث اعتبر مكسبا عظيما أضاف إلى البناء القانوني لبنة ، و اعتبر مكسبا عظيما للمجتمع الجزائري وأراح القضاة من البحث عن النصوص القانونية الواجبة التطبيق ، إذ إستمد مبادئه الثابتة من مبادئ الشريعة الإسلامية فكان بمثابة الجدار المنيع وصونا لشخصية الأمة .

هذا وقد إشتمل قانون الأسرة على 224 مادة موزعة على أربعة كتب ، إذ تناول الأحكام العامة من المادة 01 إلى المادة 3 مكرر ، وتناول الكتاب الأول الزواج وإنحلاله من المادة 4 إلى المادة 80 ، والكتاب الثاني النيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125 ، والكتاب الثالث تناول فيه الميراث من المادة 126 إلى المادة 183 والكتاب الرابع تناول فيه التبرعات ، الوصية ، الهبة ، الوقف من المادة 184 إلى المادة 220 .

- هذا وإن كان قانون الأسرة بعد صدوره وأثناء تطبيقه قد ظهرت فيه ثغرات ونقائص ، إذ لم يكن في مستوى التقنين سواء بالنسبة لشكله أو لموضوعه، و هو ما دعا إلى ضرورة مراجعته فقد ظهرت ثلاثة تيارات متناقضة في هذه الأثناء:

. التيار الأول : نادى بمعارضة تعديل قانون الأسرة مادام أنه مأخوذ من مبادئ الشريعة الإسلامية ، إذ التعديل قد يؤدي إلى الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية ويمس بالثوابت الأساسية للأمة.

. التيار الثاني : قد نادى بإلغاء لهذا القانون ويجب إبعاده عن مبادئ الشريعة الإسلامية ، إذ ذلك يقف عقبة أمام تطور المجتمع الجزائري والمرأة على الخصوص وليكن كبقية القوانين الأخرى بعيدا عن روح الشريعة الإسلامية .

. التيار الثالث : وهو تيار معتدل يرى أنه لا بد من إثرائه مع المحافظة على الثوابت فيما يخص النصوص الشرعية القطعية¹ ، والتعديل قد يمس الناحية الشكلية أو الناحية الموضوعية التي أخل بها النقص أو التناقض أو المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ونتيجة ما كان من فراغ في قانون الأسرة كان بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/17² ، هذا التعديل لم يشمل إلا الكتاب الأول فقط من القانون من المادة 4 إلى المادة 80 والمادة 3 مكرر من الأحكام العامة³ وكذا المادة 87 من الكتاب الثاني المتعلقة بالولاية ، وعليه فإن هذا التعديل لم يكن شاملاً لكل مواضيع قانون الأسرة ولم يمس كل المواد التي كان من الضروري تعديلها في الكتاب الأول والتي مازالت تثير إشكالات لحد الساعة على مستوى التطبيق والتي سنتطرق إليها أثناء الدراسة ، هذا ويشتمل قانون الأسرة على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب تتناول الأحكام العامة من المادة 1 إلى المادة 3 مكرر ، وفي الكتاب الأول تناول الزواج وإنحلاله من المادة 4 إلى المادة 80 ، وتناول في الكتاب الثاني النيابة الشرعية ، وفي الكتاب الثالث الميراث ، وفي الكتاب الرابع التبرعات والتي تتضمن الوصية والهبة والوقف ، وعلى هذا فدراستنا من خلال هاته المحاضرات ستقتصر على الكتاب الأول المتعلق بإنشاء عقد الزواج وأحكامه ، ثم إنحلال عقد الزواج وما يترتب عليه لما يكون بإرادة الزوج مبتدئين بموضوع الخطبة بإعتبارها مقدمة لإنشاء عقد الزواج ، ثم مقومات إنشاء و بناء عقد الزواج ثم موضوع الطلاق عندما يكون بإرادة الزوج.

المبحث الأول : الخطبة

- 1 - الدكتور بن شويخ رشيد - الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري رسالة دكتوراه تمت مناقشتها سنة 2002م بجامعة البليدة ص 9 و 10 .
- 2 - الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 2005/02/27 .
- 3 - هاته المادة أثار صعوبات كثيرة أثناء التطبيق ومشاكل عويصة .

نتناول في هذا الموضوع تعريف الخطبة وطبيعتها الشرعية والقانونية وصفاتها المستحسنة وشروطها الواجبة في مطلب ، وفي مطلب ثاني نتناول أحكامها في حالة العدول ومسألة الهدايا والصداق وكذا التعويض عن الضرر من جراء العدول عنها.

المطلب الأول : في تعريف الخطبة وطبيعتها الشرعية والقانونية والصفات الواجب مراعاتها

والشروط الواجبة

- الفرع الأول: في تعريف الخطبة

إذا كان كل عقد من العقود له أهمية في حياة الإنسان تسبقه فترة من التروي والتفكير قبل الإقدام عليه ، فمن باب أولى أن يكون عقد الزواج بإعتباره عقد الديمومة والإستمرار ، عقد الحياة الإنسانية ، وأن المشرع لم ينظم مقدمات العقود بصفة عامة بأحكام خاصة¹ ولكنه خصص عقد الزواج بأحكام تخص مقدمته نظرا لأهميته وذلك ما يسمى بالخطبة ، والخطبة وسيلة للتعارف والتآلف بين الزوجين وهي في² شرع الفقهاء : طلب الرجل يد امرأة معينة خالية من الموانع قصد الزواج ، وذلك بالتقدم إليها أو إلى نويها ، أو هي إظهار الرغبة في الزواج بإمرأة معينة ، وإعلام المرأة أو وليها بذلك إما مباشرة من الخاطب أو عن طريق أهله³.

. أما ما جاء به المشرع الجزائري فقد عرفتها المادة 5 من قانون الأسرة بنصها على أن {الخطبة وعد بالزواج} إلا أنه إذا رجعنا إلى هذا المصطلح نجد أن كلمة الوعد تعط في الفقه القانوني معنى الإلزام ، إذ وفقا للقواعد العامة أن الوعد في العقود ملزم ، بينما حقيقة الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد مقدمة لعقد الزواج ، وعليه فكان من الأفضل أن يكون النص على صيغة الخطبة مقدمة لعقد الزواج قصد التعارف من أجل الإقدام أو الإحجام عن عقد الزواج بإعتبار أنه عقد شركة حياة الزوجين ، وعقد الديمومة و الاستمرار.

1 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 26 دار الفكر العربي القاهرة ط 3 .

2 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية نفس المرجع ص 26 .

3 - وهبة الزحيلي - الزواج والطلاق منشورات كلية الدعوة الإسلامية طرابلس الطبعة 1991 ص .

الفرع الثاني: في الطبيعة الشرعية والقانونية للخطبة

. **الخطبة** : هي مجرد مقدمة من مقدمات عقد الزواج ولا ترقى إلى درجة العقد ، إذ لا تتمتع بأية قوة إلزامية لأحد الطرفين ، فيجوز لكل من الطرفين العدول والتراجع عنها، وأن مجرد العدول لا يترتب عنه أية مسؤولية سواء العقدية أو التقصيرية ، وهذا ما أقره نص المادة 5 من قانون الأسرة بنصها : { الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة } ونفس الحكم نجده في بعض التشريعات العربية نذكر منها ما جاء في مدونة الأسرة المغربية المادة 6 { يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ولكل من الطرفين حق العدول عنها }¹ وما نصت عليه المادة الأولى من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بنصها { كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به } وما نصت عليه المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري { الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا }² وأنه بناء على هاته النصوص القانونية نجد أن هناك إتفاق على أن الخطبة مجرد مقدمة لعقد الزواج ولا تعتبر زواج وأن حق العدول مقرر لكل من الطرفين.

. إلا أن المشرع الجزائري نجد أنه بنص المادة 6 من قانون الأسرة قد وقع في تناقض لما نص على الفاتحة ، دون أن يوضح ماذا يقصد بقراءة الفاتحة ، إذ أنه إذا كانت هاته بحضور الخاطب أو من ينوب عنه وحضور المخطوبة أو من ينوب عنها وحضور ولي المرأة مع حضور جمهور من الناس ، وكان هناك إيجاب وقبول فإن هذا يعتبر عقد زواج صحيح ، يترتب عليه أحكام عقد الزواج ولا تترتب عليه أحكام الخطة ، وأن ذلك قد صعب من فهم نص المادة 6 من قانون الأسرة قبل التعديل لما كانت تلحق الفاتحة بالخطبة رغم أنها توافرت فيها شروط عقد الزواج ، إذ النص قبل التعديل كان على النحو التالي ((يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة . تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه)) وهنا قبل التعديل

1 - مدونة الأسرة المغربية - ظهير الشريف رقم 22 . 04 . 1 المؤرخ في 03/02/2004 والمعدل بالقانون 09/08

2 - قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 الصادر بتاريخ 17/09/1953 المعدل والمتمم .

كانت الفاتحة تأخذ أحكام الخطبة ولو توافرت فيها مقومات بناء عقد الزواج مما جعل الدارسين ينادون بإعادة النظر في هذا النص أو إلغائه ، إذ لا فائدة منه .
أما بعد التعديل لقانون الأسرة¹ أصبح النص على النحو التالي :
((إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا . غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون ((وهنا حتى بعد التعديل نجد أن المشرع لم يعط مفهوما دقيقا لمعنى الفاتحة ، إذ في الفقرة الأولى إعتبرها خطبة وفي الفقرة الثانية إعتبرها عقد زواج متى توافرت مقوماته وهذا تحصيل حاصل ، إذ كل عقد توافرت فيه أركانه وشروطه فهو عقد قائم بذاته وعليه فإننا نرى أنه من الأفضل حذف هذا النص الذي لا يخدم سلوك الأفراد في المجتمع وأنه يزيد من صعوبة ما يعتبر عقد وما يعتبر من خطبة اثناء التطبيق .

الفرع الثالث : الصفات الواجب مراعاتها وشروط الخطة الواجبة

أولا : الصفات المستحسة الواجب مراعاتها وفقا لما أرشد الشرع إليه

. إن مراعاة الزوجين للصفات المستحسة قبل الإقدام على الزواج يجعل الزواج مبني على أساس قوي يحقق السعادة والتفاهم والوئام بإعتبار أنه رباطا مقدسا دائما وهاته الصفات كما أرشد إليها الشرع هي كالتالي :

أ . الدين : والدين هو أن يكون الشخص متخلق بالأخلاق الإسلامية وغير مشهور بالفسق، إذ هو صمام أمان أمام تعثر الحياة الزوجية وهو يراعى في الجانبين المرأة و الرجل على السواء ، ولهذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((تتكح المرأة لأربع لجمالها ولدينها فأظفر بذات الدين تربت يداك))، إذ الحديث قد جعل الإعتبار الأول للدين، و قوله ((من جاءكم ترضون دينه و خلقه فزوجوه)).

1 - عدل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 .

ب . أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب على أساس أن الولد يكون أقوى وأسلم من العلل ، إذ جاء في الحديث إغتربوا لا تزوءوا وعلى هذا يقول الشاعر :

بنت العم أصبر والغرائب أنجب * - * - * وما قرع الأبطال كإبن الأعجمية

ويقول :

تجاوزت بنت العم وهي حبيبة * - * - * مخافة أن يضوى علي سليلها

ج . النظر إلى المخطوبة :

أيضا من الصفات المستحسة أيضا أن يرى الخاطبين بعضهما البعض حتى يتمكن كل منهما معرفة الآخر معرفة تامة وهذا ما روى عنه صلى الله عليه وسلم ((إذ ألقى الله عز وجل في قلب رجل خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها)) ، إذ النظر من الأسباب التي تدعو إلى الألفة والمحبة .

والشرع الإسلامي إن كان قد أباح النظر فإنه قد قيده بشروط وهي :

1 . ألا تكون الرؤيا في خلوة ، إذ الخلوة بين الرجل والمرأة محرمة ولم يرد أي نص يبيحها لأجل الخلوة وعلى هذا فيبقى النهي العام قائما 1 ، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فإن ثالثهما الشيطان)) .

2 . حدود الرؤيا :

يرى جمهور الفقهاء أن حدود الرؤيا هما الوجه والكفان بإعتبار أن الوجه يدل على الجمال والقبح، والكفان تدلان على خصوبة البدن ونحافته لأن المرأة مازالت أجنبية عن الرجل والخطبة قد تتم وقد لا تتم ، إذ ذلك أسلم إلى الحدود التي أمر بها الشرع ، إلا أن أبا حنيفة قد أجاز النظر إلى القدمين لأنهما ليس بعورة عنده¹ وأن هذا هو المنهج الوسط إذ الإسراف في إباحة اللقاءات بين

1 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 26 مرجع سابق .

1 - وهبة الزحيلي - الزواج والطلاق ص 23 مرجع سابق .

الخطيبين وفي أماكن فيها خلوة ورؤية الخاطب من خطيبته أكثر مما أباحه الشرع والتقاط صور فاضحة عن بعضهما قد تكون نتائجه خطيرة في حالة الإحجام وعدم الإقدام على إتمام عقد الزواج .

ثانيا : الشروط الواجبة :

إذا كانت الخطبة مقدمة لعقد الزواج فإن المرأة لا تكون محلا للخطبة إلا إذا كانت صالحة لأن تكون زوجة في الحال بإعتبار أنها وسيلة لغاية الزواج وأنه إذا رجعنا إلى قانون الأسرة نجد أنه لم ينص على أي شرط خاص بالخطبة وعلى ذلك فإننا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الباب وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة وهي :

أ- ألا تكون المرأة محرمة على الرجل بأي سبب من أسباب التحريم سواء المؤبدة أو المؤقتة والحرمة المؤبدة كعمته أو خالته ، والمؤقتة كالمشركة وزوجة الغير ومعتدته وأن ذلك سيكون تفصيلها عند دراسة المحرمات من النساء، إلا أنه بالنسبة للمعتدة فإنه يجب أن يفصل على النحو التالي :

(1) . المعتدة من طلاق رجعي : فإنه لا تجوز خطبتها بإتفاق الفقهاء لا تصريحاً ولا تعريضاً بإعتبار أن الطلاق الرجعي لا ينفصم به عقد الزواج إلا بعد إنتهاء العدة ، إذ تبقى حقوق الزوج قائمة أثناء العدة وله أن يراجعها في أي وقت مادام أنها مازالت في العدة وعلى ذلك فهي في حكم زوجة الغير .

(2) . المعتدة من وفاة : هاته يجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً لقوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقد النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾¹ وظاهر الآية حسب تفسير الإمام محمد أبو زهرة " أنها للمتوفى عنها زوجها لأنها جاءت عقب قوله تعالى :

1 - سورة البقرة - آية 235

﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾² فكان التعريض جائزاً بهذا النص الكريم والتصريح على أصل المنع³.

والفرق بين التصريح والتعريض أن التصريح هو أن يكون المقصود من اللفظ دالاً على أن المراد الخطبة، والتعريض يمكن أن يحتل الخطبة ويحتمل غيرها مثل أنت جميلة ومن أمثلة ذلك ما جاء في الأثر أن سكينه بنت حنظلة قالت : إستأذن علي محمد بن الحسين ولم تنقض عدتي من مهلك زوجي ، فقال ((لقد عرفت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقرابتي من علي، وموضعي من العرب فقلت غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك تخطبني في عدتي))⁴ والحكمة من المنع في التصريح قد يورث العداوة بين الخاطب وأهل المتوفى ومراعاة لحال الزوجة ، إذ أنها في فترة حزن وحداد .

(3) . المعتدة من طلاق بائن سواء كان بينونة صغرى أو مكمل للثلاث فإنه لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً بإعتبار أن جواز التعريض قد جاء في المتوفى عنها زوجها فقط ولأنه يمكن للمطلقة طلاقاً غير مكمل للثلاث أن تعود لزوجها بعقد آخر .

ب - ألا تكون مخطوبة للغير : إذا كانت المرأة قد سبق لخطبتها رجل آخر فإنه لا يجوز للثاني أن يتقدم لخطبتها لقوله عليه الصلاة والسلام : " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه " ⁵ وأحوال الخاطب السابق تختلف من حيث إجابته إلى ثلاثة أقسام هي :

(1) . أن تقبل خطبة الأول : وهنا يمنع على الثاني التقدم لخطبتها ، إذ ذلك يعتبر إعتداء صريح على حق الأول .

2 - سورة البقرة - آية 234

3 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 29 مرجع سابق .

4 - محمد أبو زهرة نفس المرجع ص 29 .

5 - الإمام مالك - الموطأ دار الفكر العربي بيروت طبعة 04 . 2005 ص 320 .

2) . أن ترفض خطبة الأول : وهنا فلا جدال في إباحة خطبة الثاني وهو متفق عليه إجماعاً لأن الخاطب الأول لم يثبت له شيء من قبل هاته المرأة .

3) . حالة التردد بين القبول والرفض من غير ميل، وهاته الحالة محل خلاف بين الفقهاء فهناك من يقول بعدم جواز الخطبة الثانية، إذ ثمة إحتمال أن يكون قبول من الأول والبعض يرى أنه يجوز للثاني أن يتقدم، إذ الأول لم يثبت له أي حق وهذا هو الرأي الراجح، إذ حالة التردد هي محل نظر ولم يثبت بها أي حق، لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قد جاءته فاطمة بنت قيس وذكرت له أنه قد خطبها معاوية ابن أبي سفيان وأبو جهم فقال عليه الصلاة والسلام : أما أبو جهم فلا يضع عصاه على عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له أنكحي أسامة بن زيد، والشاهد أن هاته المرأة قد أخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلين خطبها ولم ترد على أحد فطلبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل ثالث وهو أسامة بن زيد¹.

. حكم العقد محل الخطبة المحرمة :

إذا وافقت المرأة على خطبة الأول: الحالة الأولى " ثم تقدم الثاني بعد علمه بهاته الخطبة وواففته وتم العقد بينهما فما مصير هذا العقد؟:

يرى جمهور الفقهاء على أن العقد صحيح إلا أن الخاطب الثاني يعتبر آثماً لأنه تعدى على حق غيره وأن هذا الإثم لا يؤثر في صحة العقد، إذ العقد قد تم بشروطه وأركانه وأن الإثم قد كان سابقاً على العقد² وأن هذا الذي يجب أن يكون عليه القضاء الجزائري مادام أنه لا يوجد نص قانوني في هذا المجال.

المطلب الثاني : أحكام العدول عن الخطبة

1 - أحمد الغزالي - الوسيط في أحكام قانون الأسرة (الزواج) ، دار النهضة العربية القاهرة ص 77 .

2 محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 32.

لقد سبق القول أن الخطبة هي مجرد مقدمة من مقدمات عقد الزواج ولا تتمتع بأية قوة إلزامية، إذ يجوز لكل من الطرفين العدول عنها ، إلا أن هذا العدول قد يصحبه أو يسبقه تبادل الطرفين مجموعة من الهدايا، كما يمكن أن يكون الخاطب قد قدم المهر أو جزء منه، وقد يصاحب هذا العدول ضرر لأحد الطرفين يستوجب التعويض، وعليه فسنتناول في فرع أول مسألة الهدايا والمهر، ثم التعويض عن الضرر وتقويمه في فرع ثاني.

الفرع الأول : الهدايا والمهر

أولاً : مسألة الهدايا :

قد يصاحب أن يقدم أحد الطرفين مجموعة من الهدايا للطرف الآخر ثم حصل عدول عن الخطبة فما موقف الفقه والقانون من ذلك:

(أ) . بالنسبة لفقهاء الشريعة قد تشعبت أقوال الفقهاء :

- (1) الحنفية: إعتبروها من باب الهبة والهبة عندهم ترد ما لم تهلك أو تستهلك.
- (2) أما الشافعية: فإنهم يوافقون المذهب الحنفي بأن الهدية ترد إن كانت قائمة ويزيدون عليهم برد مثلها أو قيمتها في حالة الهلاك أو الإستهلاك، إذ الهدايا عندهم ترد في جميع الأحوال¹.

(3) . الفقه المالكي:

فإن كان العدول من جانب المخطوبة، والخاطب هو الذي قدم الهدايا فإنها ترجع له هداياه إن كانت قائمة، أما إن كانت قد هلكت أو استهلكت فإنه يجب عليها رد مثلها أو قيمتها وهذا حتى لا يجمع الخاطب بين ألم العدول وألم ضياع أمواله، وأما إذا كانت الخطيبة هي التي قدمت الهدايا فإن نفس الحكم المطبق على الرجل يطبق على المرأة.

(ب) . بالنسبة للقانون:

1 - قاسم يوسف - حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي دار النهضة العربية بيروت طبعة 1987 ص 82 .

إذا رجعنا إلى موقف القانون من الهدايا نجد الفقرة الثالثة والرابعة من نص المادة 5 من قانون الأسرة تنص على أنه: ((لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته)).

إذ نجد الفقرة الثالثة نصت على الخاطب لا يسترد شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه، وإذا كانت الخطيبة هي التي قدمت الهدايا وهو الذي عدل عن الخطبة فإنه يرد تلك الهدايا أو قيمتها إن استهلكت، أما إن كانت الخطيبة هي التي عدلت عن الخطبة وتراجعت عنها فعليها أن ترد له هديته أو قيمتها إن استهلكت.

- ما يمكن أن يلاحظ على هذا النص أنه لا يكفي أن ننظر إلى من أعلن فسخ الخطوبة وإنما يجب النظر إلى السبب الباعث الدافع الذي جعل أحد الطرفين يتراجع عن الخطبة ويعدل عنها، فقد يكون أحد الطرفين قد أملى شروطاً تعسفية على الآخر تجعله ينسحب ولا يقدم على إتمام الزواج كأن يشترط الخطيب على المخطوبة عدم العمل بعد تقديم الهدايا مما يجعل المخطوبة تتراجع عن هاته الخطبة، أو أن يقوم أحد الطرفين بتصرفات قد تخل بالأخلاق والمروءة، كأن يكون الخطيب من مدمني الخمر أو مشهور بالفسق فإن عدلت المخطوبة عن الخطبة فإن السبب يعود إليه وليس إليها، وعليه فإنه كان المشرع أن ينظر إلى سبب العدول ولا ينظر إلى العدول المجرد، إذ يجب النظر إلى السبب الباعث عن العدول في ذلك، كما أن المشرع لم يفصل في مسألة الهدايا تستهلك في يومها كالحلويات هل يمكن إرجاعها أم لا وهنا على المشرع أن يفصل في نوع الهدايا التي يمكن إرجاعها، إذ هناك من الهدايا يصعب في كل الأحوال إرجاعها لسرعة استهلاكها واتلافها.

ثانياً : بالنسبة للمهر:

المهر هو من مستلزمات عقد الزواج وليس داخل في الخطبة إلا أنه في بعض الحالات أن الخاطب يستعجل في دفع المهر كله أو جزء منه قبل إبرام عقد الزواج، فإذا حدث عدول عن الخطبة سواء كان من قبل الخطيبة أو الخاطب فإنه يسترد بالكامل على أساس أنه أثر من آثار عقد الزواج الذي سيتم مستقبلاً، إذ كل ما دفع للمخطوبة على أساس أنه مهر يرد لصاحبه، فإن كان موجوداً رد بعينه وإن استهلك رد مثله أو قيمته¹.

هذا من الناحية الفقهية، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن قانون الأسرة لم يتطرق إلى هاته الحالة بأي نص قانوني سوى ما نصت عليه المادة 16 بنصها { تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول }، أما إذا رجعنا إلى القوانين العربية نذكر منها ما جاء في مدونة الأسرة المغربية المادة 09 { إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها فللخاطب أو لورثته إسترداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه، وإذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه } هذا النص قد كان واضحاً في ضبط الموضوع من كل جوانبه، إذ نظر إلى المهر على أساس إن كان الخاطب على قيد الحياة وهنا يمكن إسترجاع مهره، وإن كان قد توفي فإنه يمكن لورثته المطالبة به بإعتبار أن الصداق حكم من أحكام عقد الزواج و ليس الخطبة.

- هذا وإن كانت المخطوبة قد تصرفت في هذا المهر فإن العادل عن الخطبة والمتسبب في هذا العدول هو الذي يتحمل خسارة ذلك، وعليه فإننا في حاجة إلى مثل هذا النص قصد سد الفراغ في هذا الموضوع، وهذا ما نصت عليه كذلك المادة الرابعة من القانون السوري ف01 بنصها ((

1 - أحمد الغزالي - الوسيط في أحكام الأسرة ص 82 مرجع سابق .

- يوسف قاسم - حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ص 79 مرجع سابق .

إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثله نقدا أو تسليم الجهاز)).

فقرة 02 { إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أوقيمته } وأن هذا هو التطبيق السليم لقواعد العدالة والإنصاف عندما فرق بين حالة العدول من الخاطب وحالة والعدول من المخطوبة وبذلك فإننا نلح على أن يكون مثل هذا النص في التشريع الجزائري حتى لا يتيه القاضي في أمهات كتب الشريعة الإسلامية و قد لا يخرج بحل.

وقد يدعي الخاطب أن المال المقدم للمخطوبة على أساس أنه مهر أوجزه منه حتى يمكن أن يرجعه، وقد تدعي المخطوبة أنه هدية حتى يمكن أن تستأثر به في حالة إذا ما كان العدول منه، فهنا في حالة غياب النص الخاص نعود إلى القواعد العامة، فإن كانت هناك بينة حكم القاضي على أساسها، فإن لم تكن هناك بينة فإننا ننظر إلى العرف الجاري في تلك المنطقة هل مثل هذه الأشياء تقدم على أساس أنها هدية أم تقدم على أساس مهر، وأن الحكم يكون على أساس العرف الجاري في المنطقة، أما إن كان يجوز مثل هذا المال المقدم على أن يكون مهر، كما يجوز أن يكون هدية، فإنه يرجع وفقا للقواعد العامة إلى اليمين الحاسمة، وفقا لما تقضي به نصوص المواد: **343 ، 344 ، 345 ، 346** من القانون المدني، إلا أنه يبقى الأمر في حاجة إلى صياغة نص خاص قصد ضبط الموضوع من كل جوانبه.

الفرع الثاني: مصاحبة العدول الضرر لأحد الطرفين ومسألة التعويض:

- إن العدول عن الخطبة حق يحميه القانون كأبي حق آخر، إذ مجرد العدول لا ينشأ عنه أي تعويض، وإنما التعويض يكون نتيجة الضرر الذي يلحق أحد الخطيبين من جراء العدول، بالرجوع إلى كتب السلف الصالح لا نجد مثل هذا الحكم، وذلك لاختلاف الحياة الإجتماعية في عصرهم

عن عصرنا هذا، أما إذا رجعنا إلى ما أقره فقهاء الشريعة المعاصرين نجد هناك مجموعة من الآراء الفقهية نسرد بعضها.

. الرأي الأول : أنه لا تعويض عن العدول عن الخطبة إذ الخطبة مقدمة لعقد الزواج وليست عقد، وأن العادل قد مارس حق من حقوقه الشرعية، ومن ذلك أيضاً ما أقره الشيخ محمد بخيت مفتي الديار المصرية سابقاً : لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب والمخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج ممن يشاء ¹ .

. الرأي الثاني: ويمثله الشيخ محمود شلتوت: " إن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر دون إعطاء أي تفصيل، وهناك من أقر كذلك التعويض بشروط، ومنهم الدكتور مصطفى السباعي، إذ يقر بالتعويض المادي والمعنوي وذلك للمخطوبة فقط بشروط وهي - أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة - وأن تثبت ذلك الضرر غير الإستهواء الجنسي، وأن يكون الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة، وهذا ما أقره الدكتور عبد الرزاق السنهوري إذ مما جاء في هذا المجال أنه إذا إنحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية ¹ .

. الرأي الثالث : ويمثله الإمام محمد أبو زهرة: وقد ذهب إلى القول أن التعويض عن العدول يكون إذا سبب أحد الطرفين ضرراً للآخر بإعتبار المقرر في الشريعة الإسلامية أنه ((لا ضرر ولا ضرار)) والضرر يزال وطريق إزالته التعويض، وأنه لا تعارض بين العدول الذي هو حق

1 - عبد الرحمان الصابوني - قانون الأحوال الشخصية السوري دار الفكر العربي ص 47 .

1 - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 دار الفكر العربي بيروت ص 827 .

وبين التعويض عن الضرر إذ أن التعويض لم يكن نتيجة العدول المجرد، وإنما نتيجة الضرر الذي نشأ نتيجة التعجير، وليس نتيجة الإغترار إذ الضمان يكون عند التعجير لا عند الإغترار².
. أما ما جاء به القانون في هذا المجال فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 5 من قانون الأسرة على أنه { إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض } يفهم من هذا النص أنه وفقاً للقاعدة العامة أن الخطبة مجرد مقدمة لعقد الزواج ولا تتضمن أي إلزام أو إلتزام وعلى ذلك فإن مجرد العدول لا يلزم الشخص بالتعويض بل ذلك يعتبر إستعمالاً للحق بدون تعسف، وإنما أجاز القانون عندما يصحب هذا العدول ضرراً لأحد الطرفين، وفي هذا يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الخطبة ليست بعقد وأن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض، إذا إقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض³.

وبناء على هذا فإن تقرير المسؤولية قد جاء نتيجة إساءة إستعمال الحق بإعتبار أن الحقوق لم تعط للأفراد يعبثون بها، وإنما وجب حمايتها، وهنا حسنا ما فعل المشرع لما أقر بالتعويض للطرف المضروب سواء كان الرجل أو المرأة على السواء، وعندما لم يفرق بين التعويض المادي والأدبي، هذا وتقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي على أساس المسؤولية التقصيرية وفقاً لنصي المادتين : 124 ، 124 مكرر من القانون المدني وعبئ الإثبات يقع على الطرف المضروب، إذ عليه أن يثبت قيام الخطبة أولاً ، ثم حصول الضرر الذي أصابه قد كان نتيجة هذا العدول، وأن العدول لم يكن له سبب مشروع، إذ لو كان السبب مشروع يكون العادل قد إستعمل حقه في الإطار المشروع، مادام أن الخطبة مجرد مقدمة من مقدمات عقد الزواج يكون

2 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية مرجع سابق ، ص 36..

3 - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ص 830 مرجع سابق .

القصد منها التعارف والتفكير والتروي قبل الإقدام على إنشاء عقد الزواج الذي هو عقد الديمومة والإستمرار كما سبق القول .

المبحث الثاني : أركان عقد الزواج

إذا كان الزواج يبني على أساس العقد فهو ليس ككل العقود بإعتبار أنه عقد أبدان وليس عقد أموال، وهو عقد الديمومة والإستمرار، وأنه أكثر من ذلك فهو ميثاق غليظ كما سماه رب العزة وهو عقد عظيم لهذا لا بد أن تعط له عناية خاصة، وحتى ينتج هذا العقد آثاره فلا بد من مراعاة أركانه وشروطه، وقبل التطرق إلى هاته الأركان والشروط تجدر بنا الإشارة أن نخرج على تعريف هذا العقد .

تعريف الزواج لغة :

الزواج لغة: هو إقتران أحد الشئيين بالآخر وإزدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر¹ وأنه شاع إستعماله في إقتران الرجل بالمرأة كما يعبر عن هذا اللفظ أيضا بالنكاح وهاذان اللفظان هما اللذان أتى بهما القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى : ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾¹ وقوله تعالى ﴿فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره﴾².

وكلمة النكاح فهي الضم والجمع يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وإنظم بعضها إلى بعض أما في إصطلاح الفقهاء: فقد عرفه ابن عابدين على أن { عقد الزواج هو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر }³.

1 - مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 45 .

1 - سورة الروم - آية 21 .

2 - سورة البقرة - آية 230 .

3 - ابن عابدين - حاشية بن عابدين مطبعة مصطفى الباي 1966 ج 3 ص 3 .

وبعد هذا التقديم فإننا سوف نتطرق إلى أركان عقد الزواج من حيث الفقه والقانون، ثم نبحث في الشروط ، والركن هو ما يقوم به الشيء ويتوقف عليه كالركوع في الصلاة تتوقف عليه صحة الصلاة ، هذا وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد أركان عقد الزواج نتيجة تداخل الشروط مع الأركان وذلك على أساس أن الركن داخل في حقيقة الشيء ووجوده ، وأما الشرط فهو الذي تتوقف الحقيقة الشرعية على وجوده وليس جزء منه، و نتيجة هذا التداخل كان الإختلاف بين الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج، إلا أنهم متفقون في ركن واحد وهو ركن الرضا الذي يتمثل في الإيجاب والقبول، وعلى ذلك فأركان عقد الزواج عند المالكية هي أربعة : الولي ، والصداق ، والمحل - الزوجان - ، والصيغة - الإيجاب والقبول - .

وعند الشافعية: المحل ، والولي ، والصيغة ، والشاهدان ، أما عند الحنفية فهما يقتصران على الصيغة ، أما ما كان غير ذلك فهي من الشروط باعتبار أنه يتوقف عليها صحة العقد ونفاذه ولزومه وأنها ليست داخلة في ماهية العقد⁴ .

أما ما جاءت به القوانين العربية في تحديد أركان عقد الزواج تكاد أن تكون مجتمعة على ركن واحد وهو ركن الإيجاب والقبول المعبر عنه بالتراضي وبقية الأركان الأخرى عدت من الشروط ومن ذلك نجد نص المادة 09 من قانون الأسرة، قبل التعديل قد كانت تنص على أن أركان عقد الزواج بما يلي (يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق) ، إذ جعلت المادة أربعة أركان لقيام عقد الزواج وهذه هي مقومات بناء عقد الزواج سواء عد بعضها من الشروط أم من الأركان ، أما بعد التعديل فقد أصبح لعقد الزواج ركن واحد وهو ركن الرضا وفقا لما جاء في نص المادة 09 (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين) ، أما بقية المقومات الأخرى فقد نصت عليها المادة 09 مكرر على أنها من الشروط وهي : أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع وعلى ذلك فإننا سوف ندرس كل من الرضا والولي والصداق والشهادة

4 - عبد الرحمان الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة ج 4 دار الحديث القاهرة ، ص 17 .

كمقومات أربع لقيام وصحة ونفاذ عقد الزواج فنبدأ بركن التراضي ثم الولاية ثم الصداق فالشهادة

المطلب الأول : رضا الزوجين

إذا كان كل عقد من العقود يشترط فيه الرضا فمن باب أولى أن يكون في عقد الزواج الذي يعتبر رباطا مقدسا وميثاقا غليظا، والرضا حتى يكون تاما وصحيحا يجب أن يتطابق فيه القبول مع الإيجاب وهو ما يعبر عنه بالصيغة، وأن يكون صادرا عن ذي أهلية وعلى ذلك فعناصر الرضا هي الإيجاب والقبول والأهلية فننتقل في المطلب الأول إلى الإيجاب والقبول وفي المطلب الثاني إلى الأهلية وفي مطلب ثالث إلى الاشتراط في عقد الزواج .

الفرع الأول : الإيجاب والقبول "" الصيغة ""

أولا : تعريف الإيجاب والقبول و شروط ذلك

أ- : في الفقه الإسلامي :

. الإيجاب هو اللفظ الصادر عن أحد المتعاقدين سواء أكان الزوج أو الزوجة، والقبول هو ما يصدر عن الطرف الآخر بعد إيجاب الموجب، مثل أن يتقدم الرجل إلى ولي المرأة، ويتلفظ بعبارة إنني أطلب أبتك فلانة زوجة لي على مهر قدره كذا، ويرد عليه الولي قبلت أن أزوجك ابنتي فلانة فهنا، يكون القبول قد تطابق مع الإيجاب، ولكن حتى يتحقق ويتطابق الإيجاب مع القبول يجب أن تتوافر الشروط التالية:

01 . أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وذلك حتى يسمع الشهود صيغة الإيجاب والقبول إذ يجب إتحاد الزمان والمكان ومجلس العقد هو الذي يبدأ به الإيجاب وينتهي به القبول.

02 . أن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، إذ إذا رجع الموجب عن إيجابه فإن القبول يكون قد جاء بغير إيجاب إذ يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر .

03 . أن يتطابق القبول مع الإيجاب أما إذا كان غير متطابق بل اختلف عنه زيادة أو نقصانا أو تعديلا فإن العقد لا يتم².

04 . أن يصدر الإيجاب والقبول على سبيل الدوام والإستمرار، وأن لا يقترن بهما ما يدل على سبيل التأقيت باعتبار أن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها وإقامة الأسرة وتربية الأولاد والقيام بشؤونهم وأن ذلك لا يتحقق إلا إذا كان عقد الزواج على سبيل الديمومة والإستمرار³ .

05 . أن تكون صيغة العقد منجزة بمعنى أن تكون منتجة لآثارها في الحال أي غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن، إذ لو كانت معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن فإن العقد لا ينعقد في الحال .

ب-: أما ما جاء به قانون الأسرة بالنسبة لصيغة الإيجاب والقبول فقد نصت المادة 09 على أنه ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ، وما جاء في نص المادة 10 { يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا } ومن تحليلنا لهذين النصين نجد أنهما نصا على إتمام الإيجاب والقبول دون تفصيل أو إعطاء أي شروط أخرى تتعلق بالإيجاب والقبول على غرار ما تم شرحه وفقا للفقهاء الإسلاميين.

ثانيا :اللفظ الواجب استعماله في الصيغة ووسيلة التعبير في الإيجاب والقبول

هنا سوف نتطرق في هذا المجال إلى اللفظ الواجب استعماله عند التعبير عن الإرادة ثم وسائل التعبير عنها، من لفظ وكتابة وإشارة ومدى اعتبار السكوت كدلالة التعبير عن الإرادة.

أ) . اللفظ الواجب استعماله عند التعبير عن الإرادة :

2 - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص 220.

3 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 46.

اتفق الفقهاء على أن الإيجاب والقبول اللذان ينعقد بهما العقد مطلقا هما لفظ الزواج والنكاح إذ أن هذان اللفطان هما اللذان جاء بهما القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء ﴾² وقوله تعالى : ﴿ فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها ﴾³ .

ب .) أما الألفاظ الأخرى فقد قسمها الفقهاء إلى ثلاثة أقسام وهي :

1 . الألفاظ الدالة على تملك الأعيان في الحال بغير عوض كلفظ الهبة، فقد أجازها الحنفية والمالكية والحنابلة بشرط ذكر المهر، باعتبار أنه قرينة على أن المراد هو الزواج ، مثل قول المرأة للرجل وهبت لك نفسي بمهر قدره كذا، أو ملكت لك نفسي بمهر قدره كذا، فإن العقد ينعقد بذلك ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ﴾¹ .

2 . الألفاظ الدالة على تملك الأعيان بعوض : إذا قصد بها معنى الزواج فالحنفية والمالكية أجازوا ذلك على أساس أن اللفظ يدل على معنى الزواج أما بقية الفقهاء فقد منعوا ذلك على أساس أن حقيقة اللفظ لا تفيد معنى الزواج فلا يستعمل لفظه فيه² .

3 . الألفاظ التي تدل على تملك المنفعة في الحال فإن العقد لا ينعقد بها على الإطلاق كلفظ الاجارة والعارية، لأنها لا تفيد معنى الديمومة و الاستمرارية التي هي من شروط الزواج ، إذ هي منافية لما تدل عليه حقيقة الزواج و أساسه.

أما ما جاء به المشرع في هذا المجال فقد نصت المادة 10 فقرة 01 { يكون الرضا بإيجاب من احد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى الزواج شرعا } إذ النص أحال على

2 - سورة النساء - آية 22 .

3 - سورة الأحزاب - آية 37 .

1 - سورة الأحزاب - آية 50 .

2 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية مرجع سابق ، ص 42.

مبادئ الشريعة الإسلامية في تحديد الألفاظ التي يصح بها عقد الزواج وتلك الألفاظ هي التي سبق بيانها.

ج . وسيلة التعبير عن الإرادة :

التعبير عن الإرادة هو المظهر الخارجي والعنصر المادي المحسوس لتطابق القبول مع الإيجاب وقد يكون باللفظ أو بالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شك في دلالاته على حقيقة المقصود³.

1 . اللفظ : اللفظ هو أبلغ وسيلة للتعبير عن الإرادة وذلك بالتكلم بالألفاظ الدالة على المعنى المقصود واستحب الفقهاء أن يكون ذلك باللغة العربية إن كان العاقدان يفهمانها ويحسنانها ، كما أوجب الفقهاء أن يكون التعبير عن الإرادة بصيغة الماضي باعتباره أبلغ دلالة على إنشاء العقد في الحال، مثل قول الموجب زوجتك ابنتي فلانة فيقول الطرف الآخر قبلت أما صيغة الأمر والمضارع ففيهما احتمال المستقبل.

2 . الكتابة : الكتابة هي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة غير أنها تأتي في المرتبة الثانية بعد اللفظ إذا كان العاقدان يحسنان الكلام فلا يمكن أن يعبرا عن إرادتهما إلا باللفظ حتى يتمكن الشهود من سماع كلامهما ، أما إذا كان لا يستطيعان الكلام لكونهما أخرسين أو أحدهما فإنه يجوز لهما التعبير عن إرادتهما بالكتابة التي هي أقوى بيانا من الإشارة .

3 . : الإشارة : إذا كان الطرفان أو أحدهما عاجزين عن الكلام وعن الكتابة، فإنه يلجأ إلى الوسيلة الثالثة وهي الإشارة المفهومة والدالة على أن المقصود من إنشاء عقد الزواج وأن يفهم الشهود المقصود من ذلك، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء.

3 - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق، ص 175.

. أما ما جاء به قانون الأسرة في هذا المجال فقد نصت المادة 10 فق 2 من قانون الأسرة على أنه ((ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة)) ، وهنا نلاحظ أن المشرع لم يفرق بين الكتابة و الإشارة من حيث المرتبة ، فعلى حسب نص المادة أنها جعلتهما في درجة واحدة، وعلى العاجز عن النطق أن يختار بينهما، حتى وإن كانت الكتابة أفضل في الدلالة تطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وعلى ذلك إقترح المرحوم محمد محدة أن يكون النص على الصيغة التالية : ((ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بالكتابة إن كان عارفا وإلا فبالإشارة))¹ ، وهذا تماشيا مع نص المادة 60 من القانون المدني والتي تنص ((التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه))، إذ كان على المشرع في نص المادة 10 أن يأخذ بحرفية نص المادة 60 من القانون المدني، وهذا ما جاء به نص المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية وما نصت عليه المادة 10 كذلك من قانون الأحوال الشخصية السوري .

04. وآخر ما يذكر في وسائل التعبير عن الإرادة السكوت في عقد الزواج فإننا نقول أن السكوت لا يتصور أن يكون في الإيجاب ولكن ممكن أن يكون قبولا إذا كانت هناك قرينة تدل على أن السكوت دليل القبول ، أما مجرد السكوت فلا يكون تعبيرا عن الإرادة ، إذ الأصل العام ((لا ينسب إلى ساكت قول))، ومن هنا وجب على الطرفين أن يعربا عن نفسيهما و تفصحا عن إرادتهما .

الفرع الثاني : الأهلية في عقد الزواج

ركن الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا عن ذي أهلية ، إذ يجب أن تتوافر أهلية التعاقد ، والأهلية وفقا للقواعد العامة هي من النظام العام، إذ لا يجوز أن تعطى لشخص أهلية غير

1 - محمد محدة - الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية ص

متوافرة فيه، ولا يجوز حرمانه منها وهذا ما نصت عليه المادة 45 من القانون المدني ((ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها)) ، والأهلية حسب السن تمر بثلاثة أطوار هي : من وقت ميلاده إلى سن التمييز ، و سن التمييز 13 سنة وفقا لنص المادة 42 من القانون المدني ، ومن سن التمييز إلى سن الرشد و سن الرشد 19 سنة وفقا لنص المادة 40 من القانون المدني ، ومن سن الرشد إلى الوفاة هذا إذا لم تتأثر بعوامل عوارض وموانع الأهلية، والذي يهمننا في موضوعنا هذا هو أهلية إبرام عقد الزواج وهي صلاحية الشخص لإصدار التصرفات دون توقف على إجازة غيره وعلى ذلك سوف ندرسها وفقا لفقهاء الشريعة الإسلامية ثم ما جاء به قانون الأسرة .

أولا : الأهلية في الفقه الإسلامي :

كمال الأهلية وفقا لعموم الفقه الإسلامي هو ما يعبر عنه بالبلوغ والرشد ، والبلوغ في الأصل يظهر بالعلامات الطبيعية مثل المنى عند الفتى والطمث عند المرأة ، وعند إنعدام العلامات الطبيعية ببلوغهما على المشهور خمسة عشر سنة¹ .

أما الرشد فهو حسن التصرف في المال ويقابله السفه ، وهو إساءة التصرف في المال ، أي إنفاقه فيما لا يعود عليه بالنفع، وهناك من ربطه كذلك بأن جعل الرشد الصلاح في المال والدين معا، والرشد قد يصاحب الإنسان مع البلوغ أو يتأخر عنه فإن بلغ وكان راشدا تصبح أهليته كاملة، وهذا الذي أشارت إليه الآية الكريمة : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾¹ ، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجازوا للأب والجد أن

1 - أنور محمود دبور - النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص 143 دار الثقافة العربية - القاهرة طبعة 2007 .

1 - سورة النساء - آية 6 .

يزوجا ابنتهما الصغيرة واستدلوا على ذلك بأن أبا بكر زوج ابنته عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي صغيرة دون إذنها².

ثانيا : موقف القانون من الأهلية :

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة نجد المادة 7 منه تنص على أنه ((تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات)) ، النص قبل التعديل كان قد جعل أهلية الرجل بتمام 21 سنة والمرأة 18 سنة ، ومن تحليلنا لهذا النص نرى أن المشرع الجزائري قد أحسن لما وحد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة على السواء، وجعل ذلك مرتبطاً بسن الرشد المدني وفقاً لنص المادة 40 من القانون المدني ، إلا أنه يلاحظ على هذا النص :

1 . أن المشرع لما منح السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء الترخيص كان عليه أن يحدد سناً معينة يمكن أن يرخص فيها، فكان على المشرع أن يحدد ذلك بسن معينة كأن تكون مثلاً 16 سنة كأدنى حد في ذلك ولا يترك الأمر بيد القاضي على إطلاقه.

2 . ويلاحظ كذلك أنه كان على المشرع أن يعزز المصلحة والضرورة التي يمكن أن يكون على أساسها الإذن بالزواج بضوابط معينة إذ المصلحة والضرورة كلمتان عامتان يختلف معناهما من شخص إلى آخر.

03 . كما يلاحظ على النص أنه سكت عن حالة وجود عقد زواج دون أن يوثق وكان أحد الطرفين غير بالغ سن الزواج فهل يمكن لوليّه أو النيابة العامة أن تطعن ببطلان هذا الزواج إذ كان على المشرع أن يوضح ذلك وخاصة إذا ما علمنا أن المذاهب الفقهية لم تتفق في ذلك، والقانون سواء في نص المادة الأولى من القانون المدني أو نص المادة 222 من قانون الأسرة

2 - السيد سابق - فقه السنة المجلد الثاني دار الفتح للإعلام العربي القاهرة ، ص 202.

لم يتقيد بمذهب معين على غرار تشريعات الدول العربية يمكن الرجوع إليه حتى يسهل على القاضي استنباط النص الواجب التطبيق.

4 . كذلك النص لم يبين من الذي يقدم الطلب القاصر أم وليه ومن هو الولي الذي له الحق في ذلك ، بينما بالرجوع إلى المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية فإننا نجد أنها تنص على أن الطلب يجب أن يوقعه كل من القاصر ووليّه وأنه يجب على الولي أن يحضر عقد زواج القاصر، زيادة على أن مسألة رفض الطلب أتخضع لطرق الطعن أم لا ؟ كان على المشرع أن يشير إلى ذلك بنص صريح ما دام متعلقاً بالإجراءات.

5 . إلا أن الشيء الجميل الذي جاء به النص بعد التعديل هو أن الزوج القاصر تكون له أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، إذ يمكنه أن يرفع دعوى للمطالبة بحق مترتب على عقد الزواج كأن ترفع الزوجة القاصر دعوى النفقة دون أن ترجع إلى وليها، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها تنص على غير ذلك ، إذ نصت : " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب بإسمه ، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة " ، إذ هذا النص لا يعط للزوج حق التقاضي بإسمه وفقاً لما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة، وهنا لا يوجد إنسجام بين نص المادة 07 من قانون الأسرة والمادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم إنهما يتعلقان بموضوع واحد.

. وما يمكن ملاحظته في هذا المجال كذلك أن قانون الأسرة لم يتعرض لزواج المجنون أو المعتوه والسفيه فكان على المشرع أن يفرد لذلك نص قانوني ولا يترك الأمر لنص المادة 222 من قانون الأسرة، إذ مبادئ الشريعة يصعب الإلمام بها في الموضوع فكان عليه أن يقرر لذلك نص قانوني على غرار القوانين العربية من ذلك ما جاء في نص المادة 2/15 من القانون السوري { للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه } وما نصت عليه المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية { يأذن قاضي الأسرة المكلف

بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرنا كان أم أنثى ، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر يطلع القاضي الطرف الآخر على تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة { وبناءا على هذا النص نجد أنه قد ألم موضوع زواج الشخص المصاب بعاهة عقلية من كل الجوانب وعليه فنحن في حاجة إلى مثل هذا النص لملء هذا الفراغ القانوني في هذا المجال إذ من حق المصاب بعاهة عقلية الزواج و لكن يجب أن يكون في إطار إجراءات معينة يجب مراعاتها .

الفرع الثالث: الاشتراط في عقد الزواج

أولا : في الفقه الإسلامي:

إذا رجعنا إلى فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أنهم متفقون على جواز الاشتراط في عقد الزواج إذا لم تكن مناقضة لمقتضى عقد الزواج، وعلى ذلك فهي تقسم عندهم إلى ثلاثة أقسام¹:

أ- شروط تؤثر في صحة العقد فتجعل العقد باطل كأن يكون العقد مقيد بزمن معين مثل أن تقول المرأة تزوجتك على أن تطلقني بعد شهر، فإن هذا الشرط يبطل والعقد كذلك باطل، أو يقول الرجل تزوجتك لمدة معينة وكانت المدة قصيرة.

ب- شروط تبطل الشرط وتبقي العقد صحيحا إذا لم تكن هذه الشروط داخلة في ماهية العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ولم يعم دليل شرعي على وجوب الوفاء بها مثل أن تشترط المرأة طلاق المرأة الأولى، فهنا الشرط مخالف لمقتضى العقد.

1 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 156 مرجع سابق .

جـ - شروط صحيحة : وهي التي تكون جزء من مقتضى العقد أو لا تتناقضه كأن تشترط المرأة السكن الملائم لها ، أو اشتراط تعجيل المهر، أو أن يشترط عليها هو القرار في البيت ، أو أن تشترط عليه هي عدم التعدد عليها، فإن هذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها لقوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " .

ثانيا : موقف القانون من الاشتراط :

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة فيما يخص الاشتراط في عقد الزواج نجد المواد التي نصت على ذلك المادة 19 وكذا نص المادتين 32 و 35، إذ نصت المادة 19 على أنه ((للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون))، كما نصت المادة 32 على أنه ((يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد)) ، أما نص المادة 35 فقد نصت على أنه ((إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطل والعقد صحيح)) .

ومن تحليلنا لهذه النصوص كان على المشرع أن يكتفي بنص المادة 19 مع إعادة صياغتها إذ دراسة موضوع واحد بعدة مواد في مواضيع مختلفة يجعل هاته النصوص متناقضة وغير منسجمة مع بعضها البعض، و يصعب تطبيقها على صعيد الواقع.

إذ بالرجوع إلى نص المادة 19 نجد أنها قد أباحت للزوجين أن يشترطا كل الشروط التي لا تخالف مقتضيات العقد ولا تتناقض معه، ومن ذلك فكل الشروط مباحة يمكن أن تدرج في صلب عقد الزواج أو في أي عقد رسمي لاحق، وخصص من هذه الشروط شرط المرأة عدم التعدد عليها، وخروجها للعمل وهي من الشروط الضرورية لكل امرأة ترغب في ذلك، إذ أن اليوم نجد أنه ما يمس طبيعة المرأة وكيانها، هو أنها ترغب أن تدخل كل مجالات العمل، وأن لا تشاركها في حياتها مع الرجل أي امرأة، وعلى ذلك خص النص هذين الشرطين بالذكر في هذا النص.

أما بالرجوع إلى نص المادتين : 32 ، 35 واللتان جاءتا تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل إذ نجد نص المادة 32 تنص على بإبطال عقد الزواج إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات عقد الزواج ، بعد أن كان النص قبل تعديله ينص على الفسخ إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، إذ الشرط المنافي لمقتضيات العقد إذا كان داخل في جزئياته يبطل العقد، بينما نص المادة 35 تجعل الشرط باطل والعقد صحيح وعليه فإن النصين متناقضين فأيهما يمكن العمل به، وخاصة أنهما قد جاءا تحت عنوان واحد، مما يحتم علينا المطالبة بإلغاء أحدهما وتماشيا مع أقوال الفقهاء الشرط الذي يكون منافيا لمقتضيات العقد يجعل العقد باطلا، إذ به تكون إرادة أحد الطرفين معيبة في ذلك ، وما يلاحظ كذلك أن المشرع لم ينص على الجزاء في حالة عدم الوفاء بالشروط، أو إذا أصبحت مرهقة لأحد الطرفين، إذ كان على المشرع أن ينص أنه في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها بين الطرفين فإنه يبق للطرف الآخر الحق في طلب حل العقد مع التعويض، وأن المشرع قد نص بالنسبة للمرأة على ذلك في نص المادة 53 فقرة 09 أنه يجوز لها طلب التطليق عند مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ولها أن تطلب التعويض وفقا لنص المادة 53 مكرر، إلا أنه لم نجد أي نص مماثل للرجل فيما يخص عدم التزام المرأة بالشروط المتفق عليها، فكان على المشرع أن يعامل الرجل بالمثل في ذلك في مثل هاته الحالة .

كذلك ما يلاحظ على المشرع فيما يخص الشروط المتفق عليها إذا ما أصبحت مرهقة لأحد الطرفين، هل يمكن له أن يلجأ إلى القضاء لإعفائه منها أو تعديلها على غرار ما جاء في نص المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية ((الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن إلتزم بها من الزوجية، إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا أمكن للملتزم به أن يطلب للمحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه))، وبالرجوع إلى المادة 40 نجد أنها نصت

على أنه { يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها }.

المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج

الولاية في اللغة: يقال ولي الشيء إذا ملك أمره وكان له حق القيام به، إذ هي سلطة يملكها المرء على شيء من الأشياء.

وفي اصطلاح الفقهاء : فهي سلطة تجعل لمن تثبت له، القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها¹.

والولاية من حيث أصلها تنقسم إلى قسمين : ولاية قاصرة : وهي قدرة الشخص على إنشاء العقد بنفسه وتنفيذ أحكامه، وولاية متعدية وهي القدرة على إنشاء العقد بغيره وهي تنقسم إلى ولاية أصلية، وولاية نيابية، والولاية الأصلية هي التي تثبت للشخص ابتداء كولاية الأب والجد، أما الولاية النيابية فهي التي تستمد من الغير كولاية الوصي التي تستمد عادة من الأب.

والولاية المتعدية تنقسم أيضا إلى ولاية عامة وولاية خاصة، والعامة هي التي تثبت لرئيس الجمهورية ابتداء، ويمارسها نيابة عنه القضاة، أما الخاصة فهي التي تثبت للأشخاص بصفتهم الشخصية وهي تقدم على العامة إذا اشتركا في أمر واحد.

والولاية المتعدية تنقسم بحسب موضوعها إلى ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال، والذي يهمننا من هذه الولايات هي الولاية على النفس التي تخول الولي حضور تزويج المولى عليها، والتي جعلها المشرع في المادة 09 مكرر كشرط من شروط عقد الزواج وهي موضوع دراستنا وقد اختلف الفقهاء في مدى ضرورة إشتراط الولي في عقد الزواج إلى رأيين، وعليه سندرس هذا الموضوع تحت المطالب التالية في المطلب الأول مدى ضرورة إشتراط الولي

1 - محمد مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 253 مرجع سابق .

في الفقه الإسلامي وشروطه ، وفي مطلب ثاني مراتب الأولياء ، وفي مطلب ثالث موقف القانون

الفرع الأول : مدى ضرورة إشتراط الولي في الفقه وشروطه

إذا كانت الولاية تعد أحد المقومات الأساسية لبناء وقيام عقد الزواج، فإن تخلف هذا المقوم عن عقد الزواج فما مصير العقد في الفقه الإسلامي والقانون.

أولاً : في الفقه الإسلامي :

إنقسم الفقهاء إلى رأيين أساسيين هما:

أ . **جمهور الفقهاء** : ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة إلى ضرورة إشتراط الولي في عقد الزواج ، إذ لا بد من وجوده في كل الحالات التي تكون عليها المرأة سواء كانت بالغة بكرة أو ثيباً، أو صغيرة أو مجنونة، وإستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾¹ وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبِدَ مُؤْمِنٍ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾² .

ووجه الإستدلال في هاتين الآيتين أن الله سبحانه وتعالى أمر في الآية الأولى الأولياء بإنكاح الأيامي وفي الآية الثانية نهى الأولياء أن ينكحوا المسلمات للمشركين ، إذ لو كان الأمر متروكاً للنساء لخطبهن المولى سبحانه وتعالى كما جاء في سائر التصرفات الأخرى.

أما من السنة فقد جاء في الحديث ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))، والنفي هنا يتجه إلى الصحة، وهو نفي للحقيقة الشرعية وبذلك يكون الزواج بغير ولي باطلاً.

1 - سورة النساء - آية 141 .

2 - سورة البقرة - آية 221 .

وروى البخاري عن الحسن قال في قوله تعالى : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾³ قال حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه قال : زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا إنقضت عدتها جاء ليخطبها فقلت له: زوجتك، وفرشتك، وأكرمته فطلقتها، ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليها أبدا " وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية ﴿ فلا تعضلوهن ﴾ فقلت الآن إفعل يا رسول الله قال فزوجتها إياه"¹.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((أئمة إمرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل))² ، إذ أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد صرح بأن الزواج بدون ولي باطل، وأكد على بطلان العقد بالتوكيد ثلاث مرات مما يدل على إلزامية الولي في صحة العقد، وأن الحديث قد جاء مطلقاً لم يفرق بين الكبيرة والصغيرة والثيب والبكر³.

ب . رأي الحنفية : فقالوا بعدم إشتراط الولي وإستدلوا على ذلك بنفس الآية ﴿ فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ﴾⁴ ووجه الإستدلال أن الآية أضافت العقد إلى المرأة حيث كلمة ((ينكحن)) من غير شرط الولي وليس لوليها كما إستدلوا بقوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ﴾⁵ وهنا كان الإستدلال بهاته الآية من ناحيتين، أنه سبحانه وتعالى قد أضاف النكاح إلى المرأة، وجعل التراجع إليها من غير ذكر الولي، أما ما جاءت به السنة النبوية قوله صلى

3 - سورة البقرة - آية 232 .

1 - السيد سابق - فقه السنة ص 198 مرجع سابق .

2 - سبل السلام ج 03 ص 118 .

3 - مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 259 مرجع سابق .

4 - سورة البقرة - آية 231 .

5 - سورة البقرة - آية 229 .

الله عليه وسلم : " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها " ⁶ فقد إستدلوا بهذا الحديث على أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بغير حضور الولي .
وأنة نتيجة هذا الخلاف فمن قال بضرورة إشتراط الولي، إذ الولي يعتبر من المقومات الأساسية لوجود العقد، ومن قال أنه ليس من الضروري فإن العقد يصح في غيابه، إلا أنه هناك رأي ثالث يجعل حتمية موافقة كل من المرأة ووليها، ولا يمكن لأحدهما أن يتجاهل الآخر، ومن المستحب بعد رضا المرأة أن يجري صيغة العقد الولي.

ثانيا : ما جاء به قانون الأسرة

بعد أن تعرضنا إلى ضرورة إشتراط الولي من عدمه في الفقه الإسلامي فإننا سوف ندرس الولاية في قانون الأسرة .

وإذا رجعنا إلى هذا القانون، نجد أن نص المادة 9 مكرر تجعل الولي كشرط من الشروط الواجبة في عقد الزواج ثم نجد المادة 11 ، والمادة 13 اللتان تحددان مدى وجوب الولي في عقد الزواج، إذ بالرجوع إلى نص المادة 9 مكرر نجد أنها تضع الولاية شرط من شروط الزواج، وليس ركنا بعدما كان قبل التعديل 2005 ركن من أركان عقد الزواج وفقا لنص المادة 9 من القانون المعدل . أما بالنسبة المادة 11 والتي حددت الإيطار العام للولاية في الزواج فقد نصت على أنه { 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 أولياءهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له } .

ومن تحليلنا لهذا النص نجد أنه يقسم المرأة من حيث إبرام عقد الزواج إلى نوعين المرأة الراشدة والمرأة القاصرة .

أ : بالنسبة للمرأة الراشدة :

⁶ - الإمام مالك - الموطأ مرجع سابق ، ص 321.

إذ الفقرة الأولى قد نصت عن المرأة الراشدة التي بلغت سن 19 سنة وكانت كاملة الأهلية فإن هاته المرأة هي التي تقوم بإختيار الزوج، وهي التي تقوم بإجراء صيغة العقد أو توكل أي شخص ما كوكيل وليس كولي، أما الولي حتى وإن كان أبا فهو من باب الحضور وليس كشرط ، فإن لم يكن الأب موجود أو إمتنع فأحد الأقارب ، فإن لم يكن أحد من الأقارب فأبي شخص من المجتمع تختاره ، وهنا المشرع قد جرد الولي من ولايته ولم يبق للولاية أي معنى ، إذ الشخص الذي تختاره المرأة كولي ويكون أجنبي عنها فهو يعتبر كشاهد على العقد وليس كولي، وهنا مقوم الولاية في قانون الأسرة بعد أن كان ركنا قبل التعديل 2005م في المادة 9 ، أصبح شرط في المادة 9 مكرر، ثم جاءت المادة 1/11 وأهدرت مقوم الولاية من أساسه بنصها ((أو أي شخص آخر تختاره))، وهنا يمكن أن تفتح باب للزواج العرفي والسري الذي تعاني منه دول المشرق العربي، إذ النص قد خرج عن الحدود المرسومة للولاية والمألوفة لها.

ب : بالنسبة للمرأة القاصر :

. أما الفقرة الثانية من نص المادة 11 فإنها قد نصت على تزويج القصر من طرف أولياءهم فجعلت ذلك موكول للأب فأحد الأقارب دون ترتيب ولا تحديد ثم القاضي، ولم تحدد من هم القصر سواء كانوا ذكور أم إناث، ولكن كل ذلك يجب مراعاة نص المادة 7 من هذا القانون التي تشترط أخذ الإذن من القاضي المكلف بشؤون الأسرة، ثم نجد المادة 13 بعد إلغاء المادة 12 والتي تنص على أنه ((لا يجوز للولي أبا أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بغير موافقتها))، وهنا المشرع قد وضع حد للولاية الإجبارية التي أقرها جمهور الفقهاء للأب والجد، والتي تثبت كذلك مع المجنونة والمجنون، وحثهم في ذلك أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلا لحاجة المولى عليه لذلك فإنها تكون عند ثبوت الحاجة، وأنه نتيجة أن الأب والجد **وافري الشفقة** فهما اللذان يقدران مصلحة الولد القاصر، أما غيرهم فليسوا كاملي الشفقة، وعليه فكان على المشرع أن ينحى نحو هذا المنحى، ويجعل ذلك مرتبط

أساساً بإذن القاضي، كما كان عليه أن يفرد نص خاص بالمجنون والمعتوه فيكون له الحق في تزويجه بعد إستشارة أهل الخبرة في ذلك ويجعل له إجراءات لتزويجه خاصة مع معرفة وموافقة الطرف الثاني الذي سيرتبط به.

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في الولي و مراتب الاولياء

أولاً : الشروط الواجب توافرها في الولي:

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة نجد أنه لم يتضمن أي شرط من الشروط الواجب توافرها في الولي، وعلى ذلك وبحكم نص المادة 222 من قانون الأسرة نرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وشروط الولي في الفقه الإسلامي هي:

01 . أن يكون كامل الأهلية، إذ إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها فلا ولاية له على نفسه فمن باب أولى ألا يكون ولياً على غيره، إذ الأهلية هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزامات أي أنه يلزم بحقوق لغيره وتثبت له حقوق قبل غيره.

02 . إتحاد الدين بين الولي والمولى عليها، إذ لا يجوز أن تكون ولاية غير المسلم على المسلم ، إذ أن عقد الزواج هو عقد ديني ولقوله تعالى : ﴿ لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ﴾¹ وقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾².

03 . أن يكون قادراً على حفظ المولى عليها وصيانتها قياساً على المحضونة، إذ الشرط كما ينطبق على المحضونة ينطبق على المراد تزويجها.

04 . أن يكون ذكراً عند جمهور الفقهاء، إذ المرأة لا تزوج المرأة، إذ أنها لا تستطيع تزويج نفسها فكيف تزوج غيرها.

1 - سورة آل عمران آية 28 .

2 - سورة النساء آية 41 .

ثانيا : مراتب الأولياء

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة نجد المادة 11 نجد أنها قد حددت الأب فقط بأن له المرتبة الأولى، أما بقية الأقارب فلم تحددهم أو تعط ضوابط يمكن على أساسها تحديد هاته المراتب وبذلك فإننا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد هناك إختلاف بين الفقهاء نسردها كما يلي :

01 . في الفقه المالكي: يقولون أنها تثبت لجميع العصابات حسب ترتيبهم في الميراث إذ يقدم الفروع على الأصل، وعلى ذلك فيكون الترتيب : الإبن ، الأب ووصيه يقوم مقامه، الأخ الشقيق أو لأب، إبن الأخ الشقيق أو لأب ، الجد ، الأعمام وأبناءهم ، كافل اليتيم ، الحاكم .

02 . أما الحنفية : فإنهم يوافقون المالكية إلا أنهم قد أضافوا ذوي الأرحام عند إنعدام أهل العصابة .

03 . أما الشافعية: فإنهم يختلفون عن المالكية والحنفية فإنهم يقدمون الأصول على الفروع وعلى ذلك فإن الترتيب عندهم يكون على النحو التالي: الأب ثم الجد، ثم الإخوة الأشقاء أو لأب، ثم الأعمام ، ثم الحاكم .

04 . أما الحنابلة: فهم يقدمون الأصول على الفروع أيضا، فهي تثبت للأب والجد ثم الأبناء ثم الإخوة الأشقاء وأبناءهم ثم الإخوة لأب وأبناءهم ثم الأعمام.

وعلى هذا فإن الشافعية يختلفون عن الحنابلة في كونهم لا يقرون بولاية الإبن¹ كما يختلف الشافعية والحنابلة عن الحنفية والمالكية في كونهم يقدمون الأصول على الفروع هذا كله بإختصار.

أما بالنسبة لقانون الأسرة فإنه لم يعط أي توضيح في مراتب الأولياء، إذ قد نص على ولاية الأب فقط وترك الأمر لما بعده للفقهاء دون الإشارة إلى تعيين من هم الأقربون وفقا لما جاءت به نص المادة 11 وهذا يعتبر قصور من المشرع في عدم تحديد الأولياء الأقربون وخاصة إذا ما علمنا

1 - مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 267 مرجع سابق .

أن الفقهاء قد اختلفوا في ترتيب ذلك، والمشرع لم يتقيد بمذهب معين على غرار ما فعلت التشريعات العربية .

ومما نراه أن المشرع لم يعط أي أهمية للأقارب وترتيبهم نتيجة أن نص المادة 11 قد أعطى الحرية الكاملة للمرأة في أن تختار ما تشاء من الأولياء بإضافة عبارة أو أي شخص آخر تختاره، وهذا الشخص قد لا يكون حتى من الأقارب، وأن هذا المنحى هو الذي ذهب إليه حتى التشريع المغربي في نص المادة 24 من المدونة بنصها ((الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب إختيارها ومصحتها))، وبذلك فإن مقوم الولاية كمقوم من مقومات بناء عقد الزواج المنصوص عنه في الفقه الإسلامي لم يعد كذلك في القوانين العربية .

المطلب الثالث: الصداق

من حسن رعاية الإسلام للمرأة أن أعطاها حق التملك بعد أن كانت محرومة من ذلك في الجاهلية، ومن الأشياء التي أباحها لها حق تملك المهر الذي فرضه الله عزوجل على الرجل، وحق من حقوق المرأة، وحق من أحكام عقد الزواج، وعلى ذلك فإننا سنتناول هذا المبحث في مطلب أول: في حقيقة الصداق ودليل وجوبه، وفي مطلب ثاني: في مقدار الصداق وأنواعه، وفي مطلب ثالث: مؤكدات الصداق وما يؤثر فيه على أن تكون الدراسة مقارنة بين الفقه والقانون كلما أمكن ذلك.

الفرع الأول : حقيقة الصداق ودليل وجوبه

أما من السنة فقد جاء في الموطأ عن سهل بن سعد الساعدي: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجني .. إن لم تكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((هل عندك من شيء تصدقها إياه)) فقال ما عندي إلا إزاري هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فألتمس شيئاً)) فقال : ما أجد شيئاً قال ((إلتمس ولو خاتماً من حديد)) فألتمس ولم يجد شيئاً فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ((هل معك من القرآن شيء)) فقال نعم معي سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ((قد أنكحتها بما معك من القرآن))⁴ ووجه الإستدلال بهذا الحديث أن الرجل لما سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يتزوجها لم يجعل له ذلك دون صداق رغم فقره وعدم وجود ما يجعل لها به صداقاً، ومن ذلك فإن حكم الصداق أنه واجب يقع على عاتق الزوج وهو مجمع عليه من العلماء في كل العصور، وقد فرضه الله نحلة أي عطية ومنحة واجبة من الرجل للمرأة دون أن يفرض على المرأة شيئاً نظير ذلك، وهو حق خالص لا يملكه أحد غيرها، إذ هو حق لها تتصرف فيه كما تتصرف في بقية أموالها، إذ يصبح ضمن ذمتها المالية بمجرد إنعقاد العقد وتسمية المهر.

الفرع الثاني : مقدار الصداق وأنواعه

أولاً : مقدار الصداق

للفقهاء آراء مختلفة في مقدار الصداق سواء في أقله أو في أعلاه، إذ هناك من ذهب أن الأمر متروك وموكول إلى تراضي الطرفين ومنهم من يرى، أن أقله محدد بمقدار معين، وأن أعلاه غير محدد وعلى ذلك فسوف ندرس مقدار المهر من حيث أقله، ومن حيث أعلاه فيما يلي :

4 - الإمام مالك - الموطأ ص 321 ، 322 باب ما جاء في الصداق والحباء مرجع سابق .

أ: أقل مقدار المهر: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أقل المهر إلى رأيين فذهب الشافعية والحنابلة أنه لا حد لأقله سواء كان قليلاً أم كثيراً، وإستدلوا في ذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ((إلتمس ولو خاتماً من حديد)) وكذلك عموم لفظ القرآن في قوله تعالى ((أن تبتغوا بأموالكم)) وهو لفظ عام في قليل المال وكثيره على السواء .
وأما المالكية والحنفية، فإن أقل المهر عندهم محدد، إذ يرى المالكية أن أدنى الصداق هو ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضية.

. أما الحنفية فقد رأوا أن أقل المهر هو عشرة دراهم وهي تساوي ثلاثة دنانير ذهبية¹ وأن ذلك كان على أساس أقل عضو يستباح به البضع وذلك قياس النكاح على السرقة، إذ حد السرقة عند الأحناف هو عشرة دراهم.

وقد إستدل أصحاب هذا الرأي كذلك إن وجوب المهر بهذا المقدار إظهار لشرف العقد ولما روي عن عمر، وعلي، وعبد الله¹ إلا أنه بالرجوع إلى الراجح من هاته الأراء هو أنه ليس له أي تحديد وذلك لحديث ((إلتمس ولو خاتم من حديد))،

أما ما أخذ به المشرع الجزائري فإنه لم يحدده بمقدار معين، إذ ترك حرية تحديده للزوجين وهذا ما يعرف من نص المادة 14 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: ((الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء))، إذ كل ما هو مباح شرعا يصلح أن يكون صداقا سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة، وهذا ما سارت عليه القوانين العربية نذكر منها ما جاء في المادة 54 من القانون السوري " لا حد لأقل المهر ولا لأكثره ((كل ما صح إلتزامه شرعا صلح أن يكون مهرا)) وما جاء في المادة 28 من مدونة

1 - الإمام محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 172 مرجع سابق .

1 - عبد الرحمان الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة ص 101 مرجع سابق .

الأسرة المغربية بنصها ((كل ما صح إلتزامه شرعا صلح أن يكون صداقا))، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق.

ب : أعلى الصداق : إتفق الفقهاء على أنه لا حد لأعلاه، وإنما يترك الأمر لحرية الطرفين، وذلك لعدم ورود أي نص يحدده بمقدار معين، ولكن سيدنا عمر بن الخطاب قد روي عنه أنه، لما رأى بعض الناس يغالون في المهر أراد أن يجعل حداً لأعلاه، فقامت امرأة وعارضته في ذلك وتلت عليه قوله تعالى : ((وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً))² ، إذ سيدنا عمر خطب في الناس فقال ((لا تغلوا في صداق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى في الآخرة كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، ما أصدق امرأة من نسائه ولا بناته فوق إثنتي عشرة أوقية))³.

إلا أنه الأحسن والأفضل اليسر في المهر لقوله صلى الله عليه وسلم: ((إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة))¹ .

أما بالنسبة لما كان في جل القوانين ومنها قانون الأسرة فإنه لم يجعل أي قانون حداً لأعلاه ، وإنما الأمر ترك لحرية وإرادة الطرفين.

ثانيا : أنواع الصداق

يتنوع الصداق حسب العقد وجودا وعدما فإن كان قد سمي في العقد تسمية صحيحة فذاك يسمى المهر المسمى، وإن لم يسم في العقد فإن للمرأة صداق المثل.

2 - سورة النساء - آية 20 .

3 - عيد القادر بن حرز الله - أحكام الزواج والطلاق ص 132

- ابن قيم الجوزية - زاد المعاد ص 176 - ج 5 مؤسسة الرسالة بيروت .

الأوقية : تساوي 40 درهم .

1 - الشوكاني - نيل الأوطار ج 6 ص 312 .

أ : الصداق المسمى : وهو الذي يسمى في العقد ويتفق عليه الطرفان أي يذكرانه ويحددانه مقدارا أو كمية أو قيمة أو منفعة ويشترط أن يكون عقد الزواج صحيحا وأن تكون التسمية صحيحة بأن يكون المسمى مالا متقوما معلوما ليس فيه جهالة فاحشة وأن لا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية وثلاثة دراهم عند المالكية .

ب : صداق المثل : هو الصداق الذي يدفع للمرأة قياسا على بنات أهلها أي هو صداق امرأة تماثلها من أسرة أبيها وتكون المماثلة فيما يعتد به من صفات الزوجة كالدين والعقل والمال والحسب والنسب ودليل اعتبار هاته الصفات الحديث الشريف ((تتكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ودينها فأظفر بذات الدين تربت يداك)) .

وصداق المثل يجب في الحالات التالية:

- 1 . إذ لم يسم في العقد فإنه في هاته الحالة يجب لها صداق المثل، إذ الصداق يثبت للمرأة بالعقد الصحيح فإن كان المهر مسمى ثبت ذلك المسمى، فإن لم يكن مسمى ثبت لها مهر المثل.
- 2 . إذ سمي في العقد وأن المتفق عليه لا يصلح أن يكون مهرا كأن يكون غير متقوم أو غير معلوم أو مجهول جهالة فاحشة أو كان المسمى أقل من مهر المثل.
- 3 . أن يتفقا على إسقاطه، إذ في هاته الحالة يجب مهر المثل باعتبار أن الصداق حكم من أحكام عقد الزواج فلا يملك العاقدان إسقاطه.

أما ما جاء به قانون الأسرة فيما يخص الصداق المسمى وصداق المثل فإنه بالرجوع إلى نص المادة 15 تنص على أنه ((يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا ، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل))، ومن تحليلنا لهذا النص نجد أن المشرع قد نص على كلا النوعين من الصداق على أنه يحدد في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، وأنه في حالة عدم تحديده، فإنه يكون لها صداق المثل دون إعطاء أي توضيح لصداق المثل، أو

الحالات التي يكون فيها، ولمعرفة ذلك فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة .

إلا أن المشكل يثور عند دراسة الفقرة الثانية من المادة 33 التي جاءت تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل والتي تنص على أنه ((إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)) وفي هذا نجد أن المشرع لما قضى بالفسخ قبل الدخول إذا تخلف شرط الصداق لا يستند إلى أي تأسيس شرعي، إذ كان من الأفضل النص على وجوب صداق المثل والنص لم يكن سليم حتى بالنسبة للشهادة والولاية، وحتى لا يكون هناك أي تناقض فمن الأفضل إلغاء الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة، وهذا ما أقره القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210422، إذ مما جاء فيه ((ثبوت الزواج بدون تحديد الصداق جائز . المادتان 17 ، 33 من قانون الأسرة ، إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العرفي ما عدا الصداق يبقى مؤجلا حسب عادة المنطقة فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه))¹ ، وهو قرار جريء وصائب فيما ذهب إليه.

الفرع الثالث : تأجيل وتعجيل الصداق وإستحقاق المرأة الصداق كاملا ونصف الصداق والخلاف

فيه

أولا : تعجيل الصداق وتأجيله و إستحقاق الزوجة الصداق كاملا أو نصفه :

1 - المجلة القضائية عدد خاص 2000 ص 53 .

أ : تعجيل الصداق وتأجيله : التعجيل والتأجيل في الصداق حالان في الصداق وكقاعدة عامة أنه بعد التسمية يجوز تعجيله وهذا هو المعتاد، كما يجوز تأجيله أو ما يسمى بمقدم الصداق ومؤخره، وذلك بشرط أن يكون معلوما ومحددا وهذا ما نصت عليه المادة 15 بنصها ((يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا))، وأن ذلك راجع لإتفاق الطرفين في تعجيل كله، أو بعضه، أو تأجيل كله، أو بعضه، مادام أنه مسمى في العقد تسمية صحيحة.

ب : إستحقاق الزوجة الصداق كاملا وإستحقاقها نصف الصداق :

1 . الصداق الكامل للمرأة: يكون للمرأة الصداق كاملا في الحالات التالية:

(* . **الدخول :** إذ بالدخول للمرأة يثبت لها الصداق كاملا سواء كان الدخول حقيقيا أو خلوة صحيحة وهو ما يعبر عنه بالدخول الحكمي، إذ بالدخول يكون للمرأة المهر كاملا سواء كان مسمى أو مهر المثل.

(* . **بالوفاة :** سواء كان المتوفى الزوج أم الزوجة حتى، ولو كانت الوفاة قبل الدخول، وذلك لأن المهر قد كان ثابتا إلى أن يوجد ما يسقط بعضه أو كله، وهو الفرقة قبل الدخول وبالوفاة إستحال وجود ذلك المسقط، فالوفاة تنهي عقد الزواج وتقرر كل أحكامه كالمهر والميراث، إذ بالوفاة يتقرر المهر كله ¹ .

. إلا أن المسألة قد تتور في حالة القتل، وهنا إتفق الفقهاء إذا كان القتل من أجنبي لأحدهما، أو قتل الزوج زوجته، أو بقتل الزوج نفسه، فإنه في هاته الحالات الزوجة تأخذ المهر كاملا. وإنما الخلاف قد ثار بين الفقهاء إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها، وهنا الأمر موضع خلاف بين الفقهاء، فمنهم من قال يسقط عنها المهر، ومنهم من قال أنه يتأكد لها المهر ومنهم الحنفية.

أما ما جاء به قانون الأسرة فقد نصت المادة 16 منه على أنه ((تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج)) ، ومن تحليتنا لهذا النص نجد أنه لم يكن شاملا وضابطا للموضوع

إذ إستحقاق الزوجة للصداق كاملا لا يكون بوفاة الزوج وحدهن وإنما بوفاة الزوجة كذلك، إذ يمكن لورثتها أن يطالبوا به إن لم تكن قد أخذته في حياتها، إذ كان من الأفضل أن يكون النص على ما يلي تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوجين أو أحدهما.

ج . أخذ الزوجة نصف الصداق:

يكون للزوجة نصف الصداق إذا كان الطلاق قبل الدخول وذلك طبقا لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَقْتُمْوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا هو أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير ﴾¹.

فهذه الآية تدل على أن للزوجة نصف الصداق في حالة الطلاق قبل الدخول وكان الصداق مسمى وقت العقد، وهذا متفق عليه إذا كانت الفرقة من قبل الزوج ، أما إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة فقد حصل خلاف بين الفقهاء، إذ هناك من ذهب إلى أن الصداق يسقط عن الزوجة بأكمله وليس لها أي صداق، وهناك من ذهب إلى تسمية هاته الفرقة على أنها فسخ وقياسا على الطلاق تستحق نصف المهر .

أما ما جاء به المشرع الجزائري في هذا المجال فقد نصت المادة 16 على أنه ((تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول)) وبالرجوع إلى هذا النص نجد أن المشرع لم يفصل أنها تستحق هذا النصف إذا كان الطلاق من قبله أو أن المرأة هي التي طلبت الطلاق، سواء عن طريق التطليق، أو الخلع، أو التراضي، فكان على المشرع أن يوضح ذلك، وخاصة أن هذا الموضوع محل خلاف بين الفقهاء على غرار ما فعلت

¹ سورة البقرة ، آية 237.

بعض الدول العربية نذكر منها ما جاء في مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 32 ((لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء :

1 . إذا وقع فسخ عقد الزواج .

2 . إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة أو كان الرد من الزوجة بسبب في الزوج.

3 . إذا حدث الطلاق في زواج التفويض))

وما نصت عليه المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية السوري بنصها ((إذا وقعت البينونة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سقط المهر كله)) فكان على المشرع الجزائري أن يفرد نصاً لهاته المسألة دفعا لكل غموض وحسما للخلاف الواقع بين الفقهاء، وخاصة مثل هذا النوع الموجود بكثرة في المجتمع، وأن الزوج في هاته الحالة تائه بين إتمام عقد الزواج وبين إسترجاع أمواله.

ثانيا : الإختلاف في الصداق

الإختلاف قد يكون في أصل التسمية، أو في مقدار المسمى، بعد إتفاقيهما على التسمية، وقد يكون في القبض وعدمه ، وقد يكون في المقدم، هل هو صداق أم هدية .

أ : **الخلاف في أصل التسمية أو مقدار المسمى :**

إذا إدعى أحد الزوجين التسمية فإنه عليه أن يقدم البينة على ذلك فإن لم يكن له دليل فإن اليمين هي الفاصلة، واليمين توجه للطرف الآخر على أن العقد خال من التسمية فإن حلف قضي بمهر

المثل¹ تطبقا لقاعدة ((البينة على من إدعى واليمين على من أنكر))

1 - مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام ص 403 مرجع سابق .

. أما إذا كان الإختلاف في مقدار المسمى وكانا قد إتفقا على التسمية فإن إدعت هي مبلغ وإدعى هو غير ذلك، فإن وجدت البينة حكم على أساسها، وإن لم توجد البينة، وكان بعد الدخول رجوع القول إلى الزوج مع اليمين، أو أن يكون الذي إدعاه شيء قليل ففي هاته الحالة لها صداق المثل .

. أما إذا كان قبل الدخول ولم تكن البينة ففي هاته الحالة فإن القول قول الزوجة مع اليمين بإعتبار أن الزوج يريد أن يذكر الزيادة حتى يسترد أعلى قيمة في النصف².

ب : الإختلاف في القبض وعدم القبض : فإن كان الخلاف قبل الدخول وكانت البينة منعدمة فالقول قول الزوجة مع اليمين، وإن وقع الخلاف بعد الدخول، فإن القول قول الزوج مع اليمين ، إذ ما هو متعارف عليه أن المرأة تكون قبضت صداقها بعد الدخول بها.

ج : الإختلاف في وصف المقبوض أهو مهر أم هدية :

هاته المسألة جد حساسة، إذ أنه أثناء قيام النزاع بين الطرفين نجد بإستمرار يقحمون الهدايا مع المهر، وكل حسب مصلحته فيما يدعيه، فإن كانت هناك بينة حكم على أساسها فإن لم تكن فإنه يرجع إلى العرف، إذ أثبت العرف أن المقدم يعتبر من الهدايا فالقول قولها مع اليمين، وإن كان العرف يشهد بأن المقدم على أساس أنه مهر أو جزء منه، فالقول قول الزوج مع اليمين، فإن كان العرف يقضي أن هذا المقدم يحتمل الأمرين هدية ومهرا، فالقول قول الزوج مع اليمين، بإعتبار أنه هو الذي أدري بأن الشيء المقدم كان على أساس أنه هدية أم صداق.

د : أما ما جاء به قانون الأسرة فيما يخص الإختلاف في الصداق فقد نصت المادة 17 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)) ، ومن تحليلنا لهذا النص نجد أن المشرع قد فرق بين حالتين :

2 - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية ص 224 مرجع سابق .

حالة قيام النزاع قبل الدخول وحالة قيام النزاع بعد الدخول ، إذ أنه إذا النزاع قبل الدخول ولم تكن البينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، أما إذا كان النزاع بعد الدخول وإنعدمت البينة كذلك فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، وهنا المشرع لم يعط أي تفصيل فيما يخص النزاع حول التسمية أو المقدار أو ما يعتبر من الصداق وما يعتبر من الهدايا أو في القبض وعدم القبض وهذا قصور من المشرع ، وعليه يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة .

ه: المتعة كبديل عن المهر : إذا كان الطلاق قبل الدخول ولم يكن المهر قد سمي للمرأة فهل المرأة تأخذ نصف المهر، أو لا تأخذ شيء أم أن هناك شيء بديل يسمى بالمتعة والتي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية.

والمتعة : هي عبارة عن متاع يقدمه الزوج لزوجته المطلقة قبل الدخول، والتي لم يسم لها مهر، إذ قد أوجبت لها الشريعة الإسلامية متعة بدل المهر عملاً بقوله تعالى ((لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين))¹

وحكمها عند المالكية أنها مستحبة لكل مطلقة لقوله تعالى ((وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)) 2 إذ أن الله قيد المتعة والمتقي والمحسن ((متقا مع المتقين)) ((وحقا على المحسنين)).

أما فقهاء الحنفية فقالوا أنها واجبة، إذ هي بدل المهر وبديل الواجب يكون واجب. وتقدير المتعة أنها تخضع لإجتهد الحاكم وقد قدرها الأحناف بأنها لا تزيد عن نصف مهر المثل ولا تنقص عن 5 دراهم³.

1 - سورة البقرة - آية 236 .

2 - سورة البقرة - آية 241 .

3 - أحمد الغزالي - الوسيط في أحكام الأسرة مرجع سابق ، ص 378.

. أما موقف القانون من المتعة فإذا رجعنا لقانون الأسرة فلا نجد أي حكم للمرأة المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها صداق وهذا قصور من المشرع ، أما القوانين العربية فإنها قد تناولت هذا الموضوع، نذكر منها ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في نص المادة 2/61 : { إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة } وما نصت عليه المادة 62 من نفس القانون في تقدير المتعة بنصها { المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل }.

المطلب الرابع : الشهادة

الفرع الاول : ماهيتها و شروطها :

أولاً : ماهية الشهادة

. الإشهاد على عقد الزواج يعتبر المقوم الرابع من مقومات بناء عقد الزواج يضاف إلى التراضي، والولاية، والصداق، وقد نص المشرع على الشهادة في فقرة واحدة ضمن المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، كشرط من شروط عقد الزواج، ولم يفرد لها بعد ذلك أي نص قانوني ينظمها، والإشهاد على عقد الزواج متفق عليه بإجماع الفقهاء وهو شرط لصحة العقد، عند الأئمة الثلاثة فلا يقوم العقد إلا إذا كانت الشهادة معاصرة له.

. أما عند فقهاء المالكية فهي شرط نفاذ، فإذا لم تكن ملازمة للعقد فالعقد صحيح ويؤمر بها عند الدخول، إذ جاء في مختصر الشيخ خليل { وإشهاد عدلين غير الولي بعقده وفسخ إن دخل بلاه ولا حد إن فشا ولو علم }¹

. أما وقت لزومها فمن قال أنها شرط صحة، فإنه يجب أن تكون عند إجراء العقد ومن قال أنها شرط نفاذ كالمالكية فيمكن أن تكون عند إجراء العقد أو عند الدخول²

. دليل مشروعية الشهادة :

1 - خليل بن إسحاق بن موسى المالكي - مختصر خليل في فقه الإمام مالك ص 89 دار البصائر الجزائر .

قوله صلى الله عليه وسلم ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)) ، وقوله : ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل))، إذ بذلك يتحقق معنى الجهر والإعلان المطلوب في عقد الزواج .

ثانياً: شروط الشهود حتى تكون الشهادة صحيحة وقائمة فلا بد من توافر الشروط التالية:

أ. الأهلية: وهي البلوغ والعقل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وهذا الشرط لا بد من توافره بداهة، إذ أنه حتى يعتمد على شهادة الشاهد في الإثبات وعند التنازع، كما يجب أن يكون الشاهد من ذوي المروءة لأن عقد الزواج له شأنه، ويفضل بأن يحضره ذوو الإعتبار من الناس، ولأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للصغير على نفسه فكيف تكون له ولاية على غيره، وأن يسمع الشاهدان كلام العاقدان.

ب. التعدد: وهو نصاب الشهادة المعروفة في الأمور المدنية غير الحدود، والنصاب في الشهادة في الفقه الإسلامي رجلان أو رجل وإمرأتان، إذ شهادة النساء وحدهن لا تجوز بناء على المبدأ العام الذي جاء في قوله تعالى ((واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وإمرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)¹ فالآية قد جعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل الواحد، وبنيت العلة في ذلك، هذا عند الحنفية الذين لا يشترطون الذكورة.

ج . الإسلام : إذا كان الزوجين مسلمين، إذ أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، بمقتضى حكم الشرع ولأن الزواج هو حدث ديني فلا بد أن يكون الشاهد عليه من أهل الدين، ولقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾²

2 - سورة النساء - آية 141 .

د . **العدالة** : وهذا الشرط إشتراطه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وإستدلوا في ذلك بالحديث الشريف ((وشاهدي عدل))، إذ العدالة شرط بنص الحديث ولأن الشهادة لم تكن لأجل الإعلان فقط وإنما تكون للإثبات عند الحاجة ولأن الشهادة كذلك من باب تكريم العقد وأن هذا التكريم لا يتحقق من الفاسق.

. أما الحنفية فلم يشترطوها، إذ أن الغرض عندهم من الشهادة هو الإعلان وأن ذلك يتحقق من الفاسق كما يتحقق من غير الفاسق .

هـ . أن يسمع الشاهدان صيغة العقد أي عبارة كل من الموجب والقابل والفهم الصحيح لعبارة العقد ، وفي القانون يزداد على ذلك توقيعهما على العقد .

المفرع الثاني : موقف القانون من الشهادة :

أما موقف القانون من الشهادة كمقوم من مقومات بناء عقد الزواج فإن قانون الأسرة لم يفرد أي نص خاص بالشهادة، ما عدا نص المادة 9 مكرر التي جعلت الشهادة كشرط وكذا نص المادة 33 والذي نص على الفسخ قبل الدخول في حالة تخلف الشهادة وثبوت العقد بعد الدخول، وهذا حسب رأينا أنه قصور من المشرع، إذ أن الشهادة أحد المقومات الأساسية التي يبني عليها عقد الزواج فلا بد من وجود نصوص قانونية تنظم أحكامها.

أما إذا رجعنا إلى القوانين العربية فنجد أنها قد أفردت لها نصوص تنظمها من ذلك المشرع السوري في نص المادة 12 على أنه { يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وإمرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين بالإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما }، إذ هذا النص قد جمع كل الأحكام العامة الخاصة بالشهادة .

وما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 13 ف 4 بنصها ((سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه))، وعليه فكان على المشرع الجزائري أن يفرد

للشهادة ولو نص يحدد من خلاله الإطار العام للشهادة كمقوم من مقومات بناء عقد الزواج على أنها يجب أن تكون عند إبرام العقد سواء كان بالفاتحة أو التوثيق.

المطلب الخامس : تسجيل عقد الزواج وإثباته

سنتناول في هذا المبحث الأشخاص المؤهلين بتحرير عقد الزواج وإجراءات التسجيل ثم إثباته في مطلبين أساسيين :

الفرع الأول : تسجيل عقد الزواج

إذا تم عقد الزواج وفقا لما قررته نص المادتين 9، 9 مكرر من قانون الأسرة، فإنه لا يتمتع بالحماية القانونية، إلا إذا تم توثيقه أمام الموظف المؤهل قانونا في البلدية، وأمام الموثق، وهذا ما نصت عليه المادة 18 على أنه ((يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 ، 9 مكرر من هذا القانون))، وعلى هذا الأساس فإن للزوجين الخيار إما اللجوء إلى الموظف المؤهل قانونا بمصلحة الحالة المدنية أو إلى الموثق.

وأیضا ما نصت عليه المادة 71 من قانون الحالة المدنية على أنه يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية، أو القاضي ((الموثق))، وهنا يكون المشرع قد حصر صلاحية تحرير عقود الزواج إلى القائم على الحالة المدنية بالبلدية أو الموثق ، وهذا بعد التأكد من توافر ما نصت عليه المادتان 9 ، 9 مكرر من قانون الأسرة .

أما إجراءات التسجيل فقد نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أنه ((تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج))، وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية نجد نصوص المواد 74 ، 75 ، 76 ، 77 توضح لنا الشروط التالية :

1 . تقديم شهادة ميلاد لكل من الزوجين من البلدية الأصل مستخرجة من السجل .

2 . تقديم رخصة الزواج بالنسبة للأشخاص الذين يشترط فيهم تقديم رخصة من الجهات الإدارية أو العسكرية التابعين لها.

3 . تقديم إذن الإعفاء من السن بالنسبة للأشخاص القصر وفقا لما نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة.

4 . بالنسبة للمرأة التي تعيد الزواج يجب عليها تقديم نسخة من شهادة وفاة زوجها الأول أو بيان الطلاق في حالة الطلاق أو شهادة ميلاد مؤشر عليها بأنها مطلقة، وكذا بالنسبة للرجل الذي كان متزوجا، وطلق، أو توفت عنه الزوجة، أو تقديم الإذن في حالة التعدد.

الفرع الثاني : إثبات عقد الزواج

إذا كان العقد قد تم توثيقه وتسجيله فإن دليل الإثبات في ذلك هي نسخة العقد التي تستخرج من سجلات الحالة المدنية، أما إذا تم الزواج بالفاحة دون توثيقه وكان الدخول بين الزوجين فإن التسجيل في هاته الحالة، والإثبات يكون بموجب حكم قضائي نهائي، وفقا لما تقضي به نص المادة 22 من قانون الأسرة على أنه { يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة }.

. وبناء على هذا النص فإنه لا سبيل أمام الزوجين اللذين تزوجا عن طريق الفاتحة ولم يسجل عقد زواجهما أو أحدهما، إلا اللجوء أمام قاضي شؤون الأسرة من أجل إستصدار حكم قضائي قصد إثبات وجود العلاقة الزوجية، وقيامها، وهنا لا بد لهما من أن يقدموا شاهدا العقد وولي المرأة، وكذا توافق كل منهما، وأنه بعد صيرورة الحكم نهائيا فإن نص المادة 22 في فقرتها الثانية قد ألزمت النيابة العامة على القيام بإجراءات التسجيل أمام مصالح الحالة المدنية للبلدية المحددة

في منطوق الحكم، وهنا يلزم ضابط الحالة المدنية بتسجيل هذا الحكم لدى سجلات الحالة المدنية للبلدية وفقا للأشكال والأوضاع التي قررها قانون الحالة المدنية.

وهنا يجب أن نلفت ملاحظة كون أن نص المادة 22 قد أهدرت نص المادة 8 من قانون الأسرة وجردتها من أحكامها، إذ كل رجل تزوج بامرأة ثانية أراد أن يوثق زواجه الثاني فما عليه إلا أن يتقدم بدعوى أمام قسم شؤون الأسرة قصد إثبات زواجه الثاني دون قيام أية مسؤولية جزائية أو مدنية، وهذا ما هو شائع اليوم بالعقد عن طريق المحكمة، وهنا تبرز ظاهرة عدم إنسجام النصوص القانونية حتى بين مواد القانون الواحد، إذ بهذا النص أصبح التعدد مباح للجميع، وغير مقيد بأي قيد، وإنما إجراءات التسجيل تختلف الأول يكون عن طريق البلدية أو الموثق، والثاني في حالة إنعدام الترخيص، وفقا لنص المادة 08 يكون عن طريق المحكمة بموجب حكم قضائي.